

OS CONTROLES DE CONSTITUCIONALIDADE E CONVENCIONALIDADE EM MATÉRIA DE ÁLCOOL E FÁRMACO

CONSTITUTIONALITY AND CONVENTIONALITY CONTROL IN REGARDS TO ALCOHOL AND PHARMACEUTICALS

Konstantin Gerber*

RESUMO

O objetivo deste estudo consiste em apontar o conflito de direitos fundamentais e a sua violação, em matéria de álcool e fármaco, com interpretação sistemática da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Palavras-chave: Constituição; Guerra; Álcool; Fármaco; América do Sul; Patrimônio afro-indígena.

ABSTRACT

The objective/intent is to examine the fundamental rights' conflict and violation, in the issue of alcohol and drug, with systematic interpretation of Constitution of the Federative Republic of Brazil 1998.

Keywords: Constitution; War; Alcohol; Drug; South America; Afroindian heritage.

INTRODUÇÃO

“No Estado de Direito existem meios jurídicos suficientes para combater a violação efetiva ou iminente do Direito. É uma questão de coragem civil.”¹

* Advogado. Pesquisador-auxiliar em Direito Público do Prof. Marcelo Figueiredo desde julho de 2003. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direitos Fundamentais (PUC/SP). Mestrando em Filosofia do Direito (PUC/SP), Prof. Orientador Willis Santiago Guerra Filho. Bacharel em Direito e Relações Internacionais (PUC/SP). Aluno Bolsista Flexível CAPES. Correspondência para/Correspondence to: Rua Barão de Melgaço, 423, ap. 51, 05684-030, Real Parque, São Paulo-SP. E-mail: k.gerber@uol.com.br.

¹ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. Capítulo 13: “A validade do direito – direito de resistência – desobediência civil”, p. 313. Este autor sustenta o princípio da tolerância: “age de modo que o máximo de teu querer diminua a miséria humana” (misérias material e espiritual), com base no que chama de utilitarismo negativo.

“A gratificação faroeste é tão vergonhosa, tão irresponsável, que, lembro, o diretor da polícia de Amsterdã, que arranhava um espanhol, dava tapas na mesa dizendo: ‘Não acredito, não é possível’. Um policial ter aumento de soldo pela quantidade de pessoas que ele mata!”²

“Bandido só respeita repressão. Querem fazer do policial um assistente social. Até quando o governador vai enganar o povo com essas histórias de crianças?” Hélio Vígio.³

“Una constitución ajena al mercado no sirve de nada para los ciudadanos, aunque lo sea todo para quienes privilegiadamente controlan ese mercado.”⁴

“(…) podem-se figurar situações em que um excessivo apego à igualdade formal de todos os cidadãos perante a lei, exigência do princípio do Estado de Direito, leve a que se esqueça a desigualdade material entre eles, e se cometa ofensa ao princípio democrático (…)” Willis Santiago Guerra Filho.

“Há quem tenha passado pela experiência da loucura e proteste contra o estilo romântico do discurso antipsiquiátrico.” Bento Prado Júnior.

“A pobreza não é simplesmente criminalizada, ela é gerida por essa lógica, em que um pobre, policial ou não, acaba sempre executando outro pobre. A esquerda punitiva lamentavelmente transforma a questão social em questão de polícia.”⁵ Manifesto do Núcleo de Assessoria Jurídica Universitária Popular da UERJ – Grupo de Trabalho “Produzir Direitos”, 14 de julho de 2007.

“Las definiciones legales son poco útiles. En vista de la propensión de los abogados a fomentar los litigios, deberían haber rodeado grandes controversias a los intentos de definir que es droga y que es un alimento.”⁶

“Aprieta aquí y se hincha allá.” Expressão popular.

Bem expõe as classificações doutrinárias Virgílio Afonso da Silva: sobre eficácia das normas constitucionais, sobre eficácia jurídica, aptidão para produzir efeitos jurídicos, e eficácia social, a efetividade, em crítica à classificação

² GAROTINHO, Anthony. Uma política de segurança para o Rio de Janeiro. *Arché Interdisciplinar*. Faculdades Integradas Candido Mendes Ipanema, ano VII, n. 19, 1998. p. 148.

³ Referência do Jornal do Brasil de 04.11.1986, extraído de RODRIGUES, José Augusto de Souza. *Imagens da ordem e da violência no estado do Rio de Janeiro*. Dissertação (Mestrado), IUPERJ, 1993, em SENTO-SÊ, João Trajano. *Imagens da ordem, vertigens do caos – o debate sobre as políticas de segurança pública no Rio de Janeiro nos anos 80 e 90*. *Arché Interdisciplinar*. Faculdades Integradas Candido Mendes Ipanema, ano VII, n. 19, 1998. p. 63.

⁴ RUBIO, David Sanchez. *Derechos humanos y democracia. Absolutización del formalismo e inversión ideológica. Crítica jurídica*. *Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, n. 17, 2000. p. 287.

⁵ MENDES, Alexandre; CAVA, Bruno. *Revista Filosofia Política do Direito*. Agon. A vida dos direitos, violência e modernidade em Foucault e Agamben. João C. Galvão Jr.; Renato Nunes Bittencourt; Willis Santiago Guerra Filho (Coord.). Rio de Janeiro, 2008. p. 103.

⁶ HUSAK, Douglas N. *Drogas y derechos*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001. p. 58.

de José Afonso da Silva de normas de eficácia plena, limitada e contível,⁷ com superação da classificação de direitos de defesa e direitos a prestação, ou ainda classificações de “eficácia absoluta” ou “*norma irregulamentável*” com adoção da “dimensão objetiva dos direitos fundamentais”.⁸

A concepção de liberdades públicas que garantem apenas uma abstenção estatal dá lugar aos efeitos horizontais dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, aos direitos de proteção e aos direitos de organização e procedimentos.⁹

Sobre a vinculação de direitos fundamentais entre particulares, Jorge Renato dos Reis refere: o art. 18.1 da Constituição Portuguesa de 1976; a teoria da vinculação indireta por meio de cláusulas gerais; a teoria da vinculação direta, sobre igualdade de salário entre homem e mulher, na Alemanha; o art. 2 da Constituição da Itália; e a teoria dos deveres de proteção, vinculando o legislador ao respeito dos direitos fundamentais, e a negação desta teoria, em Suíça e EUA.¹⁰

Em matéria de vinculação de direitos fundamentais entre particulares, cabe reportar o RE n. 160.222/RJ, sobre revistas íntimas em fábrica de roupas femininas, o RE n. 158.215/RS, sobre exclusão de dois cooperados sem o devido processo legal, e o RE n. 201.819/RJ, sobre exclusão de sócio de União Brasileira de Compositores sem o devido processo legal.¹¹

⁷ A expressão contível também está em: JUSTEN FILHO, Marçal. Eficácia das normas constitucionais (Relendo José Afonso da Silva). *Revista Instituto dos Advogados do Paraná*, p. 38-71, 1981. Este autor menciona também as expressões: normas de eficácia irredutível; normas de eficácia redutível; normas de eficácia ampliável; e normas de eficácia inampliável.

⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 235.

⁹ *Ibid.*, p. 236.

¹⁰ REIS, Jorge Renato dos. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais nas relações interprivadas: breves considerações. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos (Org.). *Direitos sociais & políticas públicas. Desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul/RS: Edunisc, 2005. p. 1497-1514. Para apanhado da jurisprudência comparada, veja também: GARCÍA, Pedro de Vega. Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (el caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales). In: PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (Coord.). *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 265-280. Este autor se refere à Sentença da Corte Suprema Argentina, caso Siri y Kot: “Hay ahora una categoría de sujetos que solo raramente conocieron los siglos anteriores: los consorcios, las asociaciones profesionales, las grandes empresas que acumulan un enorme poderío material y económico. Y no es discutible que estos entes colectivos representan una fuerte amenaza contra los individuos y sus derechos fundamentales”. (CORTE SUPREMA ARGENTINA apud VEGA, 1996, p. 274). Há também o que se nomina de constitucionalização do direito privado (HESSE apud MATTOS, 2006, p. 207). Para o fenômeno da constitucionalização dos direitos no âmbito nacional e comparado, veja também: MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Teoria da Constituição e a Constitucionalização dos direitos. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo: ESDC, v. 2, jan./jun. 2006, p. 181-219. Veja também para análise de jurisprudência comparada: FAVOREU L. et al. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

¹¹ SOMBRA, Thiago Luís Santos. O Supremo Tribunal Federal e a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares. *Revista do IASP*, São Paulo: RT, ano 10, n. 19, jan./jun. 2007,

Sobre o caráter restringível,¹² regulamentável e relativo dos direitos fundamentais, pode ser referido trecho de decisão do STF:

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio da convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte de órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição (MS 23.452).¹³

Cabem as perguntas: se uma associação de usuários de álcool e fármacos viola os direitos fundamentais ou os salvaguarda. Na discussão sobre legalização de bingos, aventou-se o cadastro de *ludopatas*. Seria admissível? Bastaria a obrigatoriedade de informação de risco de problemas emocionais e financeiros?

Propõe-se interpretação sistemática da Constituição Federal, CF, e das Convenções Internacionais de Direitos Humanos:

- sobre dignidade, educação, erradicação da pobreza e mandado de criminalização: art. 1º; art. 206, inc. III; art. 3º, inc. III; e art. 5º, incs. XLIII e XLIV da CF;
- sobre responsabilidade do Presidente, do Estado, intervenção federal e proposição de Ação Direta de Inconstitucionalidade pela Presidência da República: art. 85, inc. IV; art. 34, inc. VII, *b*; art. 37, § 6º; e art. 103, inc. I, § 4º, da CF;
- sobre princípios das relações internacionais, direito à saúde, direito à cultura e direito dos índios: art. 4º, incs. VII e IX; art. 196; art. 198, inc. III; art. 215, § 1º; art. 216, incs. I e II, e art. 231 da CF;
- sobre dever comunicacional, intervenção do Estado na Economia e direitos fundamentais, art. 220, § 4º; art. 173; e art. 5º, *caput* e incs. IV, VI, VIII, IX, X, XI, XIV, XVI, XVII, LIV, XXVII, § 2º, da CF;
- art. 5º, § 2º, da CF c.c. os arts. 1º e 5º, *b*, Convenção pela Eliminação da Discriminação Racial, Decreto n. 65.810/69 e Protocolo facultativo

10

p. 311-312. Veja também: CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Direitos fundamentais e direito privado, Claus-Wilhelm Canaris, p. 349-356; DO VALE, André Rufino. Drittwirkung de direitos fundamentais e associações privadas, p. 368-385; e STEINMETZ, Wilson. Direitos fundamentais e relações entre particulares: anotações sobre a teoria dos imperativos de tutela, p. 205-215, todos na *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo: ESDC, jan./jun. 2005.

¹² Veja também: MOREIRA, Eduardo Ribeiro. A teoria das restrições dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: RT, ano 17, n. 69. out./dez. 2009, p. 86-109. Este autor se refere à impossibilidade de quebra de sigilo telefônico antes do advento da Lei n. 9.296/96, p. 98.

¹³ SILVA, 2009, p. 224-225.

com reconhecimento de competência de Comitê Internacional, Decreto n. 4.738/2003;

- art. 5º, § 2º, da CF c.c. a Convenção sobre as Pessoas Portadoras de Deficiência, Decreto n. 6.949/2009;
- art. 5º, § 2º, da CF c.c. a Convenção sobre direitos das crianças, Decreto n. 99.710/90 e Protocolo Facultativo relativo ao envolvimento de crianças em conflitos armados, Decreto n. 5.006/2004 c.c. a Declaração sobre a proteção de mulheres e crianças em conflitos armados;
- art. 5º, § 2º, da CF c.c. a Declaração sobre os princípios fundamentais de justiça para as vítimas de delitos e do abuso de poder, c.c. o Protocolo Adicional às Convenções de Genebra relativo à proteção de vítimas dos conflitos armados sem caráter internacional, de 1977;
- art. 5º, § 2º, da CF c.c. o art. 2º da Convenção sobre Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais de 2005 da UNESCO, Decreto n. 6.177/2007;
- art. 5º, § 2º, da CF c.c. os arts. 1.2, 7.1, 8.1, 14.1 e 15.1, Convenção n. 169 da OIT, Decreto n. 5.051/2004; c.c. o art. 24.1, Declaração dos direitos dos povos indígenas, Decreto n. 7.056/2009; c.c. a Medida Provisória n. 2.186, de 23 de agosto de 2001, com regulamentação do inciso II dos §§ 1º e 4º do art. 225 da CF, os arts. 1º; 8º, alínea j; 10, alínea c; 15 e 16, alíneas 3 e 4, da Convenção sobre Diversidade Biológica, Convenção da Biodiversidade;
- com estudo de direito comparado: art. 16, Constituição da Colômbia, e art. 19, Constituição da Argentina.

O art. 5º, inc. XLIII, da CF considera crime inafiançável o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, igualmente, a ação de grupos armados, inc. XLIV. O primeiro aludido artigo da Constituição Federal, em estudo dos debates constituintes,¹⁴ guarda relação com a preocupação com as integridades física e

¹⁴ Conforme solicitação realizada ao CEDI, Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados, e ao CORPI, Coordenação de Relacionamento, Pesquisa e Informação, foram localizadas 35 sugestões constituintes; o que sobreleva mencionar foi a aglutinação dos temas em sucessivas emendas, para inclusão de tipificações como o terrorismo na Constituição Federal. Havia anteprojeto do relator, de subcomissões, de comissões temáticas e de projetos de Constituição. Como sugestão de pesquisa, remanesce a Emenda n. 2.038 do “Centrão”, aprovada na votação n. 15, em 1º turno, e votação n. 753, em 2º turno. Como abaixo transcrito, duas subcomissões podem ser referidas como iniciais do relatório de 11.11.2010. Disponível em: <informa.cedi@camara.gov.br>:

“O tema do inciso foi tratado na Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias, Ib, art. 45, com a seguinte redação:

‘art. 45. A tortura, a qualquer título, é crime de lesa-humanidade, inafiançável e insusceptível de anistia e prescrição.

psíquica diante da tortura; ocorre que a proibição do comércio de drogas agrava justamente o que se criminaliza no mesmo artigo, tortura, aliciamento para o terrorismo e racismo pela subjugação cultural e econômica – há prática de racismo institucional por violação ao direito à segurança e o direito à igualdade aos serviços públicos, arts. 1º e 5º (b) da Convenção Internacional pela Eliminação da Discriminação Racial, vide Decretos Promulgadores, (art. 5º, § 2º, CF) e Lei n. 12.288/2010, Estatuto da Igualdade Racial.

Há um dever de proibição para proteção da saúde, há um dever de proteção à integridade das pessoas e há um dever de promoção da saúde (art. 196, CF), devendo o legislador ponderar em face das consequências sociais¹⁵ da norma proibitiva, com respeito aos direitos e garantias individuais, também do art. 5º, *caput* e incs. IV, VI, VIII, XI, XIV, XVI, XVII e LIV: segurança individual, opinião,¹⁶

12

§ 1º Considera-se tortura qualquer ato através do qual se inflige, intencionalmente, dor ou sofrimento físico, mental ou psicológico a uma pessoa, com o propósito de obter informação ou confissão, para puni-la ou constrangê-la, ou a terceiros, com o consentimento ou tolerância de autoridade pública ou de outrem investido oficial ou oficiosamente de autoridade.

§ 2º Tais crimes serão apurados e julgados por denúncia da própria vítima, de seus parentes ou representantes legais, ou por representação da sociedade civil junto ao Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana.

§ 3º A vítima terá direito a justa e adequada indenização, inclusive aos meios necessários à sua plena reabilitação.

§ 4º Em caso de morte, os dependentes ou herdeiros da vítima terão direito à indenização do Poder Público, assegurada a este ação de regresso contra os seus prepostos torturadores.

§ 5º Nos casos de tortura cometida por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, a estas incumbe a indenização.⁷

O tema do inciso também foi tratado na Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, Ic, Capítulo 1, art. 1º, VII, com a seguinte redação:

‘art. 1º São direitos e garantias individuais:

VII – a integridade física e mental e a existência digna; a tortura e o tráfico de tóxicos constituem crimes inafiançáveis e insuscetíveis de anistia, substituição ou suspensão da pena, ou livramento condicional, ou prescrição, na forma da lei.’”

A pesquisa dos debates constituintes, em perspectiva originalista, pode ser enriquecida com o conceito de Constituição Simbólica, de Marcelo Neves, o que remanesce como sugestão acadêmica.

¹⁵ O objetivo deste estudo consiste em apontar o conflito de direitos fundamentais e sua violação. Para além de uma discussão entre doutrinas apriorística e empírica do direito, o que importa dizer é que há o direito positivo e positivado, com aptidão de produzir efeitos e com efetividade, se há crise de legitimidade, ilegalismos, questão da eficácia social da norma, questão da sociologia do direito, para o problema de prognose e racionalização legislativas.

¹⁶ Como exortação, declaração de valor interpretativo, costume internacional, princípio implícito do regime democrático, cumpre referir a Declaração de 1948: “art. XIX – Todo homem tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui (sic) a liberdade, sem interferências, (...) procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”. Sobre o direito de informar, de se informar e de ser informado: SECLAENDER, Airton C. Leite. O direito de ser informado – base do paradigma moderno do direito de informação. *Revista de Direito Público*, n. 99, jul./set. 1991. Sobre o direito à informação do paciente portador de transtorno mental, livre acesso do paciente aos meios

crença, culto, consciência, liberdades de expressão,¹⁷ direito à informação,¹⁸ reunião,¹⁹ associação, devido processo legal, cátedra,²⁰ inviolabilidade de domicílio²¹ e cultura.

Os direitos da personalidade compreendem o direito ao nome, à identidade, à honra, à imagem, à intimidade, ao segredo, ao recato, à vida privada, às liberdades artística, literária, científica e de comunicação, à liberdade de pensamento, de consciência, de crença, ao direito de autor e à liberdade de expressão, art. 5º, incs. IV, VI, IX, X e XXVII da CF.

Sobre o direito fundamental à felicidade, sustenta Marcelo Souza Aguiar a seguinte noção:

(...) o evolver do direito à felicidade, no espaço público-institucional, somente ocorre em uma dimensão ética e comprometida com o projeto de felicidade alheio. Não se pode ser feliz em meio à infelicidade alheia – salvo a patologia do egoísmo, que contrasta com o princípio da solidariedade.²²

de comunicação, direito de receber informações sobre sua doença e tratamento, e acesso ao melhor tratamento consentâneo com sua necessidade: ARAÚJO, Alexandre Arnaut de. Poucas clínicas seguem rigorosamente a lei. *Revista Consultor Jurídico*, 23 de janeiro de 2010.

¹⁷ Sobre a liberdade de expressão cultural: “uma vivência plena dos valores do espírito humano em sua projeção criativa, em sua produção de objetos que revelem o sentido dessas projeções da vida do ser humano”. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, p. 258. Para jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, “STF”, em matéria de liberdade de expressão podem ser referidos: HC n. 83.125 e HC n. 83.966.

¹⁸ Sobre o direito à informação do paciente portador de transtorno mental, livre acesso do paciente aos meios de comunicação, direito de receber informações sobre sua doença e tratamento, e acesso ao melhor tratamento consentâneo com sua necessidade: ARAÚJO, 2010.

¹⁹ A Corte Interamericana dos Direitos Humanos considerou violado o direito de reunião de trabalhadores, no caso Baena Ricardo, Panamá, 2003. Para estudo histórico da liberdade de reunião no STF: ADI n. 1.969-5; RE n. 97.278-1; MS n. 20.219-0; RE n. 26.350 e RE n. 85.999.

²⁰ HC n. 40.910/PE do STF.

²¹ De acordo com Cristiano Ávila Maronna, no âmbito privado o uso de drogas ilegais não constitui crime, uma vez inexistente a expansibilidade do perigo potencial. “Isso porque a Lei n. 11.343/06 deixou de incriminar a conduta de utilizar local de que tem a propriedade, posse, guarda, etc. ou consentir que outrem dele se utilize para uso de drogas ilegais, prevista como crime equiparado ao tráfico de drogas na Lei n. 6.368/76 (art. 12, § 12, inciso II). Com isso, reconheceu a nova lei a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, que no Brasil possui assento constitucional (art. 5º, inciso X, da CF).” MARONNA, Cristiano Ávila. Em busca da racionalidade perdida. *Boletim IBCCRIM*, n. 189, ago. 2008. Leonardo Pereira Martins escreve sobre devido processo legal, inviolabilidade de domicílio e direito fundamental da personalidade, com base em estudo de interceptação sonora e referência ao BVerf, 1 BvR 2378/98 de 3/03/2004, sobre as distinções *Eingriff*, intervenção e *Ausgestaltung*, conformação. MARTINS, Leonardo Pereira. *Crime organizado, terrorismo e inviolabilidade de domicílio: sobre o controle de constitucionalidade de novas regras do direito processual alemão e sua relevância para a interpretação do art. 5º, XI da CF. RT/Fasc. Pen.*, ano 93, v. 824, jun. 2004, p. 401-437.

²² AGUIAR, Marcelo Souza. O direito à felicidade como direito humano fundamental. *Revista de Direito Social*. São Paulo: Notadez, v. 31, 2006. p. 113-114.

Antônio Chaves resenha Adriano de Cupis, do qual extrai que o “interesse público relativo à integridade física somente parece digno de proteção quando a mesma integridade constitua condição de convivência normal”.²³

E, sobre integridade física, afirma serem as finalidades curativas ou meramente estéticas da operação excludentes ao que se possa invocar por contrariedade aos bons costumes, à lei ou à ordem pública. “Tratando-se de operação de que não decorra diminuição permanente da integridade física, não há obstáculo à validade do consentimento: pode-se, pois, dispor validamente da própria integridade física, mediante consentimento à operação”.²⁴ O que se deve realçar são as finalidades curativas, meramente estéticas e a validade do consentimento.

Com relação às atividades do boxe, do karatê, da luta livre, quem participa do embate consente às lesões, ainda que procure evitá-las, não podendo ter por alheias à sua vontade. Denomina ainda Antônio Chaves autolesão o aborto provocado em si pela própria mulher.

Distingue entre capacidade de direito e capacidade de exercício Ana Carolina Brochado Teixeira, sobre o “necessário discernimento para práticas dos atos da vida civil”,²⁵ em estudo dos arts. 3º e 1.772 do Código Civil, com valorização da expressão da opinião da criança: art. 12 da Convenção Internacional dos direitos das crianças, de 1989.

14

Refere o caso do juiz alemão Daniel Paul Schreber, quando em 1902 a Corte de Apelação suspendeu a interdição, concluindo-se a doença mental não comprometer a capacidade civil. Em “parâmetro personalista”,²⁶ entende dever ser preservada a autonomia com inclusão social, seja no que se refere à prática de negócios jurídicos, seja no que se refere às decisões relativas aos aspectos existenciais de si próprio.²⁷ Escreve sobre liberdade responsável, atrela autodeterminação à dignidade e conceitua:

“Discernimento significa possibilidade de exercer escolhas de forma responsável, apresentando condições psíquicas de arcar com as consequências dos seus atos”.²⁸ Sobre teoria do discernimento, cabe mencionar o estudo Menores e Loucos em Direito Criminal, de Tobias Barreto.²⁹

²³ CHAVES, Antônio. Direitos de personalidade. Direitos à vida, ao próprio corpo e às partes do mesmo (transplantes) – esterilização e operações cirúrgicas para “mudança de sexo” – direito ao cadáver e às partes do mesmo. *Justitia*, v. 98, 1977.

²⁴ Id.

²⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Integridade psíquica e capacidade de exercício. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 9, n. 33, jan./mar. 2008. p. 8.

²⁶ *Ibid.*, p. 32.

²⁷ *Ibid.*, p. 19.

²⁸ *Ibid.*, p. 17.

²⁹ BARRETO, Tobias. Menores e loucos em direito criminal. *História do direito brasileiro*. Brasília: Senado Federal, 2003.

A Lei n. 11.343/2006 estabelece por princípio o respeito à autonomia e à liberdade, no art. 4º, inc. I. Esta lei prevê a redução da vulnerabilidade, no art. 5º, inc. I, consistindo atividades de prevenção do uso indevido de drogas, as re-dutoras dos fatores de vulnerabilidade e risco, art. 18.

Conforme o art. 19, inc. VI, da Lei n. 11.343/2006, o retardamento do uso e a redução de riscos são tidos como resultados desejáveis da atividade preventiva do uso indevido de drogas.

Há política nacional do Ministério da Saúde de atenção integral a usuários de álcool e outras drogas, e as Portarias ns. 1.028/2005 MS/GM e 1.190/2009 MS/GM (Plano Emergencial de Ampliação do Acesso ao Tratamento e Prevenção em álcool e outras drogas no SUS) estabelecem medidas de redução de danos.

Há lei de saúde mental, Lei n. 10.216/2004, inclusive para população indígena, por meio da Portaria n. 2.759/2007 MS, com diretrizes para atenção integral à saúde mental dos povos indígenas.

O Decreto n. 6.117/2007 dispõe sobre redução de uso indevido de álcool e associação com violência e criminalidade, o Decreto n. 2.018/96 regulamenta a propaganda de fumígenos,³⁰ bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e agrotóxicos, o Decreto n. 7.053/2009 institui a política nacional para a população em situação de rua com Comitê Intersetorial de Acompanhamento e o Decreto n.

³⁰ Em matéria de fumígenos, cabe reportar a Comissão Nacional para o Controle do uso do Tabaco de 1999, Decreto n. 3.136, e, em 2003, a Comissão Nacional para Implementação da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco e de seus Protocolos (CONICQ), Decreto n. 5.658/2006. Deve ser mencionado o art. 5º, letra *b*, desta Convenção, para implementação de medidas legislativas e administrativas. Igual menção deve ser feita à Lei Federal n. 9.294/96, à Portaria GM/MS n. 2.169/94 e ao art. 28 da CLT: “São deveres dos estivadores: (...) não andar armado, não fumar no recinto do trabalho nem fazer uso de álcool durante o serviço”. CAETANO, Flávio Croce; FIGUEIREDO, Marcelo; GALINDO, Auria Belo. *Consulta à ACT – Aliança de controle do tabagismo*, 2007. Deve ser mencionado o art. 6º da Lei de Fumígenos do Estado de São Paulo, Lei n. 13.541:

“Art. 6º Esta lei não se aplica:

I – aos locais de culto religioso em que o uso de produto fumígeno faça parte do ritual;

II – às instituições de tratamento da saúde que tenham pacientes autorizados a fumar pelo médico que os assista;

III – às vias públicas e aos espaços ao ar livre;

IV – às residências;

V – aos estabelecimentos específica e exclusivamente destinados ao consumo no próprio local de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou de qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, desde que essa condição esteja anunciada, de forma clara, na respectiva entrada.

Parágrafo único – Nos locais indicados nos incisos I, II e V deste artigo deverão ser adotadas condições de isolamento, ventilação ou exaustão do ar que impeçam a contaminação de ambientes protegidos por esta lei.”

7.179/2010 c.c. a MP n. 498/2010 institui o Plano Integrado de Enfrentamento ao Crack³¹ e outras Drogas com Comitê Gestor.

Foram criados CAPSad 24 horas, Casas de Acolhimento Transitório, Programas de Educação para o Trabalho, Núcleo de Apoio à Saúde da Família e consultórios de rua, com regulamentação dos serviços hospitalares de referência para álcool e outras drogas, Portaria MS n. 2.842/2010.

Sobre a limitação temporal do comércio de bebidas alcoólicas, o STF decidiu na SS n. 2.182/DF, em 15 de fevereiro de 2003, Rel. Min. Marco Aurélio: “Regular-se a venda de bebida alcoólica a certo horário, sob motivação de pretender-se evitar a criminalidade, é passo demasiadamente largo, que não se coaduna com o Estado de Direito, no qual predomina a liberdade”.

A embriaguez pode ser classificada em: forma comum, com as fases de excitação, ebbriedade e pré-coma; forma comatosa; forma convulsiva; forma alucinatória; forma delirante e forma maníaca.³²

A embriaguez também pode ser classificada em: acidental, culposa, completa, plena, completa proveniente de caso fortuito, completa proveniente de força maior, deliberada, voluntária, procurada, habitual, inveterada, fortuita, incipiente, incompleta, letárgica, comatosa, patológica e preordenada.³³

Há a embriaguez indígena, em que os excessos de cauim circunscrevem-se em rituais,³⁴ com fermentação realizada pelas mulheres do Caxiri para o Turé, e há o consumo inadequado, contexto de desunião e brigas com bebidas compradas na cidade.³⁵ Na história antiga, o “significado de simpósio é simplesmente ‘beber juntos’”.³⁶

³¹ O crack resulta da proibição do comércio de cocaína, nesse sentido: <<http://coletivodar.wordpress.com/2010/10/14/entrevista-exclusiva-pedro-gabriel-delgado-fala-sobre-crack/>>. O Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq/MCT) conta com o Edital n. 41/2010 para pesquisas no tema.

³² FRANÇA, R. Limongi. *Enciclopédia Saraiva do direito*. Edição Comemorativa do Sesquicentenário da Fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil, n. 31, São Paulo: Saraiva, 1979. p. 95-96.

³³ *Ibid.*, p. 100-102.

³⁴ Existem as noções do cauim doce, como alimento, e do cauim azedo, mais alcoólico, “ingerido em ‘excesso’ e de ‘barriga vazia’”. SZUTTMAN, Renato. Cauim, substância e efeito: sobre o consumo de bebidas fermentadas entre os ameríndios. In: LABATE, Beatriz Caiuby; GOULART, Sandra; FIORE, Maurício; MACRAE, Edward; CARNEIRO, Henrique (Org.). *Drogas e cultura: novas perspectivas*. Salvador: Edufba e Fapesp, 2008. p. 226. A discussão em ciências humanas, além de reforçar os aspectos simbólicos, para além do constatável farmacologicamente, aponta para a importância do contexto de uso, da pauta de comportamento, do padrão de consumo e do controle social.

³⁵ Entre os Uaçá há “noção culturalmente construída de quantidade, de situações e espaços adequados para beber, de atitudes que podem ser tomadas e outras que devem ser evitadas”. DIAS, Laércio Fidelis. Usos e abusos de bebidas alcoólicas segundo os povos indígenas do Uaçá. In: LABATE, Beatriz Caiuby; GOULART, Sandra; FIORE, Maurício; MACRAE, Edward; CARNEIRO, Henrique (Org.). *Drogas e cultura: novas perspectivas*. Salvador: Edufba e Fapesp, 2008. p. 214.

³⁶ CARNEIRO, Henrique. *Bebida, abstinência e temperança na história antiga e moderna*. São Paulo: Senac, 2010. p. 36.

No Livro VII, de *Ética a Nicômano*, de Aristóteles, sobre a embriaguez, podem ser referidas as disposições morais da incontinência e da bestialidade. Relaciona-se moderação com continência dos desejos e menciona-se o discernimento, inclusive para ações incontinentes. “É claro, então, que podemos considerar que as pessoas incontinentes estão numa condição idêntica à das pessoas adormecidas, loucas ou embriagadas.”³⁷

Sobre o Exame Toxicológico para concursos públicos, deve-se considerá-lo admissível somente se houver correlação lógica do fator de discrimen para aferição de específica capacidade relacionada com a função pública, de outro modo deve ser interpretado como invasão de privacidade, e, em caso de dependência, como o do alcoolista, o caso é de licença para tratamento, e não justa causa ou dispensa a bem do serviço público.

Como lançado por Marcelo Figueiredo, em matéria de proibidade administrativa, sobre o fato da conduta da vida privada de servidores poder influenciar nos cargos públicos com causa de demissão, em França:

(...) o professor primário que foi demitido por ter começado a beber em função de decepção amorosa em uma cidade onde lecionava. Assevera, contudo, que o professor não se apresentava alcoolizado em sala de aula. Todavia, o aludido Conselho (sic de Estado) entendeu como presente a figura do *mauvaise influence*, exonerando-o.³⁸

17

Refere também o caso *Trottoir*, sobre moralidade pública, HC n. 59.518, STF.³⁹

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 3ª Turma, Ap. Cível n. 478.166-PR, determinou à União a rotulagem de todas as bebidas alcoólicas produzidas ou comercializadas no território nacional e o alerta em expressão gráfica de que “o álcool pode causar dependência e em excesso é prejudicial à saúde”, bem como exigiu da ABRABE (Associação Brasileira de Bebidas) a expedir essa informação a seus associados.⁴⁰

A Lei n. 12.258/2006 do estado de São Paulo definiu os direitos fundamentais dos dependentes, a exemplo da garantia de não exclusão de escolas, centros esportivos e acesso a tratamentos que respeitem sua dignidade, permitindo sua reinserção social e garantia de vacinação contra hepatite B.

³⁷ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômano*. Tradução de Mário da Gama Kury. 4. ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2001. p. 133.

³⁸ FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na Constituição*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 54.

³⁹ *Ibid.*, p. 36.

⁴⁰ FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. Caderno de Soluções Constitucionais, Coleção Soluções Constitucionais, Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 298.

A convivência, alimentação no horário, redução da compulsão/descontrole, retardamento do prazer, prevenção de transmissão de doenças, diminuição do comportamento de risco, e superação do prejuízo/dificuldade em honrar compromissos são medidas de redução de danos. A Lei n. 12.637/2007 do estado de São Paulo determina a instalação de bebedouros de água potável, em local visível, nas danceterias e casas noturnas.

Foram criadas, em 2002, pelas Portarias ns. 189 e 336 do Ministério da Saúde os Centros de Atenção Psicossocial para atendimento de crianças e adolescentes (CAPSi) e para portadores de transtornos em decorrência do uso e da dependência de substâncias psicoativas (CAPSad).⁴¹

O DIREITO PENAL SIMBÓLICO E OS DIREITOS DOS USUÁRIOS DE ÁLCOOL E FÁRMACOS

Marcelo Neves conceitua legislação simbólica como produção de textos com referência normativo-jurídica, porém com finalidades não especificamente normativo-jurídicas.⁴² A legislação simbólica pode ser caracterizada por: confirmação de valores sociais; demonstração de capacidade de ação do Estado; e adiamento da solução de conflitos sociais através de “compromissos dilatórios”.⁴³

Em comentário à lei seca dos Estados Unidos, afirma a legislação simbólica destinar-se à afirmação de valores sociais como meio de diferenciar grupos e respectivos interesses.⁴⁴

Marcelo Neves refere-se à tese de Gusfield em não haver preocupação com a eficácia instrumental da lei, mas, sim, por meio da legislação em adquirir maior respeito social e símbolo de *status*. A vitória legislativa teria funcionado simbolicamente como “ato de deferência para os vitoriosos e de degradação para os perdedores” no conflito entre protestantes/nativos e católicos/imigrantes, “sendo irrelevantes os seus efeitos instrumentais”.⁴⁵

Refere-se igualmente à reação simbólica por conta de pressão pública por reformas legislativas no Direito Penal para atitudes estatais mais drásticas contra determinados crimes.⁴⁶

Acerca do Direito Penal simbólico, Alberto Toron também consignou tratar-se de reação social simbólica a encobrir os fatores sociais criminógenos, ao se

⁴¹ ARANTES, Esther Maria de Magalhães. Pensando a psicologia aplicada à justiça. In: GONÇALVES, Hebe Signorini; BRANDÃO, Eduardo Ponte (Coord.). *Psicologia jurídica no Brasil*. Rio de Janeiro: Nau, 2008. p. 41.

⁴² NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 32.

⁴³ *Ibid.*, p. 34.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 36.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 35.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 38.

incrementarem os mecanismos de repressão, produz-se a falsa imagem de que o reforço do poder repressivo consiste na resposta adequada ao delito, não do crime corresponder a fatores sociais a que se deve fazer frente com políticas sociais, não restando outra saída que “la reacción social-institucional enérgica”.⁴⁷

Sobre o Direito Penal como meio de autoengano, escreve Theodomiro Dias Neto. Menciona a expressão “política como espetáculo” de Alessandro Baratta e a legislação penal como tecnologia de poder em que se barganha ilusão de segurança por voto, em uma relação teatral entre ator e público formada entre político e cidadão, sem deixar de mencionar a demanda punitiva.

Produzindo leis, aumentando penas, restringindo garantias, o sistema se mostra em sintonia com a demanda punitiva da sociedade e se desonera do peso de sua incapacidade de afrontar o problema. Nada contra que se discuta ‘maioridade penal’. Não há temas proibidos na democracia. Impressiona, contudo, a forma como a sociedade se vale do direito penal para se distanciar de seus conflitos, relegando-os à instância policial. (...) O discurso sobre os conflitos sociais deforma-se em discurso sobre a criminalidade.⁴⁸

De Leonardo Sica recolhe-se ser o fracasso das políticas governamentais na área social o fato de o Estado atribuir à norma penal papel ampliado, como forma de se restabelecer a confiança institucional.⁴⁹

A advogada e mestrandia Michele Cia sustenta a inconstitucionalidade do Direito Penal simbólico, afirmando o Direito Penal possuir menos custos de implantação que outros mecanismos jurídico-administrativos. Os efeitos sobre a opinião pública são de efeito em curto e médio prazo, garantindo a confiança da população no funcionamento do ordenamento jurídico. A eficiência do Direito Penal simbólico incide “no âmbito psicológico-social dos sentimentos de insegurança”.⁵⁰

O propósito do legislador consiste em forjar boas impressões na população.⁵¹ Comenta a criação das leis de tortura e remédios falsificados.⁵²

⁴⁷ TORON, Alberto Zacharias. *Crimes hediondos. O mito da repressão penal. Um estudo sobre o recente percurso da legislação brasileira e as teorias da pena*. São Paulo: RT, 1996. p. 93.

⁴⁸ DIAS NETO, Theodomiro. O direito penal como meio de autoengano. *Tendências e Debates. Folha de S. Paulo*. São Paulo, 15 de dezembro de 2003.

⁴⁹ SICA, Leonardo. O caráter simbólico da intervenção penal na ordem econômica. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo: RT, Nova Série, ano 1, n. 2, jul./dez., 1998. p. 110.

⁵⁰ CIA, Michele. Simbolismo penal. In: BORGES, Paulo César Côrrea (Coord.). *O princípio da igualdade na perspectiva penal*. Temas atuais. São Paulo: Unesp, 2007. p. 21.

⁵¹ Id.

⁵² São tidos como exemplos de leis penais simbólicas a Lei de Tortura, depois de imagens de tortura filmadas, Lei n. 9.455/97, e a Lei n. 9.677/98, após divulgação de escândalo de remédios falsificados, com elevação à categoria de hediondos com a Lei n. 9.695/98 (GOMES; BIANCHINI, 2002, p. 105-106, 110-111; AMARAL, 2003, p. 155 apud CIA, 2007, p. 25). CIA, 2007, p. 25.

Para os efeitos do Direito Penal simbólico elenca: a satisfação de necessidade social diante de problema não solucionado; demonstração de Estado forte; apaziguamento de reações emocionais; manifestação de vigência de opção ética; disseminação de sentimento de segurança infundado; demonstração de força coativa do poder público com ocultação da ausência de instrumentos de intervenção social eficazes; e demonstração de rapidez do legislador.⁵³

Implementa-se estratégia desenvolvida por meio de ações a pessoas que não conseguem ou não querem interromper o uso de álcool e drogas. Há distinção entre drogas leves e pesadas, em outros países. Como prática preventiva à hepatite e à AIDS, entre usuários de drogas injetáveis, relatam-se medidas de redução de danos na década de 80, na Europa, na Austrália e nos Estados Unidos, e prescrição médica de opiáceos e receita controlada a dependentes destas drogas em 1926, na Inglaterra.⁵⁴

Tarcísio Mattos de Andrade afirma não ser conceito de consenso:

trata-se de ações que visam minimizar riscos e danos de natureza biológica, psicossocial e econômica provocados ou secundários ao uso/abuso de drogas sem necessariamente requerer a redução de consumo de tais substâncias. Tais ações se orientam por três princípios básicos: o pragmatismo, a tolerância e a diversidade.⁵⁵

20

Afirma se tratar de serviço de educação para autocuidados com a saúde, a inclusão, entre passageiros, de motorista que não beba e possa dirigir com segurança, o uso de cinto de segurança e o uso de adesivos de nicotina, orientação que pode ser realizada por meio de agentes comunitários de saúde, o que é um princípio constitucional da saúde: a participação. Propicia condição segura e protegida de uso, com medidas sanitárias, de biossegurança, terapias de manutenção ou substituição, com programa de troca de seringas, evitando a contaminação, o cometimento de crimes para sustentação do vício, preservando-se a autonomia do paciente, direito do paciente a tratamento consentâneo com sua dignidade, questão de bioética, dever do médico,⁵⁶ à opção menos dolorosa, com inclusão social.

⁵³ CIA, 2007, p. 26.

⁵⁴ ANDRADE, Tarcísio Mattos. Redução de danos: um novo paradigma? In: TAVARES, Luiz Alberto (Coord.). *Drogas: tempos, lugares e olhares sobre seu consumo*. Salvador: Edufba, Cetad/UFBA, 2004.

⁵⁵ ANDRADE, 2004, p. 87.

⁵⁶ “Resolução CFM n. 1931/09 (...) É vedado ao médico: art. 22. Deixar de obter consentimento de paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte. art. 23. Tratar o ser humano sem civilidade ou consideração, desrespeitar sua dignidade ou discriminá-lo de qualquer forma ou sob qualquer pretexto. Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo. art. 25. Deixar de denunciar prática de tortura ou de procedimentos degradantes, desumanos ou cruéis, praticá-los, bem como ser conivente com quem as realize ou fornecer meios, instrumentos, substâncias

Segundo estudo da UFRJ e UNB,⁵⁷ reconhece-se na OMS, a redução de danos⁵⁸ como medida eficaz de prevenção, recomenda-se, pela UNAIDS, e relata-se o dissenso entre os países na Sessão Especial da Assembleia Geral da ONU, em 2008. Refere-se o art. 3º, item 4, letra *a* da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988, Decreto n. 154/91, sobre proporcionalidade das sanções.

Este estudo pervaga as Convenções de 1961, 1971⁵⁹ e 1988, a noção de responsabilidade compartilhada entre países e a supremacia dos tratados internacionais de direitos humanos sobre as convenções internacionais de controle penal de drogas, diante da superlotação de prisões com pequenos traficantes pobres, com opção de descriminalização de quantidades definidas em lei, esclarecendo a composição da Comissão sobre Entorpecentes, órgão diretor do Escritório das Nações Unidas para Drogas e Crime, ter sido estabelecida pelo Conselho Econômico e Social, havendo Junta Internacional de Fiscalização de Entorpecentes.

(...) pode-se dizer que o sistema das Nações Unidas se sustenta nos seguintes pontos: (i) é um modelo uniforme de controle que submete as substâncias proibidas a um regime internacional de interdição, sendo o seu uso terapêutico bastante restrito; (ii) defende-se a criminalização do uso e do comércio, com opção primordial pela pena de prisão; (iii) o tratamento e a prevenção ao uso de drogas ilícitas não é priorizado; (iv) rejeição de alternativas, dentre elas as medidas de redução de danos, como a troca de seringas; (v) não reconhecimento de direitos das comunidades e povos indígenas em relação ao uso de produtos tradicionais, como a folha de coca, diante da meta de erradicação das plantações e da cultura tradicional.⁶⁰

Da dogmática penal, inferem-se as teorias do risco permitido e do perigo proibido.⁶¹ Há o princípio do respeito às autonomias culturais e opção pela

ou conhecimentos que as facilitem. (...) art. 28. Desrespeitar o interesse e a integridade do paciente em qualquer instituição na qual esteja recolhido, independentemente da própria vontade.” Disponível em: <www.cremerj.org.br/downloads/241.PDF>. Acesso em: 25 ago. 2010.

⁵⁷ RODRIGUES, Luciana Boiteux; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas; JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano (Colaborador). Série Pensando o Direito. Sumário Executivo Relatório de Pesquisa “Tráfico de Drogas e Constituição. Um estudo jurídico-social do art. 33 da Lei de Drogas diante dos princípios constitucionais-penais”. Brasília/Rio de Janeiro: UnB/UFRJ, jul. 2009. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/>>.

⁵⁸ Oportuna é a indagação do alcance e sentido do art. 12-2 *c* – obrigação internacional do Estado de medidas assecuratórias de prevenção e tratamento de doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras – do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 1999.

⁵⁹ Decreto n. 78.992/76.

⁶⁰ RODRIGUES et al., 2009, p. 22.

⁶¹ Para a noção de perigo como proximidade do dano, *vide*: MARQUES, Daniela de Freitas. *Sistema jurídico-penal do perigo proibido e do risco permitido*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 13, 23 e 276.

descriminalização: “o princípio do respeito às autonomias culturais traduz-se na impossibilidade de se criminalizar condutas aceitas socialmente, em culturas minoritárias. Em outras palavras, a lei penal não deve incluir proibições que violentem aquilo que é culturalmente aceito”.⁶²

Damásio expõe propostas de descriminalização, não devendo ser penalizados:

comportamentos que, dentro de diversos grupos da comunidade, recebem diferente tratamento moral; (...) condutas em relação às quais a ameaça penal se mostra inoperante; (...) condutas que só são praticadas em casos de desequilíbrio psíquico ou moral; condutas que a maioria da população não considera reprovável.

Concluindo por descriminalização de: anúncio de meio anticoncepcional, adultério,⁶³ vadiagem, mendicância, toxicomania, dentre outros.⁶⁴ A mendicância foi descriminalizada pela Lei n. 11.983/2009⁶⁵ e há proposta de cadastramento dos flanelinhas, conforme requisitos de ficha limpa da Lei n. 6.242/75.⁶⁶

Há a noção de que a autolesão não constitui ofensa a terceiros ou não representa um perigo para a saúde pública. No México, o porte do fármaco dependente havia sido despenalizado e recentemente editou-se lei com critérios mais objetivos para a descriminalização do usuário. Os sofrimentos psíquicos tanto do usuário em situação de dependência, quanto da mulher que aborta, afora os danos físicos com risco de morte, já são uma pena, casos de descriminalização e perdão judicial.

22

As Cortes Constitucionais já decidiram sobre o usuário: livre desenvolvimento da personalidade, contanto que não prejudique o entorno familiar e social (Colômbia),⁶⁷ liberdade – esfera constitucional da vida privada e intimidade (Argentina),⁶⁸ e julgou-se que o legislador não dispunha de informações científicas aptas à liberação do consumo⁶⁹ (Alemanha). Luciana Boiteux de Figueiredo

⁶² CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2. ed. revista da tradução. São Paulo: RT, 2002. p. 163.

⁶³ A Lei n. 11.106/2005 descriminaliza o adultério. Veja também: ICIZUKA, Abílio de Castro; ABDALLAH, Rhamicce Ibrahim Ali Ahmad. A trajetória da descriminalização do adultério no direito brasileiro: uma análise à luz das transformações sociais e da política jurídica. *Revista Eletrônica Direito e Política*. Itajaí, v. 2, n. 3, 3º quadrimestre, 2007. Disponível em: <<http://www.univali.br/direitoepolitica>>. Acesso em: 3 jan. 2011.

⁶⁴ DAMÁSIO, E. de Jesus. Descriminalização. *Revista Informação Legislativa*, ano 15, n. 59, jul./set. 1978. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 26 out. 2010.

⁶⁵ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Mendicância: revogação e repercussões no direito penal e processo penal. *Carta Forense*, fev. 2010.

⁶⁶ BRANDALISE, Vitor Hugo; MACHADO, Renato. Promotoria quer regularizar flanelinha. *Jornal o Estado de S. Paulo*, dia 21 de julho de 2010.

⁶⁷ Disponível em: <http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/Decisao_Colombia.pdf>.

⁶⁸ Disponível em: <<http://edant.clarin.com/diario/2009/08/25/um/marihuana.pdf>>.

⁶⁹ Conforme voto do Min. Gilmar Mendes, STF, na ADI n. 3.112/DF, na p. 471, sobre o controle de constitucionalidade de leis penais em referência à jurisprudência alemã, BVerfGE 90, 145.

Rodrigues afirma a postura da Procuradoria, na Alemanha, pela não punibilidade do uso pessoal de pequena quantidade na ausência de danos às outras pessoas.⁷⁰

Já houve descriminalização judicial no Brasil, por considerar a esfera constitucional da liberdade autonomia moral do indivíduo e violação da isonomia por serem álcool e tabaco comercializados (Apelações Criminais ns. 01113563.3/0-0000-000 e 993.07.126537-3, Relatoria de José Henrique Rodrigues Torres, TJ-SP). Mais decisões podem ser referidas: Processo n. 4.851, 8ª Vara Criminal, RJ, 31 de maio de 1988 e Conselho Permanente de Justiça para o Exército da 2ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar – Processo n. 17/95-5, em 07 de agosto de 1996.⁷¹

Sobre o uso indevido de remédio, pode ser referida decisão absolutória, AC n. 59.231, Rel. Dínio Garcia, TJ-SP de 1973.⁷² Outras decisões já haviam descriminalizado o cloreto de etila, por ter sido classificado como insumo químico e retirado de lista da Agência Nacional de Vigilância Sanitária.⁷³ O STF decidiu e aplicou a lei civil para militar denunciado por três cigarros de *Cannabis*, a operar efeitos de desprisionalização, no HC n. 92.961.⁷⁴

Mireille Delmas-Marty leciona, conforme relatório do Conselho da Europa, tratar-se a descriminalização *de jure* o “reconhecimento de um direito legítimo a um modo de vida que era anteriormente contrário à lei”, referindo a “política de tolerância” e a “política de resignação” em face dos crimes de poder econômico.⁷⁵

A Justiça Terapêutica, conforme James M. Cooper, tem por definição o estudo do impacto da lei na vida emocional e no bem-estar psíquico do cidadão, com vista à autodeterminação, pois a participação no processo é considerada terapêutica, daí a importância do direito de voz, “the voice a patienthas concerning

⁷⁰ Em referência ao artigo de Owen Davies. *Has Germany decriminalized Cannabis?* Disponível em: <<http://www.drugtext.org/cannabis-marijuana-hashisch/nas-germany-descriminalised-cannabis.html>>. É o que sustenta a autora: RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. Orientador Prof. Dr. Sergio Salomão Schecaira. Tese (Doutorado), USP, 2006. p. 108-109. Há notícia sobre a situação no país, Der Spiegel, 24.05.2010, *Berlin, na Alemanha, deve flexibilizar as leis de porte de maconha*: Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/midiaglobal/der Spiegel/2010/05/24/berlim-na-alemanha-deve-flexibilizar-as-leis-de-porte-da-maconha.jhtm>>, em que se afirma que na Holanda os indivíduos têm direito de posse de apenas 5 gramas sem risco de processo, na Bélgica, 3 gramas, enquanto, na República Tcheca, permite-se aos indivíduos plantarem *Cannabis* ou carregarem até 20 cigarros de maconha.

⁷¹ Disponível em: <<http://www.leapbrasil.com.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 14 dez. 2010.

⁷² GOMES, Geraldo. *Drogas – breves anotações, narcóticos, anestésicos, alucinógenos, hipnóticos, sedativos e excitativos*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, ano 5, n. 19. jul./set. 1997.

⁷³ HC n. 94.397 do STF.

⁷⁴ Decisão análoga pode ser referida no HC n. 90.125 do STF.

⁷⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. Barueri: Manole, 2004. p. 395.

his or her treatment”,⁷⁶ em artigo no qual relaciona Justiça Terapêutica com o direito internacional, a exemplo do direito de voz de associações civis em organizações internacionais.⁷⁷

A relação homoafetiva foi considerada crime de perigo à subsistência da espécie humana⁷⁸ no século XIX, depois catalogado internacionalmente como doença até 1990, e hoje se considera direito da personalidade, direito humano à livre orientação sexual. O Tribunal Europeu considerou desproporcionais as consequências do processo penal para proteger a moral, incompatível a incriminação penal da relação homoafetiva com o princípio do respeito da vida privada, art. 8º, CESDH.⁷⁹ O Tribunal Constitucional da Espanha, em 1994,⁸⁰ concedeu pensão de seguridade social, “pensión de viudedad”, considerando a família como realidade social, união de fato, estável, afetiva, de casal, como exercício da liberdade nupcial, e há referência à ST n. 53/85, sobre “autodeterminación, consciente y responsable de la propia vida”.⁸¹

Em analogia à descriminalização da relação homoafetiva, com estatuto de cidadania e associações civis de defesa de direitos, propõe-se estatuto de cidadania, com direito de associação aos usuários⁸² de álcool e fármacos, com respeito

⁷⁶ COOPER, James M. *State of the Nation: therapeutic jurisprudence and the evolution of the right of self-determination in international law*. Behavioral Sciences and the Law, n. 17, 1999, John Wiley & Sons, p. 608.

⁷⁷ Pode-se referir estudo: NADER, Lucia. O papel das ONGs no Conselho de Direitos Humanos da ONU, *Revista Sur*, n. 7. Disponível em: <http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo7.php?artigo=7,port,artigo_nader.htm>. Acesso em: 25 ago. 2010.

⁷⁸ Feuerbach sustentava a necessidade de criminalização da homossexualidade “porque ponía en peligro la subsistencia de la especie humana”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La legislación ‘anti-droga’ latinoamericana: sus componentes de derecho penal autoritario. Fascículos de Ciências Penais. *Drogas, abordagem interdisciplinar*. Porto Alegre/RS: Sergio Antonio Fabris, ano 3, v. 3, n. 2, abr./jun. 1990. p. 21.

⁷⁹ DELMAS-MARTY, 2004, p. 398.

⁸⁰ BEAMONTE, José Ramón de Verda y. Principio de libre desarrollo de la personalidad y ius conubii (A propósito del Auto del Tribunal Constitucional 222/1994). *Revista de Derecho Privado*. EDERSA, Editoriales de Derecho Reunidas, octubre, 1998, p. 683-736.

⁸¹ Id.

⁸² “(...) it is the right to non-discrimination that constitutes the fundamental element of the right to health” LECOMTE, Jocelin; MERCIER, Céline. *The WHO Atlas on global resources for persons with intellectual disabilities: a right to health perspective*. Salud Pública de México, v. 50 suppl. 2 Cuernava, 2008. Disponível em: <www.scielosp.org>. Acesso em: 25 ago. 2010. Para conhecimento, Associação Internacional de Redução de Danos (IHRA): <<http://www.ihra.net/Assets/1544/1/Buildingconsensus.pdf>>. Para os direitos dos usuários, pode ser mencionada declaração de Vancouver, 2006, sobre cultura de inclusão e participação ativa, Declaração dos ativistas internacionais que usam drogas: “tratamento, assistência médica apropriada para o uso de substâncias; acesso regulado às drogas de qualidade farmacêutica que necessitam; disponibilidade de equipamentos seguros, incluindo seringas e pipas assim como instalações para seu descarte seguro; informação atualizada e honesta sobre as drogas e seus usos, incluindo instalações para o consumo seguro que são necessárias para muitos deles”. Para iniciativas para a

à autonomia, ao direito à saúde sem discriminação, acesso universal a tratamento de adesão voluntária,⁸³⁻⁸⁴ com protocolo de atendimento a usuários no SUS, com equipe multiprofissional e agentes comunitários de saúde, para além do que prevê a Portaria MS n. 2.842/2010, e análise de responsabilidade em situação concreta de perigo de dano, para não haver aplicação de Direito Penal do autor.

paz: <www.druguserpeaceinitiative.org/> e <<http://stopthedrugwar.org/>>. Paula Goltzman, com suporte em Eduardo Menéndez, refere-se à proteção contra o tratamento cruel ou degradante, contra abusos e violações nos centros de tratamento, como trabalho forçado, a prescrição excessiva de psicofármacos ou ausência de medicação substitutiva, à prevenção, o direito à participação e à liberdade de associação e organização coletiva, concebendo a prevenção como construção de espaço saudável ou como abertura de alternativas e capacidade de apropriação dos próprios atos e seus efeitos. GOLTZMAN, Paula. *Impacto de las políticas de drogas en la situación sociosanitaria de los usuarios de drogas*, modulo de curso on-line Política de Drogas, VIH y Derechos Humanos, <<http://punto.latintraining.com/>>. Há postura pela aplicação de medidas de redução de danos para populações confinadas e atuação de Rede Americana de Intervenção em situações de sofrimento social, RAISSS. Para experiência de associação de usuários do serviço público de saúde mental de CAPS, Centro de Atenção Psicossocial, RODRIGUES, Jeferson; BROGNOLI, Felipe Faria; SPRICIGO, Jonas Salomão, Associação dos usuários de um Centro de Atenção Psicossocial: desvelando sua significação, UFSC, *Texto & Contexto Enfermagem*, abr./jun., ano 15, n. 2. Associações internacionais podem ser mencionadas: Woodrow Wilson International Center for Scholars, Latin American Program, disponível em <<http://scela.wordpress.com/>>; Transnational Institute, <www.tni.org/>; e associações nacionais podem ser mencionadas: <www.vivario.org.br/>; <www.comunidadessegura.org/>; <www.drogasedemocracia.org.br/>; <www.koinonia.org.br/>; Rede Brasileira de Redução de danos, <www.abordabrasil.org/>; Centro de Estudos e Terapia do Abuso de Drogas, Universidade Federal da Bahia, <<http://www.cetad.ufba.br/>>; e <www.psicotropicus.org/>. Cumpre transcrever os arts. 20 e 21 da Lei n. 11.343/2006: “Constituem atividades de atenção ao usuário e dependente de drogas e respectivos familiares, para efeito desta Lei, aquelas que visem à melhoria da qualidade de vida e à redução dos riscos e dos danos associados ao uso de drogas”; “Constituem atividades de reinserção social do usuário ou do dependente de drogas e respectivos familiares, para efeito desta Lei, aquelas direcionadas para sua integração ou reintegração em redes sociais”.

⁸³ “tratamento voluntário, atendimento especializado, interação com escola, família e religião, atenção integral e respeito aos direitos humanos” Bo Mathiesen, In: DOMINGUEZ, Bruno. Reportagem. *Quebra-cabeça. Em debate povoado de questões, escolher as peças para se montar uma política equilibrada com foco na saúde é desafio*. Radis. Comunicação e Saúde, n. 101, janeiro de 2011. Disponível em: <<http://www.ensp.fiocruz.br/radis/>>. Acesso em: 5 jan. 2011, p. 15.

⁸⁴ Questão a remanescer é o valor de interpretação, do costume internacional, da Recomendação da OMS para o Brasil de adesão voluntária ao tratamento. Juízes reclamam de enviar adolescentes para internação por falta de alternativas para execução de medidas socioeducativas. Há questionamento quanto ao rigor excessivo das medidas socioeducativas e o rótulo dado a alguns adolescentes “que muitas vezes vendem pequenas quantidades de drogas apenas para sustentar seu próprio consumo ou como forma de subsistência. Questiona-se também a adesão do Brasil a uma política antidrogas norte-americana, favorável à chamada “tolerância zero”, e o papel que os psicólogos são chamados a exercer nesta nova modalidade de “pena-tratamento”, procedimento polêmico denominado Justiça Terapêutica e importado das Drug Courts dos Estados Unidos da América.” ARANTES, 2008, p. 31 e 35. Veja também: OLIVEIRA, Mariana. *Psiquiatra afirma sofrer pressão para internação de menores da cracolândia. Médico que coordenou Caps do centro de SP disse ter sido afastado. Secretaria não comenta; para MP, laudo médico precisa ser respeitado*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2010/04/psiquiatra-afirma-sofrer-pressao-para-internar-menores-da-cracolandia.html>>.

OS CONTROLES DE CONSTITUCIONALIDADE E DE CONVENCIONALIDADE⁸⁵ EM MATÉRIA DE ÁLCOOL E FÁRMACOS

What is private, keep it private. Billy Murphy Jr⁸⁶

Não basta informar as pessoas, mas, sim, mobilizá-las em relação a algo que lhes diga respeito de fato.⁸⁷ Pedro Gabriel Delgado

As leis que inibem ações de redução de danos são prejudiciais à resposta à aids.⁸⁸ Pedro Chequer

A guerra antidrogas é um desperdício de recursos, pois investe mais em reprimir do que em tratar.⁸⁹ Javier Bellocq

A proibição das drogas pôs o mercado deste lucrativo comércio nas mãos de organizações criminosas e criou enormes fundos ilegais que estimulam a corrupção e os conflitos armados em todo o mundo.⁹⁰ Martin Jelsma

A justiça terapêutica é inconstitucional, porque não respeita o desejo do usuário, não é coerente, não é aceitável.⁹¹ Luciana Boiteux

Muitas vezes sem possibilidade de voltar para casa ou para a comunidade de origem após a apreensão, evadido ou expulso da escola, sem trabalho e sem perspectivas de um futuro melhor, este adolescente perambula pelas ruas, furtando para viver ou permanecendo com a venda da droga, até ser novamente apreendido ou morto em algum confronto com a polícia ou grupo rival.⁹²

Curar a toxicomania pode se tornar uma tarefa desalentadora. As estatísticas não indicam índice de recuperação nos programas de tratamento que vá muito além dos 30%, entendida a recuperação como, principalmente, ausência de drogas. Se pautarmos o nosso trabalho por este desejo, estaremos, provavelmente, colocando-nos distantes demais do sucesso, ou impondo ao cliente uma meta que o desestimule ao tratamento. Se é difícil abolir o uso de drogas, que se tente ao menos minimizar o dano que causa ao usuário e à sociedade.⁹³

A rotulação de toxicômano em nosso sistema de representações oficiais está relacionada às relações de poder que compreendem este sistema de representações oficiais.⁹⁴

⁸⁵ Neologismo referido em: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. São Paulo: RT, 2009. v. 4, p. 64.

⁸⁶ Conforme vídeo disponibilizado por <<http://stopthedrugwar.org/> de flexyourrights.org>.

⁸⁷ DOMÍNGUEZ, 2011, p. 15.

⁸⁸ Id.

⁸⁹ Ibid., p. 16.

⁹⁰ Id.

⁹¹ Ibid., p. 18.

⁹² ARANTES, 2008, p. 34.

⁹³ OLIVEIRA, Sandra da Rocha Marmo. Fenomenológico-existencial/compreensiva. Capítulo 14.2.3. In: SEIBEL, Sergio Dario; JR. TOSCANO, Alfredo. *Dependência de drogas*. São Paulo, Rio de Janeiro, Ribeirão Preto, Belo Horizonte, Atheneu.

⁹⁴ GAUER, Ruth Maria Chittó. Uma leitura antropológica do uso de drogas. *Fasc. de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 59-64, 1990.

O Congresso Nacional, no exercício da minoria parlamentar de suas atribuições de fiscalizar e legislar, realizou as Comissões Parlamentares de Inquérito,⁹⁵ “CPIs”, do Narcotráfico,⁹⁶ do Tráfico de Armas,⁹⁷ da Violência Urbana⁹⁸ e do Sistema Carcerário.⁹⁹ No âmbito da Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro, foi realizada a CPI das Milícias. Seminário¹⁰⁰ foi realizado na Comissão de Direitos Humanos e Minorias para discussão de redução de vulnerabilidades e danos no consumo de drogas. Há comissão da Câmara dos Deputados que avaliou as políticas sobre drogas na Europa¹⁰¹⁻¹⁰² e atualmente estuda políticas, em especial, para dependentes químicos.¹⁰³

⁹⁵ A CPI não possui somente funções de investigar fatos delituosos ou de improbidade administrativa. “(...) as CPIs também se destinam a investigar situações para, eventualmente, com os subsídios que daí decorrerem, produzir textos legislativos que venham a intervir naqueles fatos que estão sendo examinados.” Refere o exemplo de investigação do sistema financeiro nacional. JOBIM, Nelson. As comissões parlamentares de inquérito como instrumento de apuração de corrupção. In: ZILVETI, Fernando Aurélio; LOPES, Sílvia (Coord.). *O regime democrático e a questão da corrupção política*, p. 262. Apud SPROESSER, Andyara Klopstock. *A comissão parlamentar de inquérito – CPI no ordenamento jurídico brasileiro*. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, Secretaria Geral Parlamentar, São Paulo, 2008. p. 230.

⁹⁶ Resolução da Câmara dos Deputados n. 9 de 1999, de prorrogação.

⁹⁷ Resolução da Câmara dos Deputados n. 31 de 2005, de instituição.

⁹⁸ A CPI da violência urbana, instalada em agosto de 2009, definiu audiências, debateu o mapa da violência urbana, ouviu Paula Miraglia, diretora-executiva do Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para prevenção do Delito e Tratamento do Delinquent (ILANUD), e o coordenador do Núcleo de Estudos da Violência, da USP, Sérgio Adorno, e realizou audiência pública, no Rio de Janeiro, além de ouvir a antropóloga Ana Paula Miranda, o Prof. Ignácio Cano, da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, “UERJ”, a coordenadora do Grupo de Estudos em Justiça Criminal e Segurança Pública, da Universidade Candido Mendes (RJ), Jaqueline de Oliveira Muniz, o secretário de segurança do Rio de Janeiro, José Mariano Beltrame, o ex-secretário de segurança pública Luís Eduardo Soares, o coordenador da ONG Viva Rio, Antônio Rangel Bandeira, a antropóloga Alba Maria Zalar, UERJ, e a diretora do Centro de Estudos e Cidadania Julita Lemgruber. Notícias acessadas em 30 de maio de 2010. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/>>. O *rapper* GOG sugere em música uma CPI da Favela. Álbum CPI da Favela, GOG, 2000.

⁹⁹ Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/>>.

¹⁰⁰ O seminário Drogas, Redução de Danos, Legislação e Intersetorialidade foi organizado pelo deputado Paulo Teixeira (PT-SP) e reuniu 12 deputados federais.

¹⁰¹ Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/SAUDE/146935-INSTALADA-COMISSAO-QUE-AVALIARA-POLITICAS-CONTRA-DROGAS-NA-EUROPA.html>>. Acesso em: 30 maio 2010.

¹⁰² Em Luxemburgo a venda é permitida, não havendo sanções, na maioria dos países da União Europeia, aos consumidores de pequena quantidade, considerando-se a média da pequena quantidade entre 30 e 50 gramas, conforme o Estado, sendo o limite por dia para o usuário de 0,5 grama como forma de se evitar o consumo abusivo. Espanha, Grécia e Itália toleram o consumo de pequena quantidade. Na França, há cadastramento voluntário do usuário por meio de serviço social e, em Portugal, o porte de drogas consiste em ato de infração administrativa. A Inglaterra descriminalizou, com exigência de cadastramento involuntário do usuário, com legalização do medicamento Marinol, com sintetização do THC, para tratamento de vômitos junto à diarreia provocados pela quimioterapia e estimulador do apetite em casos de

Ruth Maria Chittó Gauer aponta o uso de drogas em grupos não ocidentais, em contextos ritualísticos, com monopólio parcial do conhecimento de Pajés ou Xamãs, afirmando não haver desorganização psicológica ou social, ao revés, do contexto sociocultural urbano relacionado aos “estilos de vida e gostos de classe”, rotulado pelo sistema de representações oficiais de desordem psicológica e social. Afirma haver de um lado o oficialismo interpretativo, por meio do rótulo toxicômano, e de outro a identidade contrastiva com possibilidade de relacionamento humano satisfatório. Em suma, apresenta o uso de drogas como um rito de passagem para a juventude de camadas médias e altas, e, na cultura da pobreza, paliativo das privações materiais e psicológicas. E relativiza culturalmente, com a seguinte reflexão: “(...) há sociedades com toxicomania alta e com baixo índice de anomia, (...) há sociedades com toxicomania alta e com alto índice de anomia, (...) há sociedades com baixo índice de toxicomania e baixa anomia e (...) há sociedades com baixo índice de toxicomania e alto índice de anomia”.¹⁰⁴

No Tribunal Constitucional Alemão, caso *Cannabis* (BVerfGE 90, 145), sobre o *Recht zum Rausch*, o “direito ao êxtase”, referido pelo Min. Gilmar Mendes do STF, pág. 471 da ADI n. 3.112/DF, distinguem-se três graus de intensidade no controle de constitucionalidade de leis penais. A norma deve ser declarada inconstitucional quando, pela evidência, pela ausência de justificativa e pela desproporção na intensidade em que atinge a liberdade de ação dos indivíduos, as medidas adotadas pelo legislador são visivelmente inidôneas para a efetiva proteção de bem jurídico da saúde pública.

28

Sobre a posição infraconstitucional e supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos, podem ser referidos REs ns. 466.343, 2008 e 349.703, 2008; HC n. 87.585, 2008;¹⁰⁵ HC n. 88.420, 2007 e o HC n. 96.772, 2009, STF, com entendimento do Rel. Min. Celso de Mello de hierarquia constitucional das Convenções internacionais de direitos humanos, da interpretação judicial como mutação informal da Constituição, e da norma mais favorável em matéria de direitos humanos como regra de interpretação do Poder Judiciário.

anorexia, pacientes terminais e soropositivos com emagrecimento acentuado. CAMPOS NETO, Antonio Augusto Machado de. Intoxicação por maconha. Traficante e usuário. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 100, p. 225-257, jan./dez. 2005.

¹⁰³ Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/SAUDE/192837-COMISSAO-EXTERNA-VAI-SUGERIR-CONJUNTO-DE-ACOES-ANTIDROGAS.html>>. Veja também: FRADE, Laura. *O que o congresso nacional brasileiro pensa sobre a criminalidade*. Tese (Doutorado), UnB, 2007.

¹⁰⁴ GAUER, 1990.

¹⁰⁵ PIOVESAN, Flávia. Hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Org.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009. p. 130-145.

Deve-se mencionar estarem em curso a ADPF n. 187, para interpretação conforme do art. 287, Código Penal, e ADI n. 4.274, para declaração de inconstitucionalidade do art. 33, § 2º, da Lei n. 11.343/2006, com pedidos de *amicus curiae*.

O que se deve remarcar: a redução de danos como meio de prevenção de epidemias e a diversificação das possibilidades de cuidado com apoio ao Comitê de Assessoramento à Política de Redução de Danos do SUS.

A criminalização do uso de drogas tem afetado o acesso de usuários de drogas aos recursos preventivos e à atenção dos diferentes problemas de saúde, incluindo-se o diagnóstico e tratamento de hepatite, tuberculose e HIV.¹⁰⁶

A dependência de drogas,¹⁰⁷ de acordo com a divisão 304.2, OMS, define-se por:

Estado psíquico e por vezes também físico, resultante de uso de uma droga, caracterizado por reações de comportamento que sempre incluem uma compulsão para usá-la de modo contínuo ou periódico, a fim de experimentar seus efeitos psíquicos e, por vezes, evitar o desconforto de sua falta. A tolerância à mesma pode ou não estar presente. Acrescente-se que uma pessoa pode apresentar dependência de mais de uma droga.¹⁰⁸

A farmacodependência caracteriza-se pelo aumento progressivo das doses usadas, pela procura compulsiva e pela síndrome de abstinência.¹⁰⁹

Luigi Ferrajoli define a globalização como “vazio de direito de público”, em seu estudo sobre poder criminal e crimes de poder político e econômico. Define-a como ausência de esfera pública internacional de direitos, garantias e instituições

¹⁰⁶ Tradução do autor: ROSI, Diana. *Impacto de las políticas de drogas en la epidemia de VIH y otros problemas de salud en usuarios de drogas*, módulo de curso on-line Política de Drogas, 2010. VIH y Derechos Humanos. <<http://punto.latintraining.com/>>.

¹⁰⁷ Há distinção entre uso, abuso e dependência e entre usuários recreativos, com possibilidade de uso integrado, abusadores e dependentes. Acerca da situação familiar, cumpre a transcrição do que se pretende por abordagem compreensiva: “(...) Com base numa ética de valorização da identidade do sujeito, de respeito à diversidade humana, a abordagem compreensiva centra o seu interesse no consumidor e nas suas necessidades. Contempla especificidades que lhe são próprias, valorizando os seus recursos individuais e suas expressões, que aparecem dotadas de sentido exatamente porque dizem respeito a ele e a ninguém mais. (...) Carências afetivas e relacionais somam-se aos desequilíbrios do sistema social, compondo um quadro complexo que só pode ser compreendido na sua totalidade. (...) É um sintoma de ‘doença’ da família. Cumpre funções inusitadas que é comunicar conflitos e expressar a necessidade de mudança no sistema familiar”. OLIVEIRA, op. cit.

¹⁰⁸ CAMPOS NETO, 2005.

¹⁰⁹ MARANHÃO, Odon Ramos. *Curso básico de medicina legal*. São Paulo: RT, 1990. Este autor concebe a utilização de fármacos (i) justificada, como anestésico; (ii) primitiva, desejo de sensação nova; e (iii) perseverante, p. 393.

idôneas para disciplinar “los nuevos poderes desregulados y salvajes tanto del mercado como de la política”.¹¹⁰

Fernando Salla, Maitê Gauto e Marcos Cezar Alvarez explicitam a questão do sistema penitenciário como gestão das classes dominadas em contexto de livre fluxo de capitais:

De um lado, uma ampla mobilidade do capital e dos capitalistas, volatilidade dos investimentos, deslocamentos de capitais financeiros e mesmo de bases industriais por todos os cantos do planeta. De outro lado, os párias gerados por essa economia e pela desmobilização do Estado de Bem-Estar, as massas largadas à própria sorte que buscam nas estratégias de sobrevivência, nem sempre legais, um lugar ao sol – marginalizados que serão cada vez mais imobilizados nos guetos, nas periferias, circunscritos à miséria de sua existência, e que passarão a frequentar as prisões que se revitalizam nesse período, voltando a ser territórios definidos e cada vez mais severos de punição (...) a principal função desempenhada pela prisão é que ela permite gerir as ilegalidades das classes dominadas (...).¹¹¹

É o Estado mínimo social e o Estado máximo penal.

A relação entre a educação e leis, drogas e moral, o jovem como ator social, o sentido de convivência social e a educação para a cidadania vem estabelecida em Guillermo Hoyos Vasquez. Analisa o fracasso das medidas unilaterais de repressão, devendo-se analisar os aspectos morais, educativos, econômicos, políticos, sociais, de saúde pública e ecológicos.

Nomina o “consumo zero” de meta irrealista, com efeito meramente propagandístico, apontando ser possível a redução do consumo a níveis negociáveis internacionalmente, desde que haja diálogo e negociação no campo da economia, da cultura, do meio ambiente e da participação democrática dos países implicados.¹¹² Enfoca a construção de sociedade.

“El conflicto societal que afronta Colombia es fundamentalmente el de la construcción de sociedad y no meramente el de negociación de conflictos parciales.”¹¹³

¹¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. Criminalidad y globalización. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva serie, año XXXIX, n. 115, 2006, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma de México, p. 301-316, enero-abril de 2006.

¹¹¹ SALLA, Fernando; GAUTO, Maitê; ALVAREZ, Marcos César. A contribuição de David Garland. A sociologia da punição. *Tempo Social, Revista de Sociologia da USP*, v. 18, n. 1, p. 332-338. Disponível em: <<http://www.scielo.org.br>>.

¹¹² VÁSQUEZ, Guillermo Hoyos. Drogas y Moral: entre la educación y las leyes. In: GREIFF, Pablo de; GREIFF, Gustavo de (Comp.). *Moralidad, legalidad y drogas*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 382-407.

¹¹³ *Ibid.*, p. 399.

A redução da violência em regiões depauperadas constitui objetivo das políticas de saúde, conforme declaração da Organização Pan-Americana da Saúde de 1993. E por saúde pode-se entender qualidade de vida. Oliveiros Ferreira¹¹⁴ nomina de “hemorragia social”¹¹⁵ o processo social brasileiro. Marcelo Neves¹¹⁶ veicula o termo “corrupção sistêmica”.¹¹⁷ A violência consiste em problema de saúde pública, Resolução n. 49.25, da Organização Mundial de Saúde, de 1996.¹¹⁸

Atenta-se para o que a Lei de Drogas simbolicamente representa para a saúde e o que na prática constitui o risco efetivo criado, com responsabilidade civil do Estado por ato legislativo e conflito armado¹¹⁹ com responsabilidade internacional por violação de direitos humanos. Roberto Mancuso pronunciou-se sobre a responsabilidade do Estado, por ação ou omissão, no campo de proteção aos menores e adolescentes, nos termos dos art. 36, inc. III, e art. 34, inc. VII, *b*, da CF, com sugestão de ação civil pública e mandado de segurança.¹²⁰

Há violação de direitos humanos, nos termos dos arts. 1º e 5º (b)¹²¹ da Convenção sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, Decretos n. 65.810/69 e n. 4.738/2003, pela desigualdade no acesso aos serviços públicos e

¹¹⁴ FERREIRA, Oliveiros. O caminho da violência. In: D’INCAO, Maria Angela (Org.). *O Brasil não é mais aquele... Mudanças sociais após a redemocratização*. São Paulo: Cortez, 1997. p. 131-145.

¹¹⁵ Id.

¹¹⁶ NEVES, Marcelo. Palestra proferida no *Congresso Pernambucano de Direito Público*, Porto de Galinhas, Pernambuco, 26 a 29 de agosto de 2009.

¹¹⁷ Id.

¹¹⁸ PERES, Maria Fernanda Tourinho. Violência: um problema de saúde pública. In: LIMA, Renato Sérgio; PAULA, Liana de (Org.). *Segurança pública e violência: o Estado está cumprindo seu papel?* São Paulo: Contexto, 2006. p. 101.

¹¹⁹ Há responsabilidade civil do Estado por tumulto. Pode ser referido estudo: ALIVERTI, Ana. *La protección de los niños en los conflictos armados bajo el derecho humanitario*, Lecciones y Ensayos, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Lexis Nexis, Abledo-Perrot, Buenos Aires: 2004. p. 441.

¹²⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Tutela judicial da criança e adolescente em áreas de conflito armado nos morros e favelas. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, ano 84, fev. 1995, v. 712, p. 66-70, 1995.

¹²¹ “Nesta Convenção, a expressão ‘discriminação racial’ significará qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano, (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida. (...)”

ARTIGO V

De conformidade com as obrigações fundamentais enunciadas no artigo 2, os Estados Partes comprometem-se a proibir e a eliminar a discriminação racial em todas suas formas e a garantir o direito de cada um à igualdade perante a lei sem distinção de raça, de cor ou de origem nacional ou étnica, principalmente no gozo dos seguintes direitos:

(...)

b) direito à segurança da pessoa ou à proteção do Estado contra violência ou lesão corporal cometida, quer por funcionários de Governo, quer por qualquer indivíduo, grupo ou instituição”, Decretos ns. 65.810/69 e 4.738/2003.

pela situação de insegurança, devendo-se apurar as torturas, balas perdidas¹²² e execuções sumárias.¹²³ O Mandado de Segurança Coletivo estatuído no art. 5º, incs. XXI e LXX, *b*, da CF, com os requisitos de associação legalmente constituída e em funcionamento há 1 (um) ano, no interesse geral de seus filiados, com autorização individual e expressa ou com autorização mediante assembleia geral,¹²⁴ constitui garantia constitucional em face de “mandado de busca e apreensão genérico”, com acusação do Dr. João Tancredo, em sessão presidida pelo Dr. João Pinaud, em Tribunal Popular, em dezembro de 2008, realizado no Largo São Francisco, com depoimento de vítimas.¹²⁵

A situação está muito bem descrita, com falas de moradores, de acordo com estudo de Luiz Antonio Machado da Silva e Márcia Pereira Leite,¹²⁶ do qual juridicamente se pode inferir: desproporção entre o preceito ordem pública, que inclui o sossego e a tranquilidade públicos, e o preceito incolumidade física e psíquica do morador, incluindo a inviolabilidade de domicílio, art. 5º, inc. X, da CF.

¹²² Cumpre referir estudo: COSTA JR., Paulo José da. *Bala perdida (aberratio ictus, delicti, causae)*, São Paulo: DPJ, 2006; e as notícias: “Bope confunde furadeira com arma e mata fiscal. Morador consertava toldo quando tomou tiro de fuzil; policial responderá por homicídio doloso”, Reportagem de Bruno Boghossian, Pedro Dantas e Talita Figueiredo, *Jornal o Estado de S. Paulo*, 20 de maio de 2010; “Bala perdida mata criança na sala de aula. Pelo menos outras seis pessoas morreram num confronto entre PMs e traficantes no Rio; à tarde, comandante do batalhão foi exonerado”, Reportagem de Gabriela Moreira, *Jornal o Estado de S. Paulo*, 17 de julho de 2010; e “Bala que matou aluno em sala de aula no RJ não era da polícia, diz laudo”, 23.08.2010. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/2010/08/23/bala-que-matou-aluno-em-sala-de-aula-no-rj-nao-era-da-policia-diz-laudo.jhtm>>. Acesso em: 25 ago. 2010.

¹²³ Podem ser referidas as notícias: “Polícia brasileira tem ‘carta branca para matar’, segundo ONU”, 15.09.2008. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultnot/afp/2008/09/15/ult34u211640.jhtm>>; e “Para ONU ‘guerra contra o crime’ no Rio é contraproducente”, 02.06.2008. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/bbc/reporter/2008/06/02/ult4909u3925.jhtm>>; e a entrevista com Jurandir Freire Costa, Roberto de Aguiar e Leandro Piquet Carneiro, Aliás, 21 de maio de 2006, *Jornal o Estado de S. Paulo*. Roberto Aguiar sustenta criação de novos tipos penais, descriminalização de série de condutas e aplicação de pena alternativa. “O grande problema do morro ou da periferia de São Paulo é que o pessoal entra atirando e o resultado é a morte.” Veja também: <<http://www.conectas.org/arquivospublicados/crimesdemaio.htm>>.

¹²⁴ RMS n. 11.365/RO, STJ, conforme SANTOS, Roberta Machado Branco Ramos. Do mandado de segurança coletivo. In: SERRANO, Vidal (Coord.). *Proteção judicial dos direitos fundamentais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007. p. 48.

¹²⁵ Apropuc, 11.01.2009, “Tribunal popular faz graves acusações contra o Estado Brasileiro”. Disponível em: <<http://www.apropucsp.org.br/apropuc/index.php/movimentos-sociais/23-tribunal-popular-faz-graves-acusacoes-contra-o-estado-brasileiro>>. Acesso em: 25 ago. 2010; e A importância do Tribunal Popular, O Estado Brasileiro no Banco dos Réus. Comissão Organizadora do Tribunal Popular: o Estado Brasileiro no banco dos réus. *Revista PUC Viva*, n. 33, out./dez. 2008.

¹²⁶ SILVA, Luiz Antonio Machado da; LEITE, Márcia Pereira. Violência, crime e polícia: o que os favelados dizem quando falam desses temas? *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 22, n. 3, p. 545-591, set./dez. 2007.

Os autos de resistência, RJ, e a resistência seguida de morte, SP, expressões de boletins de ocorrência da polícia militar, merecem interpretação conforme o devido processo legal e a responsabilidade civil do Estado, o que também vale para o Decreto do Abate, n. 5.144/2004,¹²⁷ ou o “tiro de destruição”.¹²⁸

Neste passo, em cotejo do art. 144, da CF, ordem pública, com os arts. 5º, 6º e 194, *caput*, da CF, merece a consideração do mestre e doutor em Direito, advogado Salo de Carvalho, que entende por desjudicialização material o gradual processo de transferência do controle e regulamentação da atividade repressiva aos órgãos administrativos que, embora encarregados de práticas penais, não possuem atribuição constitucional, em detrimento do controle judicial previsto pelo princípio do devido processo legal.¹²⁹

Deve-se conferir interpretação conforme ao art. 240, § 2º, CPP, sobre fundada suspeita,¹³⁰ e art. 59, da Lei de Contravenções Penais, Decreto-lei n. 3.688/41, sobre a vadiagem, nos termos da garantia constitucional da Arguição de Descumprimento de Preceito, art. 102, § 1º, da CF, sem prejuízo de direito de petição, art. 5º, inc. XXXIV, *a*, da CF, para edição de Decreto com fiel interpretação, de outro modo deve-se considerar tortura¹³¹ e configuração de “Estado de Exceção permanente”.¹³²

¹²⁷ KARAM, Maria Lúcia. Para conter e superar a expansão do poder punitivo. *Veredas do Direito*, v. 3, n. 5. Belo Horizonte: Escola Superior Som Helder Câmara, jan./jun. 2006. p. 101.

¹²⁸ MIRANDA, Paola Frassinetti Alves de. Ineficácia do controle de constitucionalidade brasileiro: o Código Brasileiro de Aeronáutica e o “abate” dos direitos fundamentais. Instituição do direito penal do inimigo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, IBDC, São Paulo: RT, ano 17, out./dez. 2009. p. 261.

¹²⁹ CARVALHO, Salo de. Cinco teses para entender a desjudicialização material do processo penal brasileiro. In: COUTINHO, Nelson de Miranda; JACINTO, António José Avelãs Nunes (Org.). *Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2004. p. 474.

¹³⁰ “Lúcia Rodrigues – Como é a truculência da polícia dentro da favela? Atingem indiscriminadamente mães, pais de família, crianças, adolescentes? Na verdade atinge... Tem vários tipos de operação, depende da operação que tiver. Por exemplo, em Paraisópolis é o choque, então é mais violento, é mais forte, na verdade atinge quem é suspeito, se eu tiver cara de suspeito eu tô aqui de touca, pá, agasalho... Lúcia Rodrigues – Mas o que é ser suspeito? Suspeito é ter cara de suspeito. É ter cara de favela... Tatiana Merlino – Então todo mundo é suspeito, né? Não, vocês aqui não, vocês passam batido lá. Se pôs uma touca é mais suspeito... Ou seja, todo morador é suspeito, você tá andando ali, o cara te para: você tá indo aonde? Mas é quê, que o quê? Você é do tráfico. Tipo um amigo meu tava andando com um caderno que a gente tava escrevendo um conto junto e ele foi parado esses dias e o cara perguntou: Esse caderno é do tráfico? Entendeu? Ele falou: Pô! Me respeita mano, eu tô escrevendo, eu sou escritor, mas o caderno é do tráfico. Entendeu?” *A periferia pode explodir a qualquer momento*. Entrevista com Ferrez de André Hermann, Bárbara Mengardo, Felipe Larsen, Hamilton Octavio de Souza, Júlio Delmanto, Lúcia Rodrigues, Luka Amorim, Marcelo Salles, Marcos Zibordi, Otávio Nagoya, Renato Pompeu, Tatiana Merlino. Ódio da favela vai explodir. *Caros Amigos*, n. 151, Casa Amarela, São Paulo: Casa Amarela, out. 2009.

¹³¹ Constitui crime de tortura constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental em razão de discriminação racial ou religiosa, art. 1º, inc. I, *c*, da Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, definidora dos crimes de tortura.

¹³² CARVALHO, Salo de. Política de guerra às drogas na América Latina entre o direito penal do inimigo e o estado de exceção permanente. *Revista Crítica Jurídica* n. 25, jan./dez. 2006.

O Ministério da Justiça dispõe estudo¹³³ da UFRJ e UnB, com dados do perfil e das condições das pessoas condenadas por tráfico, para aplicação de penas alternativas para o pequeno traficante, o jovem, vítima instrumentalizada pela economia marginal.

O STF, no HC n. 97.256/RS, declarou inconstitucional, em via incidental, os dispositivos da Lei n. 11.343/2006 impeditivos de pena alternativa, por ofensa à garantia constitucional da individualização da pena, art. 5º, inc. XLVI, da CF:

No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo (HC n. 97.256/RS, Rel. Min. Carlos Ayres Britto).

A Lei n. 11.530/2007 institui o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania, Decreto n. 7.081/2010. Há notícia de Comissão de Acompanhamento de Letalidade Policial e do Programa de Acompanhamento de Policiais Militares Envolvidos em Ocorrências de Alto Risco,¹³⁴ em São Paulo, e Proposta de Emenda Constitucional para equiparação de salários dos policiais militares, em nível nacional.

34

Devem ser aplicadas a Convenção sobre as Pessoas Portadoras de Deficiência, Decreto n. 6.949/2009, e a Lei de Saúde Mental, Lei n. 10.216/2004, para o efetivo exercício do direito à saúde c.c. o direito ao não ser discriminado do paciente portador de transtorno mental, inclusive, tanto do que se vale do uso de álcool e fármaco para alívio de dor psicológica, quanto daquele a desenvolver transtorno decorrente do abuso de álcool e fármaco, com direitos a dignidade, autonomia, participação e informação – “coleta, compilação e disseminação de informações sobre deficiências intelectuais”¹³⁵.

Disponível em: <<http://apps.unibrasil.com.br/revista/index.php/criticajuridica/index>>. Acesso em: 25 ago. 2010. A declaração de Magistrados Latinos menciona “*legislação de emergência*”. ACUÑA, Martin Vasquez; CUÑARRO, Mônica; TORRES, José Henrique Rodrigues; CASARA, Rubens Roberto; ALEGRE, Clara Penín; GUTIÉRREZ, Pablo Ruz; MARINI, Luigi; GHERSI, Renato Finocchi; CLUNY, António; COSTA, Eduardo Maia. *Declaração de magistrados latinos sobre políticas públicas em matéria de drogas e direitos humanos*. Porto, 3 de julho de 2009. Veja também, em situações de emergência, o resguardo dos direitos humanos, do direito chileno: RÍOS ALVAREZ, Lautaro. *Defensa Judicial de los derechos humanos en los estados de excepción*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Uruguay: Fundación Konrad Adenauer, 2010.

¹³³ RODRIGUES; CASTILHO; VARGAS; BATISTA; PRADO; JAPIASSU, 2009.

¹³⁴ OLIVEIRA JUNIOR, Emmanuel Nunes de. *Política pública e estratégias de controle de ação letal das instituições policiais em São Paulo*. Dissertação FFLCH, USP, nov. 2003. p. 46.

¹³⁵ Tradução do autor. LECOMTE; MERCIER, 2008.

Há omissão do Presidente em regulamentar o art. 2º da Lei n. 11.343/2006, sobre o plantio e o uso autorizado para fins medicinais,¹³⁶ científicos e religiosos,¹³⁷⁻¹³⁸

¹³⁶ Sobre o uso medicinal da *Cannabis*, pode ser mencionada a entrevista com Dr. Elisaldo Carlini, em que se verifica o seu uso medicinal até a década de 1930, afirmando não haver razão científica para a maconha figurar em mesma lista que o ópio/heroína, considerando todo medicamento possuir efeitos tóxicos ou colaterais, inclusive os fitoterápicos. “O Brasil participou da criminalização da maconha por meio de uma mentira levada pelo representante brasileiro na Liga das Nações, antecessora da ONU. Em 1925, a Liga das Nações fez a segunda conferência internacional sobre o ópio com 44 países presentes, entre os quais o Brasil. Era para discutir como controlar o ópio, mas o Egito entrou com o tema da maconha. E o representante brasileiro, Ulisses Pernambucano Filho, disse que ela era mais perigosa que o ópio no nosso país. Isso era, naturalmente, incorreto.” Entrevista Elisaldo Carlini, O uso medicinal da maconha. Especialista em psicofarmacologia diz que já está mais do que na hora de reconhecer as qualidades médicas da droga no Brasil. Por Neldson Marcolin e Ricardo Zorzetto. Pesquisa FAPESP. Fevereiro de 2010. p. 10. Podem ser referidas notícias de jornal, em que se reitera a posição retromencionada: “A erva volúvel. Para descobridor do princípio ativo da maconha, Raphael Mechoulam, a única coisa que impede os derivados da *Cannabis* de invadirem o mercado são as relações públicas da indústria farmacêutica. (...) ‘Eu acho uma piada a maconha e a heroína receberem o mesmo tratamento. Não faz sentido cientificamente e não faz sentido do ponto de vista médico. (...) O problema com as drogas é social, e cada país tem de tomar suas decisões. Por outro lado, deveria ser permitido administrar a maconha – de uma ou outra forma – como um agente medicamentoso, porque em algumas doenças ela é excelente. Eu forneço THC líquido, em azeite de oliva, para o hospital em que sou associado, e os médicos têm permissão para prescrevê-los em diversos casos, administrando sob a língua. Isso é regulamentado pelo nosso Ministério da Saúde, que está satisfeito em me dar apoio”. Reportagem de Rafael Garcia. *Folha de São Paulo*. 17 de junho de 2007; sobre caso em nível federal, nos EUA, para paciente com dores crônicas: <http://money.cnn.com/2009/09/11/magazines/fortune/medical_marijuana_legalizing.fortune/index.htm>. Sobre processo administrativo da ANVISA: “Cosmético com Cannabis gera processo. Reportagem de Clarissa Tomé. (...) O centro da polêmica é o creme Body-Butter Hemp, vendido a 53,90 R\$. O hidratante é feito com ‘legítima manteiga extraída das sementes do cânhamo, que é conhecida por auxiliar na regeneração da pele seca’, diz texto no site da BodyStore. (...) A BodyStore informa que a matéria-prima do hidratante tem registro na Comissão Europeia e não possui o THC, portanto não seria entorpecente”, *Jornal o Estado de São Paulo*, 25 de agosto de 2010. Deve-se mencionar a exclusão da Convenção de 1961 sobre o uso industrial, com interpretação do art. 170, da CF, c.c. o art. 28, b, Decreto n. 54.216/64; veja também: MALCHER-LOPES, Renato; RIBEIRO, Sidarta. *Maconha, cérebro e saúde*. Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2007.

¹³⁷ Relata-se utilização como fumo ou infusão em beberagem. “Ha substâncias que, embora não venenosas, produzem efeitos diversos e são por isso utilizadas nas cerimônias do culto e nas práticas de feitiçaria. Uma das mais conhecidas é a maconha (...). Em Pernambuco a erva é fumada nos catimbós – lugares onde se fazem os feitiços, e são frequentados pelos que vão ali procurar a sorte e a felicidade. Em Alagoas, nos sambas e batuques, que são danças aprendidas dos pretos africanos, usam a planta, e também entre os que porfiam na colcheia, o que entre o povo rústico consiste em diálogo rimado e cantado em que cada réplica, quase sempre em quadras, começa pela deixa ou pelas últimas palavras do contendor.” RAMOS, Arthur. As práticas de feitiçaria entre os negros e mestiços brasileiros. *Archivos de Medicina Legal e Identificação*, Rio de Janeiro, ano V, n. 11, março 1935. Em contexto de dança amazônica: MONTEIRO, Mário Ypiranga. Folclore da maconha. Pesquisa feita para o Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia. *Revista Brasileira de Folclore*, ano VI, n. 14, jan./abr. 1966, Ministério da Educação e Cultura. Campanha de Defesa do Folclore Brasileiro.

¹³⁸ Registra-se utilização de *Cannabis* para o ascetismo e a contemplação em rituais para o deus Shiva, no Tibete e Índia (VERLOMME, 1978 apud MACRAE; SIMÕES, 2000), e com fins

e considerando as Convenções da UNESCO da diversidade cultural e patrimônio imaterial ratificadas, Decretos ns. 5.753/2006 e 6.177/2007, omissão em regulamentar, o uso tradicional¹³⁹⁻¹⁴⁰ e cultural,¹⁴¹ para inclusão em Arquivo Internacional de Técnicas Corporais.¹⁴² O art. 4º, incs. I e II, da Lei n. 11.343/2006, enuncia princípios de respeito à autonomia e à diversidade.

A Resolução n. 1, de 25 de janeiro de 2010, do Gabinete de Segurança Institucional, Conselho Nacional de Políticas sobre drogas (CONAD), dispõe sobre normas e procedimentos compatíveis com o uso religioso da Ayahuasca, o que não exclui a regulamentação da pesquisa científica, do uso medicinal e o reconhecimento do uso culturalmente condicionado. A extração, coleta e transporte foram regulamentados no Estado do Acre pela Resolução Conjunta CEMACT/CFE n. 4, de 20 de dezembro de 2010.¹⁴³

Já existem, em nível federal, o Decreto n. 3.551/2000, de patrimônio cultural imaterial, o Decreto n. 5.813/2006, de plantas medicinais, e a garantia constitucional do mandado de injunção, art. 5º, inc. LXXI, da CF, para omissão de norma regulamentadora.

sociais e religiosos entre os kaffirs, kasai, em África, e grupos indígenas, cuna, no Panamá, cora, tepehua e tepecanos, no México, e rastafarianos, na Jamaica e Bahia (MACRAE; SIMÕES, 2000, p. 88-93). Estes pesquisadores discutem a experiência humana prévia como condição de possibilidade do controle social. MACRAE, Edward; SIMÕES, Júlio Assis. *Rodas de fumo. O uso da maconha entre camadas médias urbanas*. Salvador: Edufba, 2000. Veja também: GABEIRA, Fernando. *A maconha*. São Paulo: Publifolha, 2000. p. 14.

¹³⁹ Em contexto indígena, a folha de coca possui significado único, sua utilização abusiva dá-se em contexto de exploração dos trabalhadores de minas, com utilização pela medicina e psicoterapia da Europa ao final do séc. XIX, ao mesmo tempo em que aparece sob a forma de vício. OCHAI, Inês. El contexto cultural de la coca entre los indios kogi. *Revista América Indígena*, v. XXXVIII, n. 1, enero-marzo, 1978. Instituto Indigenista Interamericano, México. Para a situação de indígenas peruanos, pode ser referida decisão judicial da Corte Superior sobre erro de compreensão por motivos culturais do camponês que colhe e comercializa folhas de coca. “La ley, que no puede hacer distinciones, reprime todo tipo de siembra y comercialización; pero si el campesino recurre a ellas para practicar el sortilegio o la masticación (chacchar), ha de verse favorecido por la eximente.” GALDOS, Julio Armaza. El condicionamiento cultural em el derecho penal peruano. (Aproximación al estudio de la eximente del art. 15 del CP). *Revista Brasileira de Ciências Criminales*, n. 43. São Paulo: RT, 2003. p. 34.

¹⁴⁰ Em contexto indígena, o uso mágico-religioso da folha de coca, ipadu, dá-se em várias tribos do Brasil, especialmente entre os Tucanos. “Para los tucanos las plantas mágicas más importantes son el ipadú (coca), el caapi y el tabaco, los cuales se emplean para el culto de Jurupari que perpetúa la supremacía masculina.” (NARANJO, Plutarco. El cocaísmo entre los aborígenes de Sud América, *América Indígena*, v. XXXIV, n. 3, julio-septiembre 1974. p. 621)

¹⁴¹ Em contexto de dança amazônica: MONTEIRO, Mário Ypiranga. Folclore da maconha. Pesquisa feita para o instituto nacional de pesquisas da Amazônia. *Revista Brasileira de Folclore*, Ministério da Educação e Cultura. Campanha de Defesa do Folclore Brasileiro, ano VI, n. 14, jan./abr. 1966.

¹⁴² LEVI-STRAUSS, Claude. Introdução. In: MAUSS, Marcel (Coord.). *Ensaio sobre a dádiva*. Perspectivas do homem. Lisboa: Edições 70, 2001. p. 13.

¹⁴³ Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/850396-governo-do-acre-regulamenta-uso-do-daime.shtml>>.

Para a pesquisa científica, menciona-se sugestão de pesquisa agrônômica para redução da nicotina do tabaco¹⁴⁴ e substituição por agricultura ecológica – sem utilização de agrotóxicos.¹⁴⁵ O tabaco consiste em símbolo nacional¹⁴⁶ (Lei n. 8.421/92). Há responsabilidade civil (TJ-RS, AC n. 70012335311) e dever de informar¹⁴⁷ sobre os danos na ingestão de fumaça e a violação de direitos humanos, no campo – endividamento, trabalho infantil e intoxicação dos agricultores para a maior parte exportada de folhas de fumo, conforme Lei Kandir.¹⁴⁸ Há Convenção-Quadro da OMS para o controle do Tabaco e defende-se o direito de não fumar.¹⁴⁹

A menção de respeito aos direitos humanos¹⁵⁰ vem no art. 14.2 da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, de 1988, Decreto n. 154/91, e no art. 3.2 vem a menção de respeito aos princípios constitucionais e aos conceitos fundamentais de seu ordenamento jurídico.

Conforme objetivo do art. 5º, inc. II, da Lei n. 11.343, promoção da construção e da socialização do conhecimento sobre drogas no país, propõe-se edição de Decreto de Informação de Utilidade Pública, conforme Decreto n. 4.799/2003, sobre riscos às saúdes física e psíquica, no uso individual ou compartilhado, esporádico ou continuado, de álcool e fármaco, para fins de informação, prevenção¹⁵¹ e divulgação dos tratamentos existentes, com ou sem abstenção de uso, em caso de dependência¹⁵² – sem prejuízo do direito de objeção de consciência a

¹⁴⁴ ALMEIDA, Guilherme Eid Gonçalves de. *Fumo, servidão moderna e violação de direitos humanos*. Curitiba: Terra de Direitos, 2005.

¹⁴⁵ Id.

¹⁴⁶ Sobre o Decreto n. 4, de 19 de novembro de 1889. GUSKOW, Miguel. *Fumo Florido: uma questão de preferência nacional*. Arquivos do Ministério da Justiça, ano 50, n. 189, Brasília, janeiro/junho de 1998.

¹⁴⁷ Sobre o dever de informar, vide parecer: GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005.

¹⁴⁸ Id.

¹⁴⁹ OLIVEIRA, Amanda Flávio de. *Direito de não fumar. Uma abordagem humanista*. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2008.

¹⁵⁰ Para estudo, cabe referir: MENA, Fernanda; HOBBS, Dick. *Narcofobia – proibição às drogas e geração de abusos contra os direitos humanos*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/812233-narcofobia--proibicao-as-drogas-e-geracao-de-abusos-contra-os-direitos-humanos.shtml>>. Acesso em: 11 nov. 2010.

¹⁵¹ Veja também: LEITE, Eduardo Afonso Furtado. *Análise discursiva de uma campanha publicitária de prevenção ao uso de drogas*. Dissertação de Mestrado, São Paulo: PUC/SP, 2002. Veja também, para compreensão da prevenção primária como ideologia: LARA, Aline Frollini Lunardelli. A produção do conhecimento psicológico-psiquiátrico em saúde mental: considerações a partir de um texto exemplar. *Revista Psicologia USP*, v. 17, n. 1, p. 35-52, 2006.

¹⁵² Afirma-se necessária a existência de clínica diversificada a levar em consideração a diversidade de usos e comportamentos, incluindo-se o contexto social. Sobre a conduta e a dependência, cumprem os excertos seguintes. “Todos nós tendemos a apresentar, em menor ou maior grau, algum tipo de dependência (do tabaco, do trabalho, do contexto, do cônjuge, do *jogging*...). Entretanto, observamos, neste campo, tendência exagerada a uma extensão progressiva do conceito de doença. Do ponto de vista psicológico, a especificidade da farmacodependência

tratamento médico, art. 5º, inc. VIII, da CF, com observância da Lei de Saúde Mental, Lei n. 10.216/2004, nos casos de internação voluntária, involuntária e compulsória, com descriminalização de quantidades por substância,¹⁵³ previsão de sanção administrativa,¹⁵⁴ com possibilidade de autorização administrativa, distribuição com receita controlada pelo Estado e Sociedade Civil, sem prejuízo da constituição de associações civis com formação de conhecimento e sem prejuízo de pesquisa de substituição menos nociva e/ou aditiva, inclusive de fumígenos, com diálogo intercultural sobre o fenômeno da droga adicção/dependência, em foros como o Parlamento do MERCOSUL e da UNASUL. O diálogo entre alteridades sobre direitos humanos é proposto por Aloísio Krohling.¹⁵⁵

O Presidente da Bolívia solicitou à ONU, em 12 de março de 2009, a eliminação dos incisos 1c) e 2e) do art. 49 da Convenção Única das Nações Unidas sobre Entorpecentes, de 1961, Decreto n. 54.216/64, em favor da mastigação da folha de coca, *el coqueo*. O direito à própria medicina tradicional está previsto no

consiste na inexistência de uma especificidade estrutural do dependente de fármacos. Por mais que a nosografia psiquiátrica insista em categorizá-la como entidade nosológica autônoma, na clínica da farmacodependência não se consegue reconhecer nada mais sistematizável do que um comportamento toxicomaniaco. Assim, a princípio, não podemos falar em ‘doença’, mas apenas em ‘conduta’ (...). Podemos compreender o dependente de drogas como um indivíduo que se encontra diante de uma realidade objetiva ou subjetiva insuportável, realidade esta que não consegue modificar e da qual não consegue se esquivar, restando-lhe como única alternativa a alteração da percepção desta realidade” SILVEIRA, Dartiu Xavier da. Drogas, Vícios: conceitos e preconceitos. *Revista Junguiana*, p. 26, 27 e 28. Destacam-se como causas condutoras da dependência: fugir à transitoriedade e à angústia existencial; procura por transcendência e contato com forças espirituais, contexto místico-religioso; e busca pelo prazer. BUCHER apud SILVESTRE, Rosa Maria apud SILVA, José Geraldo; LAVORENTI, Wilson; GENOFRE, Fabiano. *Leis penais especiais anotadas*. Millenium Editora, 2008. p. 191. O processo de estigmatização de nada contribui para a redução das vulnerabilidades.

¹⁵³ Sobre a situação na Espanha, não se considera delito o consumo próprio, bem como a compra e posse de pequenas quantidades destinadas ao próprio consumo, podendo sancionar-se administrativamente, conforme a Lei de Proteção da Segurança Cidadã, *Ley Corcuera*, a considerar o consumo de droga ilegal em lugar público, a posse para autoconsumo e o abandono dos utensílios de uso como faltas graves. O Tribunal Supremo não considera delito: (i) administrar droga a familiar ou agregado para retirar a síndrome de abstinência ou para desabitua-lo; e (ii) a compra coletiva destinada ao consumo dos adquirentes, bem como a posse e consumo de forma compartilhada entre adictos. Consideram-se quantidades destinadas ao próprio consumo aquelas não superiores ao que o usuário toma habitualmente no máximo no período de 3 a 5 dias, valorando os tribunais em cada caso concreto o grau de dependência física e psíquica do consumidor. HIDALGO, E. 2001. *El consumidor de drogas ante la ley: la reducción de riesgos respecto al ámbito legal del uso de drogas*. Disponível em: <<http://www.energycontrol.org/sabermas/sabermasFs.php>>.

¹⁵⁴ Luciana Boiteux Rodrigues em referência a Portugal: “As coimas são sanções administrativas aplicáveis aos consumidores de qualquer substância proibida, desde que seja a primeira vez que respondam processo. A condição imposta é que a quantidade apreendida não seja superior ao consumo médio de uma pessoa durante dez dias” RODRIGUES, op. cit., p. 129.

¹⁵⁵ KROHLING, Aloísio. *Direitos humanos fundamentais*. Diálogo intercultural e democracia. São Paulo: Paulus, 2009.

art. 24.1 da Declaração dos Povos Indígenas, de 13 de setembro de 2007, Decreto n. 7.056/2009.

Deve-se ressaltar a par do conflito entre TRIPS, Decreto n. 1.355/94, e Convenção da Biodiversidade, Medida Provisória n. 2.186/2001, a interpretação do fenômeno também como biopirataria, com dano ao meio ambiente¹⁵⁶ e desrespeito ao patrimônio cultural indígena.

Propõe-se intervenção do Estado na ordem econômica, art. 170, § 1º, da CF, para autorização administrativa do comércio de pequena quantidade e receita controlada pelo Estado e Sociedade Civil com Agência Reguladora,¹⁵⁷ sem prejuízo de criação de Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico, art. 149, da CF, para destino de recursos à saúde e à cultura, ressalvada a imunidade tributária de templo religioso,¹⁵⁸ art. 150, inc. VI, *b*, da CF, sem prejuízo de programas de desarmamento¹⁵⁹ e renda alternativa para substituição do controle penal e redução da violência – política de saúde c.c. o direito à vida, a permitir: a implementação dos controles administrativo¹⁶⁰ e social,¹⁶¹ programas de saúde,

¹⁵⁶ O aumento das plantações de folha de coca não serviu para a difusão dos antigos métodos agrícolas, havendo devastação dos grandes bosques úmidos das regiões tropicais e subtropicais. MANSILLA, H. C. F.; J. BLANES, José. Narcotráfico y medio ambiente. *Revista Occidental. Estudios Latinoamericanos*, Instituto de Investigaciones Culturales Latinoamericanas (IILCA), 1992, p. 46. Rosinaldo Silva de Sousa afirma haver “incompatibilidade entre a lógica produtiva coletivista tradicional e a lógica de acumulação privada comum à atividade ilícita de produção de drogas” (IZQUIERDO, 2001 apud SOUSA, 2010, p. 8) SOUSA, Rosinaldo Silva de. Organização política e cultivos ilícitos de coca na Bolívia: uma abordagem etnográfica. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 25, n. 73, jun. 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

¹⁵⁷ Sugere-se previsão de atribuições de redução de danos com programas de substituição e manutenção de uso e receita controlada pelo SUS e entidades cadastradas, com delimitação e coordenação de competências entre Ministério da Saúde, SENAD e ANVISA pela lei geral de controle, distribuição e comércio de drogas do art. 173, da CF.

¹⁵⁸ Veja também: MARTON, Ronaldo Lindimar José. *Templos religiosos* – a imunidade do art. 150, VI, *b* da Constituição Federal e o disposto pela mesma Constituição no art. 195, § 7º, 2004. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br>>. Acesso em: 29 dez. 2010.

¹⁵⁹ A maioria das armas confiscadas no Estado do RJ é de fabricação nacional, mesmo com o rigor de quem está autorizado a comprar e transportar. “Quando uma arma entra no mercado fica difícil garantir, apesar das restrições relativas aos legítimos proprietários, em que mãos ela acabará” CANO, Ignácio. A importância do micro desarmamento para prevenção da violência. In: OLIVEIRA, Nilson Vieira (Org.). *Insegurança pública. Reflexões sobre a criminalidade e a violência urbana*. São Paulo: Instituto Braudel, Nova Alexandria, 2002. p. 135 e 138.

¹⁶⁰ Atenção merece ser dirigida ao dever de fiscalizar os insumos químicos utilizados no refino da pasta de coca, à produção de sintéticos, ao financiamento do comércio ilegal de armas e à regulamentação do sistema financeiro internacional. Conforme reportagem de Flávia Tavares, O Brasil também não é santo, *Jornal o Estado de S. Paulo*, 6 de junho de 2010, Caderno Aliás J3: MAIEROVITCH, Walter: “(...) Ao mesmo tempo, fornecemos os insumos químicos. Não somos santos. Como é feito no Brasil, onde está a maior indústria química da América Latina, o controle desses insumos? Essa indústria é de fácil fiscalização, está no eixo Rio-São Paulo, mas não há controle algum. Quando era secretário nacional antidrogas, fiz com o secretário de Justiça de São Paulo, Belisário dos Santos, um levantamento na Junta Comercial. Há empresas que comercializam insumos químicos, mas não tem endereço”.

com acompanhamento psicológico, orientação sanitária, participação da sociedade civil e programas de educação para a cidadania responsável, com ou sem implementação de zonas culturais, em que o uso pelos costumes locais seja tolerado, conformando, destarte, o objetivo internacional do controle de oferta e demanda¹⁶² com respeito aos direitos humanos fundamentais da populações urbana e rural¹⁶³⁻¹⁶⁴⁻¹⁶⁵ com respeito aos conhecimentos tradicionais.¹⁶⁶

¹⁶¹ Para controle social, pode-se referir: “Capacidade de os grupos sociais ou as instituições para fazer normas ou regras efetivas” (REIS, 1951 apud BERGALLI, 1993). BERGALLI, Roberto. Controle social: suas origens conceituais e usos instrumentais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, ano 1, n. 3, jul./set. 1993. p. 36.

¹⁶² Pode-se referir, novamente, a entrevista com Jurandir Freire Costa, Roberto de Aguiar e Leandro Piquet Carneiro, Aliás, 21 de maio de 2006, *Jornal o Estado de São Paulo*; extraem-se trechos da entrevista com Leandro Piquet: “Em que medida a cumplicidade calada do consumidor de drogas inviabiliza o combate ao tráfico de drogas? As drogas fazem parte do estilo de vida de praticamente todos os segmentos sociais mais jovens em qualquer grande cidade do mundo. Há uma demanda que não será facilmente alterada por políticas públicas. A polícia e a justiça participam apenas do controle da oferta, o que tem um efeito limitado sobre a demanda. Veja, por exemplo, o caso da política de repressão à cocaína e à pasta de cocaína que terminou por favorecer o aparecimento de um mercado global de metanfetaminas. Do ponto de vista da demanda, o problema é muito mais de saúde pública do que de justiça criminal. Um dia depois do pior momento da crise, a última segunda-feira, fumava-se maconha livremente nas imediações da minha Faculdade USP, como normalmente se faz por ali. Muito provavelmente, se os alunos tivessem feito o mesmo em uma rua de Paraisópolis estariam presos, mas os meus alunos consideram praticamente nula a probabilidade de serem presos e condenados por consumir maconha e provavelmente só deixarão de consumir qualquer outro tipo de drogas e forem convencidos de que esse hábito produzirá efeitos negativos à sua própria saúde. Poucas pessoas deixam de comer atum porque os golfinhos morrem asfixiados nas redes, assim como poucas pessoas deixam de consumir droga por que ela está associada a uma longa cadeia de corrupção e morte”.

¹⁶³ Deve-se registrar a utilização de fertilizantes químicos. “En el caso boliviano y peruano se puede hablar de que los campesinos hacen un uso cada vez mayor de abonos sintéticos que no son de origen ancestral.” MANSILLA; BLANES, 1992, p. 58.

¹⁶⁴ Sobre o fato de o narcotráfico ser também agribusiness, veja também: RIBEIRO, Ana Maria Mota. Sociologia do narcotráfico na América Latina e a questão camponesa. Narcotráfico e violência no campo. In: RIBEIRO, Ana Maria Motta; ATÍLIO S., Jorge (Coord.). *Iulianelli. Koinomia*. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2000. p. 38.

¹⁶⁵ Rosinaldo Silva de Sousa relata assembleia de sindicato rural da Região do Chapare, sobre contribuições mensais e multa por falta em reuniões e terra ociosa, sobre controle da distribuição dos lotes pelos sindicatos rurais e ideologia igualitária. Refere a revolução de 1952, o registro cívico de 1961, o “*Juzgado de Villa Tunari*”, tribunal especializado em questões fundiárias, indicando o art. 171, inc. II, da Constituição da Bolívia, para o fundamento de personalidade jurídica do sindicato rural camponês, e o art. 166 da Constituição da Bolívia, para o trabalho como fonte fundamental para a aquisição e a conservação da propriedade agrária. SOUSA, Rosinaldo Silva de. Organização política e cultivos ilícitos de coca na Bolívia: uma abordagem etnográfica. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 25, n. 73, jun. 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

¹⁶⁶ Sobre conhecimentos tradicionais e expressões culturais transmitidas de geração a geração e a dificuldade de retribuição econômica culturalmente respeitosa com o sistema social originário, “Muito se tem definido como ‘herança’ ou como uma cobertura de conhecimento,

A solidariedade constitui norma jurídica constitucional, art. 3º, inc. I, da CF. A paz apresenta-se como direito fundamental,¹⁶⁷ a par de princípio das relações internacionais, art. 4º, incs. VI e IX, da CF. A cooperação internacional está prevista no art. 65, inc. I, da Lei n. 11.343/2006. A segurança interna é também responsabilidade do Presidente da República, art. 85, inc. IV, da CF. São atribuições do Presidente da República conceder indulto,¹⁶⁸ comutar penas com audiência do Ministério da Justiça¹⁶⁹ e celebrar a paz,¹⁷⁰ autorizado ou com referendo do Congresso Nacional, art. 84, incs. XII e XX, da CF.

Em sendo hediondo o comércio de medicamentos desautorizados, falsificados ou adulterados, e não o seu consumo, considera-se cabível indulto do Presidente da República para os usuários de álcool e fármaco, conforme o Decreto n. 6.706/2008, sem prejuízo de proposição de Ação Direta de Inconstitucionalidade,¹⁷¹ art. 103, inc. I, da CF, por violação à liberdade e invasão da privacidade, com declaração de inconstitucionalidade – conforme jurisprudência do Tribunal Superior da Espanha – dos arts. 28, § 1º, e 33, § 3º, da Lei n. 11.343/2006, proposição de Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão na regulamentação dos usos medicinal, religioso, científico, tradicional e culturalmente condicionado, e proposição, conforme art. 103, § 4º, da CF, de ação declaratória de

inovações, criações e práticas de comunidades indígenas e/ou povos tradicionais (Artigos da CDB 8(j) e 18), como a agricultura, ciência, tecnologia, ecologia, medicina, incluindo expressões de folclore, nomes, indicações, símbolos e propriedade geográfica cultural. (...) A questão mais desafiadora é como as comunidades indígenas e/ou locais fariam, elas próprias, a definição destes benefícios, e por quais mecanismos podem os indivíduos e/ou organizações que trabalham com estes grupos prover tais benefícios” BRITO, Myrza Tandaya Nylander. Propriedade Intelectual do conhecimento tradicional. O desafio amazônico. In: BENJAMIN, Antonio Herman (Org.). *Instituto o direito por um planeta verde. Fauna, políticas públicas e instrumentos legais*, p. 896.

¹⁶⁷ BONAVIDES, Paulo. O direito à paz como direito fundamental da quinta geração. *Interesse Público*, v. 8, n. 40, p. 15-22, 2006.

¹⁶⁸ Para a longa tradição das medidas de clemência, anistia, indulto e comutação, como o nascimento de um príncipe, tratado de paz ou vitória sobre nação inimiga, “Considerada como meio de pacificação social, a clemência foi, frequentemente, usada como arma política ao serviço exclusivo da manutenção do poder”. CARVALHO, Américo A. Taipa de. Condicionalidade sociocultural do direito penal. *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, v. LVIII, 1982, p. 1.076.

¹⁶⁹ Há notícia de cursos sobre mediação de conflitos no Ministério da Justiça, <<http://www.mj.gov.br/>>.

¹⁷⁰ Sobre a necessidade de a paz ser socialmente compartilhada: “A paz se cria, se constrói, na construção incessante da justiça social. Por isso, não creio em nenhum esforço chamado de educação para a paz que, em lugar de desvelar o mundo das injustiças, o torna opaco e tenta miopisar as suas vítimas” (FREIRE, 1986 apud CORTELLA, 2004) CORTELLA, Mario Sérgio. Outras faces da violência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, n. 47, 2004.

¹⁷¹ Veja também: FERREIRA, Carolina Cutrupi. Os critérios de legitimidade reconhecidos pelo STF para propositura de ação direta de inconstitucionalidade. In: COUTINHO, Diogo R.; VOJVODI, Adriana M. (Org.). *Jurisprudência constitucional: como decide o STF?* São Paulo: Malheiros, 2009.

constitucionalidade da política de redução de danos e atenção social, arts. 20, 21, 22, 23, 24, 25 e 26 da Lei n. 11.343/2006.

Alguns, como Dimitri Dimoulis,¹⁷² chegam ao extremo em considerar descrição disposta na Constituição genérica, sem taxatividade, e a criminalização inadequada e desnecessária para a finalidade da saúde em face dos custos em repressão e violação de direitos fundamentais dos usuários e grupos em situação de vulnerabilidade, sustentando a inconstitucionalidade da política criminal, com base no princípio da proporcionalidade.

Indaga-se a desproporção da finalidade saúde com os meios empregados para obtê-la,¹⁷³ o sacrifício excessivo e desnecessário de direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal. Afirma-se haver vulneração de lei a direito fundamental, se o conteúdo daquela revela-se incompatível com o conteúdo normativo tipificado neste.¹⁷⁴

Miguel Carbonell alarma para a superpopulação carcerária e sustenta a despenalização das drogas como primeira medida a ser tomada em matéria de segurança pública para regulação efetiva da oferta e da demanda, devendo-se compreender o problema do consumo de drogas como tema de saúde pública e não de segurança pública.¹⁷⁵

42 Considera-se, como o faz a doutrina penal, hediondo o comércio de remédios falsificados e adulterados e a disseminação de epidemia, sem menoscabo de se atentar: a) para o sentimento popular em se considerar hediondo a indução ao vício, ao abuso, à dependência e aos desequilíbrios emocionais e financeiros – ao que associações de recuperação e associações de pais certamente fazem coro, com reforço do argumento proibicionista de ser a criminalização adequada para dificultação ao acesso aos fármacos proscritos e tipificados por ilícitos; b) ao incentivo econômico da proibição – interessante aos financistas, com consequências nefastas em contextos de vulnerabilidade social, mormente, em se tratando de crianças e adolescentes, seja para o consumo, para a venda ou para proteção armada; c) na perspectiva de quem enfoca as liberdades civis do maior de idade ao uso responsável e justificado – sem deixar de atentar para a circulação de um

¹⁷² DIMOULIS, Dimitri. *A constitucionalidade do tráfico de drogas*. Palestra na PUC/SP, dia 21.09.2010, Semana Jurídica Universitária. <<http://www.seju.com.br>>.

¹⁷³ FREIJEDO, Francisco J. Bastita; MENÉNDEZ, Ignacio Villaverde; RODRÍGUEZ, Paloma Requero; LINERA, Miguel Ángel Presno; CORRAL, Benito Aláez; SARASOLA, Ignacio Fernández. *Teoría general de los derechos fundamentales em la Constitución Espanola de 1978*. Madrid: Tecnos, 2005. p. 149.

¹⁷⁴ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como critério para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

¹⁷⁵ CARBONELL, Miguel. *La guerra perdida*. Disponível em: <<http://www.metapolitica.com.mx>>. Acesso em: 22 out. 2010.

produto de risco no regime de proibição, bem como de seus substratos mais nocivos e aditivos, o crack.

Propõe-se interpretação do art. 4º, inc. II, da CF, prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais, para diálogo em foros da UNASUL e Parlamento do Mercosul, com invocação do art. 173 da CF, para exploração direta de atividade econômica pelo Estado, quando necessária aos imperativos da segurança nacional e a relevante interesse coletivo definido em lei, com aplicação no que couber da Lei n. 9.782/99, Sistema Nacional de Vigilância Sanitária,¹⁷⁶ o que não exclui o debate da regulamentação do sistema financeiro internacional.¹⁷⁷

REFERÊNCIAS

ACUÑA, Martín Vasquez et al. *Declaración de magistrados latinos sobre políticas públicas em matéria de drogas e direitos humanos*. Porto, 3 de julho de 2009.

AGUIAR, Marcelo Souza. O direito à felicidade como direito humano fundamental. *Revista de Direito Social*, São Paulo: Notadez, v. 31, p. 113-114, 2006.

ALIVERTI, Ana. La protección de los niños en los conflictos armados bajo el derecho humanitario. *Lecciones y Ensayos*. Buenos Aires: Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, LexisNexis, Abeledo-Perrot, 2004.

ANDRADE, Tarcísio Mattos. Redução de danos: um novo paradigma? In: TAVARES, Luiz Alberto (Coord.). *Drogas: tempos, lugares e olhares sobre seu consumo*. Salvador: Edufba, Cetad/UFBA, 2004.

ARANTES, Esther Maria de Magalhães. Pensando a psicologia aplicada à justiça. In: GONÇALVES, Hebe Signorini; BRANDÃO, Eduardo Ponte (Coord.). *Psicologia jurídica no Brasil*. Rio de Janeiro: Nau, 2008. p. 31-35.

ARAÚJO JUNIOR, João Marcelo de. A problemática das drogas na América Latina. Primeiras conclusões do projeto alternativo do Rio de Janeiro. *Fasc. de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 122-135, abr./jun. 1990.

ARAÚJO, Alexandre Arnaut de. Poucas clínicas seguem rigorosamente a lei. *Revista Consultor Jurídico*, 23 de janeiro de 2010.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômano*. Tradução de Mário da Gama Kury. 4. ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2001.

BARRETO, Tobias. Menores e loucos em direito criminal. *História do direito brasileiro*. Brasília: Senado Federal, 2003.

¹⁷⁶ Para a conjugação da descriminalização com a regulamentação, veja também: SCABIN, Cláudia Silva. Uso de drogas: uma análise sob a perspectiva da redução de danos. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, v. 1, n. 20, jan./jun. 2007.

¹⁷⁷ Sobre a militarização e o risco para as democracias latino-americanas, veja também: ARAÚJO JUNIOR, João Marcelo de. A problemática das drogas na América Latina. Primeiras conclusões do projeto alternativo do Rio de Janeiro. *Fasc. de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 122-135, abr./jun. 1990.

BEAMONTE, José Ramón de Verda y. Principio de libre desarrollo de la personalidad y ius connubii (A propósito del Auto del Tribunal Constitucional 222/1994). *Revista de Derecho Privado*. EDESA, Editoriales de Derecho Reunidas, SA, octubre 1998.

BERGALLI, Roberto. Controle social: suas origens conceituais e usos instrumentais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, ano 1, n. 3, jul./set. 1993.

BOGHOSSIAN, Bruno; DANTAS, Pedro; FIGUEIREDO, Talita. Bope confunde furadeira com arma e mata fiscal. Morador consertava toldo quando tomou tiro de fuzil; policial responderá por homicídio doloso. *Jornal o Estado de São Paulo*, 20 de maio de 2010.

BONAVIDES, Paulo. O direito à paz como direito fundamental da quinta geração. *Interesse Público*, v. 8, n. 40, p. 15-22, 2006.

BRANDALISE, Vitor Hugo; MACHADO, Renato. Promotoria quer regularizar flanelinha. *Jornal o Estado de S. Paulo*, 21 de julho de 2010.

BRITO, Myrza Tandaya Nylander. Propriedade intelectual do conhecimento tradicional. O desafio amazônico. In: BENJAMIN, Antonio Herman (Org.). *Instituto o direito por um planeta verde. Fauna, políticas públicas e instrumentos legais*. São Paulo, 2005. v. 2.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Mendicância: revogação e repercussões no direito penal e processo penal. *Carta Forense*, fevereiro de 2010.

CADERNO Aliás. Entrevista com Jurandir Freire Costa, Roberto de Aguiar e Leandro Piquet Carneiro. Aliás, *Jornal o Estado de S. Paulo*, 21 de maio de 2006.

CAETANO, Flávio Croce; FIGUEIREDO, Marcelo; GALINDO, Auria Belo. *Consulta à ACT – aliança de controle do tabagismo*. Disponível em: <<http://actbr.org.br/>>. Acesso em: 22 out. 2010

CAMPOS NETO, Antonio Augusto Machado de. Intoxicação por maconha. Traficante e usuário. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 100, p. 225-257, jan./dez. 2005.

CANO, Ignácio. A importância do microdesarmamento para prevenção da violência. In: OLIVEIRA, Nilson Vieira (Org.). *Insegurança pública. Reflexões sobre a criminalidade e a violência urbana*. São Paulo: Instituto Braudel, Nova Alexandria, 2002. p. 135-138.

CARBONELL, Miguel. *La guerra perdida*. Disponível em: <<http://www.metapolitica.com.mx>>. Acesso em: 22 out. 2010.

CARNEIRO, Henrique Soares. A vingança do quilombo. A repressão à maconha começou por conta da associação de seu uso aos negros e às camadas pobres da população. *Revista Nossa História*, ano 3, n. 33, p. 22-24, jul. 2006.

CARVALHO, Américo A. Taipa de. Condicionalidade sociocultural do direito penal. *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, v. LVIII, 1982. p. 1076.

CARVALHO, Salo de. Cinco teses para entender a desjudicialização material do processo penal brasileiro. In: COUTINHO, Nelson de Miranda; JACINTO, Antônio José Avelãs Nunes (Org.). *Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2004.

CARVALHO, Salo de. Política de guerra às drogas na América Latina entre o direito penal do inimigo e o Estado de exceção permanente. *Revista Crítica Jurídica*, n. 25, jan./dez. 2006. Disponível em: <<http://apps.unibrasil.com.br/revista/index.php/criticajuridica/index>>. Acesso em: 25 ago. 2010.

- CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.
- CHAVES, Antônio. Direitos de personalidade. Direitos à vida, ao próprio corpo e às partes do mesmo (transplantes) – esterilização e operações cirúrgicas para “mudança de sexo” – direito ao cadáver e às partes do mesmo. *Justitia*, v. 98, 1977.
- CIA, Michele. Simbolismo penal. In: BORGES, Paulo César Côrrea (Coord.). *O princípio da igualdade na perspectiva penal*. Temas atuais. São Paulo: Unesp, 2007. p. 11-31.
- COMISSÃO Organizadora do Tribunal Popular. A importância do Tribunal Popular, O Estado Brasileiro no Banco dos Réus. Comissão Organizadora do Tribunal Popular: o Estado Brasileiro no banco dos réus. *Revista Puc Viva*, n. 33, out./dez. 2008.
- COOPER, James M. State of the Nation: therapeutic jurisprudence and the evolution of the right of self-determination in international law. *Behavioral Sciences and the Law*, John Wiley & Sons, n. 17, 1999.
- COSTA JR., Paulo José da. *Bala Perdida (aberratio ictus, delicti, causae)*. São Paulo: DPJ, 2006.
- DA SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais*. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.
- DAMÁSIO, E. de Jesus. Descriminalização. *Revista Informação Legislativa*, ano 15, n. 59, jul./set. 1978. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 26 out. 2010.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. Barueri: Manole, 2004.
- DER SPIEGEL, 24/05/2010, *Berlin, na Alemanha, deve flexibilizar as leis de porte de maconha*: Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/midiaglobal/derspiegel/2010/05/24/berlim-na-alemanha-deve-flexibilizar-as-leis-de-porte-da-maconha.jhtm>>. Acesso em 22 out. 2010.
- DIAS NETO, Theodomiro. *O direito penal como meio de autoengano*. Tendências e Debates, *Folha de S. Paulo*, 15 de dezembro de 2003.
- DIAS, Laércio Fidelis. Usos e abusos de bebidas alcoólicas segundo os povos indígenas do Uaçá. In: LABATE, Beatriz Caiuby; GOULART, Sandra; FIORE, Maurício; MACRAE, Edward; CARNEIRO, Henrique (Org.). *Drogas e cultura: novas perspectivas*. Salvador: Edufba e Fapesp, 2008.
- DIMOULIS, Dimitri. *A constitucionalidade do tráfico de drogas*. Palestra na PUC/SP em 21/09/2010. Semana Jurídica Universitária. Disponível em: <<http://www.seju.com.br>>.
- FAVOREU, L. et al. *Tribunales constitucionales europeas y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- FERRAJOLI, Luigi. Criminalidad y globalización. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva Serie, año XXXIX, n. 115, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma de México, p. 301-316, enero-abril 2006.
- FERREIRA, Oliveiros. O caminho da violência. In: D'INCAO, Maria Angela (Org.). *O Brasil não é mais aquele... Mudanças sociais após a redemocratização*. São Paulo: Cortez, 2001. p. 131-145.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na Constituição*. São Paulo: Malheiros, 1999.

FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle das políticas públicas pelo poder judiciário*. Caderno de Soluções Constitucionais, Coleção Soluções Constitucionais, Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas. São Paulo: Malheiros, 2008.

FRANÇA, R. Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Edição Comemorativa do Sesquicentenário da Fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil, n. 31. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 95-96.

FREIJEDO, Francisco J. Bastita et al. *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Espanola de 1978*. Madrid: Tecnos, 2005.

GARCÍA, Pedro de Vega. Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (el caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales). In: PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (Coord.). *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milênio*. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 265-280.

GARCIA, Rafael. A erva volúvel. Para descobridor do princípio ativo da maconha, Raphael Mechoulam, a única coisa que impede os derivados da *Cannabis* de invadirem o mercado são as relações públicas da indústria farmacêutica. *Folha de S. Paulo*, 17 de junho de 2007.

GAROTINHO, Anthony. Uma política de segurança para o Rio de Janeiro. *Arché Interdisciplinar*. Faculdades Integradas Candido Mendes, Ipanema, ano VII, n. 19, 1998.

GOLTZMAN, Paula. *Impacto de las políticas de drogas en la situación sociosanitaria de los usuarios de drogas*, modulo de curso on-line Política de Drogas, VIH y Derechos Humanos. Disponível em: <<http://www.punto.latintraining.com/>>. Acesso em: 26 out. 2010.

GOMES, Geraldo. Drogas – breves anotações, narcóticos, anestésicos, alucinógenos, hipnóticos, sedativos e excitativos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, ano 5, n. 19, jul./set. 1997.

GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUSKOW, Miguel. Fumo Florido: uma questão de preferência nacional. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, ano 50, n. 189, jan./jun. 1998.

HERMAN, André et al. A periferia pode explodir a qualquer momento. Entrevista com Ferrez. Ódio da favela vai explodir. *Caros Amigos*, São Paulo: Casa Amarela, n. 151, out. 2009.

HIDALGO, E. *El consumidor de drogas ante la ley*: la reducción de riesgos respecto al ámbito legal del uso de drogas. 2001. Disponível em: <<http://www.energycontrol.org/sabermas/sabermasFs.php>>. Acesso em: 26 out. 2010.

HUSAK, Douglas N. *Drogas y derechos*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

ICIZUKA, Abílio de Castro; ABDALLAH, Rhamice Ibrahim Ali Ahmad. A trajetória da descriminalização do adultério no direito brasileiro: uma análise à luz das transformações sociais e da política jurídica. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v. 2, n. 3, 3º quadrimestre, 2007. Disponível em: <<http://www.univali.br/direitoepolitica>>. Acesso em: 3 jan. 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. Eficácia das normas constitucionais (Relendo José Afonso da Silva). *Revista Instituto dos Advogados do Paraná*, p. 38-71, 1981.

KARAM, Maria Lúcia. Para conter e superar a expansão do poder punitivo. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara, v. 3, n. 5, jan./jun. 2006.

- KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- KROHLING, Aloísio. *Direitos humanos fundamentais. Diálogo intercultural e democracia*. São Paulo: Paulus, 2009.
- LECOMTE, Jocelin; MERCIER, Céline. The WHO atlas on global resources for persons with intellectual disabilities: a right to health perspective. *Salud Pública de México*, Cuernavaca, v. 50, suppl. 2, 2008. Disponível em: <<http://www.scielosp.org>>. Acesso em: 25 ago. 2010.
- LEVI-STRAUSS, Claude. Introdução. In: MAUSS, Marcel (Org.). *Ensaio sobre a dádiva*. Perspectivas do Homem. Lisboa: Edições 70, 2001.
- MALCHER-LOPES, Renato; RIBEIRO, Sidarta. *Maconha, cérebro e saúde*. Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2007.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Tutela judicial da criança e adolescente em áreas de conflito armado nos morros e favelas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, ano 84, v. 712, fev. 1995.
- MANSILLA, H. C. F.; J. BLANES, José. Narcotráfico y medio ambiente. *Revista Occidental. Estudios Latinoamericanos, Instituto de Investigaciones Culturales Latinoamericanas (IILCA)*, 1992.
- MARCOLIN, Neldson; ZORZETTO, Ricardo. Entrevista Elisaldo Carlini, O uso medicinal da maconha. Especialista em psicofarmacologia diz que já está mais do que na hora de reconhecer as qualidades médicas da droga no Brasil. *Pesquisa FAPESP*, fevereiro 2010.
- MARONNA, Cristiano Ávila. Em busca da racionalidade perdida. *Boletim IBCCRIM*, n. 189. ago. 2008.
- MARQUES, Daniela de Freitas. *Sistema jurídico-penal do perigo proibido e do risco permitido*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.
- MARTINS, Leonardo Pereira. Crime organizado, terrorismo e inviolabilidade de domicílio: sobre o controle de constitucionalidade de novas regras do direito processual alemão e sua relevância para a interpretação do art. 5º, XI da CF. *RT/Fasc. Pen.*, ano 93, v. 824, jun. 2004.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Teoria da Constituição e a constitucionalização dos direitos. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo: ESDC, v. 2, p. 181-219, jan./jun. 2006.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. São Paulo: RT, 2009. v. 4.
- MENA, Fernanda; HOBBS, Dick. *Narcofobia – proibição às drogas e geração de abusos contra os direitos humanos*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/812233-narcofobia--proibicao-as-drogas-e-geracao-de-abusos-contra-os-direitos-humanos.shtml>>. Acesso em: 11 nov. 2010.
- MENDES, Alexandre; CAVA, Bruno. A vida dos direitos, violência e modernidade em Foucault e Agamben. (Coordenação de João C. Galvão Jr.; Renato Nunes Bittencourt & Willis Santiago Guerra Filho). *Revista Filosofia Política do Direito*. Rio de Janeiro, 2008.
- MIRANDA, Paola Frassinetti Alves de. Ineficácia do controle de constitucionalidade brasileiro: o Código Brasileiro de Aeronáutica e o “abate” dos direitos fundamentais. Instituição do direito penal do inimigo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: IBDC, RT, ano 17, out./dez. 2009.

MONTEIRO, Mário Ypiranga. Folclore da maconha. Pesquisa feita para o Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia. *Revista Brasileira de Folclore*, Ministério da Educação e Cultura. Campanha de Defesa do Folclore Brasileiro, ano VI, n. 14. jan./abr. 1966.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. A teoria das restrições dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: RT, ano 17, n. 69, p. 86-109, out./dez. 2009.

MOREIRA, Gabriela. Bala perdida mata criança na sala de aula. Pelo menos outras seis pessoas morreram num confronto entre PMs e traficantes no Rio; à tarde, comandante do batalhão foi exonerado. *Jornal o Estado de S. Paulo*, 17 de julho de 2010.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para compreensão do Estado Fiscal Contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2009.

NADER, Lucia. O papel das ONGs no Conselho de Direitos Humanos da ONU, *Revista Sur*, n. 7. Disponível em: <http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo7.php?artigo=7,port,artigo_nader.htm>. Acesso em: 25 ago. 2010.

NARANJO, Plutarco. El cocaísmo entre los aborígenes de Sud América. *América Indígena*, v. XXXIV, n. 3, julio-septiembre 1974.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1994.

NEVES, Marcelo. Palestra proferida no *Congresso Pernambucano de Direito Público*. Porto de Galinhas, Pernambuco, 26 a 29 de agosto de 2009.

NOTÍCIAS UOL. *Bala que matou aluno em sala de aula no RJ não era da polícia, diz laudo*. 23/08/2010. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/2010/08/23/bala-que-matou-aluno-em-sala-de-aula-no-rj-nao-era-da-policia-diz-laudo.jhtm>>. Acesso em: 25 ago. 2010.

OCHAI, Inês. El contexto cultural de la coca entre los indios kogi. *Revista América Indígena*, Instituto Indigenista Interamericano, México, v. 38, n. 1, enero-marzo, 1978.

OLIVEIRA JUNIOR, Emmanuel Nunes de. *Política pública e estratégias de controle de ação letal das instituições policiais em São Paulo*. Dissertação (Mestrado) – FFLCH, USP, novembro, 2003.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. *Direito de não fumar*. Uma abordagem humanista. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2008.

PERES, Maria Fernanda Tourinho. Violência: um problema de saúde pública. In: LIMA, Renato Sérgio; PAULA, Liana de (Org.). *Segurança pública e violência: o Estado está cumprindo seu papel?* São Paulo: Contexto, 2006.

PIOVESAN, Flávia. Hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Org.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. El principio de proporcionalidad como critério para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

RAMOS, Arthur. As práticas de feitiçaria entre os negros e mestiços brasileiros. *Archivos de Medicina Legal e Identificação*, Rio de Janeiro, ano 5, n. 11, mar. 1935.

REIS, Jorge Renato dos. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais nas relações interprivadas: breves considerações. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas*. Desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul, RS: Edunisc, 2005.

RIBEIRO, Ana Maria Mota. Sociologia do narcotráfico na América Latina e a questão camponesa. Narcotráfico e violência no campo. In: RIBEIRO, Ana Maria Motta; Jorge Atílio S. (Coord.). *Iulianelli. Koinomia*. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2000.

RODRIGUES, Jeferson; BROGNOLI, Felipe Faria; SPRICIGO, Jonas Salomão. Associação dos usuários de um Centro de Atenção Psicossocial: desvelando sua significação. UFSC, *Texto & Contexto Enfermagem*. Florianópolis, ano 15, n. 2, abr./jun. 2006

RODRIGUES, José Augusto de Souza. *Imagens da ordem e da violência no estado do Rio de Janeiro*. Dissertação (Mestrado) – IUPERJ, 1993, em SENTO-SÉ, João Trajano. Imagens da ordem, vertigens do caos – o debate sobre as políticas de segurança pública no Rio de Janeiro nos anos 80 e 90. *Arché Interdisciplinar*, Faculdades Integradas Candido Mendes, Ipanema, ano VII, n. 19, 1998.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. Orientador Prof. Dr. Sergio Salomão Schecaira. Tese (Doutorado), USP. 2006.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas; JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano (Colaborador). Série Pensando o Direito. Sumário Executivo Relatório de Pesquisa “Tráfico de Drogas e Constituição. Um estudo jurídico-social do art. 33 da Lei de Drogas diante dos princípios constitucionais-penais”. Brasília, Rio de Janeiro: UnB, UFRJ. Julho de 2009. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/>>. Acesso em: 26 out. 2010.

ROSI, Diana. *Impacto de las políticas de drogas em la epidemia de VIH y otros problemas de salud en usuarios de drogas*. Módulo de curso on-line Política de Drogas, VIH y Derechos Humanos. Disponível em: <<http://www.punto.latintraining.com/>>.

RUBIO, David Sanchez. Derechos humanos y democracia. Absolutización del formalismo e inversión ideológica. *Crítica Jurídica, Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, n. 17, 2000.

SANTOS, Roberta Machado Branco Ramos. Do mandado de segurança coletivo. In: SERRANO, Vidal (Coord.). *Proteção judicial dos direitos fundamentais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

SCABIN, Cláudia Silva. Uso de drogas: uma análise sob a perspectiva da redução de danos. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, v. 1, n. 20, jan./jun. 2007.

SECLAENDER, Airton C. Leite. O direito de ser informado – base do paradigma moderno do direito de informação. *Revista de Direito Público*, n. 99, jul./set. 1991.

SICA, Leonardo. O caráter simbólico da intervenção penal na ordem econômica. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, Nova Série, São Paulo: RT, ano 1, n. 2, p. 105-116, jul./dez. 1998.

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

SILVA, José Geraldo; LAVORENTI, Wilson; GENOFRE, Fabiano. *Leis penais especiais anotadas*. Campinas: Millenium, 2008.

SILVA, Luiz Antonio Machado da; LEITE, Márcia Pereira. Violência, crime e polícia: o que os favelados dizem quando falam desses temas? *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 22, n. 3, p. 545-591, set./dez. 2007.

SILVA, Vergílio Afonso. *Direitos fundamentais*. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVEIRA, Dartiu Xavier da. Drogas, Vícios: conceitos e preconceitos. *Revista da Sociedade Brasileira de Psicologia Analítica*, São Paulo, 1994. *Unguiana São Paulo, Brasil*, v. 12, p. 26-33, 1994.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. O Supremo Tribunal Federal e a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares. *Revista do IASP*, São Paulo: RT, ano 10, n. 19, jan./jun. 2007.

SOUSA, Rosinaldo Silva de. Organização política e cultivos ilícitos de coca na Bolívia: uma abordagem etnográfica. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 25, n. 73, jun. 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

SPROESSER, Andyara Klopstock. *A comissão parlamentar de inquérito – CPI no ordenamento jurídico brasileiro*. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, Secretaria Geral Parlamentar, São Paulo, 2008.

SZTUTMAN, Renato. Cauim, substância e efeito: sobre o consumo de bebidas fermentadas entre os ameríndios. In: LABATE, Beatriz Caiuby; GOULART, Sandra; FIORE, Maurício; MACRAE, Edward; CARNEIRO, Henrique (Org.). *Drogas e cultura: novas perspectivas*. Salvador: Edufba e Fapesp, 2008.

TAVARES, Flávia. O Brasil também não é santo. *Jornal o Estado de S. Paulo*, 6 de junho de 2010, Caderno Aliás, entrevista com Walter Maierovitch.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Integridade psíquica e capacidade de exercício. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 9, n. 33, p. 3-36, jan./mar. 2008.

TOMÉ, Clarissa. Cosmético com *Cannabis* gera processo. *Jornal o Estado de S. Paulo*, 25 de agosto de 2010.

TORON, Alberto Zacharias. *Crimes hediondos*. O mito da repressão penal. Um estudo sobre o recente percurso da legislação brasileira e as teorias da pena. São Paulo: RT, 1996.

VÁSQUEZ, Guillermo Hoyos. Drogas y moral: entre la educación y las leyes. In: GREIFF, Pablo de; GREIFF, Gustavo de (Comp.). *Moralidad, legalidad y drogas*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La legislación ‘anti-droga’ latinoamericana: sus componentes de derecho penal autoritario. *Fascículos de Ciências Penais. Drogas, Abordagem Interdisciplinar*, Porto Alegre/RS: Sergio Antonio Fabris Editor, ano 3, v. 3, n. 2, abr./jun. 1990.

Data de recebimento: 20/9/2010

Data de aprovação: 4/3/2011

LOS PROCESOS URGENTES Y EL DERECHO DE DEFENSA EN JUICIO

OS PROCESOS URGENTES E O DIREITO DE DEFESA EM JUÍZO

Fernando Adrián Heñin*

RESUMEN

El texto promueve un análisis de las tutelas de urgencia, en particular de las técnicas de carácter anticipatorio, sus requisitos y su utilización para el fin de hacer viable un proceso en un tiempo razonable, sin negligenciar los dilemas a cerca de la aplicación de lo efectivo derecho de defensa y de lo *iura novit curia*.

Palabras claves: Tutelas urgentes; Medidas cautelares; Sentencias anticipatorias; Medidas autosatisfactivas; Competencia.

RESUMO

O texto promove uma análise das tutelas de urgência, em especial das técnicas de índole antecipatória, seus requisitos e sua utilização com a finalidade de viabilizar um processo em tempo razoável, sem negligenciar os dilemas em torno da aplicação do efetivo direito de defesa e do *iura novit curia*.

Palavras-chave: Tutelas urgentes; Medidas cautelares; Sentenças antecipatórias; Medidas autosatisfativas; Competência.

INTRODUCCIÓN

El desafío propuesto en este trabajo es analizar como se puede lograr un adecuado uso de los procesos urgentes en sentido amplio – que muchas veces

* Profesor adjunto regular, Universidad Nacional del Nordeste (UNNE) y de posgrado. Secretario letrado del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco. Especialista en derecho procesal de la Universidad Nacional de Santa Fe. Miembro fundador, ex presidente de la comisión de jóvenes y ex vocal suplente de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Ex juez civil y comercial de corrientes. Autor del libro *Modernos institutos procesales* (prólogo del Profesor Jorge W. Peyrano), de 2 obras en coautoría, 10 obras colectivas y más de 40 artículos en la materia. Miembro del Ateneo de Estudios Procesales de Rosario y miembro fundador del Ateneo de Estudios Procesales del Chaco. Jurado en concursos judiciales y docentes. Conferencista. E-mail: fernandohenin@gmail.com.

vienen a paliar la mora judicial existente en los trámites civiles en nuestro país – respetando, a su vez, el derecho de defensa en juicio de los destinatarios de tales tutelas. En ese cometido tomaremos como objeto de análisis el funcionamiento de las sentencias anticipatorias y las medidas autosatisfactivas en una jurisdicción media, como lo es la Provincia del Chaco en donde hace casi diez años están reguladas éstas últimas. También el ámbito de actuación de cada una de las tutelas urgentes. En su caso, trataremos de determinar si las eventuales afectaciones al derecho de defensa del destinatario provienen de la regulación legal – específica o analógica –, de la aplicación de las mismas por los operadores jurídicos, o de una conjunción de ambas cuestiones.

Dice Roberto Berizonce que “Uno de los fenómenos procesales más complejos al que se le enfrentan los procesalistas de estos tiempos es, precisamente, el de la tutela anticipatoria o interinal que... vienen ‘impuestos’, de algún modo por la necesidad, cada vez más apremiante, de asegurar la eficacia en concreto de la prestación jurisdiccional, cuya creciente e intolerable morosidad impulsa la búsqueda de mecanismos simplificadores, y hasta sustitutivos del juicio de cognición. La composición provisional del conflicto gana entonces terreno en diversas y complejas formas, que reconocen condicionamientos y límites a menudo imprecisos y difusos”.²

EL ENCUADRE PROCESAL DE LA PETICIÓN

Advertimos que muchas veces no se encuadra correctamente la forma de otorgar tutela rápida al justiciable. Ello es natural ya que si desde la misma doctrina especializada no se logra un consenso sobre no solamente el *nomen iuris* de cada uno de estas herramientas, sino, lo más importante, sobre las formas de clasificarlas, los efectos, el trámite, la necesidad o no de consagración legal, menos podemos pedir a los tribunales que, diariamente y abarrotados de peticiones, deben proveerlas en forma urgente.

¹ La síntesis de lo que pensamos no solamente los procesalistas y los operadores jurídicos en general – que no es más que el pensamiento del hombre común argentino, transcribo a continuación lo señalado por el Dr. ARAZI en la presentación del último número de la *Revista de Derecho Procesal*. Dice el Director de la misma, luego de destacar que la Corte Suprema ha recobrado su prestigio tradicional que “No obstante lo dicho, los procesos siguen siendo demasiado lentos. De nada sirve elaborar teorías procesales perfectas si existe una evidente discordancia entre esas teorías y la realidad. La demora judicial la padecen con mayor intensidad quienes promueven procesos medianos o pequeños, pues las grandes empresas están organizadas de modo que les permite calcular de antemano el riesgo de tener que afrontar un juicio; conocen también la manera de evitarlo mediante la negociación o bien recurriendo a otras formas alternativas de solución de los conflictos. Ante los tribunales arbitrales, en general, no tramitan causas de escaso monto” (conf. aut. y ob. cit., *Sentencia*, II, 2.008 – 1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 9-10).

² BERIZONCE, R. *Derecho Procesal Civil Actual*, Editora Platense, La Plata, 1999, p. 481-482.

Para solucionar tal cometido estimo más conveniente efectuar una clasificación que, partiendo de la mayor simpleza posible, delimite en grandes directrices. En efecto, en líneas generales estoy de acuerdo con la propiciada, entre otros, por los Dres. Arazi y Kaminker,³ que advierten 4 grupos: 1. Las cautelares clásicas (embargo preventivo, secuestro, inhibición general de bienes, medida de no innovar, intervención judicial, prohibición de contratar, anotación de litis), esto es las contempladas entre los artículos 209 a 231 del C.P.C.C. de la Nación y los que siguen su línea; 2. Las cautelares genéricas, consagradas en el art. 232 del mismo cuerpo normativo – dentro de las que podemos destacar las medidas cautelares innovativas; 3. Las sentencias anticipatorias – contempladas en diferentes normas como el art. 375 del Código Civil.; y 4. Las medidas autosatisfactivas, que en la Nación no tienen consagración legal pero si en varias provincias argentinas.⁴

Considero que una clara delimitación permite aplicar el régimen normativo pertinente, si existe, o bien el que corresponda por analogía, en el caso de no estar consagrada alguna tutela en el ritual aplicable, como sucede con las autosatisfactivas en la Nación y en la mayoría de las Provincias argentinas. Ello básicamente da gran tranquilidad a los justiciables respecto de cargas técnicas a cumplir, plazos, etc. Además impide que se consagren verdaderas “melanges” jurídicas como ocurrió en el Chaco incluso entre tutelas todas consagradas legalmente. Por supuesto que siempre teniendo como norte la instrumentalidad del derecho procesal, del cual surge que, por sobre consideraciones de tipo semántico, debe prevalecer lo sustancial de la petición.

LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS

Pese a constituir un valiosísimo instrumento para la jurisdicción oportuna, todavía se encuentran consagradas legalmente en pocos ordenamientos rituales, como el art. 232 bis incorporado por Ley n. 4.559 del C.P.C.C. del Chaco, y los similares de Corrientes (arts. 785/790) y de La Pampa (art. 305), como también el art. 5 de la Ley n. 11.529 de violencia familiar de la Provincia de Santa Fe.

³ ARAZI, R.; KAMINKER, M., “Algunas reflexiones sobre la anticipación de la tutela y las medidas de satisfacción inmediata”, en *Medidas Autosatisfactivas*, dir. Jorge W. Peyrano, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 44-47.

⁴ Se denominan medidas autosatisfactivas a las soluciones urgentes, autónomas, no cautelares, despachables *in extremis* (en situaciones excepcionales), *inaudita et altera pars* y mediando una fuerte probabilidad de que los planteos sean atendibles. Se trata de requerimientos apremiantes formulados al órgano judicial que se agotan – de ahí lo de autosatisfactivas – con su pronunciamiento favorable, no siendo necesario, entonces, la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal para evitar su caducidad o decaimiento. (MIDON, M.; E. DE MIDÓN, G., *Manual de derecho procesal civil*, Bs. As., 2.008, p. 574.)

También existen otros tantos Proyectos Legislativos Provinciales, como acontece en Santa Fe y San Juan.⁵

Actualmente se encuentra circulando en la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires un Proyecto de Reforma a su C.P.C.C., el cual sigue – en general – los lineamientos de su par correntino de reciente vigencia.⁶ Recientemente en el orden nacional nos encontramos con un Proyecto de reformas destinado a incorporar el instituto.⁷ En cuanto a su ubicación metodológica, se propone

⁵ PEYRANO, J. W.; EGUREN, M. C. “La batalla por la entronización legal de la medida autosatisfactiva”, *J.A. Jurisprudencia Argentina, Doctrina*, Bs. As., Suplemento del 31/10/07.

⁶ Reza el articulado propuesto: “Artículo 617 bis. Petición Urgente. Los jueces a pedido fundado de parte, respaldado por prueba que demuestre una probabilidad cierta de que lo postulado resulta atendible y que es impostergable prestar tutela judicial inmediata, deberán excepcionalmente, ordenar medidas autosatisfactivas. Según fueren las circunstancias del caso, valoradas motivadamente por el juez; éste podrá exigir la prestación de cautela suficiente. Artículo 617 ter. Presupuestos. La medida autosatisfactiva procederá únicamente cuando concurran los siguientes presupuestos: a) Que fuere necesaria la cesación inmediata de conductas o vías de hecho producidas o inminentes, contrarias a derecho según la legislación procesal o de fondo. b) Que el interés del postulante se circunscriba, de manera evidente, a obtener la solución de urgencia no cautelar requerida, no extendiéndose a la declaración judicial de derechos conexos o afines. c) Se podrá fijar límites temporales a las medidas autosatisfactivas que se dicten y disponer, a solicitud de parte, prórrogas a las mismas. Artículo 617 quater. Sustanciación: Los jueces deberán despachar directamente la medida autosatisfactiva postulada o, excepcionalmente según fueren las circunstancias del caso y la materia de la medida, someterla a una previa y reducida sustanciación, que no excederá de conceder a quien correspondiere la posibilidad de ser oído. Artículo 617 quinquies. Suspensión Provisoria: Se podrá solicitar la suspensión provisoria de la medida autosatisfactiva que lo afectare, en el supuesto de que acreditare “prima facie” la existencia de la posibilidad de sufrir un perjuicio de difícil o imposible reparación, previo ofrecimiento y prestación de contracautela suficiente. Artículo 617 sexies. Impugnación: Concedida la medida autosatisfactiva, el demandado podrá optar por interponer recurso de apelación, el que será concedido con efecto devolutivo, o promover el proceso de conocimiento que corresponda, sin que ello impida el cumplimiento de la resolución impugnada. Elegida una vía de impugnación, se perderá la posibilidad de hacer valer la otra. Rechazada la medida autosatisfactiva, el actor podrá interponer recurso de apelación, o promover el proceso que corresponda. Artículo 617 septies. Principio de instrumentalidad. Caducidad. No rigen en la materia los principios de instrumentalidad y caducidad propios del proceso cautelar. Artículo 617 octies. Normas Supletorias: Se aplicaran supletoriamente en cuanto no resulte incompatible con lo aquí regulado las reglas del proceso sumarísimo”.

⁷ El mismo propone incorporar en la Sección 9º del C.P.C.C.N. y bajo el título “Medidas Autosatisfactivas”, el siguiente articulado: “Artículo 237 bis. Procedencia. Las medidas autosatisfactivas que regula esta Sección podrán ser solicitadas cuando: 1. Medie petición fundada de parte interesada, respaldada en prueba que demuestre una probabilidad cierta de que lo postulado resulta atendible y que es impostergable prestar tutela judicial inmediata. 2. Cuando fuere necesaria la cesación inmediata de conductas o vías de hecho producidas o inminentes, contrarias a derecho según la legislación de fondo o procesal; 3. Cuando el interés del postulante se circunscriba, de manera evidente, a obtener la solución de urgencia no cautelar requerida, no extendiéndose a la declaración judicial de derechos conexos o afines; Artículo 237 ter. Excepcionalidad. Cautela. El dictado de medidas autosatisfactivas será siempre de carácter excepcional. Según fueren las circunstancias del caso, valoradas motivadamente por el juez, éste podrá exigir la prestación de cautela suficiente. Artículo 237 quater. Trámite. Los jueces deberán

emplazarlas dentro del Libro IV que regula los procesos especiales, ello, en el entendimiento que se trata de un proceso urgente de características monitorias o especiales. Lo destacable de ambos proyectos es que – no obstante coincidir sustancialmente con el resto de la normativa vigente y demás proyectos precitados – desarrollan metódicamente y por separado, a lo largo de distintos artículos, el encuadre legal de las medidas autosatisfactivas, sus presupuestos, trámite, posibilidad de suspensión, vías impugnativas, caracteres y normas de aplicación supletoria.

LA EXPERIENCIA DE LAS AUTOSATISFACTIVAS EN LA PROVINCIA DEL CHACO

En el presente abordaremos cuestiones referentes a su aplicación, aprovechando alguna jurisprudencia emanada de los tribunales chaqueños.

ACLARACIONES PREVIAS

Inicialmente considero necesario dejar precisado que: a) Estoy a favor y soy ferviente defensor de estas medidas, por la seriedad de la construcción jurídica y las virtudes que las mismas poseen; b) Vivo pregonando hasta el hartazgo que, como lo decía Chioventa y posteriormente Calamandrei, que “la necesidad de servirse del proceso no debe ir en contra del actor que tiene razón”⁸; c) Soy consciente de que el mayor problema del proceso actual es el de su larga duración; d) La mejor forma de conservar este valioso instrumento es utilizándolo correctamente, es decir conforme los fines que inspiraron su creación; e) Al ser novedoso, da lugar a interpretaciones diversas, porque en definitiva, como dice el refrán popular “se hace camino al andar”, y en lograr su mejor funcionamiento somos parte todos los auxiliares del sistema: jueces, abogados, docentes y juristas; f) Como veremos, en la Provincia del Chaco, las mismas han sido muy

despachar directamente la medida autosatisfactiva postulada o, excepcionalmente según fueran las circunstancias del caso y la materia de la medida, someterla a una previa y reducida substanciación, que no excederá de conceder a quien correspondiere la posibilidad de ser oído. Artículo 237 quinties. Límite temporal. Los jueces podrán fijar límites temporales a las medidas autosatisfactivas que despacharen y disponer, a solicitud de parte, prórrogas de las mismas. No rigen en la materia los principios de instrumentalidad y caducidad propios del proceso cautelar. Artículo 237 sixties. Impugnaciones. El legitimado para contradecir una medida autosatisfactiva ordenada, podrá optar por impugnarla mediante la interposición directa del recurso de apelación que será concedido en su caso, con efecto devolutivo, o iniciar un juicio declarativo general sumario de oposición, cuya promoción no impedirá el cumplimiento de la decisión judicial impugnada. Elegida una vía de impugnación, se perderá la posibilidad de hacer valer la otra. También podrán solicitar la suspensión provisoria de la medida autosatisfactiva que lo afectare, en el supuesto de que acreditare *prima facie* la existencia de la posibilidad de sufrir un perjuicio de difícil o imposible reparación, previo ofrecimiento y prestación de contra cautela suficiente”.

⁸ CALAMANDREI, P. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, trad. Sentis Melendo, Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1945, p. 4.

utilizadas – en algunos casos bien y en otros, a nuestro criterio mal – desde su consagración legislativa. Hechas las mismas, ingresaremos en el desarrollo de la temática propuesta.

EL PROBLEMA DE LA COMPETENCIA MATERIAL Y TERRITORIO

En algunos tribunales de la Provincia del Chaco se han presentado ciertos inconvenientes porque tanto algunos abogados como tribunales han asimilado las mismas al proceso de amparo, cuya demanda se puede presentar ante cualquier juez letrado, sin distinción de materia o grado, e incluso antes de la sanción de la Ley n. 5.451 sin tener que respetarse el turno – problemática que, luego de la sanción de la mentada normativa, ha quedado disipada.⁹ Coincidimos con muy calificada doctrina en no estar de acuerdo con que las mismas se puedan asimilar a tal proceso constitucional. Consecuentemente, adelanto mi opinión respecto a que las medidas autosatisfactivas no pueden interponerse ante cualquier juez, sino al que corresponda según las reglas usuales de la competencia en todas sus clases.

Dice al respecto Jorge Peyrano que “tampoco nos seduce la hipótesis de que las medidas autosatisfactivas sean afines a los amparos. En primer lugar, porque puede suceder que resulte ineludible la emisión de una autosatisfactiva sin que medie un derecho de rango constitucional claramente conculcado. En segundo, porque el amparo no concede soluciones tan prontas como las proporcionadas por la medida autosatisfactiva”,¹⁰ menos existiendo para ambos diversas regulaciones procedimentales. Ello no significa negarle la raigambre constitucional que posee el instituto desde la reforma constitucional de 1994, a través de la consagración del amparo en el art. 43 de la Carta Magna Nacional, pero bien entendido que la fuente nace del amparo como garantía constitucional a una tutela rápida, no como tipo de proceso constitucional.

Entiendo que ello no significa negarle la raigambre constitucional que posee el instituto desde la reforma constitucional de 1994, a través de la consagración del amparo en el art. 43 de la Carta Magna Nacional, pero bien entendido que la fuente nace del amparo como garantía constitucional a una tutela rápida, no como tipo de proceso constitucional.

Lo expuesto, sumado a que justamente en estos casos se requiere una decisión urgente y definitiva por parte de quien posea un mayor conocimiento de esa rama del derecho – y no de las normas constitucionales, como las conoce cualquier

⁹ El art. 3° de la mentada norma actualmente prescribe que: “La acción de amparo podrá deducirse ante cualquier juez letrado sin distinción de fuero o instancia... observándose el turno rotativo u orden aleatorio que corresponda, debiendo el Superior Tribunal de Justicia reglamentarlo”.

¹⁰ PEYRANO, J. W. “Vademecum de las Medidas Autosatisfactivas”, *J.A., Jurisprudencia Argentina*, 1996-II, p. 711; “Reformulación de la teoría de las Medidas Cautelares: Tutela de urgencia. Medidas Autosatisfactivas”, *J.A. Jurisprudencia Argentina*, 1997-II, p. 932.

magistrado que por ende se encuentra en condiciones de resolver un amparo —, nos convence de que las mismas se deben tramitar ante el juez que sea competente por razón de la materia (civil y comercial, laboral, de quiebras, de familia, en lo contencioso administrativo, etc.), es decir, ante los juzgados especializados en el tema, y no ante cualquier juez, como sí lo prescribe — por ejemplo —, el ya citado art. 3 de la Ley de Amparo del Chaco, por no ser, justamente, un proceso de amparo. Así lo han señalado algunos tribunales.¹¹

Aquí no podemos olvidarnos de la importancia del respeto de estas normas procesales, que, al tratarse de reglas competenciales, son de orden pública,¹² carácter reconocido, y por lo tanto su inobservancia determina la nulidad del acto procesal,¹³ ya que, al no ser en su esencia cautelares, no cabe aplicar analógicamente lo establecido por el 2º párrafo del art. 196 del C.P.C.C.¹⁴ que se refiere a la validez de éstas al ser decretadas por un juez incompetente —, por no surgir su extensión analógica legal, como también porque por la naturaleza de aquéllas, el afectado no tiene la posibilidad de efectuar planteo alguno ante ese mismo juez — sustitución, modificación, disminución, etc., de la misma conforme el art. 203 del ritual —, sino únicamente la suspensión provisoria en supuestos de irreparabilidad, establecida en el último párrafo del art. 232 bis de tal normativa.¹⁵

¹¹ Sala I de la Cámara de Apelaciones del Trabajo de Resistencia, en Sentencia dictada el 28/04/03 en los autos “Marchi, Rosana E.”. El voto del Dr. Eduardo A. Siri, al que adhirió a dirimir la disidencia el Dr. Alejandro E. Parmetler, señaló al respecto que: “... entiendo que la juez del fuero laboral, es incompetente para entender en la misma en razón de la materia como así también esta Cámara. El caso se trata de una cuestión netamente comercial que excede de lo dispuesto por el art. 10 de la ley 2383 (de facto) que expresamente establece: “Que los Juzgados de Primera Instancia del Trabajo conocerán a) en los conflictos de derecho, individuales o colectivos derivados de la relación de Trabajo, cualesquiera sean las disposiciones legales en que se funden, inclusive aquéllas que pudieren corresponder a trabajadores según el derecho común”, de ninguna manera la relación entre el Banco demandado y el cliente surge derivada de la relación de Trabajo, en consecuencia, dando trámite a esta causa, se ha excedido el límite de la competencia fijado por el artículo citado en razón de la materia. No escapa a mi conocimiento que algunos autores consideran que las medidas autosatisfactivas participan de algunas características del amparo, ello es posible, pero esa similitud a mi criterio, no comprende la universalidad del fuero, es decir que las mismas pueden presentarse ante cualquier juez, de cualquier fuero, aplicando este criterio podría darse el caso de tener que intervenir un juez del trabajo, en una cuestión de familia”. (La Ley Litoral, Año 8, n. 3, abril de 2004, p. 275).

¹² Se tiene que revisten tal calidad “a aquellas normas que, por responder a valores preferentes de la comunidad, el organismo social tiene particular interés para que se preserven y se sobrepongan aún al interés de los justiciables”. MIDON, M. S.; E. DE MIDÓN, G., *Manual*, cit., p. 11.

¹³ MORELLO, A. M.; SOSA, G. L.; BERIZONCE, R. O., *Códigos Procesales*, T-II-A, 403, Ed. Platense, La Plata, 1996.

¹⁴ Art. 196. 2º párrafo C.P.C.C.N.: “Sin embargo, la medida ordenada por un juez incompetente será válida siempre que haya sido dispuesta de conformidad con las prescripciones de este capítulo, pero no prorrogará su competencia”.

¹⁵ Art. 232 bis “in fine” del C.P.C.C.H.: “También podrá solicitar la suspensión provisoria de la medida autosatisfactiva que lo afectare, en el supuesto de que acreditare *prima facie* la existencia de la posibilidad de sufrir un perjuicio de difícil o imposible reparación, previo ofrecimiento y prestación de contracautela suficiente”.

Por otra parte, a mi juicio, violaría el derecho de defensa del destinatario considerar que en estas medidas puede existir prórroga tácita de la competencia territorial en cuestiones netamente patrimoniales como lo prescribe el art. 1 del C.P.C.C. – al menos antes del vencimiento del plazo para recurrir la misma que tiene el afectado luego de notificado –, ya que quien mal podremos saber si quien deba cumplirlas está o no de acuerdo con que se tramiten ante una jurisdicción diferente de las que corresponde según las reglas que establece el ritual.

Supongamos, *v. gr.* que según las mismas, la contienda debería tramitarse ante la primera circunscripción de la provincia del Chaco – Resistencia – pese a lo cual el actor plantea la medida ante un tribunal con asiento en la cuarta circunscripción – Charata – distante a casi 300 kms. de aquélla, se estaría afectando el derecho de debido proceso de quien pueda tener razones para oponerse y deba conseguir asistencia letrada que lo represente en esa localidad y no donde reside, por ejemplo, aunado a que todavía no se puede determinar si consiente o no tal prórroga. Consecuentemente se debería desestimar una solicitud ante juez incompetente, en cuyo caso deberá remitir las actuaciones ante el que estime debe intervenir.

En efecto, no coincido en que esta cuestión pueda ser soslayada por la urgencia del trámite, porque del otro lado existe quien tiene el derecho de defenderse, excepción, claro está, de que estuviese en juego la vida o la salud de un ser humano.

Distinta sería la solución en el caso de existencia de pacto expreso efectuado de antemano entre las partes, en donde no habría problemas de aceptar su validez.

LA IMPORTANCIA DE LA DIFERENCIACIÓN CON OTRAS TUTELAS URGENTES – EL IURA NOVIT CURIA EN MATERIA PROCESAL

También ha ocurrido en el Chaco que a ciertas pretensiones se les otorgaba un trámite mixto consistente en lo más beneficioso para el actor, de cada uno de ellos. Así dicha parte elegía el juzgado por razón de la materia, del turno e incluso en algunos casos por el territorio (beneficios del proceso de amparo), luego de lo cual se dictaba la resolución autosatisfactiva, esto es, evitándose la previa sustanciación – informe circunstanciado – como asimismo la etapa de pruebas que prescribe la ley provincial para dichos procesos constitucionales.

Uno podría llegar a preguntarse: si estamos ante un proceso urgente, como nos detenemos en ello y la respuesta es: que justamente el letrado debe conocer de antemano la legislación – que correctamente deben aplicar los magistrados –, para no ser partícipes de esa demora perjudicial para su cliente que requiere tutela urgente, a través de éstos trámites previos. Es así como el abogado, como auxiliar de la justicia, también debe colaborar individualizando su pretensión procedimental, y si no lo hace, el tribunal tiene dos caminos: a) Solicitarle que especifique que trámite está solicitando (aplicando analógicamente los arts. 299

y 316 del C.P.C.C. del Chaco – y sus análogos 319 y 337 del C.P.C.C.N.); b) O bien, si la urgencia del caso lo amerita, encuadrar por el *iura novit curia* la pretensión, y darle el tratamiento acorde a todo el trámite.

Volviendo sobre el *iura novit curia* en materia procesal, debemos decir que tanto doctrinaria¹⁶ como jurisprudencialmente¹⁷ ha sido aceptado, teniendo el mismo como algunas de sus manifestaciones, la “reconducción”¹⁸ y la “recalificación”¹⁹ de las postulaciones.

Estas soluciones sólo deberían darse en casos excepcionalísimos, en supuestos que objetivamente den lugar a algunas dudas, porque en realidad la diferencia entre amparos y autosatisfactivas es clara, como lo señaláramos precedentemente, y por lo tanto teniendo en claro las finalidades y presupuestos de cada instituto, la mayoría de los supuestos, no deberían ofrecer problemas.

LA INCORRECTA UTILIZACIÓN DE LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS EN ALGUNOS CASOS

Además de los problemas precitados, referidos a la competencia y a la superposición de trámites procesales, en los algunos procesos se han despachado medidas sin estar, a mi criterio, reunidos los presupuestos para su dictado, esto es, sin tenerse en cuenta su carácter excepcional o *in extremis*, en los casos en que exista fuerte probabilidad del derecho invocado.

¹⁶ PEYRANO, J. W., “Iura Novit Curia Procesal: la Reconducción de Postulaciones”, *E.D., El Derecho*, diario del 28/03/01, se ocupa del mismo señalando inicialmente que “Resulta curioso comprobar el escaso desarrollo de este último cuando se lo compara con su aplicación bastante frecuente en materia de fondo (civil y comercial). No advertimos razón alguna que justifique tal discriminación; máxime cuando se trata de un empleo razonable del *iura novit curia* que sea respetuoso del principio dispositivo”.

¹⁷ Las Salas II y IV de la Cámara de Apelaciones de Resistencia acudieron a tal figura al transformar las medidas autosatisfactivas – dictadas a los efectos de la recepción de los bonos “quebrachos” luego del dictado del fallo “Santambrogio de Gregoresky” por parte de la Sala Civil, Comercial y Laboral del S.T.J. – en cautelares innovativas, disponiendo a su vez que el actor inicie un proceso principal de trámite sumarísimo, acudieron a tal postulado.

¹⁸ Enseña PEYRANO: “La verdadera “reconducción” es aquella en la cual el órgano jurisdiccional cumple una tarea docente que también le incumbe, advirtiéndolo antes posible al postulante acerca de que ha elegido el camino equivocado e indicando, por añadidura, cual es el rumbo correcto y sin limitarse a la utilización de la tan poco solidaria frase “ocurra por la vía adecuada” o cosa por el estilo”. (PEYRANO, J.W., “Iura Novit Curia”, cit.).

¹⁹ Distingue PEYRANO: “En la “recalificación”, el Oficio se circunscribe a señalar que se ha formalizado un encuadramiento legal incorrecto y a realizar el adecuado, pero sin brindarle al justiciable la posibilidad de reajustar sus peticiones... Insistimos en que la recalificación se caracteriza porque recién al final del proceso y en ocasión de dictar la resolución que lo corona, el tribunal entera a las partes de que se han manejado por un carril inadecuado. El caso “Faiart” *leading case* de segunda instancia en materia de medidas autosatisfactivas es un ejemplo de “recalificación procesal porque recién la sentencia revisora calificó como “medida autosatisfactiva” a lo que hasta entonces era tenido por una “cautelar innovativa” (PEYRANO, “Iura Novit Curia”, cit.).

Es que va de suyo que, como todo instrumento, es idóneo y eficaz, si su utilización es correcta. De lo contrario, como en cualquier aspecto de la vida, puede no servir para fines no creados y hacer creer a algunos – erróneamente, por cierto – que en consecuencia no tiene ninguna practicidad.

Por ejemplo, si queremos tomar sopa nos valdremos de la cuchara y no del tenedor, ya que sería imposible lograr nuestro objetivo y nos quedaríamos con apetito; si un médico desea calmar una pequeña jaqueca, recetará un analgésico local y no morfina, aunque esta última también cumplirá el objetivo de calmar dicha dolencia, pero tendrá otros efectos que harían inconveniente su prescripción.

Lo mismo ocurre con las medidas autosatisfactivas: tal como dice el C.P.C.C. chaqueño,²⁰ el correntino,²¹ el proyecto de Código para la Provincia de Santa Fe,²² y coincide la doctrina, su carácter es excepcional y están especialmente destinadas a vías de hecho. Tales particularidades han sido también reconocidas por los certámenes científicos,²³ por la jurisprudencia provincial²⁴ – en donde se recalzó su naturaleza extraordinaria, y hasta cierto punto *in extremis* como lo sostiene su precursor²⁵ junto con restante muy calificada doctrina.²⁶

a) *Un caso icono: las decretadas ante pretensiones de pago de obligaciones con bonos locales*

Las innumerables medidas autosatisfactivas solicitadas por empleados activos o pasivos de la administración pública, a los fines que sus entidades bancarias o financieras acreedoras les reciban el pago de sus obligaciones en igual proporción de bonos “quebrachos” que los que percibía en sus haberes, fueron dictadas, a

²⁰ Recordemos que el art. 232 bis del C.P.C.C. del Chaco reza: “Los jueces a pedido fundado de parte, respaldado por prueba que demuestre una probabilidad cierta de que lo postulado resulta atendible y que es impostergable prestar tutela judicial inmediata, deberán excepcionalmente, ordenar medidas autosatisfactivas...”.

²¹ Art. 785: Petición urgente: “Ante solicitud fundada de parte, explicando con claridad en qué consisten sus derechos y su urgencia y aportando todos los elementos probatorios que fundamentan la petición y que es impostergable prestar tutela judicial inmediata, el juez o tribunal deberá excepcionalmente, ordenar medidas autosatisfactivas, según fueren las circunstancias del caso, valoradas motivadamente...”.

²² Se propicia la agregación al art. 290 del C.P.C.C. santafecino el texto cuyo párrafo siguiente – en lo que aquí interesa – expresa: “Los jueces podrán decretar, prudencial y excepcionalmente, medidas urgentes distintas de las reguladas expresamente por este Código”.

²³ En el XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en Corrientes en agosto de 1.997, se estableció como conclusión al respecto que: “La medida autosatisfactiva es una solución urgente no cautelar, despachable *in extremis*, que procura aportar una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que recama una pronta y expedita intervención del órgano jurisdiccional”.

²⁴ S.T.J. del Chaco *in re*: “Santambrogio de Gregoresky, Lidia J. s/ Medidas Autosatisfactivas”, Sent. n. 179/03 del 12/05/03 dictada por su Sala Ira Civil, Comercial y Laboral, entre muchas otras.

²⁵ PEYRANO, “Vademecum”, cit.; “Reformulación”, cit., PEYRANO – EGUREN, “La batalla”, cit.

²⁶ MIDON, M. S. E. DE MIDÓN, G., *Manual...*, cit.; DE LOS SANTOS, M., “Medida Autosatisfactiva y medida cautelar”, *Revista de derecho procesal – 1, Medidas cautelares*, ARAZI, ROLAND, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 47.

nuestro humilde parecer, en forma errónea. Es que no aparecían verificados varios de los presupuestos relativos, especialmente en cuanto a la falta de conductas o vías de hecho (ya que existía un perjuicio emanado de normas jurídicas, como lo era la Ley Provincial n. 4.951/01 de creación de los Bonos Quebrachos en la Provincia del Chaco); como asimismo en relación a que el interés del postulante se circunscriba a obtener la solución de urgencia no cautelar no requerida, sin necesidad de declaración de derechos conexos o afines (en este caso, como surge de los decisorios de primera y segunda instancia, debió declararse la existencia de derechos conexos o afines). Ello máxime cuando entendemos que pudo haber existido violación del derecho de defensa por parte de los eventuales afectados, que debían tener la posibilidad de efectuar diversos planteos – no sólo procesales sino incluso sustanciales.

Por tales razones nos parece que en supuestos como el citado, era más propicio, si el juzgador entendía que estaban cumplidos los recaudos, el despacho de una medida cautelar innovativa y la tramitación de la cuestión de fondo a través de un proceso contradictorio, como lo dispusieron las Salas 2ª y 4ª de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de nuestra ciudad, con posterioridad al fallo “Santambrogio de Gregoresky”, ya citado. En ese derrotero reiteramos nuestra creencia de que en el caso de un empleado privado al que le bajan el sueldo luego de comprar el auto o la casa, seguramente no le morigerarían la cuota a través de una autosatisfactiva, porque en definitiva ello, creemos humildemente, no sería correcto procesalmente.

En otros pleitos, la alzada confirmó el rechazo dispuesto en primera instancia por considerar que no era la vía adecuada para dirimir cuestiones de naturaleza contractual.²⁷ También fueron desestimadas por la Cámara de Apelaciones, declarándose inadmisibles la vía por estimar que la cuestión traída a juicio requería de mayor debate y prueba.²⁸

b) Otro caso en donde el Superior Tribunal chaqueño anuló la confirmación de una medida autosatisfactiva, fue en un proceso promovido por el ex gerente de un banco que había pactado su desvinculación en una suma al contado de dólares estadounidenses, más otra similar, a abonarse en cuotas de la misma

²⁷ Conf. Sala Primera de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de esta ciudad en autos “Címbaro, Eduardo Román c/ Banco Río de la Plata S.A. Suc. Rcia. s/ Medidas Autosatisfactivas”.

²⁸ Conf. Sala Cuarta de la Cámara de Apelaciones de Resistencia, en los autos “Sibilla de Vallejos, Juana Beatriz s/ Medidas Autosatisfactivas”. Allí las magistradas arribaron a tal conclusión, por estimar que “... en el sub lite no se dan con plenitud las circunstancias que permitieron por esta vía sumarísima de cognición reputar nítidamente que no se rompía el equilibrio contractual si se admitía el pago parcial de la deuda con bonos provinciales.”, para finalizar señalando que “... la probabilidad cierta a que se refiere el art. 232 bis del Código de Procedimientos Civil y Comercial, no aparece con la nitidez requerida por la norma, atento la complejidad de la cuestión la que requiere mayor debate”.

moneda. El demandado fue pagando puntualmente hasta la salida del régimen de convertibilidad donde comenzó a depositar esa misma suma pero de pesos, lo que motivó dicha tutela urgente. Al llegar los autos vía recurso extraordinario, el Tribunal tuvo en cuenta que el decisorio no contaba con adecuada fundamentación, destacando que "... según surge de los considerandos del fallo en crisis, luego de conceptualizar el referido recaudo para el otorgamiento de la medida autosatisfactiva, lo tuvieron por cumplimentado dando razones más vinculadas con el fondo de la pretensión – tales como las referidas a la devaluación y el derecho del trabajador a percibir un monto similar al existente con antelación a la mora del acreedor –, que con la fuerte probabilidad de que tal situación se haya verificado en el sub lite". También cuestionó la respuesta dada por la Cámara a la falta de urgencia alegada por la demandada, que había estimado lacónicamente que tal requisito se hallaba verificado, adunando argumentos relacionados con la citada disminución de las sumas en cuestión como consecuencia de la pesificación, pero nuevamente ajenos a la concurrencia del recaudo en análisis – la urgencia –, sin especificar porqué razón, también en el caso concreto, el factor tiempo, esto es la situación de urgencia, se hallaba configurada. Por último destacó el Superior Tribunal la falta de tratamiento de los otros recaudos para el otorgamiento de una medida autosatisfactiva, tales como la existencia de una situación excepcional, la existencia de conductas o vías de hecho contrarias a derecho y la innecesariedad de declaración de derechos conexos o afines.²⁹

62

ALGUNOS OTROS SUPUESTOS EN DONDE SE UTILIZARON LAS AUTOSATISFACTIVAS EN EL CHACO

a) Un ejemplo lo constituye la dictada a favor de una persona que había solicitado con carácter de urgente que la Provincia del Chaco y/o Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología de la Provincia del Chaco, con el objeto de que con carácter urgente expida certificación de servicios, constancia de continuidad de servicios y fotocopias del legajo personal para iniciar los trámites jubilatorios por incapacidad física total y permanente. El juez de primera instancia admitió la misma, ordenando que el citado Ministerio proceda a la entrega inmediata a la actora de lo solicitado, si fuera dependiente de esa repartición. Cabe destacar que si bien la peticionante había promovido acción de amparo, el magistrado con gran acierto despachó dicha medida autosatisfactiva, por considerar, luego de analizar la naturaleza de la pretensión esgrimida, que resultaría un desgaste jurisdiccional inútil abrir la instancia para la tramitación de un proceso de Amparo. Ello ya que estimó que lo reclamado es una tutela jurisdiccional muy urgente aunado a no resultar necesario un contradictor, toda vez que lo que se reclama

²⁹ S.T.J. del Chaco, Sala Civil, Comercial y Laboral, Sent. n. 57/05.

es sólo una constancia de certificación de servicios y fotocopias de un legajo personal, para iniciar los trámites jubilatorios pertinentes.³⁰

b) También se despachó una medida autosatisfactiva ordenándose al titular del campo vecino proceda al inmediato retiro de animales vacunos, equinos y de otras especies, a cerrar las tranqueras que abrió de los inmuebles de propiedad de la actora, a reparar el alambrado perimetral de dichos inmuebles y se abstenga en lo sucesivo a cortar los alambrados, introducir animales de cualquier especie y provocar quemazón de pastos existentes en los referidos inmuebles. Para ello la magistrada tuvo en cuenta que en sede penal el accionado reconoció tener sus animales para pastaje en el inmueble de propiedad de la actora, así fotografías de las que se observa la quema de pastos.³¹

c) Otro caso interesante fue la orden de que la ex empleadora proceda a depositar en una cuenta judicial la suma de dinero que había pactado abonaría a la actora en concepto de indemnización. Para decretar tal medida autosatisfactiva, la juez interviniente tuvo en cuenta que las partes habían celebrado un convenio de pago ante la Dirección Provincial del Trabajo, siendo el mismo homologado, entregándosele a la peticionante en aquella oportunidad tres (3) cheques que totalizan la suma mencionada precedentemente, en concepto de indemnización, siendo que dos de ellos se encuentran rechazados por denuncias policiales, además de documentación médica – historia clínica, certificados médicos –, respecto de que la misma posee una hija con discapacidad, por lo que considera que de no admitirse tal tutela se correría el riesgo de producirse un daño irreparable.³²

LA TUTELA EN CUESTIONES DE FAMILIA PRIVILEGIANDO EL DERECHO A LA SALUD

Ante un juzgado de familia se promovió una pretensión del padre de un menor contra la madre del mismo, tendiente a lograr la autorización para la intervención quirúrgica traumatológica del niño, debido a la oposición de esta última. El tribunal, luego de sustanciarla y celebrar audiencia con las partes, despachó a los fines de que se actualice el control del niño y si la oportunidad

³⁰ Conf. Resol. del Juzgado en lo Civil y Comercial de Resistencia de la Octava Nominación en autos “Aisicovich, Rosa Mary c/ Provincia del Chaco y/o Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología de la Provincia del Chaco s/ Medida Autosatisfactiva”, Expte. n. 10.081/07.

³¹ Conf. Resol. del Juzgado en lo Civil y Comercial de Resistencia de la Octava Nominación en autos “Dellamea de Prieto, Alba Nidia c/ Pegoraro, Francisco Raimundo y/o quien resulte responsable s/ Medida Autosatisfactiva”, Expte. n. 6.583/07.

³² Conf. Resol. dictada en autos “Núñez, Carola c/ STAR S.A. y/o Luque, Leandro y/o Luque, César Enrique y/o quien resulte responsable s/ Medida Autosatisfactiva”, Expte. n. 9.732/05 del Registro del Juzgado en lo Civil y Comercial de la Octava Nominación de Resistencia.

quirúrgica continúa, se realice la cirugía en un centro público o privado de la ciudad de Resistencia y/o su derivación a Buenos Aires, disponiendo la tenencia provisoria a su padre a los fines de que se ocupe de tal problema de su hijo – y en ejercicio de la patria potestad autorice dicha operación –, y estableciendo un amplio régimen de visitas a favor de su madre. Para ello la magistrada tuvo en cuenta acreditada la fuerte probabilidad en el derecho, con los certificados médicos acompañados expedidos por distintos profesionales especialistas en ortopedia y traumatología, que junto con la demás documental, daban cuenta de la gravedad de la lesión denunciada y la agravación del cuadro. El peligro en la demora estuvo dado por lo anterior aunado a la necesidad de evitar eventuales consecuencias negativas en la salud integral del menor. También meritó que la madre no había dado razones valederas que sustentasen su negativa y que la salud del hijo es superior a la voluntad de ambos progenitores y de las desavenencias que pudieren existir entre ellos, conforme lo dispuesto en la Convención Internacional de los Derechos del Niño.³³

También cabe resaltar que, al igual que lo ocurrido en otras jurisdicciones, se han dictado muchas medidas autosatisfactivas tendientes a que las obras sociales provean de medicamentos u otro tipo de cobertura médica que le había sido negada a sus afiliados.

CASOS EN DONDE HAN SIDO ACERTADAMENTE DESESTIMADAS

a) Así ocurrió ante un planteo del padre de un menor que sufría de una discapacidad mental y otras discapacidades congénitas, tendiente a que se desaloje de la vivienda que le había donado al menor, a la esposa del peticionante, cuyo matrimonio se había celebrado con anterioridad a dicha liberalidad, sin haberse divorciado. El magistrado actuante estimó que si bien se configura la existencia de una fuerte probabilidad del derecho alegado; no podían soslayarse otros presupuestos para su despacho como: una situación de marcada urgencia o la producción de un daño insusceptible de reparación ulterior, como también que la pretensión se articule para hacer cesar conductas o vías de hecho producidas o inminentes, contrarias a derecho según la legislación de fondo o procesal y, que no sea necesaria la sustanciación de un proceso de conocimiento autónomo. En tal sentido tuvo en cuenta el juez actuante que la persona que continuaba habitando el bien inmueble perteneciente al menor y con usufructo de su padre accionante, es esposa del usufructuario, situación que impone – al menos – habilitarla en proceso de conocimiento para que ejerza su derecho de defensa; atento – aparentemente – no ha ejercido ninguna vía de hecho que deba

³³ Conf. Resol. dictada en Expte. “M., J. R. s/ Medida Cautelar Genérica”, n. 2.639/07 del Registro del Juzgado del Menor de Edad y la Familia n. 2 de Resistencia.

repudiarse. Como corolario de lo señalado desestimó in limine la pretensión y ordenó readecuarla al trámite del proceso de desalojo.³⁴

b) Con acertado criterio se desestimó una medida autosatisfactiva tendiente a que la Municipalidad de Resistencia arbitre las medidas tendientes a la inmediata suspensión de las obras particulares que afectaban una calle pública, como asimismo la demolición de construcciones particulares, hasta tanto dicha comuna dicte resolución definitiva en el expediente administrativo. A tales fines el Tribunal meritó que de los elementos aportados al proceso no surgía la concurrencia de los presupuestos legales habilitantes de la pretensión autosatisfactiva, ya que las circunstancias invocadas por el recurrente se contraponen y por lo tanto presuponen una indiscriminada gama de conflictos que requieren de sustanciación y prueba, ya que de admitirse se desnaturalizaría el instituto de admitirse al ensancharse indebidamente su cauce por el grado de cognición limitada que requiere esta tutela urgente. Es decir que encontró insatisfecho el grado de probabilidad cierto y manifiesto requerido. Puntualmente se tuvo en cuenta que del escrito postulatorio surge que los actores esperan la solución en el derecho administrativo, que la Dirección de Catastro había aprobado un plano donde no existe calle pública y que los demás dictámenes existentes en el citado expediente municipal son demostrativos del conflicto de derechos y la falta de certeza acerca de si el espacio discutido encuadra en el art. 2.340 del C. Civil o bien en el 2.347 de dicho cuerpo normativo.³⁵

Supuestos cotidianos en los que no se las utiliza

Así como vimos que – en nuestra Provincia – se las usa en casos donde no procederían, también advertimos supuestos en los que la norma expresamente prevé tal solución, – al menos en nuestra jurisdicción –. Ello sucede con la Ley Nacional de Tránsito, que se refiere a la posibilidad de que los gastos de internación y sepelio de las víctimas de un accidente de tránsito, sean abonados de inmediato por el asegurador.³⁶ Es que el tercero a que hace referencia la misma, está

³⁴ Resol. dictada en autos “Miño, Laudino en representación legal del menor: A.E.M. c/ Bordón, Amada y/u Ocupantes, Poseedores y/o quien resulte responsable s/ Medida Autosatisfactiva”, Expte. n. 8.745/07, del registro del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la Octava Nominación de Resistencia, Chaco.

³⁵ Conf. Resol. dictada *in re*: “Iglesia Evangélica Congregacional s/ Medida Autosatisfactiva”, Expte n. 8.033/07 del Registro del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial n. 8 de Resistencia.

³⁶ Prescribe el art. 68 de la Ley Nacional de Tránsito que: “... Los gastos de sanatorio o velatorio de terceros, serán abonados de inmediato por el asegurador, sin perjuicio de los derechos que se pueden hacer valer luego. El acreedor por tales servicios puede subrogarse en el crédito del tercero o sus derechohabientes. Carece de validez la renuncia a un reclamo posterior, hecha con motivo de este pago...”.

determinado por la Ley de Seguros.³⁷ Es decir que debe satisfacer sin poder invocar excusa o causa liberatoria el pago de los gastos de sanatorio (internación, honorarios médicos, costos de remedios, radiografías, análisis, etc.), y los gastos de velatorio de los terceros víctimas alcanzados por el interés asegurado. Tales erogaciones de extrema urgencia, originan la obligación de pago inmediato, y no puede dilatarse invocando la vigencia de un plazo para expedirse sobre el siniestro o la culpa grave o cualquier otra causa liberatoria (caducidades, incumplimientos, caso fortuito o el hecho de un tercero), sin perjuicio de la “repetición”, en caso de no corresponder que tales daños sean soportados por la aseguradora.

En consecuencia se otorga una acción directa autónoma a esos sujetos, quienes solamente deben acreditar – con el grado de probabilidad previsto en la ley ritual –, a) la existencia del siniestro (en base al sumario penal, *v. gr.*) y b) Los gastos citados.

Estaremos en presencia de una medida autosatisfactiva propiamente dicha cuando el único reclamo originario fuese el de dichos conceptos; por el contrario, si fuesen reclamados con otros ítems (daño moral, lucro cesante, otros daños materiales, etc.), su naturaleza será propiamente el de una sentencia anticipatoria parcial, como lo receptara la C.S.J.N. en “Camacho Acosta c/ Grafi Graff”.³⁸

Cabe destacar que en otras jurisdicciones, en donde no se hallan reguladas las medidas autosatisfactivas, han sido peticionadas y aplicadas, como sucedió, por citar solamente un ejemplo, hace casi ocho años en la Provincia de Santa Fe, en donde se dispuso fijar gastos de movilización de la accidentada, como así de cuidados médicos, paramédicos, intervenciones quirúrgicas, compra de medicamentos y de toda otra modalidad que no pueda prescindir sin riesgo para su vida y salud física y psíquica, a cargo de la aseguradora citada en garantía y por el plazo de seis meses.³⁹

EL BALANCE DE ESTAS MEDIDAS A CASI 10 AÑOS DE VIGENCIA EN EL C.P.C.C. DEL CHACO

Como lo señalábamos al comienzo, este moderno instrumento procesal fue de gran utilidad en innumerables casos (solicitud de cobertura social de alta

³⁷ Dispone el art. 9° de la Ley n. 17418: “El asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado por cuanto deba a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato, a consecuencia de un hecho acaecido en el plazo convenido”.

³⁸ HEÑIN, F., “Las medidas autosatisfactivas: algunas cuestiones que suscita su aplicación”, *Revista de Derecho Procesal*, Zeus, Rosario, n. 1, 2005, p. 43-53.

³⁹ Conf. fallo dictado en Expte. n. 283/00 por el Juzgado de Primera Instancia Civil, Comercial y Laboral, Distrito Judicial n. 14, Villa Constitución, cit. por PEYRANO, J. W., “Tendencias y proyecciones de la doctrina de la tutela anticipada”, *Revista de Derecho Procesal*, 1, *Derecho Procesal de Familia*, ARAZI, R., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 557-577.

complejidad, exclusiones de hogar de personas no ligadas por un vínculo parental, pago de rubros por distracto laboral – ofrecidos mediante misivas y denegados de hecho –, etc.), gracias a las peticiones de los abogados como verdaderos arquitectos de la jurisprudencia, que a su vez tuvieron recepción favorable en los magistrados y ello es lo que da pie a que hoy podamos debatir sobre algunos aspectos relacionados con las mismas. Una de cal.

A su vez, también vemos a diario que otros institutos que se encuentran en la normativa ritual desde su dictado – y que también están destinados a combatir el alongamiento de los procesos o a morigerar sus efectos –, no son usados en la medida deseable, muchas veces por el abarrotamiento de causas que tienen actualmente los Tribunales civiles y comerciales de Resistencia y otras por razones que desconozco. Ellos son, por citar algunos ejemplo: a) Los rechazos in limine (de los incidentes, de los planteos nulificatorios y retardatorios en general; b) Las diversas sanciones a las partes y sus letrados (por recusación maliciosa, por temeridad y malicia, por dilatar el trámite en el juicio ejecutivo); c) El respeto por todos los plazos procesales; d) La simplificación del proceso (a través, *v. gr.* de la concentración de audiencias y actos procesales; como también de una menor burocracia a lo largo de todo el trámite); e) El ejercicio en todos los casos del deber de dirección por parte del juez (para que una ejecución de sentencia jamás pueda durar años, cuando existe certeza en el título traído, superior a la fuerte probabilidad necesaria para la concesión de una autosatisfactiva); f) El permanente uso de las facultades – hoy deberes en el C.P.C.N. –, conciliatorias y saneadoras; g) La utilización de las diversas medidas cautelares. Una de arena. La otra: la incorrecta – y hasta abusiva – utilización en algunos supuestos puntuales.

Es que el proceso civil debe servir para que todo derecho sea satisfecho en término y de acuerdo a la naturaleza de la pretensión y a los presupuestos y recaudos que se logren acreditar en el estadio – previo o de mérito – en que se debe resolver, y no solamente el que el justiciable o su abogado caratule como urgente.

En definitiva, el legislador chaqueño fue uno de los pioneros en este instituto, con una buena técnica legislativa y los abogados y magistrados han utilizado en muchos casos en forma correcta a las medidas autosatisfactivas y en otros casos no. Sobre el particular ya anticipaba Peyrano, refiriéndose a la tutela anticipada que las tendencias evolutivas y sus proyecciones aclaratorias se explican en buena medida, “... por ser una doctrina “abierta” y todavía en formación. Ello acarrea el riesgo de que se la deforme, haciéndola funcionar cuando no corresponde. Tal el peligro inherente a toda idea nueva. Sin embargo, pensamos que resulta provechoso asumir el riesgo porque los frutos prometidos son muchos y buenos. El tiempo dirá si la apuesta fue ganada o perdida”.⁴⁰

⁴⁰ PEYRANO, J. W. “Tendencias y proyecciones de la doctrina de la tutela anticipada”, cit., p. 577.

En este momento se puede decir que en general el instituto ha sedimentado y la regla general es la correcta utilización del mismo, es decir que son concedidas cuando se dan los presupuestos para su dictado y denegadas cuando así no acontece.

¿UNA PRETENSIÓN DE QUE SE DESALOJE UNA RUTA ADMITE EL DICTADO DE UNA MEDIDA AUTOSATISFACTIVA?

Adelanto mi opinión en el sentido que sí y paso a explicar porqué.

Mi ciudad de Resistencia está unida al este del Mercosur por el puente General Manuel Belgrano, que la conecta directamente con la de Corrientes, constituyendo dos núcleos urbanos de aproximadamente 500.000 habitantes cada uno. Si el puente se corta – o los accesos cercanos al mismo –, estas dos provincias, las vecinas a ellas como Formosa, Misiones, e incluso países limítrofes como Brasil y Paraguay quedan desconectados de la región. No obstante ello, en diciembre de 1999 tuvo su aparición esta modalidad en el puente, cuyo corte por una semana desencadenó en la última Intervención Federal que sufrió Corrientes. Hoy en día es normal que se corte tal ruta del Mercosur, han pasado a pie féretros con personas fallecidas, ha muerto otra persona por no haberlo podido atravesar una ambulancia que transportaba plasma de Resistencia a Corrientes y cuyo chofer fue agredido al pretender hacerlo. El puente es cortado indistintamente por ciudadanos de una y otra provincia por reclamos salariales, políticos, por piqueteros que reclaman más planes sociales u otras cuestiones. A veces una decena de personas es suficiente para poner palos u otros objetos y cortar dicha vía de comunicación. Durante el año en curso se lo ha cortado en más de 80 días y ello ha determinado, por ejemplo, que los docentes del Chaco que damos clases en la Facultad de Derecho de la U.N.N.E. cuya sede se encuentra en Corrientes, hayamos tenido que anticipar a los alumnos – hace ya cinco años – que, además de los feriados, los días que está cortado el puente, no hay clases.

Esta reseña, que con parecidos matices ocurre más seguido en la Argentina, me lleva a afirmar que, si la policía no actúa, un juez puede – a petición de parte y si se estima que no hay delito –, despachar una medida autosatisfactiva, ya que se dan todos los recaudos para su procedencia, a saber:

- a) *Necesidad de hacer cesar una conducta o vía de hecho contraria a la legislación (de fondo)*

Qué caso más claro de este presupuesto puede ser el cortar una vía de comunicación en forma voluntaria, en detrimento del derecho de transitar por todo el territorio de un país que tiene cualquier habitante (art. 14 C.N.).

b) *Interés del peticionante circunscrito a obtener tal solución de urgencia*

Como lo es a diario el de miles de trabajadores, estudiantes, turistas, etc., a cruzar de una provincia a otra, sin ninguna otra pretensión conexas. No se requiere otra cosa que la apertura del puente.

c) *Urgencia*

Como cuando está en juego la vida o la salud de las personas, tales los supuestos en los que se las traslada de una ciudad a un centro hospitalario de la vecina orilla o bien medicamentos indispensables para salvar su vida, e incluso su derecho a llegar a horario a su trabajo o lugar de estudios. Caso contrario pueden perder – y de hecho lo pierden en ciertos casos – el empleo o la regularidad en el cursado de materias universitarias, por ejemplo.

d) *La fuerte probabilidad en el derecho*

Está dada por la flagrante ilegalidad que significan dichas conductas y la de ejercer sus derechos de transitar libremente, trabajar, estudiar, etc., del resto de los habitantes que se perjudican con los cortes.

e) *Innecesariedad de otros recaudos*

La clara ilegalidad del acto determina que no sea necesario fijar límites temporales, ni contracautela ni una previa y reducida sustanciación. En todo caso quienes consideren que con ese actuar están ejerciendo su derecho de peticionar ante las autoridades, lo deberán hacer en las sedes gubernamentales, o en otros lugares donde la afectación a otros seres humanos sea al menos menor.

En síntesis, a mi juicio no existen razones para denegar una medida autosatisfactiva que disponga el cese del corte del Puente o de cualquier otra vía de comunicación. De no accederse a ello a través de tal trámite, perfectamente podríamos calificar a esa decisión como proveniente de una justicia desconectada donde la cerrazón se convierte en sinrazón.⁴¹

Obviamente que me estoy refiriendo únicamente a los presupuestos de procedencia de la medida, y no a su forma de efectivización, conveniencia y oportunidad de cumplir el mandato judicial ante un reclamo que reúna a un grupo importante de personas o que, por la forma de realizarlo, la eventual violencia o elementos que puedan tener los manifestantes o otras razones, aconsejen el uso de la persuasión y de la prudencia que debe tener todo magistrado como cualquier auxiliar encargado de cumplir un mandato judicial. Pero ello es un tema ajeno a los recaudos de la medida autosatisfactiva y por lo tanto excede los límites de este trabajo, al estar refiriéndonos al modo de ejecutar cualquier resolución judicial, sea una medida autosatisfactiva, cautelar, o cualquier otro tipo de sentencia dictada en un proceso judicial.

⁴¹ PEYRANO, J. W.; EGUREN, M. C. “La batalla”, cit., p. 6.

LA CORRECTA UTILIZACIÓN DEL INSTRUMENTO

Teniendo en cuenta los tres tipos de problemas distintos que constituyen causas próximas de su surgimiento en el firmamento jurídico, cuales son: a) remediar la flaqueza propia de la teoría cautelar clásica conforme la cual sólo puede obtenerse una solución jurisdiccional urgente a través de la promoción de una cautelar que, ineludiblemente, reclama la ulterior o concomitante iniciación de un proceso principal; b) ofrecer adecuada respuesta a los interrogantes que plantean muchas disposiciones legales que, a las claras, establecen soluciones urgentes no cautelares y sin disposición procedimental alguna (*v. gr.* violación al derecho a la intimidad, art. 1.071 bis del CC., entre muchos otros); y c) ser una inapreciable herramienta para hacer cesar ciertas conductas o vías de hecho – en curso o inminentes – contrarias a Derecho, cabe hacer una reflexión respecto de la procedencia de la autosatisfactiva según el caso.

Creo, reiterando lo dicho en el punto III – 1. D) de la presente, como así su carácter excepcional, que las medidas autosatisfactivas son muy importantes cuando son adecuadamente utilizadas, esto es, cuando se dan los presupuestos para su procedencia.

70

Caso contrario, especialmente si para dilucidar la cuestión es necesaria la declaración de derechos conexos o afines, o no se trate de una típica vía de hecho, las herramientas más aptas para solucionar los problemas urgentes del peticionante son las medidas cautelares o bien las sentencias anticipatorias parciales. Las primeras por la provisionalidad que revisten y las segundas, básicamente por la necesidad de sustanciación previa de la pretensión, cuestiones ambas que aseguran en cada uno de los casos el derecho de defensa del destinatario.

La mejor forma de defender justamente la vigencia de este invalorable instrumento, es tener en cuenta, que si bien todo lo autosatisfactivo es urgente, no todo lo urgente es autosatisfactivo, como se interpretó a mi juicio equivocadamente algunas veces. Como consecuencia de lo señalado, en supuestos que susciten duda al magistrado, debe proceder al dictado de una medida precautoria o sentencia anticipatoria parcial. Por ejemplo, si un reclamo por el costeo por parte de la obra social de una intervención quirúrgica urgente se limita a ello y nada más, la vía – dándose los demás presupuestos – puede ser la medida autosatisfactiva. Si, por el contrario, el mismo conlleva desde el inicio la solicitud de otras prestaciones posteriores para el paciente y existen elementos que puedan hacer razonablemente discutible el deber del accionado de tal proveimiento, es preferible el dictado de una medida cautelar innovativa o sentencia anticipatoria que disponga aquella intervención y la tramitación por un proceso principal en donde se debatan en forma adecuada los derechos de las partes.

LAS SENTENCIAS ANTICIPATORIAS

Conceptualización

Siguiendo a Mabel de los Santos, podemos definirla⁴² como aquella resolución judicial que, con fundamento esencial en la urgencia inherente a la pretensión postulada, dispone anticipar en todo o en parte, una pretensión que normalmente debiera ser objeto de decisión en la sentencia. Básicamente se distingue de la medida autosatisfactiva en que aquélla es dictada en el marco de un proceso principal y a las resultas de la sentencia de mérito, y de las medidas cautelares, en que su contenido está relacionado con la pretensión principal y requiere otros requisitos para su despacho.

El *leading case* en nuestro país lo constituyó la sentencia dictada por la Corte Suprema en “Camacho Acosta c/ Grafi Graf SRL”, en donde se anuló un rechazo dispuesto por la Sala J de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de que se impusiera a los demandados el pago de una prótesis en reemplazo de su antebrazo izquierdo que había sido amputado por una máquina de propiedad de aquéllos. La Corte Suprema de Justicia brindó protección urgente al derecho del actor, fundó su decisión en la medida cautelar innovativa, ello a falta de regulación legal específica ya que, de existir ésta, coincido con Arazi, seguramente la cuestión no hubiera llegado a conocimiento del Alto Tribunal porque la solución se habría logrado en las instancias ordinarias.⁴³

71

La necesidad de que sean reguladas expresamente

En nuestro país, excepción hecha del art. 231 del Código Procesal de la Pampa que se refiere a la tutela anticipatoria en el capítulo dedicado a las medidas cautelares, no se encuentran sistemáticamente reguladas. Si tenemos supuestos puntuales establecidos tanto en la ley de fondo (el citado art. 375 del Código Civil que consagra los alimentos provisorios), como procesales (los arts. 616, 680 bis y 684 bis del C.P.C.C.N., que admiten la restitución inmediata del bien durante el trámite del interdicto de recobrar, el primero, y la desocupación inmediata del inmueble en los procesos de desalojo, estas dos últimas normas mencionadas).

Si existen proyectos legislativos que se refieren a este instrumento, al prever toda clase de tutelas anticipadas, como los de las Provincias de San Juan⁴⁴ y de

⁴² DE LOS SANTOS, M. “La sentencia anticipada”, *Revista de Derecho Procesal – II, Sentencia*, ARAZI, R. (dir.), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 104.

⁴³ ARAZI, ROLAND, “Tutela Anticipada”, *Revista de Derecho Procesal – I, Medidas Cautelares*, ARAZI, R. (dir.), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 388.

⁴⁴ El art. 693 del Proyecto de C.P.C.C. de San Juan dice: “Procesos Urgentes. En casos de extrema urgencia, si fuese necesario para salvaguardar derechos fundamentales de las personas, el juez podrá resolver la pretensión del peticionario acortando los plazos previstos para el proceso

Neuquén,⁴⁵ sería importante la regulación legal en todos los ordenamientos procesales. Nos convence de ello que si bien en el citado “Camacho Acosta” el Tribunal Cimero las receptó con fundamento en la medida cautelar innovativa, más recientemente desestimó medidas de recomposición del ambiente dañado y subsidiarias de contratación de un seguro de cobertura por actividades riesgosas para el medio ambiente que prescribe el artículo 22 de tal norma, basada en que “existía una clara identificación entre el objeto de la demanda y dicha pretensión”.⁴⁶

Ello no solamente significa un claro retroceso en cuanto a los presupuestos de las medidas cautelares, en donde se había abandonado la absurda exigencia de que lo peticionado no coincida con el objeto de la pretensión principal, sino que, en lo que aquí interesa, demuestra que la Corte Suprema con este criterio no va a poder utilizar la normativa de las mismas para el dictado de una sentencia anticipada, como lo había hecho en “Camacho Acosta”.

Por lo señalado coincido con la doctora DE LOS SANTOS en que es imprescindible el dictado de normas procesales que, con carácter general, prevean la posibilidad de obtención de tutelas anticipadas, sus recaudos de procedencia, los efectos de su dictado y el régimen recursivo, lo que sin duda contribuirá a dar certeza y evitará constituir causa de inseguridad jurídica.⁴⁷ Al respecto apunta el profesor BERIZONCE que “No cabe poner en cuestión la conveniencia de estatuir nuevas tutelas sumarias, a condición de establecer de modo concreto los requisitos a los que están subordinadas. Así encauzadas, lejos de significar una criticable deflación del sistema de enjuiciamiento ordinario por la multiplicación inadecuada de las soluciones sólo provisionales, suponen por el contrario la

72

abreviado y tomando las medidas que juzgue necesarias para una tutela real y efectiva. Excepcionalmente podrá decidir sin sustanciación. Las normas que regulan las medidas cautelares serán de aplicación supletoria, en lo que fuese pertinente y compatible con la petición”.

⁴⁵ El Anteproyecto de C.P.C.C. de la Provincia de Neuquén prevé dos alternativas para la reforma del art. 230, para lo que denomina “situaciones excepcionales”. La primera prescribe: “En situaciones excepcionales y cuando se acreditara fehacientemente la existencia de grave riesgo para derechos constitucionales, el juez podrá decretar las medidas que entienda útiles para su protección, pudiendo a su arbitrio, reducir los plazos, limitar provisoriamente o diferir el contradictorio, requiriendo, si así lo estimare conveniente las contracautelas del caso”.

La segunda alternativa reza: “Tutela Anticipada. Luego de trabada la litis, a requerimiento de parte, el juez podrá anticipar, total o parcialmente los efectos de la tutela pretendida en la demanda o reconvencción, siempre que: el derecho invocado resulta verosímil conforme los elementos de juicio obrantes en la causa. Exista peligro de daño irreparable y grave al derecho del peticionante si la medida no se adoptase con urgencia impostergable. Se efectivice caución suficiente, salvo que el peticionario se encontrare exento de darla de conformidad con lo dispuesto en el art. 200”.

⁴⁶ DE LOS SANTOS, M. “Algunas pautas para la regulación normativa de los procesos colectivos”, *J.A. Jurisprudencia Argentina*, 2005-IV-1269, comentando el fallo dictado por la C.S.J. n. *in re* “Asociación Superficiaarios de la Patagonia c/ YPF SA y otros, dictado el 13-07-04.

⁴⁷ DE LOS SANTOS, M. “Conveniencia y necesidad de legislar sobre las tutelas de urgencia”, *J.A. Jurisprudencia Argentina*, 1999-IV-1003.

utilización de la técnica rendidora del conocimiento sumario para brindar respuestas adecuadas y puntuales, toda vez que la prolongación del estado de insatisfacción de un derecho preferenciado viniere a causar un daño irreparable.⁴⁸

Su importancia en los procesos de familia

En la ciudad de Resistencia, capital de nuestra Provincia, actualmente funcionan dos juzgados del menor de edad y la familia – con competencia no penal –,⁴⁹ los que, pese a haberse creado hace solamente una década, están colapsados, siendo su primer consecuencia el atraso tanto en las providencias simples como en la fijación de las audiencias de vista de causa. Para paliar estos problemas los justiciables recurren cada día más a la promoción de diversas peticiones anticipatorias (alimentos, régimen de visitas, tenencia), en procura de tener respuestas – al menos provisionales – más rápidas que las que serán otorgadas en la sentencia de mérito.

De dicho estado de situación creo oportuno destacar al menos dos puntos: el primero, que de ese modo se recarga aún más al Tribunal; ello aunado a que aquí es donde se ve más acentuadamente la interrelación que existe entre la mora en el proceso y las tutelas urgentes.

Es decir que si el Tribunal funciona con mayor agilidad, debiera existir menor cantidad de solicitudes anticipatorias. Actualmente, al igual que sucede con las medidas cautelares, vienen a solucionar, al menos en forma provisional, el problema de la mora judicial, al otorgar respuestas al actor mientras dura el proceso principal, transfiriendo el onus del tiempo al demandado.

73

La regulación legal de las sentencias anticipatorias

a) *Presupuestos*

Bien apunta VARGAS que “Como dato curioso, debe hacerse notar que los autores que se han ocupado de esta figura, exigen para su procedencia más o menos requisitos según sea el marco normativo en el que abrevan,⁵⁰ describiendo exhaustivamente a continuación la opinión de diferentes autores.

En su opinión personal, este calificado procesalista considera que los presupuestos para que proceda una tutela anticipatoria son los siguientes: a)

⁴⁸ BERIZONCE, R. “La tutela anticipada en el derecho argentino”, ponencia presentada en el Congreso Mundial de Derecho Procesal, cit. en PEYRANO, J. W.; EGUREN, M. C. “La batalla”, cit., p. 6.

⁴⁹ A ellos se les suman otros 2 con competencia penal y tutelar. Están creados por Ley y en proceso de selección de magistrados y funcionarios otros 2 Juzgados con competencia no penal, que seguramente van a ayudar a descongestionar la labor de aquéllos.

⁵⁰ VARGAS, A. “Tutela anticipada – Perfiles Actuales”, *Cuestiones procesales modernas*, Suplemento Especial La Ley, dir. PEYRANO, JORGE W., 2005, p. 184.

Urgencia; b) Fuerte Probabilidad; c) *Periculum in damni*; d) Traba de la litis; e) Requerimiento de parte; f) Contracautela; g) Reversibilidad; h) Posibilidad de otorgamiento total o parcial.⁵¹

b) *Un Anteproyecto muy importante*

Considero que, salvo el recaudo de reversibilidad, todos los demás presupuestos están previstos en el Anteproyecto de C.P.C.C. de la Provincia de Neuquén, en la alternativa dos. El mismo prescribe para la reforma del art. 230, en lo que denomina “situaciones excepcionales”, lo siguiente: “Tutela Anticipada. Luego de trabada la litis, a requerimiento de parte, el juez podrá anticipar, total o parcialmente los efectos de la tutela pretendida en la demanda o reconvencción, siempre que: el derecho invocado resulta verosímil conforme los elementos de juicio obrantes en la causa. Exista peligro de daño irreparable y grave al derecho del peticionante si la medida no se adoptase con urgencia impostergable. Se efectivice caución suficiente, salvo que el peticionario se encontrare exento de darla de conformidad con lo dispuesto en el art. 200”, legislando seguidamente el procedimiento y las ulterioridades posteriores.⁵²

Y sobre el recaudo faltante, esto es la reversibilidad, creo que se debe ponderar la finalidad de la tutela anticipatoria pretendida en relación a la mayor o menor posibilidad de volver las cosas al estado anterior.

74

Talvez sería más conveniente modificar del proyecto de ley la verosimilitud en el derecho pretendida por un estado psicológico del magistrado más contundente, como lo es el estado de “convicción suficiente” o de “fuerte probabilidad” de que lo solicitado resulte atendible, ya que considero que la verosimilitud puede llevar a confundir a los operadores jurídicos, en la convencimiento de que se hallan ante el mismo presupuesto que las medidas cautelares.

Con esa salvedad, creo que el texto neuquino cumple con las exigencias doctrinarias para que se lo tome como modelo de regulación procesal genérica de las sentencias anticipatorias.

c) *Un recaudo que se puede agregar: la conducta del demandado*

En la legislación comparada vemos que en Brasil la conducta procesal indebida de la parte demandada configura uno de las posibilidades para el

⁵¹ VARGAS, A. “Tutela anticipada”, cit., p. 185/193.

⁵² Prescribe seguidamente el citado art. 230 alternativa dos del Anteproyecto de C.P.C.C. de Neuquén: “Procedimiento. Ulterioridades. Solicitada la tutela, el juez citará a las partes a audiencia urgente, donde las oír y recibirá en sumaria información las pruebas pertinentes; concluida la misma y sin otra sustanciación, resolverá. La decisión no configurará prejuzgamiento y el proceso donde se anticipó la tutela continuará hasta su finalización. Si cambiasen las condiciones que la determinaron, la tutela podrá ser dejada sin efecto durante la secuela del juicio o dictarse sentencia definitiva. El régimen de las eventuales modificaciones de sustancia y caución será el establecido para las medidas cautelares”.

otorgamiento de una tutela anticipatoria – total o parcial –.⁵³ O sea que cuando el derecho del actor es evidente y la defensa del demandado carece de seriedad, entra en juego la tutela anticipatoria basada en el abuso del derecho de defensa, al decir de MARINONI,⁵⁴ quien agrega que la disputa por el bien de vida perseguido por el demandante, justamente porque demanda tiempo, solamente puede perjudicar al actor (que tiene razón) y beneficiar al demandado (que no la tiene),⁵⁵ por lo que siendo el proceso un instrumento ético que no puede importar un daño a la parte que tiene razón⁵⁶ y en virtud de que el Estado, cuando prohibió la justicia por mano propia, asumió el compromiso de tratar a los litigantes en forma isonómica y de tutelar en forma oportuna y efectiva los derechos, el citado es un instrumento para que el tiempo sea isonómicamente distribuido entre las partes litigantes, a los fines de que impere la igualdad en el proceso y de acuerdo al índice de probabilidad de que el actor tenga derecho al bien disputado.⁵⁷

De este modo se amplía el abanico de casos en los cuales se puede otorgar una sentencia anticipatoria a quien no posea – o no pudiera acreditar debidamente – alguno de los presupuestos que actualmente exige tanto la legislación como la doctrina y jurisprudencia, razón por la cual sería deseable su pronta incorporación a la legislación adjetiva local.⁵⁸

Es que, si el comportamiento incorrecto de la parte puede servir para fundar una sentencia definitiva donde puede existir gran cantidad de prueba producida durante el largo debate, con mayor razón aún debería ser utilizada en una decisión anticipada, en la que generalmente muchas probanzas no han sido agregadas al expediente, existiendo, como contrapartida, la necesidad imperiosa del dictado de tal tutela por la irreparabilidad del daño y la urgencia. En tal sentido hace varios años nos habíamos pronunciado por su procedencia en decisiones incidentales.⁵⁹ A los fundamentos de la aplicación a una resolución de este último

⁵³ Dice el art. 273, II del CPC brasileño: “O juiz poderá, a requerimento de parte, antecipar total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida, no pedido inicial, desde que existindo prova inequívoca, se convença da verissimilhança da alegação e: [– fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”.

⁵⁴ MARINONI, L. “La necesidad de distribuir la carga del tiempo en el proceso”, *Revista de Derecho Procesal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, n. 2, p. 575.

⁵⁵ MARINONI, L. “La necesidad”, cit., p. 567, citando a ANDOLINA, I. *Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 15.

⁵⁶ MARINONI, L. “La necesidad”, cit., p. 571.

⁵⁷ MARINONI, L. “La necesidad” cit., p. 575, citando a ANDOLINA, I., en ob. cit., p. 36/37.

⁵⁸ HEÑIN, F.A., “El mal denominado valor probatorio de la conducta procesal de las partes: un instituto que debe ser correctamente aprovechado”, J.S., *Jurisprudencia Santafesina*, dir. PEYRANO, J. W., Ed. Panamericana, Santa Fe, 2003, n. 51, p. 71.

⁵⁹ HEÑIN, F., Tesina final de la Carrera de Especialización en Derecho Procesal Civil de la U.N.L. sobre El valor probatorio de la conducta en juicio, Santa Fe, 1998, p. 34, cit. en “Valoración Judicial de la Conducta Procesal”, *Tratado de la Prueba*, MIDON, M. S. (dir.), Librería de la Paz, Resistencia, 2007, p. 281.

tipo – desarrollados en el punto anterior –, cabe agregar a) el presupuesto de la verosimilitud en el derecho de las medidas cautelares y b) el propósito de *afianzar la justicia* establecido en el Preámbulo de nuestra Carta Magna.

En tales supuestos se flexibilizaría el recaudo de la fuerte probabilidad en el derecho, surgido de las demás constancias aportadas, o bien, el mismo estaría corroborado con ese proceder del demandado. Por ello considero que se debería contemplar no como un requisito *sine qua non*, sino como una posibilidad más de otorgamiento de la tutela anticipada, en los casos que surja el abuso del derecho de defensa o un manifiesto propósito dilatorio del demandado.

ALGUNAS SOLUCIONES PARA QUE SE RESPETE EL DEBIDO PROCESO EN LAS TUTELAS URGENTES

1. En primer lugar se nos ocurre que el magistrado debe utilizar adecuadamente las contracautelas cuando decreta medidas de este tipo, esto es que, no siendo un obstáculo para la prestación por parte del solicitante, garanticen satisfactoriamente la efectivización de los daños y perjuicios al destinatario en los casos en que hubiesen sido peticionadas mediante abuso del derecho.

Cabe considerar que las aventuras judiciales en esta materia muchas veces son advertidas cuando se decretan tales medidas previa prestación de una caución seria, y no la mera juratoria, que debería ser desterrada salvo casos excepcionales, como por ejemplo cuando se está ante la posibilidad de frustración de un derecho humano esencial, como la salud o la vida y su imperiosa necesidad de satisfacerlo sin que la contracautela sea un impedimento fáctico o temporal para ejecutarla.

En definitiva, considero que la fijación de una contracautela apropiada es uno de los puntos intermedios que se puede lograr entre la denegatoria de una tutela urgente y su admisión ilimitada.

2. En los casos que la efectivización causare perjuicios irreparables, las posibilidades, también consagradas en los rituales de modificar la medida o los bienes sobre los que recae – cautelares –, e incluso suspender su ejecución – autosatisfactivas,⁶⁰ sentencias anticipatorias –, previa contracautela del destinatario.

3. Otra de las opciones es que, en todos los casos en que no existiera peligro de frustración del derecho a asegurar – como en un embargo o secuestro sobre bienes –, que el juez pueda sustanciar el planteo o bien al menos darle la posibilidad de audiencia a la contraria en un plazo breve, tal lo tiene establecido el art. 232 bis del C.P.C.C. del Chaco o el art. 787 del de Corrientes, entre otros. Fuera de aquéllas hipótesis me pregunto ¿no es mejor dictar una resolución de este tipo luego de oír a ambas partes si no existe tal riesgo de frustración del derecho?.

⁶⁰ Así lo contemplan el art. 232 bis in fine del C.P.C.C. del Chaco, el art. 788 del C.P.C.C. de Corrientes y el art. 305 del C.P.C.C. de La Pampa.

Como consecuencia de ello propongo que como docentes desterremos – o al menos aclaremos – el dogma que algunas veces se sigue repitiendo, referido a que uno de los caracteres de las medidas cautelares es que se decretan – siempre – inaudita parte, especificando que se lo hace así – en todo tipo de proceso urgente – si existe riesgo de frustración de un derecho. De lo contrario, *v. gr.* en el caso de un empleado cesanteado que solicite precautoriamente su reincorporación laboral, ningún problema existirá para el juez, de considerarlo necesario, convocar a una audiencia y/o requerir documentación o informes que se encuentran en poder de la parte demanda. De hecho, muchas veces esta última opción se utiliza sin que nadie cuestione la supuesta violación del referido carácter “inaudita pars”.

Al respecto cabe mencionar que gran parte de la doctrina actualmente concuerda con estas ideas. Arazi y Kamiker estiman que “En cuanto a la bilateralidad, sabemos que, en general, las medidas cautelares se ordenan *inaudita pars* postergándose el contradictorio para una vez que ellas se hayan cumplido. No obstante, tal postergación no es de la esencia de las cautelares ya que cuando se pueda cumplir cabalmente el principio de contradicción sin que se frustren las mismas, así deberá hacerse, como sucede por ejemplo en algunos supuestos de protección de personas o en el Derecho de Familia. En los casos que son materia de este trabajo, sólo cuando la urgencia fuese tal que no sea posible oír a la parte afectada se prescindirá de la bilateralidad previa, pero ella debe ser excepcional”.⁶¹ Peyrano y Eguren también señalan que “Se evidencia una evolución tendiente a asumir como pauta general la previa sustanciación de la medida”,⁶² citando a continuación como ejemplos lo preceptuado por el Anteproyecto de Reforma a los rituales Santafesino y Sanjuanino. Por mi parte al coincidir con tal postura, estimo conveniente que en ocasión de que se reformasen los C.P.C.C. del Chaco y de Corrientes, se elimine el carácter excepcional de la previa sustanciación en las medidas autosatisfactivas.

Como nota de color puede destacarse que, por el contrario, para la prueba anticipada, los rituales prevén el no noticiamiento del destinatario en casos de urgencia, cuando generalmente la participación del defensor de ausentes se debe no a la urgencia en sí – sino se podría notificar al destinatario y ante la alegada imposibilidad de concurrir por la inmediatez, recién citar a tal funcionario – sino a la posibilidad de frustración de la prueba, como sucede con el secuestro de instrumental en poder de la contraria (historias clínicas). Es otro dogma cuya erradicación legal debe propiciarse.

4. Un régimen recursivo ágil: es una compensación lógica derivada de que en muchos supuestos el destinatario recién tiene posibilidad de alegar y probar en tal instancia. A tales fines estimo conveniente:

⁶¹ ARAZI, R.; KAMINKER, M. “Algunas reflexiones”, cit. p. 48.

⁶² PEYRANO, J. W.; EGUREN, M. C. “La batalla”, cit., p. 15.

A) La incorporación expresa del recurso de reposición contra la medida cautelar decretada en los ordenamientos que todavía no lo tienen (*v. gr.* el de la Provincia del Chaco).

B) También incorporar ese mismo remedio – el recurso de revocatoria – a las otras tutelas urgentes cuando no ha mediado sustanciación previa. En efecto, creo que favorece la economía procesal, específicamente la celeridad, que el propio magistrado que la dictó tenga la posibilidad de rever su decisión luego de que el destinatario ejerza sus derechos de alegación y prueba. Hace ya varios años Marcos Peyrano sentó su opinión en el sentido de que las medidas autosatisfactivas poseen vías impugnativas incluso más amplias que las previstas para las medidas cautelares, pudiendo el legitimado para contradecirlas, entre otras opciones, interponer el recurso de revocatoria.⁶³

Es que si estamos de acuerdo con lo valioso que es la reposición *in extremis*, me pregunto ¿Qué razones nos impiden que quien deba acatar la medida autosatisfactiva, por ejemplo, tenga la posibilidad de promover este remedio?. Obviamente como una opción más del demandado, a interponerla con la apelación subsidiaria, el que también podrá – como está previsto actualmente – deducir directamente este último medio impugnativo.

C) La abreviación de los términos procesales y de los trámites en la sustanciación del recurso de apelación. La experiencia nos demuestra que muchas veces se puede afectar el debido proceso con el tiempo que en la práctica insume la resolución de la apelación de una medida cautelar. En tales hipótesis no siempre es suficiente con la prioridad que le pueden dar a ese expediente tanto el tribunal *a quo* como el *ad quem*.

78

5. También está relacionada con el derecho de defensa del destinatario la limitación temporal de la medida: es otra herramienta que está regulada por la normativa⁶⁴ y que debe ser utilizada con más frecuencia, especialmente en los casos en que el juez tenga mayores dudas sobre la procedencia. Esto es no otorgarla *sine die*, sino por un plazo prudencial. Ello, junto con la adecuada contracautela, puede colaborar a asegurar el derecho de defensa del destinatario.

6. En los casos dudosos, el adecuado encuadre de la petición por parte del Tribunal, a través del ejercicio del “*iura novit curia*” al que hiciéramos mención anteriormente – pto. III. 1. C – y al que me remito en honor a la brevedad, esto es, a través del despacho de medidas de tipo provisionales y accesorias (cautelares y sentencias anticipatorias parciales).

⁶³ PEYRANO, M. L. “La medida autosatisfactiva y el derecho de defensa”, en *Medidas Autosatisfactivas*, dir. Jorge W. Peyrano, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 237.

⁶⁴ Art. 786 inc. c) del C.P.C.C. de Corrientes; art. 232 bis inc. c) del C.P.C.C. del Chaco; art. 305 inc. 2) del C.P.C.C. de La Pampa. Entre los proyectos legislativos encontramos el art. 290 *in fine* del C.P.C.C. de Santa Fe.

7. En aquellos supuestos en que el tipo de tutela no esté expresamente regulado, o bien algunos aspectos de la misma lo estén en forma deficiente, la resolución estimatoria debe ser lo más clara posible en cuanto a sus alcances, régimen impugnatorio, plazos y formas de hacerlo (apelación fundada en el mismo acto de interposición o no), y normas que analógicamente van a aplicarse.

8. Como docentes de derecho procesal nos tenemos que seguir haciéndonos cargo de colaborar en la capacitación de todos los operadores jurídicos, a los fines de que estén en las mejores condiciones de utilizar las tutelas urgentes. Muchas veces los problemas de aplicación devienen de la falta de capacitación y ello redundará, en definitiva, en perjuicio de los justiciables – principales destinatarios del quehacer jurisdiccional y de nuestras enseñanzas – y de la credibilidad en el Servicio de Justicia.

Especialmente al momento de implementarse las reformas en los códigos procesales – y dentro de ellos, en lo que aquí nos ocupa, en las tutelas urgentes –, debe haber un período previo de capacitación a quienes van a utilizar diariamente esa nueva legislación, es decir a los abogados, magistrados, funcionarios y empleados judiciales, con docentes especializados que puedan relatar tanto desde el aspecto teórico como el práctico, como funcionan en otras jurisdicciones y como deben funcionar, es decir los presupuestos, caracteres, finalidades y procedimiento del instrumento que haya sido incorporado.

LA CONVENIENCIA O NO DE REGULAR ESPECÍFICAMENTE CADA UNA DE LOS TIPOS DE TUTELA URGENTE

Algunas propuestas que la regulan en forma genérica

A) Entre ellas podemos destacar la de los Dres. MORELLO y ARAZI, cuya incorporación propician al C.P.C.C.N. Prescribe la misma: “En caso de extrema urgencia, cuando se encuentren en peligro derechos fundamentales de las personas, el juez podrá resolver la pretensión del peticionario acortando los plazos previstos para el proceso sumarísimo y tomando las medidas que juzgue necesarias para una tutela real y efectiva; excepcionalmente podrá decidir sin sustanciación. Las normas que regulan las medidas cautelares serán de aplicación supletoria, en lo que fuese pertinente y compatible con la petición”.⁶⁵ Dicho articulado es similar al propiciado por el Proyecto de Código Procesal Civil y Comercial de San Juan, que en el artículo siguiente se refiere a la “Satisfacción inmediata de la pretensión”.⁶⁶

⁶⁵ MORELLO, A.; ARAZI, R. “Procesos Urgentes”, *J. A., Jurisprudencia Argentina*, 2005-I, fascículo 13, p. 3.

⁶⁶ Dice el Art. 694 del Anteproyecto de C.P.C.C. de San Juan: “Satisfacción inmediata de la pretensión. Trámite. Oposición y recursos. Los jueces a pedido fundado de parte, respaldado por

B) El Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Neuquén, en la alternativa uno para modificar el art. 230, dice: “En situaciones excepcionales y cuando se acreditara fehacientemente la existencia de grave riesgo para derechos constitucionales, el juez podrá decretar las medidas que entienda útiles para su protección, pudiendo a su arbitrio, reducir los plazos, limitar provisoriamente o diferir el contradictorio, requiriendo, si así lo estimare conveniente las contracautelas del caso”.

C) El Anteproyecto de Código Modelo para Iberoamérica, señala en su art. 280, bajo el título Medidas provisionales y anticipativas, lo siguiente: “Fuera de los casos regulados en los artículos anteriores podrá el Tribunal adoptar las medidas provisionales y anticipativas que juzgue adecuadas para evitar que se cause a la parte, antes de la sentencia, una lesión grave o de difícil reparación o para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo”.

Otras que la consagran en forma específica

A) Dentro de estas encontramos a la alternativa dos de modificación del art. 230 del Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Neuquén, que propone: “Tutela Anticipada. Luego de trabada la litis, a requerimiento de parte, el juez podrá anticipar, total o parcialmente los efectos de la tutela pretendida en la demanda o reconvencción, siempre que: el derecho invocado resulta verosímil conforme los elementos de juicio obrantes en la causa. Exista peligro de daño irreparable y grave al derecho del peticionante si la medida no se adoptase con urgencia impostergerable. Se efectivice caución suficiente, salvo que el peticionario se encontrare exento de darla de conformidad con lo dispuesto en el art. 200”, señalando en los párrafos subsiguientes el procedimiento y las ulterioridades, antes de regular lo que denomina “Medidas de efectividad inmediata”, que vendrían a ser una especie de medidas autosatisfactivas.⁶⁷ Dicho texto es parecido al art. 231 del C.P.C.C. de La Pampa,⁶⁸ salvo que esta última

prueba que demuestre una probabilidad cierta de su atendibilidad y que es impostergerable prestarle tutela judicial inmediata, podrá [sic] excepcionalmente otorgarla sin necesidad de un proceso autónomo”, señalando seguidamente los presupuestos para su dictado”.

⁶⁷ Prescribe la última parte de la alternativa dos del Anteproyecto de C.P.C.C. de Neuquén: “Medidas de efectividad inmediata. En aquellos supuestos excepcionales en que concurran en modo evidente los siguientes requisitos: 1. Se acredite la existencia de un interés tutelable cierto y manifiesto. 2. Su tutela inmediata sea imprescindible, produciéndose en caso contrario su frustración. 3. No fuere necesaria la tramitación de un proceso de conocimiento autónomo. Se podrán disponer las medidas que la índole de la protección adecuada indique, bajo la responsabilidad del peticionario. Si el juez lo entendiere necesario requerirá contracautela”.

⁶⁸ Prescribe la norma pampeana: “Tutela Anticipatoria. Procedimiento. El juez podrá anticipar, luego de trabada la litis, a requerimiento de parte, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la demanda o reconvencción si: 1) existe verosimilitud del derecho en un grado mayor que en las medidas cautelares ordinarias. 2) se advierta en el caso una urgencia

exige una verosimilitud del derecho en un grado mayor que en las medidas cautelares ordinarias, prescripción con la que estoy más de acuerdo.

Nuestra opinión

En tren de optar por uno de los dos métodos legislativos y conforme venimos marcando las diferencias entre las tutelas urgentes motivo de esta colaboración, como también los problemas de interpretación que surgen – al menos en el Chaco – incluso con otros tipos de procesos urgentes como el amparo, creemos conveniente que se aborden en artículos diferentes las medidas autosatisfactivas, las sentencias anticipadas y las medidas cautelares – en sus opciones genéricas, específicas y cautelar innovativa –.

Es que si bien existen muchos puntos de contacto entre todas las tutelas urgentes, llegando en algunos casos a tener que determinarse si lo pretendido es una sentencia anticipatoria parcial o una medida autosatisfactiva, según si se pretendieran o no otros conceptos, como lo señaláramos al abordar la problemática de los gastos de internación y sepelio derivados de un accidente de tránsito – tal lo expresado en el punto III. 1. G) de la presente, al que me remito en honor a la brevedad –, en la mayoría de los casos se puede determinar con precisión cual de las tutelas es la que corresponde, para examinar si están cumplimentados los presupuestos para su dictado como así el trámite que les corresponde.

Me parece que una regulación genérica puede tener el riesgo no solamente del erróneo encuadre, sino de excesos derivados de mezclar – tanto para admitir como para denegar – tutelas de este tipo, no obstante corresponder lo contrario.

Sí estoy de acuerdo con que, siendo reguladas por separado las medidas autosatisfactivas y las sentencias anticipadas, cada una de ellas sí tenga una regulación genérica de los presupuestos y trámite – y no especificar según cada supuesto, como acontece con las diferentes cautelares –, porque las peticiones que se van a canalizar a través de cada una de ellas dependerán del derecho sustancial al que el proceso es instrumental, y por lo tanto las opciones pueden ser incontables.

COLOFON

De lo abordado en este trabajo surgen varias cuestiones a modo de conclusión:

impostergable tal que si la medida anticipatoria no se adoptare en ese momento, la suerte de los derechos se frustraría. 3) se efectivice contracautela suficiente. 4) la anticipación no produzca efectos irreparables en la sentencia definitiva. La decisión no configurará prejuzgamiento. Solicitada la tutela el juez designará audiencia con carácter urgente, a la que serán citadas las partes interesadas. Concluida la misma y sin otra sustanciación, resolverá. El juicio seguirá hasta su finalización. Al tiempo de la sentencia o dentro de la secuela del proceso, si cambiaren las condiciones, la tutela anticipatoria podrá modificarse o quedar sin efecto”.

1. En algunos casos el problema de la morosidad judicial determina el aumento de ciertas clases de tutelas urgentes, como ocurre con las medidas cautelares y en algunos casos con las sentencias anticipatorias, es decir que vienen a paliar las urgencias coyunturales. Consecuentemente la erradicación de la mora judicial – o una disminución considerable – hará probablemente que exista menor cantidad de reclamos de este tipo. En todo caso, es importantísima su existencia, al asegurar los efectos de las sentencias definitivas en algunos casos (cautelares) como así dar respuestas – al menos provisionales – a quien debe esperar años para obtener justicia definitiva, evitando la irreparabilidad de los perjuicios que se ocasionarían de esperar hasta el dictado de tal decisión de mérito.

En otros, como en las autosatisfactivas, no deberían estar relacionadas con la mora procesal, sino aplicadas en los casos de urgencias puras, en donde es innecesario tener que inventar un proceso de conocimiento amplio para lograr *inter tantum* una tutela cautelar, por darse los presupuestos para el dictado de una decisión definitiva.

2. En los casos en que están legisladas las medidas autosatisfactivas, en general han sido correctamente aplicadas, viniendo a remediar la flaqueza propia de la teoría cautelar clásica. Los excesos ocurridos, como se vio, fueron debido a su incorrecta aplicación por los operadores jurídicos y no a la legislación que las contempla.

3. La expresa regulación legal de los tipos de tutelas urgentes es imprescindible para garantizar el derecho de defensa tanto del destinatario, como del solicitante de las mismas, ya que otorgará mayor seguridad jurídica que la aplicación analógica de otras herramientas creadas para diferentes finalidades.

4. Tanto en la legislación que las recepta como en los proyectos legislativos y opiniones doctrinarias, están contempladas las pautas tendientes a asegurar el derecho de defensa del destinatario de una tutela urgente. Así vemos: el grado de convencimiento del juez (verosimilitud en el derecho, fuerte probabilidad), la contracautela, la posibilidad de sustanciarlas o de oír previamente al destinatario, la de modificarlas e incluso suspender provisoriamente su ejecución, de fijar límites temporales y las formas de impugnar el decisorio.

Otras surgen implícitamente como deberes del órgano jurisdiccional, como sucede con la aplicación por parte del tribunal del *iura novit curia* al momento de ordenar una tutela urgente y el de delimitar en forma clara y precisa que es lo dispuesto y el procedimiento a seguirse cuando el instituto no está específicamente regulado.

5. Debería incorporarse expresamente el recurso de revocatoria contra cualquier tutela urgente dictada *inaudita pars* – en los casos en que no está regulado. También regularse expresamente la abreviación de los trámites del recurso de apelación contra la admisión o el rechazo de las diferentes tutelas urgentes.

6. Creo necesario agregar a la regulación de la sentencia anticipatoria – como una opción más para su otorgamiento –, el abuso en el derecho de defensa o el manifiesto propósito dilatorio del demandado, como lo establece el ritual brasileiro.

7. Considero que sí puede llegar a violar el derecho de defensa del destinatario, la interpretación de que en las medidas autosatisfactivas puede existir prórroga tácita de la competencia territorial, antes de vencido el plazo para que el afectado impugne la misma. Por ello propicio que al regularse las mismas se agregue un párrafo expreso denegando tal posibilidad.

8. Con una adecuada aplicación de las modalidades de los diferentes tipos de tutelas urgentes, se encuentra garantizado el derecho de defensa de los destinatarios, ya que los errores advertidos son en su utilización práctica y no en su regulación legal o propuestas doctrinarias. Además se prestigian estas valiosísimas herramientas, cuyas bondades hemos estado desarrollando.

BIBLIOGRAFÍA:

ARAZI, Roland. Revista de Derecho Procesal, *Sentencia*, II, 2.008 – 1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

ARAZI, Roland. “Tutela Anticipada”, *Revista de derecho procesal – I, Medidas Cautelares*, ARAZI, R. (dir.), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998.

ARAZI, Roland; KAMINKER, Mario E. “Algunas reflexiones sobre la anticipación de la tutela y las medidas de satisfacción inmediata”, en *Medidas Autosatisfactivas*, dir. Jorge W. Peyrano, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999.

BERIZONCE, Roberto O. *Derecho Procesal Civil Actual*, Editora Platense, La Plata, 1999.

CALAMANDREI, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, trad. Sentís Melendo, Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1945.

DE LOS SANTOS, Mabel A. “Medida Autosatisfactiva y medida cautelar”, *Revista de derecho procesal – I, Medidas cautelares*, ARAZI, ROLAND, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998.

DE LOS SANTOS, Mabel A. “La sentencia anticipada”, *Revista de Derecho Procesal – II, Sentencia*, ARAZI, R. (dir.), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008.

DE LOS SANTOS, Mabel A. “Algunas pautas para la regulación normativa de los procesos colectivos”, *J.A. Jurisprudencia Argentina*, 2005-IV-1269.

DE LOS SANTOS, Mabel A. “Conveniencia y necesidad de legislar sobre las tutelas de urgencia”, *J.A. Jurisprudencia Argentina*, 1999-IV-1003.

HEÑIN, Fernando Adrián. “Las medidas autosatisfactivas: algunas cuestiones que suscita su aplicación”, *Revista de Derecho Procesal*, Zeus, Rosario, n. 1, 2005.

HEÑIN, Fernando Adrián. “El mal denominado valor probatorio de la conducta procesal de las partes: un instituto que debe ser correctamente aprovechado”, *J.S., Jurisprudencia Santafesina*, dir. PEYRANO, Jorge W., Ed. Panamericana, Santa Fe, 2003, n. 51.

HEÑIN, Fernando Adrián. “Modernos Institutos Procesales”, Ed. ConTexto, Resistencia, Chaco, 2009.

HEÑIN, Fernando Adrián. *Tratado de la Prueba*, MIDON, M.S. (dir.), Librería de la Paz, Resistencia, 2007.

MARINONI, Luiz G. “La necesidad de distribuir la carga del tiempo en el proceso”, *Revista de derecho procesal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001.

MIDON, Marcelo S.; E. de MIDÓN, Gladis, *Manual de derecho procesal civil*, La Ley, Bs. As., 2.008.

MORELLO, Augusto Mario; SOSA, Gualberto Lucas; BERIZONCE, Roberto O. *Códigos Procesales*, T-II-A, 403, Ed. Platense, La Plata, 1996.

MORELLO, Augusto M.; ARAZI, Roland. “Procesos Urgentes”, *J.A., Jurisprudencia Argentina*, 2005-I, fascículo 13.

PEYRANO, Jorge W.; EGUREN, María C. “La batalla por la entronización legal de la medida autosatisfactiva”, *J.A. Jurisprudencia Argentina*, Doctrina, Bs. As., Suplemento del 31.10.2007.

PEYRANO, Jorge W. “Iura Novit Curia Procesal: la Reconducción de Postulaciones”, *E.D., El Derecho*, diario del 28.03.2001.

PEYRANO, Marcos Lisandro. “La medida autosatisfactiva y el derecho de defensa”, en *Medidas Autosatisfactivas*, dir. Jorge W. Peyrano, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999.

VARGAS, Abraham. “Tutela anticipada – Perfiles Actuales”, *Cuestiones procesales modernas*, Suplemento Especial La Ley, dir. PEYRANO, Jorge W., 2005.

Data de recebimento: 17/4/2011

Data de aprovação: 31/5/2011

INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL PARA AS DISPENSAS COLETIVAS NO BRASIL

A CONSTITUTIONAL INTERPRETATION FOR COLLECTIVE DISMISSALS IN BRAZIL

Alexandre Coutinho Pagliarini*

Cláudia Coutinho Stephan**

RESUMO

Este texto trata da proteção à classe trabalhadora em face das dispensas coletivas em épocas de crise econômica global. As interpretações aqui utilizadas são constitucionalistas e também internacionalistas. A Constituição brasileira de 1988, a partir dos pilares da dignidade humana e da construção do Estado de bem-estar social, autoriza a afirmação de que a dispensa coletiva deve ser evitada. Além do exposto, normas internacionais em vigor, a exemplo das Convenções ns. 11, 98, 135 e 141 da OIT, tampouco autorizam dispensas coletivas unilaterais.

Palavras-chave: Dispensa coletiva; Proteção constitucional e internacional; Crise econômica; Direito constitucional; Direito do trabalho; Direito internacional.

ABSTRACT

This study's about the protection of the working class people considering mass (or collective) dismissal in times of global economical crisis. The interpretations here used are constitutionalists and also internationalists. The brazilian Constitution of 1988 has been set upon the principles of human dignity and the building of a welfare state; therefore, we can say the mass dismissal must be avoid. Besides all that, the international norms that put Brazil into a way of observing them – such as the Conventions numbers 11, 98, 135 and 141 by the International Labour Organization – do not allow unilateral mass dismissals.

Keywords: Mass (collective) dismissal; Constitutional and international protection; Economical crisis; Constitutional law; Labour law; International law.

* Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Doutor e Mestre (PUC/SP). Correspondência para/*Correspondence to:* Avenida Murilo Dantas, 300, 49032-490, Farolândia, Aracaju-SE. E-mail: alexandrepagliarini@terra.com.br.

** Mestre e Doutora em Direito das Relações Sociais (PUC/SP). Professora de Direito do Trabalho (PUC/MG). Correspondência para/*Correspondence to:* Rua Padre Francis Cletus Cox, 37716-124, Country Club, Poços de Caldas-MG.

A dispensa individual envolve um único trabalhador, ou, mesmo que atingindo empregados diferentes, não configura ato demissional grupal ou maciço. Sua origem é centrada num fato pertinente ao contrato individual de trabalho. Trata-se de direito potestativo.

A despedida coletiva, por sua vez, denominada como *lay-off*, abrange um número significativo de trabalhadores vinculados ao mesmo empregador. Segundo Antônio Álvares, “a dispensa coletiva importa o desligamento de um número significante de empregados por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos”.¹

No direito da Holanda, a dispensa coletiva somente pode ocorrer com a permissão do órgão administrativo. Já na Alemanha, o empregador fica obrigado a participar da agência (autoridade administrativa) sobre a dispensa, exigindo-lhe também tal informação ao conselho de empresa, esclarecendo o empregador sobre os motivos da dispensa, o número e as categorias de trabalhadores a serem despedidos, os prazos da dispensa, bem como os critérios de escolha dos que serão dispensados.²

O Código do Trabalho Português regulou a matéria nos seus arts. 419 e 420 e aprovou a Diretiva n. 2002/14/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, que estabelece um quadro geral sobre informação e consulta dos trabalhadores.³

86

O ordenamento jurídico brasileiro regula expressamente apenas a dispensa individual, não havendo diferença legal entre despedida por motivos econômicos e dispensa sem justa causa. Entretanto, o Ministério do Trabalho, por meio das Portarias ns. 3.218/87 e 1/92 faz referência à dispensa coletiva, sendo que a primeira portaria regula o acompanhamento das demissões coletivas, apontando soluções alternativas, como a redução da jornada, nos termos da Lei n. 4.923/65 e a previsão de férias coletivas; já a segunda portaria determina a fiscalização nas empresas em caso de dispensa em massa.

A Portaria n. 3.218/87 é considerada ineficaz, já que prevê apenas recomendações, inexistindo determinação penalizadora. Sendo assim, ausentes os mecanismos de coerção, tal norma tornou-se letra morta. Quanto à Portaria n. 1/92, do MTPS, os motivos de sua reduzida efetividade se justificam no argumento de que um simples ato ministerial não poderia disciplinar matéria reservada à lei complementar.

¹ ALVARES, Antônio. Dispensa coletiva e o controle pelo judiciário. *Revista LTr* 73-6/650-670. São Paulo: LTr, 2009. p. 657.

² Id.

³ ALMEIDA, Renato Rua de. Subsiste no Brasil o direito potestativo do empregador nas despedidas em massa? *Revista LTr* 73-04/391. São Paulo: LTr, abr. 2009. p. 393.

Esclarece Nelson Mannrich que a Lei n. 62, de 5 de junho de 1935, já excluía a responsabilidade do empregador nos casos de força maior, quando fatos superiores à sua vontade afetassem sua segurança econômica, determinando a ruptura dos contratos de trabalho, por justa causa.⁴

Vale ressaltar que o art. 18, § 2º, e o art. 20, II, ambos da Lei n. 8.036/90, não excluem a responsabilidade do empregador quando rescinde o contrato de trabalho por extinção de estabelecimento na ocorrência de força maior, devendo depositar 20% (vinte por cento) da multa fundiária, atentando-se, para tal, ao art. 501 da CLT.

A Lei n. 4.923, de 23 de dezembro de 1965, embora não tenha conceituado a dispensa coletiva, previu, no art. 2º, soluções alternativas à dispensa motivada por crise, a exemplo da redução da jornada ou do número de dias de trabalho durante três meses, possibilitando a prorrogação mediante redução salarial não superior a 25% (vinte e cinco por cento) do salário contratual, respeitando-se o salário mínimo; proibiu a contratação de novos empregados por seis meses; priorizou a readmissão dos empregados despedidos em razão da crise econômica, bem como vedou o trabalho extraordinário, salvo nos caso de necessidade imperiosa, força maior, serviços inadiáveis ou inexecução geradora de prejuízo manifesto.

Quanto à redução da jornada e consequente redução salarial, a doutrina não é unânime quanto à recepção da Lei n. 4.923/65 pela Constituição de República, nos termos do art. 7º, inciso VI.⁵ Parece-nos mais acertado, contudo, reconhecer que a mencionada lei foi recepcionada pela Carta Política de 1988, sendo válida, tendo em vista a compatibilidade formal e material com a norma constitucional, quando elenca medidas alternativas que pugnam pela manutenção dos postos de trabalho. Tem-se que a Lei n. 4.923/65, de fato, retrata a atual conjuntura econômica, propondo, inclusive, soluções jurídicas para evitar o desemprego em massa.

No tocante à Constituição vigente, o art. 7º, incisos I e III, e art. 10, I, do ADCT, excluíram definitivamente o regime da estabilidade decenal, ressalvado o direito adquirido, e, sendo assim, o empregador possui amplos poderes para dispensar o empregado, com ou sem justa causa, limitando-se a pagar a multa fundiária, conforme o caso, além de outros direitos a serem determinados por lei complementar, até hoje não editada.

Não há distinção legal entre despedida arbitrária ou sem justa causa, nem entre dispensa individual ou coletiva, podendo, então, o empregador dispensar o empregado sem qualquer motivo, inexistindo a garantia dos empregos.⁶

⁴ MANNRICH, Nelson. *Dispensa coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social*. São Paulo: LTr, 2000. p. 471.

⁵ *Ibid.*, p. 470.

⁶ Os Estados que integram a Comunidade Europeia, no que tange às dispensas coletivas, seguem as Diretivas ns. 75/129/CEE, de 17 de fevereiro de 1975, e 92/56/CEE, de 24 de junho de 1992. In: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Crise econômica, despedimentos e alternativas para a manutenção dos empregos. *Revista LTr* 73-01/7-16. São Paulo: LTr, 2009. p. 9.

É importante destacar que, em 23 de novembro de 1985, a 68ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho da OIT, aprovou a Convenção n. 158, que trata do término da relação de trabalho por iniciativa do empregador, protegendo os trabalhadores contra a despedida arbitrária.

Em 1992, no dia 17 de setembro, tal convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional, sendo ratificada pelo Governo brasileiro em 4 de janeiro de 1995, para vigorar doze meses depois. Entretanto, somente em 10 de abril de 1996, por meio do Decreto n. 1.855, o Governo Federal publicou o texto oficial, promulgando a ratificação.

Posteriormente, em 20 de dezembro de 1996, por meio do Decreto n. 2.100, o Presidente da República promulgou a denúncia da tratativa internacional, anunciando que a mencionada convenção deixaria de vigorar no Brasil a partir de 20 de dezembro de 1997. Ressalte-se, aqui, que, segundo as regras e os princípios básicos de Direito Internacional Público, mais especificamente da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, a atitude do governo brasileiro em denunciar não foi bem acolhida, podendo-se considerar na contramão na normativa internacional pelas seguintes razões: (i) o Brasil é membro da Organização Internacional do Trabalho; (ii) o que um país se compromete internacionalmente a cumprir – *pacta sunt servanda* – deve ser levado a cabo; (iii) o processo formal de aprovação da Convenção 158 (OIT) foi respeitado; e (iv) em nada a Convenção em tela viola a Constituição brasileira de 1988.

88

Em fevereiro de 2008, o Presidente da República encaminhou ao Congresso Nacional mensagem para nova ratificação da Convenção. Tempos depois, por 20 votos a 1, os parlamentares, na Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional, aprovaram parecer do deputado Júlio Delgado (PSB/MG) contrário à ratificação, sendo encaminhado pedido de arquivamento da mensagem presidencial à mesa da Câmara dos Deputados.

A discussão contemporânea já não é mais sobre a constitucionalidade ou não da vigência da Convenção n. 158, nem sobre a (in)constitucionalidade da denúncia da mesma convenção – visto que tal ato foi praticado pelo Presidente da República, e não pelo Congresso Nacional.⁷ Discute-se, sim, a eficácia do

⁷ Em obra de nossa autoria, defendemos que tanto o Presidente da República quanto o Congresso Nacional têm autoridade para denunciar um tratado internacional sem que precise(m) um do outro; efetivamente, esta autoridade pode ser exercida sem a participação do outro responsável pelo *treaty-making-power*, e isto ocorre pelo seguinte: se, para fazer sustentar um tratado em seu berço de nascimento, são necessárias duas vontades concordantes (a do Presidente e a do Congresso), então, a falta de uma destas vontades sustentadoras faz tombar o acordo internacional. O Presidente e o Congresso são os dois pilares de sustentação do tratado; logo, na falta de um deles, o pacto cai. De qualquer modo, ressalte-se aqui que, em Direito Internacional Público, o condutor da política internacional de um Estado soberano é exclusivamente o Chefe do Executivo, o único com voz internacional de representatividade. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Constituição e direito internacional: cedências possíveis no Brasil e no*

inciso I, do art. 7º, da Constituição de 1988, que precisa ser regulamentado por lei complementar nele prevista (mas que ainda não vigora), para que a proteção contra a despedida arbitrária seja uma verdade jurídica e real.

Para a doutrina constitucionalista, as normas de direitos fundamentais são marcadas pelo *postulado da máxima efetividade da norma constitucional* (André Ramos Tavares⁸ fala em *maximização das normas constitucionais*). Logo, enquanto o legislador complementar não cumprir a função que lhe foi aberta pela própria Carta da República, há que se interpretar que a dispensa coletiva sem lastro em justificativa alguma é inconstitucional, e, neste caso, deveria o próprio Judiciário, caso acionado, intervir no sentido de fazer valer o direito humano ao trabalho, uma vez que, sem dúvida, a dispensa coletiva não gera só desemprego em massa, mas, por isso e por causa disso, verdadeira depressão econômica que certamente reflete em todos os campos das negociações individuais ou coletivas.

Sendo assim, até os dias atuais, não é raro ocorrer dispensas coletivas, envolvendo um grande número de trabalhadores, com a justificativa de fatores vinculados à situação econômica da empresa, do setor ou da atividade em geral, bem como em decorrência de causas disciplinares, tecnológicas ou financeiras, com respaldo analógico no art. 165 da CLT.

Renato Rua de Almeida observa que a doutrina tradicional ainda identifica no ordenamento jurídico pátrio a natureza potestativa implícita no ato unilateral do empregador de extinguir o contrato de trabalho, até mesmo nas despedidas coletivas, sem qualquer limite ou condição.⁹

Sob esse aspecto, a crise, na aceção econômica, é uma das justificativas pautadas pelos empregadores para a rescisão do pacto laboral. Constitui um fenômeno do modelo capitalista, ou seja:

grave desequilíbrio conjuntural entre a produção e o consumo, acarretando aviltamento dos preços e/ou moeda, onda de falências e desemprego, desorganização dos compromissos comerciais; fase de transição entre um surto de prosperidade e outro de depressão, ou vice-versa.¹⁰

Como possui várias dimensões que se correlacionam com as variações do sistema econômico nacional, empresarial e mundial, a crise econômica tem uma ligação direta com a questão dos empregos, sendo considerada, portanto, como companheira do Direito do Trabalho.¹¹

mundo globalizado. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 97. Neste mesmo sentido: REZEK, Francisco. *Direito internacional público*: curso elementar. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 111.

⁸ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁹ ALMEIDA, 2009, p. 391.

¹⁰ HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. São Paulo: Objetiva, 2009. p. 872.

¹¹ NASCIMENTO, 2009, p. 7.

No entanto, não é possível a aceitação da liberdade contratual de despedir em massa, desconsiderando o direito fundamental social da proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa insculpida na Constituição vigente, e também em face ao paradigma da ilicitude contratual por abuso de direito, nos moldes dos arts. 187 e 422 do Código Civil.

Todavia, incontestavelmente, a crise financeira que assolou os Estados Unidos da América no segundo semestre de 2008, abalou profundamente a economia de produção e aumentou o índice de desemprego, repercutindo seus graves efeitos em todo o mundo, voltando à baila a questão referente à despedida coletiva como medida estratégica para as empresas, sob a desculpa de evitar mal maior, quer seja, sua extinção. É certo, entretanto, que um mal – a crise impulsionada pelos Estados Unidos – não pode impulsionar uma injustiça que fira o direito constitucional ao trabalho digno e estável.

Observa-se que o art. 482 da CLT não elenca a crise econômica como hipótese típica e taxativa de justa causa para rescisão do contrato de trabalho. De qualquer forma, não se pode permitir juridicamente que o empregador exerça o direito potestativo de rescisão unilateral do contrato de trabalho, dispensando coletivamente seus empregados, visto que o Texto Constitucional vigente, a partir dos pilares magnos da dignidade humana e da construção do Estado de Bem-Estar Social, autoriza a afirmação de que a dispensa coletiva deve ser evitada. Sendo assim, configura a dispensa coletiva uma agressão aos princípios constitucionais valorizadores do trabalho, da justiça social, do bem-estar e da segurança, entre outros.

Esta lição está evidente na doutrina moderna, quando dispõe que até mesmo pela ausência da regulamentação¹² legal do art. 7º, inciso I, da Constituição, a eficácia horizontal deste direito fundamental social deve ser garantida pela exigência do cumprimento pelo empregador, nas dispensas coletivas, dos valores da boa-fé objetiva e dos seus deveres anexos.¹³ Sendo assim, tais valores impregnam

¹² Dizemos nós, com apoio em Celso Bastos (BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. atualizado por MEYER-PFLUG, Samantha. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 97-129), que uma norma constitucional positivadora de direito fundamental, seja ele individual ou social, só pode ser interpretada segundo o *postulado da máxima efetividade da norma constitucional*. Isto significa que uma norma definidora de direito humano deve ser aplicada pelo magistrado, e independentemente de norma infraconstitucional, devendo ele próprio – o magistrado – tratar de imprimir efetividade àquilo que foi determinado pelo constituinte originário. Ressalte-se que a falta de norma regulamentadora de direito humano, em casos particulares, pode ensejar o ajuizamento de Mandado de Injunção, bem como Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Para Gilmar Mendes, o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais “(...) valeria como indicador de aplicabilidade da norma constitucional, devendo-se presumir a sua perfeição, quando possível (...)”. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo, 2010. p. 330.

¹³ ALMEIDA, 2009, p. 391.

o conteúdo do contrato de trabalho, como fonte subsidiária, por força do parágrafo único do art. 8º da CLT. Nesta esteira é que se pode afirmar que as normas de direito do trabalho pertencem à segunda geração dos direitos humanos, juntamente com normas constitucionais relativas à saúde e à educação¹⁴ públicas, por exemplo.

Além do exposto, é imperativo que em tempos de globalização e crise econômica, o princípio da proteção, edificador de todo o Direito do Trabalho, equalizador da assimetria de forças caracterizadoras das relações de emprego, seja preservado.

Igualmente, impõe-se a observância do princípio da continuidade da relação de emprego, que repudia a dispensa coletiva e o princípio do duplo controle social da dispensa operado pelos trabalhadores, por meio de entidades sindicais e pelo Estado, via intervenção administrativa. Nesse sentido, o Ministério Público do Trabalho tem instaurado inquéritos civis para investigar eventual abuso no poder de dispensar.¹⁵

A jurisprudência pátria tem inferido tratamento jurídico diferenciado entre dispensas individuais e coletivas, sustentando a existência de abuso por parte da empresa, que sem prévia negociação coletiva dispensa coletivamente contingente de empregados.¹⁶ É bem verdade, igualmente, que existem decisões contrárias que reputam como lícita tal conduta patronal, ante a ausência de norma jurídica expressa que obrigue o empregador a negociar antecipadamente com as entidades de classe e buscar outros métodos que precedam a dispensa coletiva.

Elucida Maurício Godinho Delgado que no ano de 2009, em julgamento de dissídio coletivo sobre despedida coletiva de empregados justificada por grave retração econômica, a Seção de Dissídios Coletivos do TST, por maioria de votos, decidiu que “a premissa de que a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores”. Ressalvou o Relator Min. Maurício Godinho Delgado que “a *d. maioria*, contudo, decidiu apenas fixar a premissa, para casos futuros, de que a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores, observados os fundamentos *supra*”.¹⁷

¹⁴ TAVARES, André Ramos. Direito fundamental à educação. *Anima Revista Eletrônica*, Curitiba, v. 1, I ed. 2010.

¹⁵ FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. Crise financeira mundial-tempo de socializar prejuízos e ganhos. *Revista LTr* 73-12/1500-1509. São Paulo: LTr, 2009. p. 1.504.

¹⁶ Vide decisão de mérito proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, nos autos do processo DC-00309-2009-000-15-00-4, cujo relator foi o Desembargador José Antônio Pancotti.

¹⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010. p. 1.041. – TST-RODC 309/2009-000-15-00.4. – Ac. SEDC, 10.08.2009.

Observa-se que a ordem constitucional prevê não apenas o princípio da dignidade da pessoa humana, no art. 1º, inciso III, como também o da valorização do trabalho, nos arts. 1º, inciso IV; 6º e 170, inciso VIII, e o princípio da intervenção sindical nas questões trabalhistas, no art. 8º, incisos III e VI. E devem tais dispositivos da Carta Magna ser complementados com o que consta de direitos fundamentais nos tratados de direitos humanos que o Brasil tem em vigor, mesmo aqueles anteriores à EC n. 45 – também válidos como normas constitucionais de direito humanos, segundo André Ramos Tavares,¹⁸ para quem a tese da incorporação constitucional automática, via § 2º, do art. 5º, seja mantida para os tratados ratificados antes da publicação da EC n. 45/2004.

Desse modo, se do ponto de vista econômico, são inevitáveis as mudanças impostas pelas leis do mercado na seara das relações entre capital e trabalho, em prol da manutenção da empresa e do emprego, é preciso que seja preservada a pessoa humana, como tarefa inafastável do Estado Democrático de Direito. Justifica-se que de nada adiantaria a previsão normativa da valorização do trabalho, se, nas relações jurídicas que o tem como conteúdo, ele for desprezado.

Argumenta-se, ainda, que, à medida que o Estado intervém para salvar as empresas, a sociedade deve exigir a intervenção estatal para resguardar o trabalho humano, posto ser ele, e não o capital, a razão de tudo.

92

O certo é que existem diplomas internacionais ratificados, a exemplo das Convenções ns. 11, 98, 135 e 141 da OIT, que não autorizam dispensas coletivas unilaterais e potestativas, por se tratarem de ato coletivo inerente ao Direito Coletivo do Trabalho, exigindo, conseqüentemente, a participação dos respectivos sindicatos das categorias profissionais. Além do exposto, a negociação é inerente ao Direito Coletivo, e no Brasil, a obrigação de negociar coletivamente está implícita nos §§ 1º e 2º do art. 114 da Constituição de 1988.

É necessário, a princípio, que se reconheça juridicamente a diferenciação entre despedida individual e coletiva, visto que os impactos familiares, sociais e econômicos são totalmente distintos. Inegavelmente, a despedida em massa repercute de forma negativa não apenas no patrimônio moral e material de cada trabalhador, mas na sociedade como um todo, mediante o crescimento dos índices de pobreza, criminalidade, insegurança e revolta.¹⁹

Por fim, o Direito do Trabalho precisa ser compreendido e aplicado à luz dos princípios constitucionais e internacionais valorizadores da dignidade humana, para que sejam reduzidas as injustiças sociais. Desse modo, é inaceitável,

¹⁸ TAVARES, André Ramos. *Reforma do Judiciário no Brasil pós-88*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 45.

¹⁹ FABIANO; RENAULT, 2009, p. 1.503.

juridicamente, a dispensa coletiva imediata, sem prévia tentativa de negociação coletiva, e dessa assertiva advém a necessidade de se afirmar permanentemente a supremacia da Constituição da República e do Direito Internacional em prol da concretização dos direitos fundamentais.

Entende-se que o moderno Direito do Trabalho não pode se distanciar dos instrumentos de controle de dispensa do trabalhador, haja vista existirem procedimentos que envolvem, desde simples consultas prévias às representações trabalhistas, até autorizações administrativas e, finalmente, a atuação jurisdicional.

Como alternativa jurídica e social para o enfrentamento da crise econômica global, salienta-se a previsão constitucional da redutibilidade salarial via negociação coletiva em busca da manutenção dos postos de trabalho e a alternativa da suspensão coletiva dos contratos de trabalho, também por meio da negociação coletiva.

Entende-se que o sistema jurídico trabalhista brasileiro não está preparado para o enfrentamento de crises econômicas, porque faltam mecanismos que prevejam as dispensas coletivas, e, inegavelmente, a crise econômica convive com o Direito do Trabalho, sendo necessário e urgente seu aperfeiçoamento, pois, como é senso comum, se o Direito ignora a realidade, esta se vinga e ignora o Direito.

A propósito, o agente do direito deve buscar a efetividade do direito fundamental social da proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, inadmitindo, portanto, a liberdade contratual como direito potestativo de despedida coletiva.

Sendo assim, e em qualquer situação, inclusive em tempo de crise financeira, urge, inicialmente, valorizar e proteger o trabalho humano, pois, como observou o Papa João Paulo II, trata-se de uma causa primária, enquanto o capital deve ser considerado como conjunto de meios de produção, permanecendo apenas como causa instrumental.²⁰

Tem razão Antônio Álvares, quando sustenta que “onde há trabalho, há dinamismo, construtividade, progresso e bem-estar social. Onde não há trabalho há desemprego, miséria, estagnação social e desconstrutividade”.²¹

Com efeito, o Estado-Nação deve intervir cada vez mais nas relações jurídicas, garantindo a realização dos direitos fundamentais dos cidadãos, essencialmente por meio do trabalho, enquanto meio preponderante para assegurar direito à vida com dignidade.

²⁰ JOÃO PAULO II. Encíclica *Laborem Exercens*, 14.09.81. In: João Paulo II Encíclicas. Armando Casimiro Costa e Ives Gandra da Silva Martins Filho (Org.). São Paulo: LTr, 2003. p. 119.

²¹ ÁLVARES, 2009. p. 651.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renato Rua de. Subsiste no Brasil o direito potestativo do empregador nas despedidas em massa? *Revista LTr* 73-04/391. São Paulo: LTr, abr. 2009.

ÁLVARES, Antônio. Dispensa coletiva e o controle pelo judiciário. *Revista LTr* 73-6/650-670. São Paulo: LTr. 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. atualizada por Samantha Meyer-Pflug. São Paulo: Malheiros, 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. Crise financeira mundial – tempo de socializar prejuízos e ganhos. *Revista LTr* 73-12/1500-1509. São Paulo: LTr 2009.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. São Paulo: Objetiva, 2009.

JOÃO PAULO II. *Encíclica “Laborem Exercens”*, 14.09.81. In: COSTA, Armando Casimiro; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Org.). *João Paulo II Encíclicas*. São Paulo: LTr, 2003.

MANNRICH, Nelson. *Dispensa coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social*. São Paulo: LTr, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

94

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Crise econômica, despedimentos e alternativas para a manutenção dos empregos. *Revista LTr* 73-01/7-16. São Paulo: LTr, 2009.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Constituição e direito internacional: cedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TAVARES, André Ramos. Direito fundamental à educação. *Anima Revista Eletrônica*, Curitiba, v. 1, I ed. 2010.

TAVARES, André Ramos. *Reforma do Judiciário no Brasil pós-88*. São Paulo: Saraiva, 2007.

Data de recebimento: 17/3/2011

Data de aprovação: 20/5/2011

SUPRACONSTITUCIONALIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS E DIREITO INTERNO: O DIÁLOGO DAS FONTES E A ÉTICA DAS VIRTUDES

SUPRACONSTITUTIONALITY OF INTERNATIONAL TREATIES AND DOMESTIC LAW: DIALOGUE OF SOURCES AND THE ETHICS OF VIRTUES

*Hisashi Toyoda**

RESUMO

Este artigo tem como objeto de estudo a tese da supraconstitucionalidade, alçada à condição de via alternativa e mais coerente para a satisfatividade dos direitos humanos, particularmente quanto a sua aplicação conforme preconizado pelo modelo de solução das antinomias decorrentes da compartimentação tradicional entre o Direito interno e o internacional. Apresenta a trajetória histórica e jurídica pela qual se estabelece a fundamentalidade dos direitos humanos e se busca sua efetividade, de onde emergem as posições acerca do papel das normas derivadas dos tratados internacionais em relação às normas internas e, principalmente, às constituições nacionais. A partir de estudo sobre as posições doutrinárias, manifestações dos tribunais brasileiros, e de uma comparação com decisões no plano internacional, com repercussão sobre os direitos humanos, busca elementos para construir uma visão original e crítica acerca de alguns aspectos inerentes ao modelo do “diálogo das fontes”. Demonstra que a comunicabilidade é uma nova e necessária via para que seja possível a melhor solução das antinomias. Apresenta, porém, com base em uma visão crítica amparada na “Ética das Virtudes”, de Alasdair MacIntyre, um contraponto à proposta dialógica, particularmente no que se tange à interpretação subjetiva, tomando como referência as influências do pensamento pós-moderno e a relativização dos valores.

* Auditor-Fiscal de Tributos Estaduais da Secretaria da Fazenda do Estado do Amazonas. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Especialista em Direito Tributário e Legislação de Impostos pelo Centro Integrado de Estudos da Amazônia (CIESA). Especialista em Planejamento Governamental e Orçamento Público pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Mestrando em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Correspondência para/Correspondence to: Av. André Araújo, 150, sala 304, 69060-000, Manaus-AM. E-mail: hisashitoyoda@hotmail.com ou htoyoda@sefaz.am.gov.br.

Palavras-chave: Tratados internacionais; Supraconstitucionalidade; Diálogo das fontes; Ética das virtudes.

ABSTRACT

This paper has as object the supraconstitutionality thesis, raised to the *status* of the alternative pathway and more consistently satisfactory for human rights, particularly regarding its application as predicted by the contradictions solution model arising from the traditional partitioning between domestic Law and the international Law. It presents the historical and legal background by which it is established the human rights fundamentality and the seeking of its effectiveness, from where the positions emerge on the role of standards derived from international treaties in relation to internal standards and national constitutions. From the study of doctrinal positions manifestations of courts in Brazil, and from a comparison with decisions on the international scenario and with repercussions on human rights, it seeks information to build an original and critical vision about some aspects inherent to the model of “dialogue of sources”. It demonstrates that communicability is a new and necessary way so it is possible the best solution of antinomies. It presents, however, based on a critical view supported by the “Ethics of Virtues” of Alasdair MacIntyre, as a counterpoint to highlight the limits of the proposed dialogue, particularly with regard to subjective interpretation, taking as reference the influence of postmodern thought and values relativeness.

Keywords: International treaties; Supraconstitucionality; Dialogue of sources; Virtue ethics.

INTRODUÇÃO

O paradoxo global fica evidenciado no cenário das transformações sociais, políticas, econômicas e culturais, entre outras, caracterizando o chamado processo de globalização. Não pressupõe apenas uma progressiva diluição das fronteiras nacionais, superadas pela integração político-econômica, mas também um acirramento das controvérsias, muitas vezes radicalizadas em expressões violentas, como o terrorismo, em razão da dificuldade de abandonar velhos paradigmas e ter de fazer parte desse cenário da redefinição de ideias, valores e modos de vida.

Tais contradições se fazem sentir, também, no Direito. Os debates entre a teoria monista e dualista têm marcado a busca da flexibilidade necessária para responder às exigências da crescente internacionalização dos direitos humanos, que se firmam como novos e principais parâmetros para a atuação do judiciário no interior dos Estados.

Passa-se da nítida compartimentação entre o Direito interno e o Direito Internacional, para uma proximidade, e mesmo interpenetração, levando a um questionamento sobre os paradigmas tradicionais que negam qualquer possibilidade de comunicação entre eles, pelo menos no nível ora propugnado.

A controvérsia entre a aplicação mitigada de regras oriundas dos tratados internacionais no espaço do Direito interno tem levado, em contraposição, à defesa da sua maior amplitude de aplicação, inclusive, pela via da supraconstitucionalidade, com a superação das disposições normativas constitucionais, em favor da aplicação das normas de ampla tutela dos direitos humanos no campo do Direito interno.

Este trabalho foi motivado pelo debate sobre o alcance do Direito Internacional para a garantia e efetividade dos direitos humanos, que se torna mais evidente à medida que se vislumbra a necessidade de novos caminhos para a satisfatividade dos direitos além da positivação constitucional.

O presente artigo lança um olhar sobre a tese da supraconstitucionalidade, no intuito de delinear o caminho da proteção normativa dos direitos humanos e a sua trajetória enquanto objeto de crescente interesse e regulação pelo Direito interno e internacional.

Buscando fundamentos no chamado “diálogo das fontes”, que hoje ganha evidência como proposta inovadora, imbuída de um propósito importante, que é romper paradigmas para alcançar maior grau de efetividade aos direitos humanos no âmbito interno, este trabalho não se limitou a expor os fundamentos e as orientações genéricas dessa corrente do pensamento pós-moderno do Direito.

Tampouco pretendeu invalidar essa nova forma de conceber e de aplicar o Direito, que se vale da dialogicidade para encaminhar a solução das questões relacionadas a uma afronta, ou um risco, aos direitos humanos por uma via intermediária, fundada na comunicabilidade entre o Direito interno e o internacional.

O foco norteador deste trabalho foi desenvolver uma reflexão sobre o pensamento pós-moderno, extraíndo elementos significativos para a construção de uma visão crítica das propostas do adensamento da via protetiva e maior concretude dos direitos humanos, na perspectiva de um diálogo entre as fontes.

Como contraponto dessas ideias, com base na construção de uma reflexão crítica, é abordada a “Ética das Virtudes”, de Alasdair MacIntyre, visando discernir os limites e as possibilidades desse método dialógico, que tem se apresentado como a melhor solução para as antinomias no campo da normatização dos direitos humanos.

Nesse mister, espera-se contribuir não somente com a posição crítica levantada, mas, sobretudo, oferecer um olhar alternativo que poderá parecer ainda mais radical em sua proposta, apresentada ao final deste trabalho, mas que acompanha a mesma trajetória e partilha os mesmos propósitos da construção de caminhos alternativos e mais ascendentes para o Direito, rumo à maximização da efetividade dos direitos humanos nos novos cenários do pensar e do viver da humanidade.

FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS: IDEAIS X NORMAS

A acepção do termo “Direito” é bastante ampla, permitindo adentrar num vasto campo, onde se encontram antigas ideias, remontando aos gregos, até a contemporaneidade, quando se delimitam novos espaços para o debate e a reflexão. Mas, basicamente, o termo ganha um conteúdo mais preciso quando passa a mediatizar o próprio homem, em um sentido unificador:

A principal distinção entre a moderna linguagem dos direitos que surge com as Declarações e Constituições do final do século XVIII e os privilégios existentes no período medieval é a ideia de universalidade e reciprocidade intrinsecamente ligada aos direitos.¹

A concepção de tais direitos se insere no campo da normatização pela relevância e essência da sua afirmação e tutela pelo Direito, clarificada na seguinte definição:

[...] conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.²

98

A recepção pelo Direito positivo desses direitos e garantias representa a passagem do campo idealístico para a seara da aplicação prática por meio da normatização jurídica, momento de diferenciação entre os direitos inerentes à pessoa humana dos demais direitos.

No contexto da gênese histórica do conceito e sua afirmação legal, a normatização dos direitos humanos pode ser entendida como um movimento inerente à trajetória das mudanças político-institucionais a partir de interesses divergentes:

Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.³

Na história, processa-se a passagem do idealismo para a positivação que constituiu um passo importante para a afirmação e tutela dos direitos humanos na emergência de valores considerados essenciais e representativos do próprio homem.

¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 24.

² MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1997. p. 39.

³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 5.

O jusnaturalismo conduziu os revolucionários do século XVIII, particularmente na França, à afirmação de um direito natural imanente aos direitos universais proclamados para todos os homens. Mas a crítica fundada do valor absoluto da norma excluiu a possibilidade de valor, que visa superar a ideia de uma metafísica no Direito, não admitindo o que não seja concreto e verificável, como é o caso de uma suposta natureza humana enquanto fundamento do Direito natural, liberando-se da preocupação com seu sentido valorativo:

A norma fundamental definida pela Teoria Pura do Direito não é um direito diferente do direito positivo: ela apenas é o seu fundamento de validade, a condição lógico-transcendental da sua validade, e, como tal, não tem nenhum caráter ético-político, mas apenas um caráter teórico-gnosiológico.⁴

Porém, essa concepção não elimina a possibilidade de uma ética objetiva, ou seja, de uma ética baseada em um “fato empiricamente verificável de que cada homem busca a própria utilidade: a ética se torna assim o complexo de regras segundo as quais o homem pode conseguir a própria utilidade de modo melhor”.⁵

Na perspectiva positivista, a norma não garante a concretização de tais direitos, pois o processo de sua efetivação é uma constante aproximação entre a realidade fática e o ideal contido na lei positiva, que é produto de realidades concretas, situações históricas em que se define, num dado momento, o que são direitos humanos.

Por conseguinte, esses direitos não podem ser concebidos num plano ideal, mas apenas enquanto produto de uma positivação que materializa interesses sociais num determinado momento histórico: “Quando identificamos o direito com as normas postas pelo Estado, não damos uma definição geral do Direito, mas uma definição obtida de uma determinada situação histórica, aquela em que vivemos”.⁶

Esse autor exclui a possibilidade dos direitos naturais serem o substrato dos direitos humanos, porém deixa claro que estes são factíveis,⁷ ainda que não no

⁴ KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 117.

⁵ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995. p. 92.

⁶ *Ibid.*, p. 29.

⁷ O termo Direito natural deve ser compreendido em termos de referências essenciais e supranormativas, a partir das quais o Direito historicamente passa a definir formas específicas de relações entre os homens, independentemente da positivação, por referir-se a valores atemporais, mesmo que seja incorporado ao conteúdo normativo em determinado momento histórico: “Chama-se direito natural aquele ao qual o filósofo submete-se, mesmo sem ser obrigado a isso pelo direito positivo: ele quer agir, a fim de contribuir para a realização do razoável, da razão universal. Ele tratará como seres razoáveis e, portanto, iguais todos com os quais se relaciona” (WEIL, Eric. *Filosofia política*. São Paulo: Loyola, 1990. p. 43).

tempo presente e nos termos das consagrações constitucionais das nações, remetendo de certo modo à supraconstitucionalidade, ao afirmar que somente será possível

[...] falar legitimamente de tutela internacional dos direitos do homem quando uma jurisdição internacional conseguir impor-se e sobrepor-se às jurisdições nacionais e quando se realizar a garantia dentro do Estado – que ainda é característica predominante da atual fase – para a garantia contra o Estado.⁸

Ao considerar uma trajetória para a fundamentalidade dos direitos humanos, passando do Direito interno para o Internacional, Bobbio remete ao processo histórico como substrato da sua crescente efetividade. Nesse sentido, pode-se rastrear a sua mais significativa emergência a partir de uma consciência mundial sobre a necessidade de amplas mudanças na relação entre Estado e sociedade, diante dos excessos e abusos cometidos pelos regimes totalitários que culminaram nas matanças da Segunda Guerra Mundial:

O movimento de internacionalização dos direitos humanos é extremamente recente na história, surgindo, a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar a sua reconstrução. É nesse cenário que se desenha o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial.⁹

Portanto, a crítica e refutação dos modelos políticos pretensamente orientados para a vontade coletiva impulsionou a luta pelo resgate dos valores humanos aviltados pela guerra, resultando na aprovação, em 10 de dezembro de 1948, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, propugnando o caráter universal de direitos inerentes ao ser humano, na perspectiva de que a condição pessoalíssima é o caráter de sua exclusividade e titularidade.

A concepção da universalidade dos direitos humanos resgata a perspectiva de serem eles direitos naturais, que havia sido negada pela concepção positivista, presa ao conteúdo da norma fundada apenas em pressuposto lógico-formal. Postula-se, pelo contrário, o substrato de valores éticos universais, que independem de previsão legal, mas que devem nortear as normas positivas enquanto instrumento de organização da vida social.

A universalidade não elimina a indivisibilidade, ou seja, são direitos de todos os homens, em qualquer lugar e tempo, mas dotados de unicidade, o que

⁸ BOBBIO, 1992, p. 40-41.

⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 117.

significa que, violado um, também estão sendo atingidos todos os outros direitos relacionados. A indivisível relação entre eles permite “conjuguar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais”.¹⁰

A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 colocou como titular desses direitos a pessoa humana, indiferenciada. Referem-se à mulher, ao idoso, ao trabalhador, ao homossexual, à criança etc. Podem ser situados nos diversos espaços em que se configuram as relações e ações humanas: no campo econômico, social, cultural, entre outros, de onde se originam as chamadas gerações emergentes de direitos humanos.

A sua consagração constitucional no Brasil configura a chamada fundamentalidade, como explana Sarlet:¹¹

A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos, devidamente adaptados ao nosso direito constitucional pátrio: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico; b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF); c) por derradeiro, cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, par. 1º, da CF). A fundamentalidade material, por sua vez, decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade.

Tendo traçado as linhas gerais da natureza e o fulcro da afirmação dos direitos humanos na ordem normativa, em sua gênese histórica e perspectiva fundada na posição dos que se debruçam sobre a natureza e os fins da sua positividade, faz-se necessário compreender como tem se dado a construção dos caminhos rumo a sua efetividade.

EM BUSCA DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

Mesmo refutando-se a ideia de que os direitos humanos estão amparados em valores absolutos, é possível superar a tese da sua relativização, segundo a qual não podem ser concretamente realizados, enquanto ideais a serem continuamente buscados, levando em conta que o processo histórico permite encontrar evidências sobre a possibilidade de sua concretude ou efetivação:

¹⁰ PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais: proteção nos sistemas internacional e regional interamericano. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 5, out. 2009. p. 69.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 88.

[...] a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, colocou as premissas para transformar os indivíduos singulares e não apenas os Estados em sujeitos jurídicos de direito internacional, tendo assim, por conseguinte, iniciado a passagem para uma nova fase do direito internacional, a que torna esse direito não apenas o direito de todas as *gentes*, mas o direito de todos os indivíduos.¹²

Embora a questão axiológica sobre os direitos humanos tenha dado margem para críticas, em especial por se reportar ao direito natural como substrato, desponta uma realidade ou instância fática, que é a efetividade a partir da própria positividade, no bojo da constitucionalização motivada pela Carta da ONU de 1948. Impende aqui considerar a distinção entre eficácia e efetividade:

[...] podemos definir a eficácia jurídica como a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada nos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação.¹³

102

Depreende-se da referida distinção que a efetividade dos direitos humanos não está relacionada apenas à determinação da observância da prescrição normativa (dever-ser), mas, sobretudo, ao alcance ou aos resultados concretos no dia a dia do cidadão (a vivência efetiva daquilo que a norma lhe assegura como direito).

Todavia, a geração de efeitos não depende do teor do dispositivo. Se a Constituição Federal brasileira de 1988 dispõe no art. 5º, § 1º, que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, isso não significa sempre ser possível alcançar a sua efetividade imediata, o que remete à questão das possibilidades de tornar factível o conteúdo abstrato da norma:

Na esfera dos direitos fundamentais há como sustentar a distinção entre dois grupos de normas, quais sejam, as que – em virtude de sua insuficiente normatividade – não se encontram em condições de, independentemente de uma *interpositio legislatoris*, gerar a plenitude de seus efeitos, e aquelas normas que – por serem dotadas de suficiente normatividade – não reclamam ato de natureza concretizadora para que possam ser imediatamente aplicáveis aos casos concretos e alcançar, desde logo, sua plena eficácia.¹⁴

¹² BOBBIO, 1992, p. 139.

¹³ SARLET, 2007, p. 249.

¹⁴ Ibid., p. 284.

Entende-se que o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988 encerra princípio de caráter maximizador, na condição de instância normativa que “estabelece aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais”.¹⁵

Supera-se, com isso, a não coincidência entre valores jurídicos e sociais, com a emergência de relações e práticas de efetivo interesse e proveito para os indivíduos, que passam a ser tomados como referência em razão da sua “essência”, da sua condição de seres humanos.

O controle constitucional dos excessos, no exercício do poder, pode ser visto como instância primordial para a defesa dos direitos do ser humano que, positivados, são erigidos à condição de fundamentais ao serem inseridos “na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”.¹⁶

Todavia, mesmo essa tutela judicial não assegura a efetividade dos direitos humanos, uma vez que os limites encontram-se na dinâmica da transposição da norma ao caso concreto, envolvendo a chamada “legitimidade performática”, que marca a atuação e desempenho dos tribunais constitucionais.¹⁷

A afronta a direitos elementares do ser humano deve ser superada tanto com mudanças nos sistemas normativos, como pela via da atividade hermenêutica interpretativa, possibilitando a maximização da eficácia normativa e a efetividade dos direitos humanos.

Destaca-se a aplicação das normas constitucionais num plano cada vez mais amplo, ultrapassando os limites tradicionais da positivação dos direitos humanos como direitos fundamentais, para além do campo do Direito interno:

O Direito constitucional vive um momento virtuoso. Do ponto de vista de sua elaboração científica e da prática jurisprudencial, duas mudanças de paradigma deram-lhe nova dimensão: a) o compromisso com a efetivação de suas normas; b) o desenvolvimento de uma dogmática de interpretação constitucional. Passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições, superada a fase em que era tratada como um conjunto de aspirações políticas e uma convocação à atuação dos Poderes Públicos. De outra parte, embora se insira no âmbito da interpretação jurídica, a especificidade das normas constitucionais, com seu conteúdo próprio, sua abertura e superioridade jurídica,

¹⁵ SARLET, 2007, p. 286.

¹⁶ Ibid., p. 503.

¹⁷ ROTHENBURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito. A perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: RT, 2005.

exigiu o desenvolvimento de novos métodos hermenêuticos e de princípios específicos de interpretação constitucional.¹⁸

Portanto, as decisões judiciais podem estabelecer uma ponte entre o sentido ideal, no plano dos valores, e o concreto, na aplicação da norma, e para isso têm adquirido força as teses da supralegalidade e da supraconstitucionalidade enquanto instâncias de efetivação dos direitos humanos.

Compreende-se a escolha dessas novas vias, em razão dos limites estreitos da objetividade e do conteúdo estrito da norma positiva interna, de modo que

[...] não é de estranhar que um só documento jurídico-positivo se mostre insuficiente para compor a norma jurídica, na plenitude de sua inteireza lógica. Impõe-se, ao aplicador, a contingência de promover uma integração do sistema, ingressando por outras searas do direito, examinando os magnos princípios, como forma de somente assim compor a mensagem legislada.¹⁹

SUPRALEGALIDADE E SUPRACONSTITUCIONALIDADE: TRANSITANDO ENTRE A NORMATIVIDADE SUPERIOR E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

O amparo nas normas supralegais e supraconstitucionais é a expressão última da superação dos rigores da aplicação restrita da norma reguladora das relações entre Estado e sociedade, de forma que

[...] não há mais que se falar em direitos fundamentais na medida da lei, mas, sim, em leis apenas na medida dos direitos fundamentais, o que – de acordo Gomes Canotilho – traduz de forma plástica a mutação operada nas relações entre a lei e os direitos fundamentais.²⁰

A plasticidade a que se refere Sarlet²¹ diz respeito às contingências da aplicação das normas internas nos casos em que se vislumbra a impossibilidade de dar ampla efetividade aos direitos humanos, inviabilizando não somente o sentido idealístico contido na sua afirmação e previsão constitucional, mas, sobretudo, o seu caráter finalístico, que é garantir a concretude da fruição desses direitos a toda e qualquer pessoa, em qualquer lugar e momento, como condição da universalidade e unicidade adstrita a tais direitos.

¹⁸ BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 338.

¹⁹ COSTA, José Marcelo F. Direito administrativo, norma jurídica e ato administrativo. *Revista Direito e Liberdade*, ano 1, n. 1, Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte, ESMARN, 2006, p. 195.

²⁰ CANOTILHO apud SARLET, 2007, p. 390.

²¹ Id.

As normas supralegais e supraconstitucionais inscrevem-se no que se denomina de conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, consagrado no art. 5º, § 2º, da Magna Carta brasileira de 1988, cuja amplitude fornece um alcance bem maior ao desvendamento das possibilidades de materialização do direito abstratamente situado, pois permite tanto

[...] a possibilidade de identificação e construção jurisprudencial de direitos materialmente fundamentais não escritos (no sentido de não expressamente positivados), bem como de direitos fundamentais constantes de outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais.²²

É nessa seara da aplicação dos tratados internacionais que se delinea a questão da supralegalidade e da supraconstitucionalidade, dotadas de um importante sentido para a efetividade dos direitos humanos, uma vez que implicam no reconhecimento de que as normas ordinárias ou constitucionais não mais podem ser vistas como baluartes exclusivos na defesa e busca da garantia da concretização dos direitos inerentes à pessoa humana.

Divergências marcaram os entendimentos quanto à aplicação do Direito supralegal, em razão da valorização da objetividade na aplicação das normas internas, e em decorrência, por muito tempo, ficou relegada a um segundo plano a corrente que defendia que a aplicação dos tratados internacionais sobre os direitos humanos teria *status* constitucional, ou seja, estariam eles formal e hierarquicamente acima do direito ordinário possuindo, portanto, valor supralegal.

Dentre os argumentos lançados para opor-se à tese da supralegalidade, afirmava-se que a natureza constitucional dos tratados de Direitos Humanos minimizaria a soberania brasileira e o ordenamento jurídico brasileiro subordinaria o ordenamento internacional, entendendo-se também que os tratados internacionais não poderiam impedir o Parlamento de legislar.²³

Essa posição alterou-se com o apoio dos aplicadores do Direito, como se depreende do entendimento de um dos grandes expoentes da Suprema Corte brasileira:

[...] examinando a matéria sob a perspectiva da supralegalidade, tal como preconiza o eminente Ministro Gilmar Mendes que, cuidando-se de tratados internacionais sobre direitos humanos, estes não de ser considerados como estatutos situados em posição intermediária que

²² SARLET, 2007, p. 101.

²³ GALINDO, George R. B. O § 3º do art. 5º da Constituição Federal: um retrocesso para a proteção internacional dos direitos humanos no Brasil. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, v. 6, n. 6, p. 121-131, 2005.

permita qualificá-los como diplomas impregnados de estatura superior à das leis internas em geral, não obstante subordinados à autoridade da Constituição da República.²⁴

No bojo das revisões de entendimento e manifestação dos doutos juízes do Supremo Tribunal Federal, orientação basilar deu-se com a Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, que adicionou ao art. 5º, em consonância com o artigo 60, § 2º, da CF, o § 3º o qual dispunha: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

O Ministro Gilmar Mendes justificou seu posicionamento perante as mudanças constitucionais, afirmando que

[...] em decorrência do advento da EC nº 45/2004, e ressalvadas as hipóteses a ela anteriores – considerado, quanto a estas a regra do § 2º do art. 5º da Constituição – tornou-se possível atribuir, formal e materialmente, aos tratados de direitos humanos, hierarquia jurídico-constitucional, desde que observado o “iter” procedimental prescrito no § 3º do mesmo art. 5º.²⁵

106

O Excelso Ministro Celso de Mello Filho também expressou a sua mudança de posição, em favor da supralegalidade, eis que entendia, anteriormente, ser aplicável a equiparação dos tratados internacionais às leis internas, denotando a reverberação em sua opinião das teses e posições que preconizavam mudança no Direito pátrio em face da inafastável primazia dos direitos humanos:

[...] julguei necessário reavaliar certas formulações e premissas teóricas que me conduziram, então, naquela oportunidade, a conferir, aos tratados internacionais em geral (qualquer que fosse a matéria neles veiculada), posição juridicamente equivalente à das leis ordinárias [...]. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.²⁶

Além dessa afirmação da supralegalidade na jurisprudência e doutrina pátrias, emergiu também a posição emitida pelo eminente Ministro do

²⁴ GOMES, Luiz Flavio; MAZZUOLI, Valerio de O. Tratados internacionais: valor legal, supralegal, constitucional ou supraconstitucional? *Revista de Direito*, v. XII, n. 15, 2009. p. 12.

²⁵ *Diário da Justiça*, 17 ago. 2007, HC 90.1720/SP. Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma.

²⁶ Habeas Corpus 87.585/TO – Voto do Ministro Celso de Mello Filho, 12.03.2008.

Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, sobre a tese da constitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, amparado em manifestações da doutrina pátria:

[...] há expressivas lições doutrinárias – como aquelas ministradas por Antônio Augusto Cançado Trindade (“Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos”, vol. 1/513, item n. 13, 2ª ed. 2003, Fabris), Flavia Piovesan (“Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional”, p. 51/77, 7. ed., 2006, Saraiva), Celso Lafer (“A internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, racismo e relações internacionais”, p. 16/18, 2005, Manole) e Valerio de Oliveira Mazzuoli (“Curso de Direito Internacional Público”, p. 682/702, item n. 8, 2. ed., 2007, RT), dentre outros eminentes autores – que sustentam, com sólida fundamentação teórica, que os tratados internacionais de direitos humanos assumem, na ordem positiva interna brasileira, qualificação constitucional, acentuando ainda que as convenções internacionais em matéria de direitos humanos, celebradas pelo Brasil antes do advento da EC n. 45/2004, como ocorre com o Pacto de São José da Costa Rica, revestem-se de caráter materialmente constitucional, compondo, sob tal perspectiva, a noção conceitual de bloco de constitucionalidade.²⁷

A constitucionalidade foi defendida pela eminente doutrinadora Piovesan, observando que:

[...] todos os tratados de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do § 2º do art. 5º, e agora poderão, a partir do § 3º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas à Constituição, no âmbito formal.²⁸

Embora as novas regras constitucionais derivadas da Emenda à Magna Carta n. 045/2004 tenham aberto caminho para a tese da constitucionalidade dos tratados internacionais versando sobre direitos humanos, num entendimento ainda mais extensivo, outra corrente preconiza que as normas internacionais sobre direitos humanos são centrífugas, o que significa que possuem o caráter de supraconstitucionais em razão do descentramento em relação ao Direito interno, voltando-se para o indivíduo considerado a partir de um campo normativo internacional.

Solon²⁹ aponta o caráter evolutivo do *jus cogens*, considerando a supraconstitucionalidade como um novo *locus* para as relações entre Estado e indivíduo, com base no reconhecimento de que, acima da personalidade estatal, está o indivíduo.

²⁷ Id.

²⁸ PIOVESAN, Flávia. Reforma do Judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de J. L. (Org.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Método, 2005. p. 72.

²⁹ SOLON, Clara M. Responsabilidade internacional agravada do Estado: violações graves de normas de *jus cogens* e o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, v. 6, n. 6, p. 59-79, 2005.

A satisfatividade dos seus direitos vai além da órbita do direito interno. À sua proteção não bastam mais as normas nacionais. Somente um conjunto normativo internacional pode responder às exigências da efetividade³⁰ dos direitos humanos, sendo inaceitáveis os espaços exclusivos de validade desses direitos, resultando em um reducionismo contrastante com o alargamento desejado na sua proteção.

É nesse contexto que ganha relevância a supraconstitucionalidade, a qual encontra seus fundamentos na constatação de que, no campo dos direitos humanos, há uma “[...] relação desigual entre Estado e indivíduos sob a sua jurisdição, que bem pode caracterizar-se como uma relação vertical”³¹.

Na ótica da eficácia irradiante dos direitos fundamentais, estes não se efetivam senão parcialmente no Direito interno; a sua maior concretude depende de uma instância jurídica superior, supranacional.³²

A tese da supralegalidade, acolhida na Corte Suprema brasileira, e da equiparação às normas constitucionais, defendida dentre outros por Piovesan,³³ representou uma mudança paradigmática, mas a posição do doutrinador Mello³⁴ vai mais além, posicionando-se a favor da supraconstitucionalidade, assim se expressando sobre o tema:

[...] a norma internacional prevalece sobre a norma constitucional, mesmo naquele caso em que uma norma constitucional posterior tente revogar uma norma internacional constitucionalizada. A nossa posição é a que está consagrada na jurisprudência e tratado internacional europeu de que se deve aplicar a norma mais benéfica ao ser humano, seja ela interna ou internacional.

Há maior adensamento do tema na Europa, em face da sua aplicação efetiva para a garantia e a ampla tutela dos direitos humanos nesse continente. A

³⁰ Sobre a efetividade, convém observar distinção fundamental: “[...] podemos definir a eficácia jurídica como a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 229).

³¹ CORREIA, Theresa R. C. Considerações iniciais sobre o conceito de direitos humanos. *Pensar*, v. 10, n. 10, fev. 2005. p. 103.

³² RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. São Paulo: Renovar, 2005.

³³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

³⁴ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito internacional da integração*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

supraconstitucionalidade das normas dos direitos humanos e das normas derivadas dos tratados internacionais tem sustentado diversas decisões do Direito europeu, por meio de reiterados pronunciamentos da Corte de Justiça da União Europeia,³⁵ consolidando o entendimento da sobreposição da norma internacional inclusive sobre as normas constitucionais:

A preeminência do direito comunitário europeu sobre as ordens jurídicas nacionais impõe a não aplicação das últimas sempre que com ele colidam. O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias há muito reconheceu o princípio do primado (Processo n. 6/642, *Caso Costa c/ ENEL*, j. em 15/07/1964, *Recueil*, p. 1141), tendo deixado expresso, nos Casos *Internationale Handelsgesellschaft* (Processo n. 11/70, j. em 17/12/1970, *Recueil*, p. 1135) e *Simmenthal* (Processo n. 106/77, j. em 09/03/1978, *Recueil*, p. 629), que o juiz nacional está autorizado a não aplicar uma lei nacional que esteja em contraste com o Direito Comunitário, **ainda que referida lei encontre um fundamento adequado na Constituição do Estado membro.**³⁶ (não grifado no original).

Existem divergências quanto à natureza do Direito Comunitário europeu. Enquanto Martins³⁷ entende que a nova ordem jurídica comunitária é autônoma e única, não tendo vínculos com as ordens jurídicas nacionais, tampouco com a ordem jurídica internacional, Hartley³⁸ considera que o Direito Comunitário é subsidiário do Direito Internacional.

Para sustentar essa última tese, é possível recorrer às observações de Bergé, afirmando que “O direito internacional é muito frequentemente invocado no contexto do direito europeu. As regras em matéria de invocabilidade das convenções internacionais no seio do sistema jurídico da União Europeia têm sido essencialmente geradas pela jurisprudência da Corte de Justiça”.³⁹

³⁵ “Os partidários da supranacionalidade podem seguramente se fundamentar na jurisprudência pretoriana da Corte de Justiça que pode descrever a ordem jurídica europeia como uma nova ordem de direito internacional em favor do qual os Estados têm limitado seus direitos soberanos, de modo incondicional e irrevogável, em domínios mais e mais extensos.” Tradução livre do original: “[...] Les partisans de la supranationalité peuvent assurément faire état de la jurisprudence prétorienne de la Cour de justice qui [...] a pu décrire l’ordre juridique européen comme un nouvel ordre de droit international au profit duquel les États ont limité leurs droits souverains, et ce de façon “inconditionnelle et irrévocable, dans des domaines de plus en plus étendus” (OST, François; KERCHOVE, Michel van de. *De la pyramide au réseau?* Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002. p. 69).

³⁶ CHAUTIEL, Florence. Droit constitutionnel et droit communautaire. *RTDE*, n. 3, 1999. p. 395.

³⁷ MARTINS, Patrícia Fragoso. *O princípio do primado do direito comunitário sobre as normas constitucionais dos Estados-membros: dos tratados ao projecto de Constituição europeia*. Estoril: Príncipe, 2006.

³⁸ HARTLEY, T. C. *The foundations of European community law*. Oxford: Clarendon Press, Inglaterra, 1988.

³⁹ Tradução livre do original: “Le droit international est très fréquemment invoqué dans le contexte du droit européen. Les règles en matière d’invocabilité des conventions internationales

A despeito da natureza do Direito Comunitário e sua aplicação restrita ao espaço da União Europeia, é inquestionável que constitui parte importante do processo de construção de uma ordem jurídica internacional capaz de conduzir o Direito, por meio da supraconstitucionalidade, a produzir efeitos diretos e de maior alcance não somente sobre os cidadãos tutelados, mas sobre os próprios Estados-membros.

Num retrospecto histórico, o primeiro reconhecimento da supremacia do Direito Comunitário sobre o Direito interno dos Estados-membros deu-se no caso *Van Gend & Loos*,⁴⁰ com a decisão pronunciada pela Corte de Justiça da Comunidade Econômica Europeia (CEE) em 5 de fevereiro de 1963, transcrevendo-se um trecho que consubstancia o teor inovador, firmando jurisprudência sobre o tema, com o reconhecimento do princípio do efeito direto:

[...] a Comunidade constitui uma nova ordem jurídica de direito internacional, em favor da qual os Estados têm limitado, ainda que em domínios restritos, seus direitos soberanos, cujos sujeitos são não apenas os Estados-membros, mas igualmente seus cidadãos; [...] O artigo 12 do tratado instituindo a comunidade econômica europeia produz efeitos imediatos e gera por parte dos litigantes direitos individuais que as jurisdições internas devem salvaguardar.⁴¹

Mais tarde, outra decisão da Corte de Justiça da Comunidade Europeia, no caso *Costa-ENEL*,⁴² consagrou o princípio da primazia das disposições do tratado

au sein du système juridique de l'Union européenne ont été pour l'essentiel dégagées par la jurisprudence de la Cour de Justice" (BERGÉ, J. S. *L'application du droit de l'Union européenne et du droit international: de l'applicabilité à l'invocabilité*, p. 9. Disponível em: <http://www.cejec.eu/wp-content/uploads/2011/05/cejec-wp-2011_2-js-berge-interactions-droit-int-euro-application-applicabilite-et-invocabilite.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2011).

⁴⁰ Decisão do Tribunal de Justiça da Comunidade Econômica Europeia (CEE), proferida sobre a contestação feita pela empresa transportadora belga *van Gend en Loos* perante o Tribunal Administrativo holandês acerca de um novo imposto de importação estabelecido pela Holanda incidindo sobre a uma carga de ureia proveniente da Alemanha. No acórdão, os julgadores suscitaram o artigo 12 do Tratado de Roma (que deu origem à CEE) dispondo que “[...] os Estados-Membros devem abster-se de introduzir entre si novos direitos aduaneiros de importação e de exportação ou os encargos de efeito equivalente. Na decisão, proclamou-se que os sujeitos de um tratado entre nações soberanas não são apenas os Estados-membros, mas, também, os seus cidadãos, incluindo-se aqui as empresas por terem personalidade jurídica”. (COUR DE JUSTICE DE LA CEE. Recueil de la Jurisprudence de la Cour. *Van Gend & Loos, affaire 26-62, arrêt de la Cour du 5 février 1963*. Disponível em: <http://www.cvce.eu/obj/Arret_de_la_Cour_de_justice_Van_Gend_Loos_affaire_26_62_5_fevrier_1963-fr-4b81dcab-c67e-44fa-b0c9-18c48848faf3.html>. Disponível em: 3 jan. 2012).

⁴¹ Tradução livre do original: “[...] la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international, au profit duquel les États ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains, et dont les sujets sont non seulement les États membres mais également leurs ressortissants; [...] L'article 12 du traité instituant la communauté économique européenne produit des effets immédiats et engendre dans le chef des justiciables des droits individuels que les juridictions internes doivent sauvegarder” Ibid.

⁴² Em conflito com a Ente Nazionale Energia Elettrica (ENEL), empresa estatal italiana criada com a nacionalização da produção e distribuição de energia elétrica, M. Flaminio Costa, na

que deu origem à Comunidade frente a quaisquer normas internas, constitucionais ou infraconstitucionais, dos Estados-membros.

Nos termos do acórdão proferido por essa Corte:⁴³

A transferência realizada pelos Estados, de sua ordem jurídica interna em proveito da ordem jurídica comunitária, de direitos e obrigações correspondentes às disposições do tratado, conduzem, portanto, a uma limitação definitiva de seus direitos soberanos.

Destaca-se ainda, na jurisprudência da Corte de Justiça da Comunidade Europeia (CJCE), o caso *Simmenthal*,⁴⁴ no qual foi reafirmada a primazia das normas comunitárias, originárias ou derivadas, sobre as normas de Direito interno, inclusive as constituições nacionais.

A supraconstitucionalidade aparece como base jurídica elementar à subsistência da comunidade de Estados que constituíram, por meio da ratificação dos tratados, a Comunidade Econômica Europeia e, em um segundo momento, a atual União Europeia.

A existência de normas comunitárias em uma dimensão supranacional permite a maior efetividade dos direitos dos cidadãos da União Europeia, pois a sua garantia não está limitada pela soberania dos Estados-membros, tendo força superior a aplicação do Direito Comunitário.⁴⁵

O princípio da primazia confere maior grau de satisfatividade aos direitos dos cidadãos europeus, tendo em vista que o Direito supranacional vige sobre todo o território da União Europeia.⁴⁶

111

qualidade de consumidor e de acionista da sociedade Edison Volta, afetado por essa nacionalização, demandou na Justiça Italiana a aplicação do artigo 177 do Tratado da Comunidade Econômica Europeia para obter a interpretação dos artigos 102, 93, 53 e 37 do referido tratado, que teriam sido violados pela lei italiana que procedeu à nacionalização aludida. A decisão da Corte de Justiça da Comunidade Econômica Europeia manifestou-se favorável ao pedido, entendendo que nenhum ato unilateral posterior ao tratado que deu origem à Comunidade poderia se opor às regras comunitárias firmadas.

⁴³ Tradução livre do original: “Le transfert opéré par les États, de leur ordre juridique interne au profit de l’ordre juridique communautaire, des droits et obligations correspondant aux dispositions du traité entraîne donc une limitation définitive de leurs droits souverains” (*Arrêt da Cour de Justice de la CEE du 15 juillet 1964, Costa/ENEL, Affaire 6-64, Recueil de la Jurisprudence de la Cour*).

⁴⁴ COUR DE JUSTICE DE LA CEE. *Recueil de la Jurisprudence de la Cour. Costa-ENEL, affaire 70/77, arrêt de la Cour du 28 juin 1978*. Disponível em: <http://www.cvce.eu/obj/Arret_de_la_Cour_de_justice_Costa_ENEL_affaire_6_64_15_juillet_1964-fr-cb4154a0-23c6-4eb5-8b7e-7518e8a2a995.html>. Acesso em: 5 jan. 2012.

⁴⁵ O Tratado de Lisboa, firmado em 13 de dezembro de 2007, constitui a mais recente etapa no processo de afirmação de um Direito Supranacional, reforçando as bases de construção da União Europeia e definindo de forma mais precisa instrumentos e mecanismos de superação dos entraves nacionais, tendo em vista a consolidação da comunidade de Estados europeus.

⁴⁶ As fontes do Direito da União Europeia são três: primárias, derivadas e subsidiárias. As fontes do Direito primário são os tratados que estabeleceram a união e seu funcionamento, definindo

Referido princípio pode ser considerado como uma inovação inquestionável no Direito Internacional, ao colocar acima da soberania nacional a garantia do respeito aos direitos humanos. Reduz a distância entre os ideais relativos à sua concretização e a realidade, marcada por restrições derivadas de sistemas jurídicos fechados em si mesmos, os quais, muitas vezes, limitam o campo das possibilidades de satisfatividade dos direitos dos cidadãos.

Em face da sua aplicabilidade irrestrita, o princípio da primazia pode ser entendido como a afirmação da superioridade hierárquica do Direito Internacional, destacando-se, no exemplo europeu, que, quando em risco o direito dos cidadãos da União Europeia, firma-se a primazia absoluta do Direito derivado dos tratados e demais fontes emanadas da sua criação e consolidação, com força obrigatória sobre quaisquer normas internas, inclusive constitucionais. Segundo Hofmann:⁴⁷

A Legislação da UE é uma “fonte independente de lei”, característica de que ficaria destituída se pudesse ser “substituída pela legislação nacional”. Portanto, a validade de uma medida da UE [...] não pode ser afetada por alegações de que vai contra direitos fundamentais, tal como formulada pela constituição de um Estado ou os Princípios da estrutura constitucional nacional.⁴⁸

Nesse novo patamar de garantia dos direitos fundamentais, observa-se que todas as fontes normativas, seja o Executivo ou o Legislativo, estão adstritas à observância da determinação derivada do Direito da União Europeia. O mesmo ocorre com relação ao Poder Judiciário, sujeito ao princípio da primazia. O Direito que ele cria, a jurisprudência nacional, deve respeitar o Direito emanado da Corte de Justiça da Comunidade Europeia.

112

as competências entre a União e os Estados-membros e fixando as bases de exercício do poder das instituições europeias. Eles determinam, também, o quadro jurídico no qual essas instituições implementam as políticas comunitárias. São fontes primárias, ainda, os tratados modificativos da União Europeia; os protocolos anexados aos tratados de fundação da União e aos tratados modificativos, e os tratados de adesão dos Estados-membros da União Europeia. Os Direitos derivados compreendem os atos unilaterais dos Estados-membros e os atos convencionais. Por sua vez, os Direitos subsidiários, além da jurisprudência da Corte de Justiça da União Europeia, abrangem também o Direito Internacional e os princípios gerais do Direito, fontes que possibilitam a essa Corte superar as deficiências do direito primário e derivado, possibilitando maior efetividade da garantia dos direitos dos cidadãos da União Europeia.

⁴⁷ HOFMANN, Herwig. *EU constitutional law. IX Supremacy and direct effect of EU law*. Disponível em: <http://www.cvce.eu/obj/EU_Constitutional_Law_IX_The_supremacy_and_direct_effect_of_EU_law-en-0d9f08b1-63dc-4245-958b-d534d993c77c.html>. Acesso em: 19 dez. 2011.

⁴⁸ Tradução livre do original: “EU law is an ‘independent source of law’, the character of which would be deprived if it could be ‘overridden by national law’. Therefore the validity of a EU measure [...] cannot be affected by allegations that it runs counter to either fundamental rights as formulated by the constitution of that State or the principles of its national constitutional structure”.

Essa Corte, entendendo que as Constituições nacionais estão igualmente sujeitas ao princípio da primazia, estabeleceu um entendimento basilar para a consagração da supraconstitucionalidade na defesa dos direitos do homem.

No que diz respeito à questão do primado da norma supraconstitucional sobre as normas internas dos vários países, exsurge como relevante a questão da soberania relativizada.

O que se observa com relação a essa matéria é o postulado revisional dos dogmas sobre o exercício do poder estatal no plano interno, embora isso não prejudique a base dessa posição soberana, que está na própria essência e condição da existência do Estado na comunidade internacional. Porém, significa que, agora, ao lado da soberania e indivisibilidade do seu poder soberano, também passa a coexistir outro importante fundamento: “a existência de regras que transcendem a vontade do Estado, tornando imperativa a sua observância”.⁴⁹

Pode-se concluir a partir dessas afirmações que a soberania não é mais absoluta, mas relativa, em razão da natureza e do propósito de aplicação da norma supraconstitucional, que de outra forma não terá a capacidade de sobrepor-se às disposições do Direito interno:

O território [...] constitui o ponto de referência do agir estatal e, por isso, de grande relevância jurídica e política. Quanto mais o direito estiver “supranacionalizado” ou internacionalizado, tanto menos o território constituirá as margens de um mundo jurídico soberano.⁵⁰

Por isso fala-se na doutrina europeia em soberania do cidadão, termo que expressa muito bem o avanço alcançado com relação às questões relativas à ampla tutela dos direitos humanos, para além do dogmático conceito tradicional de soberania.

A soberania do cidadão está atrelada a uma perspectiva de satisfatividade de uma demanda personalística, qual seja, de garantia e de efetividade dos direitos vinculados à pessoa humana, e não decorrentes da qualidade de cidadão na condição de nacional de um Estado ou pertencendo a um Estado.

A condição do ser-em-si é o que importa, não mais o pertencimento a um Estado. A essência do reconhecimento da soberania do indivíduo deriva da sua condição de sujeito de direito, não no sentido tradicional, de pessoa reconhecida pela ordem jurídica nacional, sendo esta a expressão do Estado.

⁴⁹ GARCIA, Emerson. Influxos da ordem jurídica internacional na proteção dos direitos humanos: o necessário redimensionamento da noção de soberania. *Justitia*, v. 65, n. 198, p. 117-131, jan./jun. 2008.

⁵⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1.300.

Importa considerar aqui os caminhos que vêm sendo trilhados para solucionar as controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, despontando como pretensão mediadora a tese do “diálogo das fontes”, propondo uma interlocução entre o Direito Internacional e o Direito interno para resolver as tensões decorrentes da antinomia das fontes a partir de um processo comunicativo entre elas.

A ÉTICA DAS VIRTUDES E A SUPRACONSTITUCIONALIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS: UM OLHAR CRÍTICO SOBRE O DIÁLOGO DAS FONTES

A problemática da antinomia das fontes, e sua superação pela postura dialógica, foi levantada pelo Ministro Gilmar Mendes por ocasião da manifestação do Supremo Tribunal sobre a aplicação da lei pátria que prevê a prisão por dívida,⁵¹ vedada expressamente pela Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de San José da Costa Rica,⁵² assim se pronunciando em seu voto sobre a matéria no Recurso de Habeas Corpus 466.343-1/SP:

Posta a questão nesses termos, a controvérsia jurídica remeter-se-á ao exame do conflito entre as fontes internas e internacionais (ou, mais adequadamente, ao diálogo entre essas mesmas fontes), de modo a se permitir que, tratando-se de convenções internacionais de direitos humanos, estas guardem primazia hierárquica em face da legislação comum do Estado brasileiro, sempre que se registre situação de antinomia entre o direito interno nacional e as cláusulas decorrentes de referidos tratados internacionais.

Todavia, a solução emanada da interpretação majoritária do Supremo Tribunal Federal pendeu para a suprallegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos. Contudo, no entendimento de constitucionalistas como Mazzuoli (2010) e Piovesan (2009), trata-se de entendimento restritivo.

⁵¹ Julgamento do RHC 466.343-1/SP tendo como Relator o Ministro Cezar Peluso, Banco Bradesco S/A como recorrente e Luciano Cardoso Santos como recorrido. O recurso extraordinário foi interposto pelo referido banco com arguição do artigo 102, inciso III, alínea “a” da Constituição Federal, contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou provimento ao recurso de apelação n. 791.031-0/7, manifestando-se pela inconstitucionalidade da prisão civil do devedor fiduciante em contrato de alienação fiduciária em garantia, frente à previsão da Carta Constitucional em seu artigo 5º, inciso LXVII: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

⁵² Firmado em São José, Costa Rica, em 1969, entrou em vigor em 1978. Tem como signatários os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA). O Brasil aderiu oficialmente à Convenção apenas em 1992. Dispõe a referida pactuação: “7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”. (BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Divisão de Atos Internacionais. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/m_678_1992.ht>. Acesso em: 5 jan. 2012).

Segundo esses insignes doutrinadores, as normas de tratados internacionais de direitos humanos equiparam-se às normas constitucionais, de modo que, verificada a sua maior adequação para a garantia e máxima efetividade dos direitos humanos, devem ser aplicadas automaticamente, não havendo necessidade de observância de trâmites congressuais.⁵³

A interlocução entre as fontes é uma abordagem pós-modernista, objetivando estabelecer novos parâmetros para a capacidade satisfativa do Direito frente às requisições que se apresentam no campo da maior complexidade das relações sociais, ultrapassando as fronteiras nacionais quando se trata dos direitos humanos.

Na concepção pós-modernista, à qual se alinha o “diálogo das fontes”, é possível e necessário superar as antinomias no caso da aplicação dos tratados internacionais no âmbito interno, propugnando-se assim uma coordenação da pluralidade de estruturas jurídicas e normatizações.

O expoente principal dessa proposta, Erik Jayme,⁵⁴ afirma que o pluralismo jurídico deve ser transposto por intermédio da aproximação e do contato entre o Direito interno e internacional, de forma que se torna possível estabelecer a superação das antinomias por meio da verticalização do diálogo. Em outros termos, pressupõe a coexistência entre as normas, tomando-se sempre como referência os direitos humanos como fulcro de toda aplicação normativa, nas órbitas externa e interna. De modo que

[...] tem-se aqui, ao menos uma nova hierarquia (em nada semelhante ao modelo positivista formalista) pautada em valores e no conteúdo substancial dos direitos fundamentais, que consegue coexistir e transigir quando necessário com a ordem doméstica.⁵⁵

A proposta da dialogicidade como meio inerente à superação das antinomias pode ser entendida aqui no sentido de transigirem os dois sistemas, ou seja, deve-se priorizar a maximização da efetividade dos direitos humanos a qualquer tempo, a despeito de conflitos normativos.

Nessa ótica, não existem hierarquias de normas quando se faz menção a esses direitos, o que sugere a relativização da soberania, para aplicar-se a norma

⁵³ Segundo o entendimento da aplicabilidade automática, os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, desde o momento da sua ratificação pelo Executivo, ficam incorporados automaticamente à legislação interna, tendo equiparação às normas constitucionais, não dependendo de aprovação por maioria qualificada no Congresso Nacional, como prevê a Emenda Constitucional n. 45/2004, que acrescentou o § 3º ao artigo 5º da Carta Magna.

⁵⁴ Erik Jayme é expoente do Direito Pós-Moderno, vertente que considera a emergência de novas possibilidades no campo da afirmação e imperatividade dos direitos humanos frente ao pluralismo das fontes do Direito.

⁵⁵ MAZZUOLI, Valério de. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 166.

maximizadora da efetividade desses direitos, seja o tratado internacional, ou a legislação interna.

Trata-se da proposta ou abordagem monista, isto é, a expressão das ideias daqueles que entendem que, no mundo pós-moderno, o Estado deixou de ser o exclusivo sujeito de Direito no plano Internacional, não mais constituindo a fonte única das normas jurídicas conforme preconizado pela tese da soberania irrestrita.

Essa interpretação transpõe, portanto, a tradicional perspectiva dos limites precisos da aplicação das normas definidos pela territorialidade, que embasa a teoria dualista, para a qual existem campos diferentes e limítrofes, no plano do Direito interno e Internacional. Como resultado, apesar da interface entre eles, um não pode adentrar o espaço do outro, configurando-se estruturas estanques e incomunicáveis.

Em face de entendimento contrário, emerge a tendência que propugna a transitoriedade como forma de construção de entendimento e comunicabilidade entre o Direito interno e Internacional. O propósito é estabelecer a substituição do pluralismo de fontes por uma uniformização que permita melhor resposta jurisdicional, num momento em que se tornam mais prementes as soluções capazes de conciliar interesses e evitar dissensos por meio de uma práxis jurídica indiferenciada no âmbito internacional e do Direito interno.

116

Isso equivale a substituir o paradigma de uma ordem internacional baseada na voluntariedade dos Estados, alicerçado na tese da soberania absoluta, por um sistema baseado no contato mais estreito, interpenetração e emergência de um Direito objetivo, coerente com as mudanças que definem as características e os fundamentos do mundo pós-moderno.

O *telos* em questão é a aplicação do Direito em seu caráter mais fundamental, isto é, enquanto práxis requisitada pela consagração dos direitos humanos no espaço supraestatal, devendo o Direito ultrapassar o âmbito meramente territorial de sua aplicação, para estabelecer maior amplitude tutelar: “A sistemática internacional, como **garantia adicional de proteção**, institui mecanismos de responsabilização e controle internacional, acionáveis quando o Estado se mostra falho ou omissor na tarefa de implementar direitos e liberdades fundamentais”⁵⁶ (grifo nosso).

Conforme exposto, a questão que se coloca não é quanto à supremacia da norma internacional sobre a lei pátria infraconstitucional, já sendo pacífico o entendimento de que a primeira se sobrepõe a esta, conforme o critério da suprallegalidade, e também no que concerne à equiparação à norma constitucional, mas com relação ao conflito entre a Constituição Federal do Brasil e dispositivo de tratado internacional.

⁵⁶ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 61.

Isso em razão da pretensão da efetiva internacionalização dos direitos humanos, uma tendência inexorável que expressa um novo olhar sobre o homem, não mais como ser vinculado e submisso na sua condição de nacional e cidadão de um Estado, mas como ser humano, condição alçada à condição de referência para todas as ordens jurídicas internas.

Daí a posição do Ministro Celso de Mello Filho, que embora tendo acolhido a tese da constitucionalidade, pende também para uma interpretação ainda mais ampla, como se depreende em texto de seu voto:⁵⁷

É dever dos órgãos do Poder Público – e notadamente dos juízes e Tribunais – respeitar e promover a efetivação dos direitos garantidos pelas Constituições dos Estados nacionais e assegurados pelas declarações internacionais, em ordem a permitir a prática de um constitucionalismo democrático aberto ao processo de crescente internacionalização dos direitos básicos da pessoa humana.

Essa internacionalização a que se refere o excelso Ministro representa justamente essa superação das perspectivas sobre a constitucionalidade, aparecendo como uma evolução esperada nas atuais interpretações internas.

Essa é a perspectiva do olhar do Direito pós-moderno expressa por Mazzuoli,⁵⁸ afirmando que o princípio internacional *pro homine*⁵⁹ implica, sempre, na necessária prevalência dos interesses humanos, conforme sua natureza e finalidade precípua de sua garantia e efetividade, em detrimento de quaisquer interpretações que possam relativizá-los, ou mesmo, considerar uma suposta reciprocidade entre os Estados-partes e o Direito Internacional quanto à aplicação do pactuado em tratados internacionais.

Portanto, deve ser aplicada a norma mais favorável aos que têm seus direitos humanos violados ou ameaçados, para harmonizar os contrários, rumo a uma nova contextualização do Direito nos planos interno e externo, firmando-se pelo primado dos direitos humanos como referência primeira da atividade judicial.

A intransigência que tem marcado a aplicação das normas é hoje questão que exige essa comunicabilidade necessária entre os sistemas e fontes jurídicas, para que se firme uma complementaridade operando “*ipso facto* e sem a necessidade de

⁵⁷ STF. Habeas Corpus 87.785-8.

⁵⁸ MAZZUOLI, 2010.

⁵⁹ Paulo Bonavides denomina princípio da proporcionalidade, entendendo-o como um “princípio cuja vocação se move, sobretudo, no sentido de compatibilizar a consideração das realidades não captadas fim, cumpre eleger aquela menos nociva aos interesses do cidadão, podendo assim o princípio da necessidade (*Erforderlichkeit*) ser também chamado princípio da escolha do meio mais suave” (“*das Prinzip der Wahldesmildesten Mittels*”).

se buscar qualquer outra justificativa fora do contexto da integração dos tratados de direitos humanos no plano do direito interno”.⁶⁰

Portanto, a questão não é o reconhecimento da primariedade dos direitos humanos, mas a superação das antinomias que acabam impedindo que ela se firme em qualquer órbita de atuação do Direito, em razão das diferenças de interpretação em relação a qual norma deve ser aplicada pelos julgadores. Mazzuoli⁶¹ explicita essa questão, ao comentar que:

Essa natureza objetiva da proteção internacional dos direitos humanos e dos respectivos tratados requer novos métodos de harmonização entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno, ante a ineficácia dos critérios tradicionais de solução antinomias. O problema é que muitos tribunais locais parecem ainda não ter compreendido o funcionamento e o *telos* da proteção internacional dos direitos humanos, criando assim um problema gnosiológico (ou seja, de conhecimento) a ser resolvido.

Para Mazzuoli,⁶² a solução desse problema está no “diálogo das fontes”, que consiste em construir uma uniformidade interpretativa capaz de coadunar pontos de vista diferentes, que limitam e obstam a ampla tutela jurídica daqueles que têm seus direitos violados, em contraposição à consagração internacional dos direitos humanos e ao compromisso dos Estados que aderem aos instrumentos de pactuação para garantir a sua proteção e efetividade no espaço das suas respectivas jurisdições.

A proposta é viabilizar a solução das antinomias que se vislumbram quando o Direito deve responder às ameaças ou afrontas aos direitos humanos, em razão dessa dupla área de atuação, a interna e a extranacional. Mas é preciso refletir sobre a questão dos valores envolvidos nesse processo.

Nesse sentido, se o “diálogo das fontes” remete a uma conexão mais íntima entre Direito interno e Internacional, em prol da ampla tutela dos direitos humanos e em detrimento do tradicional papel e posição do Estado frente aos demais Estados, com a relativização da soberania, também leva, contraditoriamente, a uma negação da própria subjetividade que se propõe tutelar com essa afirmação da superioridade normativa supranacional.

Ressalta-se que, nesse olhar pós-moderno, o Estado já não pode mais subsistir como ente supremo, em face de um processo irreversível de fragmentação de seu poder e da emergência de limites nacionais mais sutis, menos precisos, com a progressiva integração de povos e culturas.

⁶⁰ MAZZUOLI, 2010, p. 159-160.

⁶¹ Ibid., p. 112.

⁶² Id.

Essa construção de uma sociedade transnacional importa em maior relativização de conceitos tradicionais, não somente sobre a soberania dos Estados, mas sobre o próprio Direito interno. De modo que a visão pós-moderna consiste na negação de normas absolutas, em prol de normas aplicáveis em todos os lugares, numa dimensão supranacional.

O pensamento pós-moderno nega assim a validade dos paradigmas tradicionais, dentre eles o de um Direito calcado em premissas estritamente vinculadas à perspectiva de uma regulação interna autônoma. Situa o indivíduo na condição de homem indistintamente considerado, ser abstrato, por não referir-se a um espaço específico, isto é, no âmbito imediato de jurisdição de um Estado.

O Direito no pós-modernismo é mais impreciso, diluído nesse espaço de convergência de culturas, ideias. Menos preciso em termos geográficos e territoriais, onde as novas referências são os valores do capitalismo, basicamente o paradigma do consumismo, que define a forma como se reconstruem as identidades nacionais. Estas perdem o seu *status*, frente à supervalorização dos indivíduos e da subjetividade.

Como explica Habermas apud Lima:⁶³

[...] o capitalismo já não precisa dos subsistemas culturais tradicionais (política, religião, moral) para se legitimar, já não precisa usar e vincular-se a eles como na modernidade. Na pós-modernidade em sua fase de domínio global, mostra-se de frente como ideologia de consumismo globalizado.

119

A substituição da racionalidade objetiva, apresentada pelos iluministas como instrumento necessário para a construção de um mundo novo e igualitário, representa a passagem do paradigma das verdades absolutas para a desconstrução das relações pautadas em instituições totalizadoras como espaços de organização racional da vida coletiva.

O pós-modernismo nasceu em meio à desesperança, ao questionamento de uma sociedade baseada no lógico, no científico, na racionalidade que pretendia a redenção da humanidade, e acabou favorecendo sistemas autoritários, nos quais, além da ordem, também se estabeleceu a eliminação sistemática de seres humanos e a glorificação da coletividade sob uma mesma ideologia.

Não apenas os sistemas totalitários, como o nazismo e o fascismo, mas também os ideais socialistas e democráticos se viram destroçados por esta visão pretensamente superior da razão e da organização social, que aniquilou o subjetivo na justificativa da necessidade e da supremacia do interesse coletivo.

⁶³ LIMA, Newton de O. *Direito e diversidade na pós-modernidade*. p. 1. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/36268>>. Acesso em: 28 out. 2011.

As desilusões com relação ao Estado, ao poder político, ao futuro do planeta, à existência humana num mundo cada vez mais controlado, planejado, dependente das forças econômicas, reduzido à razão pura, refletem-se numa apatia quanto ao futuro. Os pós-modernistas assumem uma postura de dúvida e inconformismo, não num sentido questionador, mas de negação de toda possibilidade de mudança, porque percebem nessa atitude um idealismo vazio.

Segundo Amariglio, Ruccio; Cullenberg apud Lima,⁶⁴ pós-modernismo pode ser visto como uma fase histórica, uma “condição” existencial e uma crítica:

- a) como fase mais recente do capitalismo, envolvendo a globalização econômica baseada na expansão dos mercados e produção global fundamentada nas tecnologias da informação;
- b) como transformação do discurso sobre o conhecimento e a ciência, expressando o relativismo e a incerteza quanto à verdade ou realidade mais fundamental; o saber científico perde o caráter de verdade inquestionável, rompendo-se com a visão utilitária e otimista da ciência como remédio para todos os problemas da humanidade, tornando-se o conhecimento objeto de apropriação por diferentes interesses, adequando-se a diferentes objetivos e funções, sem prender-se a critérios ou determinações na esfera ética e estética que remetem a uma ordem racional conforme a visão modernista; implica, portanto, em revisionismo cultural e social, baseado em uma nova linguagem e em um novo pensar sobre o homem e a sociedade;
- c) como crítica (antimodernismo ou não modernismo), segundo a qual o modernismo não conseguiu articular de forma coerente o discurso de uma mudança social profunda e duradoura com os valores que pregava, tais como liberdade, resgate moral da humanidade, justiça e igualdade, tornando-os conceitos esvaziados.

O pós-modernismo representa então uma reação ao modernismo, o qual, amparado na ciência e na razão, estabeleceu a crença no conhecimento como o caminho da superação de todas as misérias, a base para a construção de uma sociedade ordenada, progressista e equilibrada.

Foram os iluministas, no século XVIII, os fundadores da modernidade com base em uma ideologia que iria impregnar a vida e a organização das sociedades, rompendo com os paradigmas que embasavam a organização política e social:

Os iluministas rejeitavam a autoridade e a tradição, substituídas pela ciência e a razão. Os indivíduos podem encontrar o sentido e a verdade

⁶⁴ LIMA, Iara V. de. *Modernismo e pós-Modernismo como épistémès*: algumas noções e implicações no pensamento econômico. Disponível em: <<http://www.anpec.org.br/encontro2001/artigos/200101326.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2011.

Supraconstitucionalidade dos tratados internacionais e direito interno

por meio da razão e da ciência, o que leva, naturalmente, à ideia do progresso e a uma atitude que valoriza a novidade, assim como a racionalidade. Pelo uso da razão e da ciência, podemos descobrir novos conhecimentos objetivamente verdadeiros.⁶⁵

Diante do fracasso de modelos políticos e sociais baseados nessa crença da superioridade da razão e da objetividade no século XX, a exemplo do socialismo, o discurso pós-moderno afirma serem necessárias novas atitudes com relação ao conhecimento.

Valorizado no modernismo como base para a construção de uma nova sociedade, como produto da razão e da produção científica, os pós-modernistas passam a concebê-lo como tendo apenas valor funcional, pronto para uso e consumo:

Conhecimento, para os pós-modernistas, é o que pode ser guardado em um computador. O resto é ruído. O programa de perguntas e respostas na televisão, em que as pessoas ganham prêmios importantes por conhecerem fatos isolados, é uma expressão pós-moderna do uso do conhecimento. Os pós-modernistas atribuem pouca importância ao conhecimento, porque alegam que ele não pode ser legitimado. O conhecimento não é objetivo, mas é algo que cada um de nós constrói com os jogos da nossa linguagem. Construtivismo e desconstrução são termos-chave do vocabulário pós-moderno.⁶⁶

121

Portanto, o pós-modernismo é um tempo de mudanças, de novas e diversificadas articulações entre o saber e o poder, rumo a novas possibilidades de existência, onde não contam mais as estruturas estanques e a segmentação das sociedades que tinham como um de seus fundamentos a nacionalidade, a delimitação precisa dos espaços de convivência ordenados de modo objetivo em padrões racionalizados por meio da mediação dos Estados soberanos.

No mundo pós-moderno, substitui-se a racionalidade objetiva pelo discurso da valorização do indivíduo. O subjetivismo tem valor na medida em que favorece também o consumismo. Mas se isso se encaixa em uma nova ordem, supranacional, com fronteiras diluídas no processo de globalização econômica, também traz implicações de ordem axiológica.

Desaparecem padrões de comportamento e convívio, sob o signo de uma reconceitualização e redefinição dos estilos de vida considerados ultrapassados, retrógrados, incompatíveis com o moderno (ou melhor, pós-moderno).

⁶⁵ DANIEL, John. A educação em um novo mundo pós-moderno. *Anais do XVI Congresso Mundial de Educação Católica*. Brasília, abr. 2002, p. 4.

⁶⁶ Id.

De certo modo, o pós-modernismo reflete a busca de superação das crenças que orientaram o modernismo, mas que resultaram em fracasso e decepção quanto à certeza e adequação do modelo de vida que surgiu com a crença na superioridade da razão.

Para Harvey apud Casotti⁶⁷ a desconstrução dos modelos de vida e pensamento elaborados na modernidade é característica das novas tendências de pensamento, diante dos dilemas de adotar uma razão objetiva e de ver-se confrontado com a sua impossibilidade de atingir os objetivos de transformação do homem e da sociedade a que se propõe.

Assim, embora confundido como uma nova era de realizações técnicas e instrumentais, o pós-modernismo apresenta-se, contraditoriamente, como um momento de dúvidas sobre o alcance da racionalidade, passando-se da certeza de mudanças sociais significativas para uma visão pessimista em relação ao futuro.

Na visão crítica de Bauman apud Casotti⁶⁸

[...] a modernidade se desenvolveu através de uma falsa consciência e se volta para o entendimento do que estava realmente acontecendo e, com isso, produz ambivalência, pluralismo, e se dá conta de que seus propósitos iniciais, uma ordem racional e a liberdade individual, nunca serão alcançados.

122

Não é por outro motivo que o Direito Pós-Moderno entende ser impossível a continuidade de sociedades plurais fechadas em si mesmas, num nível macro, representadas por Estados nacionais dotados de exclusiva e inafastável soberania, e afirma ser necessário convergir para um entendimento de modo a adaptar o Direito às novas tendências e cenários do mundo em transformação.

Confere então à subjetividade uma posição central na nova ordem mundial, subtraindo aos Estados o papel que antes lhes era confiado, como instituição máxima e diferenciada dos seus membros.

O discurso pós-moderno torna menos visíveis as fronteiras entre indivíduo e Estado, seja pelo discurso da democracia e da pluralidade das vontades a ser garantida pelo próprio ente estatal, seja pela transposição do Direito para uma órbita supraestatal, diluindo a identidade e autonomia daquele frente a essa nova ordem jurídico-política internacional.

Parece que é sob esse olhar que se pode construir uma crítica aos que defendem o paradigma do “diálogo das fontes”, eis que este supõe ser possível, e necessário, um Direito supranacional, cuja força está justamente na convergência de vontades por intermédio da atuação de cada magistrado.

⁶⁷ CASOTTI, Leticia. *Marketing moderno e consumidor pós-moderno*. Disponível em: <<http://www.anpad.org.br/enanpad/1998/dwn/enanpad1998-mkt-15.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2012.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 3.

A interpretação pessoal do julgador é que deve nortear a aplicação da norma, interna ou internacional, a cada caso concreto, com base no seu entendimento sobre qual delas tem maior possibilidade de efetivar os direitos humanos ameaçados ou lesados.

Esse proceder também pode valer-se da resignificação do Direito em sua totalidade, frente a cada situação. Quer dizer, compete ao magistrado buscar a integração das duas normas, em favor de uma solução uniforme de aplicação.

Embora não se conteste a validade e aplicabilidade do diálogo vertical das fontes como um modo adequado de superação das antinomias entre o Direito interno e Internacional, no âmbito de matérias que envolvem os direitos humanos, essa alternativa pode ser contraditória, se for levada em conta a relativização dos valores. O resultado, dialeticamente falando, é a síntese dos opostos, ou seja, a acomodação dos conflitos entre o Direito interno e internacional por intermédio do “diálogo das fontes”.

Esse diálogo nada mais é do que a expressão da perspectiva pós-moderna de um Direito menos objetivo, envolvendo uma posição mais flexível, descentrada, da práxis jurídica na solução dos conflitos, resultando, porém, sob um olhar crítico, em uma diluição dos valores que deveriam, eles mesmos, ser absolutos, em razão da natureza dos direitos humanos aos quais estão adstritos.

De modo que pode ocorrer não essa primazia de tais direitos, mas justamente o contrário, pois a interpretação pessoal do julgador⁶⁹ torna-se o espaço restrito da escolha do sentido e do significado concreto das normas internas e internacionais na efetivação dos direitos humanos. Justifica-se que essa é a melhor alternativa para a condução desse diálogo entre as fontes, com a superação das antinomias cristalizadas no paradigma tradicional da separação entre Direito interno e Internacional enquanto sistemas estanques.

Se é possível concordar com a necessidade dessa via alternativa para uma práxis jurídica mais engajada e apta a efetivar os direitos humanos, deixando de lado controvérsias doutrinárias e sistemáticas ultrapassadas frente a novas realidades e tendências de vida, pensamento e organização social que se definem não mais no *locus* jurídico-político dos Estados e suas fronteiras territoriais, também se pode fazer uma crítica sobre os possíveis efeitos da relativização dos valores, em razão dessa mesma perspectiva de desconstrução dos paradigmas normativos absolutos.

⁶⁹ Ronald Dworkin “critica a **função discricionária dos juízes**, defendendo a adoção de determinados paradigmas jurídicos pelos atores sociais, viabilizando uma forma padronizada de argumentação, em um sistema composto por normas, diretrizes e princípios” (grifo nosso). RIBEIRO, Felipe Dias; REIS, Jorge R. Jurisdição constitucional frente aos princípios: a dignidade humana através da proporcionalidade. *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*, Brasília, 20-22 nov. 2008.

Essa crítica pode ser ancorada especialmente na “Ética das Virtudes”, de Alasdair MacIntyre, embora outras contribuições possam ser buscadas em expoentes críticos do pós-modernismo, em especial, Habermas.

Resgatando o raciocínio que se desdobra na “Ética das Virtudes”, o posicionamento pós-moderno tem como um dos seus fundamentos a negação das tradições e rejeição da teleologia, de modo que “todos os juízos valorativos e, mais especificamente, todos os juízos morais não são mais que expressões **de preferência, de atitude ou de sentimento**”⁷⁰ (grifo nosso).

Embora preconizando os valores justamente como referência para a construção de um diálogo verticalizado entre as fontes, propõe-se, por essa via, que a interpretação judicial se torne o elemento central na sua adoção e efetivação, atuando, então, como “ponte” entre as duas instâncias, interna e internacional.

Mazzuoli⁷¹ refere-se aqui ao fato de que a superação das lacunas legislativas pátrias diante dos tratados internacionais de direitos humanos ocorre por intermédio de um diálogo integratório. O que significa que a comunicação entre as normas de direito interno e internacional se realiza a partir de um processo dialógico.

Nessas condições, constata Mazzuoli⁷² “Os diálogos foram ‘ouvidos’ pelos magistrados da Suprema Corte e por eles ‘coordenados’, exatamente como propõe Erik Jayme”.

124

Fica explícito aqui o valor dado à interpretação, como atividade judiciária, da qual devem emergir os entendimentos e, com eles, a conciliação das normas, de modo a ser superada a antinomia inviabilizadora da integral tutela e efetividade dos direitos humanos.

Por essa via do “diálogo das fontes”, instala-se, para o Direito, a possibilidade da síntese dos opostos, no sentido de uma prática dialética transposta para a seara jurídica. Os que se pautam nessa ideia presumem que está superada a controvérsia dogmática entre monistas e dualistas, diante da emergência e inafastável conveniência e eficácia do “diálogo das fontes” como instrumento e sistemática no campo operativo do Direito, neste caso afastada a distinção entre um *locus* interno e outro internacional.

Pode-se, porém, apontar uma imanência⁷³ na perspectiva pós-moderna, que se imiscui no conjunto das ideias que fundamentam o “diálogo das fontes”,

⁷⁰ ARAÚJO, Luiz B. Leite de. *MacIntyre e a ética das virtudes*, p. 2. Disponível em: <<http://www.pgfil.uerj.br/publi/LuizBernardo2010/1998.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2011.

⁷¹ MAZZUOLI, 2010.

⁷² *Ibid.*, p. 165.

⁷³ Termo empregado por Kant, chamando de imanentes os princípios cuja “aplicação se tem em tudo e por tudo dentro dos limites da experiência possível”, contrapondo-se aos princípios “transcendentes” que ultrapassam tais limites. A imanência refere-se, portanto, a uma limitação do emprego de certos princípios ao domínio da experiência possível e a renúncia a estendê-los

tomando como referência a “Ética das Virtudes”, de McIntyre (1981) apud Araújo,⁷⁴ evidenciada no pressuposto de que é o julgador, por meio da sua interpretação e atuação mediata, o mais apto a solucionar as antinomias.

Em outros termos, vislumbra-se na ampla discricionariedade atribuída ao julgador o reflexo de uma visão pós-moderna, alicerçada esta na valorização da subjetividade, transpondo-a para o Direito de modo a construir um novo paradigma para a solução dos conflitos ou antinomias, em substituição ao modelo tradicional de interpretação que as tem originado.

Essa subjetivação não é apenas questão de ordem prática, mas valorativa, no sentido de que a proposta é a conciliação como meio de superação dos conflitos, por meio da interpretação do julgador no caso concreto. O que já é um caminho há muito trilhado pelo Direito, mas não sem reservas, justamente pela impossibilidade de definir com precisão o sentido e significado dos conteúdos emanados da apreciação pessoal do julgador.

Se tal não foi a intenção, nem corresponde ao entendimento sobre o papel do julgador feito por Mazzuoli,⁷⁵ conhecendo-se sua importante atuação na defesa de uma mudança na concepção do Direito pátrio quanto à norma supranacional e na necessidade de uma convergência com o Direito Internacional para dar ampla satisfatividade aos direitos humanos, a visão pragmática pós-moderna que emerge da discricionariedade do julgador pode desvirtuar esse *telos*, justamente pelo viés relativista na concepção do homem e do mundo.

Pode-se mesmo encontrar a influência dessa visão pós-moderna em Mazzuoli⁷⁶ quando expressa sua crença no “poder” da decisão pessoal do julgador frente às exigências de resolução do caso concreto, buscando em Erik Jayme o apoio para afirmar que os julgadores, “ouvindo” o que dizem as fontes, podem dar o adequado encaminhamento no que diz respeito à efetividade dos direitos humanos.

Em outros termos, essas “fontes” são entendidas como aptas a fornecer ao juiz os elementos essenciais para a tomada de decisão, nada mais fazendo este do que, a partir de critérios objetivos e racionais, resolver os conflitos.

Embora se faça menção aqui à tomada racional de decisão e a instruções norteadoras da decisão do julgador, não pressupondo uma atividade destituída da necessária ponderação e nem alheia à realidade, da qual deve extrair elementos suficientes, consistentes e coerentes com o que pressupõe o Direito para a solução dos problemas jurídicos, percebe-se que a centralidade desse

além dele (Disponível em: <<http://www.filoinfo.bem-vindo.net/filosofia/modules/lexico/entry.php?entryID=709>>. Acesso em: 20 nov. 2011).

⁷⁴ ARAÚJO, op. cit.

⁷⁵ MAZZUOLI, 2010.

⁷⁶ Id.

entendimento quanto à solução mais adequada está na mediação do sujeito. Sujeito este que se transforma em agente ativo, na medida em que, “ouvindo” as fontes, constrói a sua decisão, o que não elimina elementos que transcendem a objetividade visada.

É justamente contra os excessos de uma sociedade centrada na subjetividade que se insurge McIntyre (1985), buscando resgatar uma base valorativa destituída de importância diante da cultura pós-moderna, na qual “todos os juízos valorativos e, mais especificamente, todos os juízos morais não são mais que expressões de preferência, de atitude ou de sentimento”.

De modo que a possibilidade, pelo “diálogo das fontes”, de melhor responder às necessidades globais de mecanismos jurídicos que comunguem os mesmos propósitos e se entrelacem para a satisfatividade dos direitos humanos pode resultar, de maneira contraditória, em relativização dos valores que se pretende tutelar e efetivar.

Na prática já se vislumbra esse desvirtuamento valorativo, em detrimento da supremacia de tais direitos, denotando a relativização valorativa, amplamente questionável perante a ótica da “Ética das Virtudes”. A título de exemplo, no Direito pátrio, pode-se apontar o parecer PGFN/CRJ n. 1.732/2007 emitido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) favorável à aplicação do “diálogo das fontes” na seara do Direito Tributário em face das antinomias, neste caso, envolvendo a extensão das alterações na Lei Geral de Execuções de Títulos Extrajudiciais às execuções fiscais.⁷⁷

126

O entendimento foi o de que a Lei de Execução Fiscal (Lei Federal n. 6.830/80) teve por fulcro a concessão de tratamento privilegiado ao crédito fazendário, de maneira a prover sua maior satisfatividade em proveito da Fazenda Pública (nos termos da exposição de motivos da LEF). Por extensão, quaisquer mudanças no Código de Processo Civil, mesmo contrariando a LEF, quando em proveito do crédito fazendário, tornando mais célere a sua cobrança, devem ser aplicadas à execução fiscal.

Como resultado, o “diálogo das fontes” nesse caso apresenta-se como espaço de interpretação discricionária que acaba sendo contrário ao seu *telos* de avançar na efetivação dos direitos humanos em todas as suas dimensões.

A fundamentação da reprovação a esse entendimento, consoante Andrade Filho,⁷⁸ é exemplar:

Apesar de a satisfação dos créditos da Fazenda atender ao bem comum, ou seja, aos interesses de toda a coletividade, a expropriação de bens dos

⁷⁷ ANDRADE FILHO, Edmar O. *A lei de execuções fiscais e as reformas do CPC*. Disponível em: <<http://www.apet.org.br/eventos/reunioes/texto/10reuniao07.asp>>. Acesso em: 28 out. 2010.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 1.

Supraconstitucionalidade dos tratados internacionais e direito interno

particulares via atividade tributária, aí incluída a fase executiva, se submete ao respeito dos direitos fundamentais envolvidos. Daí o equívoco hermenêutico cometido quando se confunde o interesse público com o interesse da Fazenda Pública.

Continuando suas incisivas e coerentes críticas, o autor afirma:

Por esse raciocínio resulta a improcedência do entendimento sobre a ausência de suspensividade automática dos embargos à execução, depois de garantido o juízo. A aplicação das novas disposições da lei civil ao processo executivo, em especial aquelas que dizem respeito à ausência de suspensividade automática dos embargos à execução, na realidade, não proporcionam a aplicação sequer equitativa das disposições da lei civil à LEF. De fato, criam situações de desigualdade ainda maiores entre o contribuinte-executado e a Fazenda-exequente. Isso se deve em parte em razão do modo de formação do título executivo extrajudicial entre particulares e o processo de formação da CDA. Enquanto no primeiro caso a formação é em regra bilateral (acordo de vontades), ou unilateral, quando formado pelo devedor, na cobrança do crédito tributário a formação se dá de modo unilateral pela Fazenda. O contribuinte apenas participa na sua formação, se instaurado processo administrativo fiscal, no âmbito de órgãos da administração fazendária, nem sempre revestidos da tão desejada imparcialidade e independência.⁷⁹

127

Nesse caso há, certamente, a relativização dos valores, posto que os direitos humanos, igualmente inseridos no campo do Direito Tributário, perdem seu caráter de direitos primordiais, em favor do Estado.

Ainda que sob a premissa de defesa inafastável do interesse público, na cobrança do crédito relativo a tributo, sendo a coletividade o objeto da tutela, portanto as pessoas em seu todo, é evidente que há uma interpretação desvirtuada, como expressão da subjetividade e relativização de valores.

CONCLUSÃO

Certamente o positivismo rigoroso, adstrito à norma em si, inflexível, conduziu a uma encruzilhada, quando se tornou necessário ir além da simples proclamação dos direitos humanos, no intuito de efetivá-los em qualquer lugar e momento, daí emergindo uma tendência importante no Direito Internacional, que se apresenta cada vez mais incisiva em face das transformações mundiais, refletindo-se no Direito interno dos países.

⁷⁹ Id.

É indiscutível que a prevalência do direito interno, sob a ótica de uma soberania absoluta dos Estados, não cabe mais no mundo globalizado e em processo de integração econômica, social, política e cultural.

Há que se avançar na busca da superação das antinomias, e para isso tem se observado importante evolução no campo doutrinário e jurisprudencial rumo à internacionalização com importantes repercussões para a satisfatividade dos direitos humanos.

Não se nega a validade dessa proposta do método dialógico, para uma solução mais adequada das antinomias entre o Direito interno e Internacional em direção a um processo de coexistência normativa, assegurando maior eficácia jurídica em todos os países.

Tampouco se deprecia a sua importância para essa evolução pretendida na construção de um Direito mais coerente com as requisições no campo da ampla tutela e efetividade dos direitos humanos em todo o mundo, derrogando a perspectiva da territorialidade adstrita à soberania nessa área.

O que exsurge, porém, como crítica, é o risco de imperar um excessivo subjetivismo, levando em conta a gênese dessa teoria dialógica sob a influência do pensamento pós-moderno.

128

Entende-se, com base no tipo de interpretação construída nos termos do Parecer da Fazenda Nacional comentado ao final deste trabalho, que é necessário um progressivo aprimoramento das interfaces entre os direitos nacionais, levando à internacionalização em um nível que possibilite encontrar um caminho que não seja nem excessivamente permissivo à discricionariedade de cada Estado, nem excessivamente pautado na subjetividade dos julgadores.

Esse percurso rumo a um Direito Internacional terá importante contribuição da “Ética das Virtudes” e de outras reflexões que têm primado por uma postura crítica e revisionista dos pressupostos da concepção pós-moderna, a qual, como foi exposto, adentra na seara do Direito e está relacionada à proposta da aplicação do “diálogo das fontes”.

Parece que o melhor caminho está além do “diálogo das fontes”, sendo este o ponto de partida para um modelo ainda mais ousado e que poderá valer-se dos seus pressupostos, mas que, ao mesmo tempo, pode subtrair-se ao problema da excessiva centralidade na subjetividade do julgador.

Preconiza-se um retorno ao monismo, neste caso não mais centrado no objetivismo e reducionismo da prevalência exclusiva da norma interna. Pelo contrário, o que se vislumbra é a passagem de uma pluralidade de Constituições, como resquício da visão histórica e paradigmática ultrapassada sobre a territorialidade e a soberania estatal, para uma dimensão legal unificada, como pressupõe o termo “humano” quando se fala em direitos, ou seja, o ser humano posto como categoria indistinta, irredutível a um lugar e momento histórico, genericamente contido na humanidade.

Assim, a construção de uma “constituição global”⁸⁰ é o verdadeiro caminho para a superação adequada tanto das antinomias, como do relativismo, do excesso de individualismo fundado na supervalorização da subjetividade e inserido, de certa forma, na própria proposta do “diálogo das fontes”, conforme a tese aqui levantada.

A viabilidade de uma constituição global, ainda que pareça ingênua ou inédita, certamente, não é indissociada da realidade. Pelo contrário, como foi demonstrado, pode ser discernida na própria evolução das ideias que conduzem à proposta da supraconstitucionalidade, constituindo nesse caso a sua expressão máxima, levando-se ao extremo a ideia de Constituição encontrada em Häberle.⁸¹

O melhor exemplo está nos avanços do Direito europeu,⁸² seara certamente mais avançada nessa superação da visão fragmentada e reacionária de estados soberanos, e pode ser o mais importante motor de uma mudança apropriada não apenas para o “diálogo das fontes”, mas para a construção de uma sociedade global, ao mesmo tempo plural e una em torno dos direitos humanos, pela via de uma Magna Carta supranacional.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE FILHO, Edmar O. *A lei de execuções fiscais e as reformas do CPC*. Disponível em: <<http://www.apet.org.br/eventos/reunioes/texto/10reuniao07.asp>>. Acesso em: 28 out. 2010.
- ARAÚJO, Luiz B. Leite de. *MacIntyre e a ética das virtudes*. Disponível em: <<http://www.pgfil.uerj.br/publi/LuizBernardo2010/1998.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2011.
- BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BERGÉ, J. S. *L'application du droit de l'Union européenne et du droit international: de l'applicabilité à l'invocabilité*. Disponível em: <http://www.cejec.eu/wp-content/uploads/2011/05/cejec-wp-2011_2-js-berge-interactions-droit-int-euro-application-applicabilite-et-invocabilite.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2011.

⁸⁰ Nesse sentido, Maria Helena Diniz (apud MAZZUOLI, 2010, p. 56) também se contrapõe à ampla atuação do intérprete, considerando que a antinomia “só poderá ser eliminada por meio da ação legislativa”, embora não se refira expressamente a um conjunto normativo transnacional comum a todos os habitantes do planeta, como aqui se propõe.

⁸¹ Häberle entende ser a Constituição um processo em constante construção, denotando uma visão dialética da sua estruturação, para que possa ter preservada a sua força regulatória em uma sociedade pluralista, caracterizando-a desta forma como “projeto” (*Entwurf*) em desenvolvimento contínuo (MENDES, Gilmar F.; VALE, André Rufino do. Pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 12, jul./dic. 2009. p. 128).

⁸² A União Europeia ruma para a articulação de uma constituição una, o que representará um avanço decisivo na consolidação do modelo supraconstitucional em face das normas do Direito interno dos Estados-membros (CASTELO BRANCO, Álvaro C. Cortes constitucionais e tribunais internacionais. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, ano 3, 2009/2010).

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- _____. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Divisão de Atos Internacionais. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*. Promulgação. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/m_678_1992.ht>. Acesso em: 5 jan. 2012.
- BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Divisão de Atos Internacionais. *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/dtrat.htm>>. Acesso em: 3 nov. 2010.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CASOTTI, Leticia. *Marketing moderno e consumidor pós-moderno*. Disponível em: <<http://www.anpad.org.br/enanpad/1998/dwn/enanpad1998-mkt-15.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2012.
- CASTELO BRANCO, Álvaro C. Cortes constitucionais e tribunais internacionais. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, ano 3, 2009/2010.
- CHAUTIEL, Florence. Droit constitutionnel et droit communautaire. *RTDE*, n. 3, p. 395-400, 1999.
- CORREIA, Theresa R. C. Considerações iniciais sobre o conceito de direitos humanos. *Pensar*, v. 10, n. 10, p. 98-105, fev. 2005.
- 130 COSTA, José Marcelo F. Direito administrativo, norma jurídica e ato administrativo. *Revista Direito e Liberdade*, Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte. ESMARN, ano 1, n. 1, 2006.
- COUR DE JUSTICE DE LA CEE. Recueil de la Jurisprudence de la Cour. *Van Gend & Loos, affaire 26-62, arrêt de la Cour du 5 fevrier 1963*. Disponível em: <http://www.cvce.eu/obj/Arret_de_la_Cour_de_justice_Van_Gend_Loos_affaire_26_62_5_fevrier_1963-fr-4b81dcab-c67e-44fa-b0c9-18c48848faf3.html>. Disponível em: 3 jan. 2012.
- _____. *Recueil da la Jurisprudence de la Cour. Costa-ENEL, affaire 70/77, arrêt de la Cour du 28 juin 1978*. Disponível em: <http://www.cvce.eu/obj/Arret_de_la_Cour_de_Justice_Costa_ENEL_affaire_6_64_15_juillet_1964-fr-cb4154a0-23c6-4eb5-8b7e-7518e8a2a995.html>. Acesso em: 5 jan. 2012.
- DANIEL, John. A educação em um novo mundo pós-moderno. *Anais do XVI Congresso Mundial de Educação Católica*. Brasília, abr. 2002.
- DERRIEN, Arnaud. *Les juges français de la constitutionnalité*. Atenas: Sakkoulas/Bruylant, 2003.
- DIÁRIO DA JUSTIÇA, 17 ago. 2007, *HC 90.1720/SP*. Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma.
- DIÁRIO DA JUSTIÇA, 20 abr. 2006, p. 5. *ADIn 2551 MC-QO/MG*. Julgamento em: 02/04/2003, Rel. Min. Celso de Mello.
- GALINDO, George R. B. O § 3º do art. 5º da Constituição Federal: um retrocesso para a proteção internacional dos direitos humanos no Brasil. *Revista do Instituto Brasileiro De Direitos Humanos*, Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, v. 6, n. 6, p. 121-131, 2005.

Supraconstitucionalidade dos tratados internacionais e direito interno

GARCIA, Emerson. Influxos da ordem jurídica internacional na proteção dos direitos humanos: o necessário redimensionamento da noção de soberania. *Justitia*, v. 65, n. 198, p. 117-131, jan./jun. 2008.

GOMES, Luiz Flavio; MAZZUOLI, Valerio de O. Tratados internacionais: valor legal, supralegal, constitucional ou supraconstitucional? *Revista de Direito*, v. XII, n. 15, p. 7-20, 2009.

HARTLEY, T. C. *The foundations of European community law*. Oxford: Clarendon Press, Inglaterra, 1988.

HOFMANN, Herwig. *EU Constitutional law. IX. Supremacy and direct effect of EU law*. Disponível em: <http://www.cvce.eu/obj/EU_Constitutional_Law_IX_The_Supremacy_and_direct_effect_of_EU_law-en-0d9f08b1-63dc-4245-958b-d534d993c77c.html>. Acesso em: 19 dez. 2011.

HICKMANN, Clair Maria. Quando os pobres pagam pelos ricos. *Le Monde Diplomatique Brasil*, ano 1, n. 2, p. 4, set. 2007.

JAYME, Erik. Identité culturelle et integration: Le droit international privé postmoderne: cours general de droit international privé. *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de la Haye*, 1995. Netherlands: Martinus Nijhoff, 1996.

KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIMA, Newton de O. *Direito e diversidade na pós-Modernidade*. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/36268>>. Acesso em: 28 out. 2011.

LIMA, Iara V. de. *Modernismo e pós-Modernismo como épistémès*: algumas noções e implicações no pensamento econômico. Disponível em: <<http://www.anpec.org.br/encontro2001/artigos/200101326.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2011.

MARTINS, Patrícia Fragoso. *O princípio do primado do direito comunitário sobre as normas constitucionais dos Estados-membros*: dos tratados ao projecto de Constituição europeia. Estoril: Princípia, 2006.

MAZZUOLI, Valerio de O. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito internacional da integração*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

MELLO FILHO, Celso de. *HC n. 87.585-9/TO*. Voto proferido em 12 mar. 2008. Inconstitucionalidade da prisão civil. Disponível em: <<http://www.prolegis.com.br/index.php?cont=3&id=2004>>. Acesso em: 28 out. 2011.

MENDES, Gilmar F.; VALE, André Rufino do. Pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 12, p. 121-146, jul./dic. 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1997.

OST, François; KERCHOVE, Michel van de. *De la pyramide au réseau?* Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002.

PEREIRA, André G.; QUADROS, Fausto de. *Manual de direito internacional público*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

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

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Direitos sociais: proteção nos sistemas internacional e regional interamericano. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 5, p. 67-80, out. 2009.

_____. Reforma do Judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de J. L. (Org.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Método, 2005.

_____. *Temas de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. São Paulo: Renovar, 2005.

RIBEIRO, Felipe Dias; REIS, Jorge R. Jurisdição constitucional frente aos princípios: a dignidade humana através da proporcionalidade. *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*, Brasília, 20-22 nov. 2008.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito. A perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: RT, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

132

SOLON, Clara M. Responsabilidade internacional agravada do Estado: violações graves de normas de *jus cogens* e o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, v. 6, n. 6, p. 59-79, 2005.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.

WEIL, Eric. *Filosofia política*. São Paulo: Loyola, 1990.

Data de recebimento: 13/4/2011

Data de aprovação: 15/6/2011

**CONCURSO PÚBLICO:
A CONSTITUCIONALIDADE DA LIMITAÇÃO DE IDADE E A VEDAÇÃO
DA DISCRIMINAÇÃO PERANTE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

**CIVIL SERVICE EXAMINATION:
THE CONSTITUTIONALITY OF THE AGE LIMITATION AND
PROHIBITION OF DISCRIMINATION FACE TO THE
CONSTITUTIONAL PRINCIPLES**

*Lucas Serafini**
*Luciane Noskoski***

RESUMO

O presente estudo objetivou uma análise da constitucionalidade da limitação de idade e a discriminação da acessibilidade aos cargos e empregos públicos perante os princípios constitucionais da igualdade, proporcionalidade e legalidade. A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, com a Emenda n. 19/98, proibiu qualquer tipo de discriminação para a acessibilidade aos cargos e empregos públicos, tendo como regra geral a necessidade de concurso público. No entanto, a própria Constituição Federal de 1988, estipulou que, se a natureza do cargo ou o emprego exigir, poderá a lei, em sentido estrito, limitar a idade dos candidatos ao certame. A Lei Federal n. 10.741/2003 – Estatuto do Idoso – reabriu a polêmica quanto à limitação de idade nos editais dos concursos públicos, trazendo algumas dificuldades na interpretação da necessidade da justificativa para a restrição nos aspectos sociais, morais e jurídicos. Para pacificar, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula n. 683, dando efetividade ao art. 7º, inciso XXX, da Constituição Federal, determinando que somente seria constitucional a limitação de idade em concursos públicos nos casos justificados pela natureza das atribuições do cargo ou emprego público, garantindo acessibilidade a todos os cidadãos, de forma igualitária.

* Advogado. Especialista (Pós-graduado) em Direito Processual do Trabalho e Direito Previdenciário pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI – Campus de Erechim/RS). Correspondência para/*Correspondence to*: Av. Borges de Medeiros, n. 615, sala 101, 99900-000, Centro, Getúlio Vargas-RS. E-mail: serafinilucas@yahoo.com.br.

** Bacharela em Direito. Bancária. Especialista (Pós-graduada) em Administração e Direito na Gestão Pública pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI – Campus de Erechim/RS). Correspondência para/*Correspondence to*: Rua Jacob Gremmelmaier, n. 750, ap. 02, 99900-000, Centro, Getúlio Vargas-RS. E-mail: lunoskoski@yahoo.com.br.

Palavras-chaves: Concurso público; Limitação de idade; Constitucionalidade; Igualdade; Proporcionalidade; Legalidade.

ABSTRACT

This study aimed to analyze the constitutionality of the age limitation and accessibility discrimination to public service and positions face to the constitutional principles of equality, proportionality and legality. The Federal Constitution of Brazil, promulgated in 1988 with the amendment 019/98, prohibited any discrimination for accessibility to public service and public positions, having as general rule the necessity of civil service examination. However, the Constitution of 1988 stipulated that whether the nature of the position or occupation demand, the law will be able to strictly, limit the age of candidates for the contest. The Federal Law Number 10.741/2003 – Statute of the Elderly – reopened the controversy regarding the age restriction in civil service examination edicts, bringing some difficulties in interpreting the need for justification of the restriction in social, moral and legal aspects. To pacify the Supreme Court issued the Summary Number 683, giving the effectiveness Article 7, item XXX of the Federal Constitution, stipulating that it would be constitutional the age limitation in civil service examinations only in cases justified by the nature of the duties of public service and positions, ensuring accessibility to all citizens equally.

Keywords: Civil service examination; Age limitation; Constitutionality; Equality; Proportionality; Legality.

INTRODUÇÃO

Entre os problemas mais comuns na história do país estão o desemprego e a diminuição de postos de trabalho na esfera privada. A abertura de concurso público passou a ser uma das alternativas mais procuradas para a conquista de um emprego com estabilidade e contraprestações, como auxílio alimentação e planos de saúde, independentes, muitas vezes, do próprio valor da remuneração.

É nas filas para a retirada de editais e inscrições para concursos públicos que se percebe a gigantesca procura e a crescente abertura de escolas e cursinhos especializados em aulas direcionadas aos concursos.

Nesta procura, não estão incluídos somente jovens, mas, sim, pessoas de mais idade, muitos, inclusive, aposentados que se veem obrigados a continuar trabalhando para sentirem-se incluídos na sociedade ou para complementarem sua renda familiar.

Ocorre que muitos editais de concursos públicos determinam um limite máximo de idade para a possibilidade de realização da inscrição e acessibilidade a uma das vagas abertas pelo edital, frustrando não somente alguns princípios vetoriais do concurso público, mas também a expectativa de muitos candidatos.

Segundo a Constituição da República Federativa do Brasil, é inconstitucional qualquer discriminação, seja por idade, sexo, cor, raça ou religião, ferindo o princípio da igualdade, determinado pelo *caput* do art. 5º do referido disposto constitucional.

Para a admissão de pessoal, na esfera pública, a regra geral é o concurso público, dando condições de acessibilidade a todos os interessados no certame, disposto no art. 37, inciso II, da Constituição Federal.

Caso o edital de abertura do concurso estabeleça restrições, como o limite de idade, prejudicará o objetivo primordial do concurso, qual seja, a admissão do candidato mais qualificado.

No entanto, a própria Constituição Federal admitiu, em casos excepcionais, a possibilidade de limitação de idade, quando a natureza do cargo exigir.

Portanto, no presente trabalho, nos propomos a analisar a constitucionalidade da limitação de idade nos editais de abertura de concursos públicos e quais os princípios basilares atingidos pelo abuso e discriminação da Administração Pública na limitação de idade nos certames públicos.

Num primeiro momento, analisaremos a Administração Pública juntamente aos concursos públicos e a sua evolução histórica, para, após, destacarmos os princípios basilares dos certames públicos: a igualdade, a proporcionalidade e a legalidade.

Ainda, examinaremos a limitação de idade perante os aspectos sociais, morais e jurídicos, concluindo pela prevalência de um aspecto sobre outro, e a constitucionalidade desta limitação, além da observância de jurisprudências e entendimento de tribunais sobre o tema em questão.

Objetivamos, com este estudo, sanar algumas dúvidas, tanto para a Administração Pública, quanto para o cidadão-candidato, evitando, assim, a possibilidade de embates jurídicos em torno desta matéria, visando à harmonia e ao equilíbrio das relações, onde ambos os polos devem ter o mesmo compromisso: o interesse público.

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E CONCURSOS PÚBLICOS – NOÇÃO INTRODUTÓRIA

Administração pública

Para atender aos interesses públicos, foi criada a Administração Pública, com o objetivo de servir a coletividade. Assim, a ordem jurídica concedeu direitos, vantagens e prerrogativas – algumas conjugadas com deveres e obrigações – bastante distintas das concedidas às relações trabalhistas da iniciativa privada.

Para um melhor entendimento da matéria ora dissertada, cabe destacar a diferença entre Administração Pública e Governo. Hely Lopes Meirelles conceitua Administração Pública como sendo, “[...] todo o aparelhamento do Estado

preordenado à realização de seus serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas”¹

Governo seria uma expressão política, cujas atividades governamentais são exercidas por intermédio de representantes eletivos: “O governo e a Administração, como criações abstratas da Constituição e das Leis, atuam por intermédio de suas entidades (pessoas jurídicas), de seus órgãos (centros de decisão) e de seus agentes (pessoas físicas investidas em cargos e funções)”²

A função da Administração Pública compreende todas as funções do Estado, ou seja, as funções Legislativas, Executivas e as Judiciárias.

Histórico

Juntamente com a organização social, mesmo que mínima, presente em todos os tempos históricos, existia o exercício de uma atividade administrativa.

No Regime do Estado Absoluto, o poder estatal se concentrava nas mãos do Monarca, e não existiam carreiras administrativas, nem garantias para aqueles que desempenhavam a função pública, cuja nomeação, permanência e dispensa dependiam exclusivamente da vontade do Monarca. Os servidores eram escolhidos pelo fator fidelidade ao Monarca: “[...] os agentes exerciam suas funções de maneira ilimitada, o que acabava por fazer deles verdadeiros proprietários do cargo que ocupavam e do qual podiam usufruir livremente. Cada agente podia ser considerado, no fundo, um pequeno tirano”³

Até a passagem para o Estado de Direito (século XIX), a evolução foi lenta, constituindo hoje o que chamamos de carreira administrativa, na qual ocorreram o reconhecimento de direitos próprios dos servidores públicos e a vinculação à lei para atingir objetivos coletivos de toda a sociedade: “Substitui-se a antiga ordem fundada nos privilégios, na mera tradição, por um princípio de igualdade de todos perante a lei”⁴

A relação dos concursos públicos com a Constituição da República Federativa do Brasil surge em 1946, quando fazia menção aos cargos de carreira, mas silenciava quanto à forma de aplicação de provas, admitindo somente a modalidade de títulos.

Desde a Constituição de 1967, os concursos públicos só podem ser de provas ou de provas e títulos, criando assim a figura do funcionário público efetivo.

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 61.

² *Ibid.*, p. 62.

³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 310.

⁴ *Ibid.*, p. 311.

Inicialmente, entendia-se que o funcionário público possuía um vínculo jurídico contratual com o Estado, primeiramente de direito privado, para, mais tarde, ser entendido como de direito público.

Atualmente, entende-se que a relação jurídica entre o funcionário e o Estado é de natureza institucional, imposta pelo Estado e aceita pelo funcionário no momento da posse do cargo público, decorrente de aprovação em concurso.

No século XX, ocorreu um grande avanço com a criação dos regimes estatutários, disciplinando a relação jurídica entre a Administração Pública e o servidor, como investidura, nomeação, estabilidade e remuneração.

Além do mais, o constituinte da Carta Magna de 1988, conferiu àqueles que estivessem lotados em exercício, na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tivessem sido admitidos na forma do art. 37, da Constituição Federal, ou seja, admitidos sem concurso antes de 5 de outubro de 1983, estabilidade no serviço público, conforme disposto no art. 19 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias. Estes servidores públicos, estabilizados, compõem, atualmente, o Quadro em Extinção das repartições públicas.

Concurso público

Concurso Público é um processo de seleção em que há disputa, competição, entre os candidatos, assegurando a igualdade entre os cidadãos, permitindo-lhes postular o cargo público, garantindo servidores competentes. A função pública é algo a que todos têm o direito de pleitear.⁵

Sendo assim, concurso público é a forma administrativa necessária para o provimento de cargos ou empregos públicos, garantido a todos os interessados na investidura do cargo, com o objetivo de selecionar os candidatos mais qualificados. Para a realização deste procedimento, é necessária uma lei contendo as atribuições e os requisitos do cargo que se pretenda prover, bem como o decreto regulamentador, dispondo sobre o processamento de todas as etapas, além, é claro, do edital para ampla divulgação dos atos necessários e exigidos ao certame.

Marcelo Alexandrino, em uma entrevista cedida à revista Consulex, falando sobre os concursos públicos, relatou:

Eu não conheço nenhuma experiência, em qualquer sociedade, que possa ser considerada mais eficiente para o provimento de cargos ou empregos públicos [...]. Apesar disso, o concurso não é capaz de assegurar que os melhores candidatos serão os aprovados.⁶

⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos*. São Paulo: RT, 1984. p. 46.

⁶ ALEXANDRINO, Marcelo. *Concursos públicos*. Brasília: Consulex, ano VI, n. 121, jan. 2002. p. 22.

Sob essa ótica, se o concurso público não selecionasse os melhores, ele não teria nenhuma finalidade.

No Brasil, a regra geral para a investidura em cargo e emprego público é o concurso. Uma vez que o interesse público deve ser resguardado, não se pode admitir o preenchimento de cargos públicos sem a aprovação em concurso público, com exceção das autorizadas pela própria Constituição Federal, quais sejam, cargos em comissão e contratações por prazo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. É exigência absoluta a aprovação prévia em concurso público para cargos e empregos de provimento efetivo.

A exceção à exigência do concurso público tem-se prestado a abusos manifestamente inconstitucionais. A Administração Pública não pode nomear pessoas da mesma forma que os particulares preenchem vagas em suas empresas, pois os interesses tutelados são diferentes. A escolha dos que serão titulares de cargos ou empregos públicos está limitada àqueles que tenham sido aprovados em concurso público, seguindo rigorosamente a classificação final do certame.

A referida regra tem aplicação, também, nas Administrações indiretas, ou seja, é proibido o provimento de cargos na Administração indireta sem concurso público, mesmo que elas concorram com a iniciativa privada, pois integram a estrutura administrativa pública.

138

Cabe salientar que a não observância da regra geral do concurso público, ou seja, a burla ao concurso, usada outra forma para admissão de pessoal no serviço público, causa nulidade do ato e a punição à autoridade responsável, conforme preceitua o art. 37, § 2º, da Constituição Federal.

Independentemente do regime, estatutário ou celetista, a regra geral é o concurso público para provimento de cargos e empregos da Administração Pública, compreendendo os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, da União, Estados ou Municípios.

Assim dispõe o art. 37 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 19/98:

Art. 37. A administração pública direta ou indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração [...].⁷

⁷ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília/DF: Senado Federal, 1988.

A expressão investidura vem aumentar a abrangência da necessidade do concurso público: “O conceito de investidura, como é cediço, corresponde ao de provimento, e este, por seu turno, ao ato por meio do qual assume o servidor a titularidade do cargo, emprego ou função na Administração Pública”.⁸

Esse provimento será originário, quando o servidor não tiver qualquer tipo de vínculo com a Administração Pública, por exemplo, nomeação; ou derivado, quando existir vínculo, como promoção ou remoção.

De acordo com a Constituição, quando o texto não se referiu exclusivamente ao primeiro tipo de investidura, será necessário concurso público, tanto para o provimento originário quanto para o derivado, uma vez que se reportou a toda e qualquer investidura. As exceções ao concurso somente existirão com expressa autorização constitucional, sob pena de nulidade, como no caso de reintegração, que é um modelo de investidura derivada, pois decorre de um ato ilegal de demissão.

Para o doutrinador Celso Ribeiro Bastos, a investidura somente ocorrerá se antecedida por concurso público:

Com essa exigência fica garantido o princípio da igualdade de todos e o interesse da Administração em admitir os melhores. De fato, o concurso público respeita o princípio da isonomia, na medida em que todos podem nele se inscrever (é por isso que ele é público), e permite à Administração selecionar os candidatos de maiores méritos.⁹

139

Cabe salientar que toda a abertura e expedição de edital de concurso público devem ser fundamentadas, assim como todos os demais atos, inclusive das decisões das bancas examinadoras e dos motivos das restrições impostas pela lei de criação dos cargos. Exemplo desta obrigatoriedade de motivação é a Súmula n. 684, do Supremo Tribunal Federal: “É inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso público”.¹⁰

O texto da Constituição Federal não faz menção sobre a forma ou o procedimento que deverão ser adotados para a realização do concurso público. Todavia, determina que seja feita regulamentação por lei infraconstitucional, que deverá ser elaborada e amplamente divulgada, para que os candidatos possam tomar conhecimento dos requisitos necessários à investidura no cargo público.

⁸ SPITZCOVSKI, Celso. *Concursos públicos: limitações constitucionais para os editais: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004. p. 18.

⁹ BASTOS, 2001, p. 313-314.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 684. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp?tip=SUM>>. Acesso em: 2 jul. 2010.

As entidades são livres para organizar seu pessoal, objetivando o melhor atendimento dos serviços. É a chamada organização legal do serviço público, que, segundo Hely Lopes Meirelles:

[...] é exigida pela Constituição ao permitir a acessibilidade dos cargos públicos a todos os brasileiros ‘que preencham os requisitos estabelecidos em lei’ (art. 37, I). A parte final do dispositivo refere-se expressamente a lei. Isso significa que todo *cargo público* só pode ser criado e modificado por norma legal aprovada pelo Legislativo. [...] *Cargo Público* é o lugar instituído na organização do serviço público, com denominação própria, atribuições e responsabilidades específicas e estipêndio correspondente, para ser provido e exercido por um titular, na forma estabelecida em lei.¹¹

Toda a organização legal do serviço público é composta por cargos ou empregos públicos. Os cargos são ocupados por pessoas submetidas ao regime estatutário, denominadas funcionário ou servidor público, como faz menção a Constituição Federal.

Os empregos são ocupados por pessoas submetidas ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em órgãos da Administração Paraestatal ou Indireta, como ocorria antes da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, quando servidores titularizavam suas funções sem qualquer previsão legal, independentemente de terem sido submetidos a concursos públicos.

140

Atualmente, a maioria dos servidores públicos é estatutária, principalmente na Administração Pública Direta. Estes estatutos não podem contrariar o estabelecido na Constituição Federal.

Todo o cargo público possui funções, que são as atribuições de cada categoria profissional para o exercício das atividades. As funções, assim como os cargos, são criadas por lei, atendendo a necessidade específica de cada entidade estatal, com os requisitos para a investidura no cargo.

A Administração é livre para estabelecer os requisitos e bases para o concurso público: “[...] desde que faça com igualdade para todos os candidatos, tendo, ainda, o poder de, a todo o tempo, alterar as condições e requisitos de admissão dos concorrentes, para melhor atendimento do interesse público”.¹²

A própria Constituição Federal, com a Emenda n. 19/98, estabeleceu a obrigatoriedade de que a lei local disponha sobre a natureza e complexidade dos cargos e empregos, o que determinará a forma dos concursos e suas exigências.

Sendo assim, as Administrações estão autorizadas a prescrever exigências quanto à capacidade física, técnica, moral e outras que entender convenientes,

¹¹ MEIRELLES, 1993, p. 360.

¹² Ibid., p. 376.

ficando vedado dispensar condições estabelecidas em norma hierarquicamente superior. Ficam proibidas as exigências meramente discriminatórias ou abusivas.

O atual sistema constitucional garante acesso a cargos, empregos ou funções públicas a todo o brasileiro que preencha os requisitos estabelecidos em lei, bem como aos estrangeiros.

O concurso público, assim como toda a Administração Pública, reger-se-á pelos princípios constitucionais. Entre os principais destacam-se os princípios fundamentais da igualdade, da proporcionalidade e da legalidade.

PRINCÍPIOS BASILARES DO CONCURSO PÚBLICO

Noções sobre princípios constitucionais

Com base nos princípios, que são regras informadoras de todo um sistema de normas e diretrizes básicas do ordenamento, foi elaborada a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Os princípios possuem normatividade, ou seja, possuem efeitos vinculantes e constituem regras jurídicas efetivas.

Os princípios constitucionais encontram-se em um nível superior de abstração, sendo hierarquicamente superiores às normas infraconstitucionais, dentro da compreensão do ordenamento jurídico como uma “pirâmide normativa”. Os princípios constitucionais são a base de todo o sistema normativo brasileiro.

Conforme o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, como os princípios, têm aplicação imediata, independentemente da criação de ordenamento infraconstitucional. São normas constitucionais de eficácia plena.

Qualquer norma infraconstitucional que venha ferir, expressa ou tacitamente, um princípio será declarada inconstitucional, devendo ser retirada do mundo jurídico: “[...] todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se conformarem com as normas da Constituição Federal”.¹³

Os princípios são de extrema importância para o ordenamento jurídico brasileiro, norteando todo o sistema normativo:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção do princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade [...] representa insurgência contra todo o sistema [...].¹⁴

¹³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 46.

¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 451.

Sendo assim, pode-se assegurar que a norma firmada no art. 37, inciso II, da Constituição Federal vigente, segundo a qual a investidura em cargos ou empregos públicos depende de aprovação em concurso público, na forma da lei, com determinadas exceções, é um princípio positivado na Constituição Federal e que serve de balizamento para toda a atividade administrativa pública, dentro das exceções e limites impostos.

Salienta-se que o princípio do concurso público para a investidura de cargo ou emprego público advém do princípio da igualdade, uma vez que assegura a todos os interessados pleitear um cargo ou emprego público.

Além do mais, cominando-se com o princípio da igualdade, encontram-se os princípios da proporcionalidade e da legalidade, pois a lei admitirá restrições e limitações, dentro da real necessidade da Administração, para a realização do concurso público.

Princípio da igualdade

Entre os princípios basilares do concurso público, encontra-se o princípio da isonomia, também conhecido como princípio da igualdade, sendo fundamental à dignidade humana.

Existem várias correntes que conceituam a formação do princípio da igualdade: os nominalistas, por exemplo, sustentavam que a desigualdade é uma característica universal, assim, as pessoas nasciam e perduravam desiguais; os idealistas postulavam uma igualdade absoluta entre as pessoas; os realistas reconheciam que os homens são desiguais sob vários aspectos, mas existem características iguais, e por este motivo podem ser classificados num mesmo sistema, pois não se vê como não deixar de reconhecer estas igualdades.¹⁵

Determina o *caput* do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil:

Art. 5º **Todos são iguais perante a lei**, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I – [...] ¹⁶ (grifo nosso).

Não se admite qualquer discriminação aos direitos, sejam eles em relação à origem, à raça, ao sexo, à cor, à idade, entre outras.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência transcrevem que o princípio da igualdade consiste, em resumo, tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desiguam, na proporção de suas diferenças.

¹⁵ SILVA, 2004, p. 194.

¹⁶ BRASIL. Constituição (1988), op. cit.

Derivados deste conceito, surgem duas formas de aplicação do princípio da isonomia: a formal e a material. Segundo José Afonso da Silva, a isonomia formal tem sua aplicação restrita, atingindo a todos sem levar em conta as distinções de determinados grupos ou pessoas; enquanto na isonomia material ou real o intérprete deve analisar o princípio da igualdade, levando em conta as demais normas constitucionais, objetivando a busca da ordem econômica e social.¹⁷

Para Rodrigo César Rebello Pinho, a espécie de isonomia formal é aquela inserida na concepção clássica do Estado Liberal, em que todos são iguais perante a lei. A isonomia material seria a busca da igualdade de fato na vida econômica e social, buscando uma igualdade real.¹⁸

A Constituição Federal vigente estabelece possibilidades de exceções e restrições ao exercício do princípio da igualdade formal perante a lei (art. 3º, VI), tendo em vista o atendimento do princípio da igualdade material (art. 3º, III), aquela feita pela lei.

A igualdade na lei faz referência às exigências destinadas ao legislador que, no processo de sua formação, não poderá incluir fatores de discriminação. A igualdade perante a lei pressupõe norma, já elaborada, e traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento discriminatório.

A Constituição Federal veda distinções de qualquer natureza (art. 5º, *caput*) e tem como objetivo, entre outros, a promoção do bem de todos sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV).

Proíbe-se, ainda, diferença de salário, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor, estado civil ou posse de deficiência (art. 7º, XXX e XXXI): “A Constituição assim o fez porque essas razões preconceituosas são as que mais comumente se tomam como fundamento de discriminação”.¹⁹

A proibição da discriminação em relação à idade para preenchimento de cargos e empregos poderá ser declarada inconstitucional se ferir o princípio da igualdade:

A idade tem sido motivo de discriminação, mormente no que tange às relações de emprego. [...] A Constituição traz norma expressa proibindo diferença de salário, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de idade (art. 7, XXX). À vista desse texto fica interdito estabelecer idade mínima para o ingresso no serviço, como tem ocorrido [...].²⁰

¹⁷ SILVA, 2004, p. 213.

¹⁸ PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria geral da constituição e direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

¹⁹ SILVA, op. cit., p. 222.

²⁰ Ibid., p. 224.

A própria Constituição veda qualquer tipo de discriminação que leve em conta a idade, como na admissão de qualquer emprego, seja na esfera pública ou privada. Somente será admitida, quando autorizada pela própria Constituição, a limitação de idade em editais para o ingresso em carreira pública se as exigências das atribuições dos cargos assim determinarem em leis próprias. Para a ocorrência desta excepcionalidade, é indispensável que haja um pressuposto lógico e justificável para a limitação.

Além do mais, nem todas as pessoas são assistidas da mesma forma por todos os direitos ou obrigações, diferenciando-as pela categoria, como por exemplo, os advogados, que possuem certos direitos e obrigações distintos dos economistas ou médicos. “O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas”.²¹

Sendo assim, certas categorias teriam atribuições que justificariam a limitação da idade para admissão de pessoal, pois atingiriam um pressuposto lógico definido pelas suas atividades profissionais.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “[...] qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações, pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório, [...] não é no traço de diferenciação escolhido que se deve buscar algum desacato ao princípio isonômico”. Ainda:

144

[...] as discriminações são recebidas como *compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão somente quando existe um vínculo de correlação lógica* entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, *desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição*.²²

A autorização para a discriminação está contida na diferenciação que as pessoas e coisas possuem entre si e sua relação com o tratamento desequiparador e nos dados diferenciais entre eles.

Portanto, não ocorrerá ofensa ao princípio da isonomia quando a Constituição estabelecer um tratamento desigual, como exclusão por sexo para a obrigatoriedade do serviço militar, e existir um propósito lógico e racional que realmente justifique a desequiparação, protegendo, assim, valores constitucionais.

Além do mais, a lei sempre deverá ser interpretada excluindo dela distinções, discriminações e desequiparações que não foram assumidas por ela de forma clara, implícita ou explicitamente, evitando, assim, interpretação da lei de forma

²¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 12.

²² *Ibid.*, p. 17.

intolerável, injurídica e inconstitucional, pois a regra genérica da nossa Carta Magna é a defesa da igualdade humana.

Por fim, cabe salientar a necessidade de vigilância constante ao princípio da isonomia, com o objetivo de evitar situações que prejudiquem ou beneficiem um grupo determinado e seletivo de pessoas, protegendo assim os direitos individuais dos cidadãos brasileiros.

Princípio da proporcionalidade

Toda e qualquer reação, no Direito brasileiro, deve ser proporcional à ação, assim como as providências adotadas pelos Estados ou particulares com relação aos seus interesses devem ser adequadas, sendo proibidas as medidas excessivas, protegendo a autonomia do cidadão, ou seja, seus direitos individuais.

Devido à posição assumida pelos princípios fundamentais, somente ocorrerá duas formas de restrições a estes princípios: a restrição diretamente constitucional, quando a própria Constituição faz limitações; e a restrição indiretamente constitucional, quando estão expressamente autorizadas no corpo constitucional a limitação, restrição ou intervenção nos princípios fundamentais mediante cláusulas ou normas infraconstitucionais.²³

Como exemplo de restrição indireta, tem-se o art. 37, inciso II, da Constituição Federal do Brasil, que determina que a investidura dos cargos ou empregos públicos depende de aprovação em concurso público, de acordo com a complexidade e atribuições do cargo, no qual poderão ocorrer limitações dispostas em leis.

Salienta-se que os direitos fundamentais podem ser limitados pelo legislador infraconstitucional, desde que a limitação objetive preservar outro direito fundamental:

Dessa maneira, ao se limitar um direito fundamental, mesmo através de uma lei infraconstitucional, esta limitação somente será legítima (e possível) se tiver por fim proteger um outro direito fundamental. Ou seja, na colisão de direitos fundamentais, o legislador poderá, desde que o faça com base no princípio da proporcionalidade, limitar o raio de abrangência de um direito fundamental, visando dar maior efetividade a outro direito fundamental. Ressalte-se que essa limitação ocorre com frequência.²⁴

A circunstância de não estar expressamente escrito na Constituição Federal vigente não obsta que o princípio da proporcionalidade seja reconhecido e

²³ STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 64.

²⁴ LIMA, George Marmelsten. *Limitações ao direito fundamental à ação*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto043.htm>>. Acesso em: 17 jul. 2010.

devidamente aplicado. Para tanto, invocamos o disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal:

Art. 5º [...] § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. [...].²⁵

É exatamente numa situação em que há conflito entre princípios, ou entre eles e normas, que o princípio da proporcionalidade mostra seu principal significado, pois pode ser usado como critério para solucionar da melhor forma o conflito, otimizando-o à medida que se acata um e desatende o outro.

A vinculação entre o princípio da proporcionalidade e do direito constitucional deve ser fundamentada na proteção dos direitos fundamentais, pois estes exigem justiça concreta, que provêm do próprio conceito de justiça. Aliás, um dos objetivos primários do princípio da proporcionalidade é preservar os direitos fundamentais. Paulo Bonavides demonstra a grande importância desta vinculação quando disserta:

A vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais. É aí que ele ganha extrema importância e auferir um prestígio e decisão tão larga quanto outros princípios cardeais e afins, nomeadamente o princípio da igualdade.²⁶

146

É também no Direito Administrativo que a proporcionalidade surge como um grande e necessário princípio, pois é o limitador da discricionariedade do agente público. Ele limita o poder estatal em benefício da garantia da integridade física e moral dos que lhe são sub-rogados, tanto proibindo a violação da lei quanto o desvio de poder ou finalidade.

Com o grande aumento das atribuições dadas ao Poder Executivo, surge, atualmente, uma deslegalização, ou seja, o Executivo, com o objetivo de fazer frente às exigências sociais faz uso de decretos, editais, legislando onde a lei foi omissa: “[...] tudo aquilo que passar dos limites da lei e não houver competência expressa do executivo para regulamentar fere o princípio da legalidade e, por conseguinte, deve ser declarado inconstitucional”.²⁷

Tanto o Poder Executivo quanto o Legislativo não podem criar normas individuais ou para determinados casos concretos, pois a lei deve atingir a todos, de forma geral, sendo observado o efeito *erga omnes* na criação, interpretação e aplicação.

²⁵ BRASIL. Constituição (1988), op. cit.

²⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 358.

²⁷ STUMM, 1995, p. 62.

No entanto, existem situações em que é necessário distinguir por meio de lei:

A legitimidade das diferenciações veiculadas por meio da lei advém da sua justificativa perante os valores de uma comunidade. Por isso, o consenso quanto à arbitrariedade ou à aquiescência de uma classificação que se dirigir a grupos de pessoas [...] vai depender, em última análise, de uma avaliação jurídica concreta, em que ocorra a ponderação dos bens e valores constitucionais envolvidos.²⁸

A lei somente vai ser determinada como discriminatória quando não tiver fundamentação ou for visível a arbitrariedade do legislador, desrespeitando, assim, o princípio constitucional da igualdade.

Além do mais, se a limitação for desproporcional, não adequada ou desnecessária, fere a dignidade do homem em sua liberdade, pois sofreu a intervenção do legislador em seus direitos fundamentais.

Caso contrário, ou seja, se houver justificativa e fundamentação para a criação da norma que vai diferenciar certos grupos ou pessoas e for revestida de proporcionalidade, não fere os demais princípios. Exige-se justificativa que demonstre a racionalidade e proporcionalidade sempre que houver necessidade de um tratamento discriminatório que não seja vedado pela Constituição Federal.

Sendo assim, não viola o princípio da igualdade a fixação de requisitos estabelecidos em vista da garantia da capacitação dos candidatos a cargos públicos e de sua adequação à natureza da atividade, o que pode resultar na exclusão de candidatos por motivo de sexo ou idade. Entretanto, as limitações e restrições estabelecidas devem decorrer de lei ou de ato administrativo, demonstrando proporcionalidade entre a necessidade e a limitação.

O princípio da proporcionalidade é a exigência de que os atos não sejam praticados apenas com o respeito aos ditames da sua formação e execução, “mas que também guardem no seu conteúdo uma decisão razoável entre as razões que os ditaram e os fins que se procura atingir”.²⁹

Atualmente, a proporcionalidade é considerada derivada do princípio da igualdade, pois existem motivos que justificam o tratamento desigual ou diferenciado. Nesse caso, o princípio da igualdade fica substituído pela proporcionalidade, sendo que a desigualdade não poderá ir além do que a causa que a justifique. A igualdade se relativiza pela proporcionalidade, trazendo uma ideia de igualdade proporcional, ou ainda, justiça distributiva.

O princípio da proporcionalidade, em sentido amplo, tem maior abrangência, pois: “[...] é também chamado de proibição de excesso, possuindo como

²⁸ STUMM, 1995, p. 68.

²⁹ BASTOS, 2001, p. 52.

características que o diferenciam da proporcionalidade em sentido estrito a exigência da análise da relação de meio e fim”³⁰

Em sentido estrito, o princípio da proporcionalidade é também chamado de lei da ponderação, ou seja, é a adequação entre o meio e o fim: “O juízo de ponderação entre os pesos dos direitos e bens contrapostos deve ter uma medida que permita alcançar a melhor proporção entre os meios e os fins”³¹

O princípio da proporcionalidade possui três subprincípios, quais sejam: o questionamento sobre a real necessidade – entre as soluções possíveis deve-se optar pela menos gravosa; a adequação entre o meio utilizado e o fim pretendido – existência de relação adequada entre o fim e o meio determinado; e a ponderação entre os valores envolvidos na questão – proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, verificação do custo-benefício da medida.

Os Poderes Públicos (Executivo, Legislativo e Judiciário) devem sempre procurar harmonizar os interesses coletivos e individuais, pois ambos são legítimos e somente podem ser desconhecidos dentro de um limite excepcionalmente necessário.

Alguns doutrinadores temem um excesso na utilização do princípio aqui dissertado, alegando uma ameaça ao princípio da separação dos poderes, principalmente na relação Legislativo x Judiciário. No entanto, Paulo Bonavides determina que: “infere-se todavia a necessidade da prudência no seu emprego”³²

148

Em primeiro lugar, deve ocorrer uma preocupação sobre o uso exagerado do princípio da proporcionalidade, evitando assim uma expansão vazia, sem necessidade, gerando dano à normatividade da lei, afinal é importantíssima a vigência deste princípio para proteger o cidadão contra excessos do Estado, além de ser um escudo à defesa dos direitos e das liberdades constitucionais.

O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade é um poderoso instrumento para reforçar o controle da constitucionalidade das leis e demais atos administrativos, procurando resguardar os direitos fundamentais de restrições desnecessárias e abusivas, infringidos por atos arbitrários, sem um verdadeiro interesse coletivo superior.

Enfim, é indiscutível a real importância do princípio da proporcionalidade para o Estado de Direito, pois é ele o núcleo central dos demais direitos e princípios fundamentais para a efetivação do objetivo do Direito: a Justiça.

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade é um dos sustentáculos fundamentais do Estado de Direito. É na legalidade que os indivíduos encontram o fundamento para suas

³⁰ STUMM, 1995, p. 78.

³¹ Ibid., p. 81.

³² BONAVIDES, 2002, p. 391.

prerrogativas e seus deveres, ganhando no direito público uma significação especial pela total subordinação da Administração Pública à lei.

Enquanto o particular pode fazer tudo o que a lei não o proíbe, a Administração Pública somente pode fazer o que a lei autoriza ou determina antecipadamente, ou seja, a Administração Pública deve estar em conformidade com as normas legais.

A legalidade, como princípio da Administração Pública, mas especificamente dos concursos públicos, veio consagrada no art. 37, *caput*, da Constituição Federal. Ela determina que, para a eficácia de toda atividade administrativa, o ato deverá estar condicionado ao atendimento da lei.

O princípio da legalidade significa vinculação da Administração Pública com a lei:

[...] o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.³³

As leis administrativas são preceitos de ordem pública e por este motivo não podem ser descumpridas ou renunciadas, pois são utilizadas em benefício da coletividade, sob pena de ofensa ao bem comum.

Para o certame do concurso público, segundo o art. 37, inciso II, da Constituição Federal, necessita de forma prescrita em lei. Este princípio da legalidade para a realização dos concursos públicos determina que a Administração, direta ou indireta, obrigatoriamente, deverá elaborar lei infraconstitucional em que determinará os requisitos para cada cargo ou emprego, as atribuições das atividades e a necessidade da limitação máxima de idade, se for cabível.

No entanto, somente a lei não basta, deverá existir um Decreto Executivo com o regulamento do concurso público e um edital para dar ampla publicidade a todos os atos e requisitos inerentes ao certame. É a expedição de comandos complementares à lei, atendendo ao princípio da legalidade.

Salienta-se que todos os atos infralegais devem estar editados em conformidade com a lei, e esta, por sua vez, deve estar dentro dos limites impostos pela Constituição Federal, uma vez que a Administração Pública, no desempenho de suas funções, está sujeita ao princípio da legalidade, isto é, à Constituição Federal.

A lei infraconstitucional será Federal, Estadual ou Municipal, conforme se trate de cargos pertencentes a uma ou outra esfera. Sendo assim, as exigências formuladas para os candidatos a concurso público só terão validade se previstas em leis, no seu sentido estrito, e segundo os critérios constitucionais.

³³ MEIRELLES, 1993, p. 82.

Normas infralegais, isoladamente, não poderão restringir a possibilidade de qualquer exercício profissional: “Não se está a dizer que as restrições não poderão ser estabelecidas por meio de outras espécies normativas mas, tão somente, que elas deverão encontrar anterior respaldo em lei para a qual, aliás, deverão oferecer fiel execução”.³⁴

Além do mais, para não ferir o princípio da igualdade, discriminando determinados grupos ou pessoas que estão concorrendo a uma vaga no concurso público, as limitações devem atender ao princípio da proporcionalidade, ou seja, as exigências que geram restrições devem ser proporcionais à necessidade das atividades do cargo ou emprego público.

Caso as limitações ou restrições para concursos públicos sejam estabelecidas por outras normas legais que não a Lei em sentido estrito, serão consideradas manifestamente inconstitucionais, por afrontarem o princípio constitucional da legalidade.

A LIMITAÇÃO DE IDADE NOS CONCURSOS PÚBLICOS

Aspectos sociais

Diante do aumento do desemprego no País, a abertura de novos postos de trabalho nos Poderes Públicos ganha grande importância. A disputa em concursos públicos tornou-se uma das maiores opções de procura por um emprego para os brasileiros, estejam desempregados ou não.

A realidade social do desemprego não é exclusividade dos jovens, mas, sim, uma situação que atinge toda a faixa ativa da população, as pessoas que possuem entre 14 e 65 anos.

É notória a crescente procura dos cidadãos, independentemente da sua faixa etária, por cargos e empregos públicos por meio de concursos. Seja pela estabilidade ou pelas vantagens salariais, o concurso público é visto pela população como a melhor forma de selecionar e destacar os mais capacitados para a função pública, além de dar ao classificado certo *status* perante a sociedade.

Entretanto, os cidadãos que contam com mais idade, muitas vezes, são impedidos de concorrer nos concursos, com exigências contidas nos editais, caracterizando excesso de restrições, dentre elas, a limitação da idade para acessibilidade à disputa do certame.

Assim, se o desemprego afeta toda a sociedade, discriminar uma parcela dela é agravar esse problema social, pois o próprio Estado gera inacessibilidade ao emprego.

³⁴ SPITZCOVSKY, 2004, p. 71.

Para a solução, deve-se buscar a inserção social das pessoas de mais idade na sociedade. Uma possibilidade é a acessibilidade aos cargos e empregos públicos, concorrendo de forma igual com os demais candidatos.

Além do mais, muitas pessoas, mesmo após a aposentadoria, deparam-se com a falta de recursos financeiros necessários para o próprio sustento, obrigando-se a voltar a disputar uma vaga no mercado de trabalho.

A Lei Federal n. 10.741, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências, no seu art. 27, em conformidade com a Constituição Federal, gerou efetividade ao art. 7º, inciso XXX, e vedou a discriminação e a fixação de limite de idade, tanto no setor público quanto na iniciativa privada, ficando ressalvados os casos em que a natureza do cargo exigir.

O objetivo primordial do art. 27 foi possibilitar a acessibilidade das pessoas de mais idade ao emprego e cargo, criando condições para a sociabilização deste grupo social que frequentemente sofre preconceitos pela idade mais avançada e, por este motivo, não conseguem colocação no disputadíssimo mercado de trabalho, seja na esfera pública ou na iniciativa privada. Inclusive, o parágrafo único do artigo já citado determina que, no caso de empate de candidatos selecionados no certame público, será utilizada como critério de desempate a análise da idade dos concorrentes, dando preferência para o candidato de mais idade.

Sendo assim, toda pessoa com idade avançada tem direito a concorrer em qualquer concurso público.

A limitação de idade terá razão de ser, sendo criteriosa e plausível, não ofendendo o senso comum da sociedade, quando as atribuições do cargo a exigir pela necessidade frente às atividades que serão exercidas.

Desejando estabelecer limitação de idade para os concursos públicos, o legislador deve atender ao princípio da legalidade, contendo na lei requisitos formais quanto à existência de motivos que a justifiquem, e não vestígios de mero preconceito da sociedade, e por fim, a razoabilidade do limite da idade escolhida, evitando qualquer tipo de discriminação.

Cabe salientar, ainda, que estão garantidos na Constituição Federal a cidadania com plena integração social, a defesa de sua dignidade e bem-estar, o direito à vida e ao trabalho, e o repúdio de qualquer tipo de discriminação a todas as pessoas, principalmente para proteção dos mais velhos.

Além do mais, os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, elencados no art. 5º da Constituição Federal, são direitos que não devem ser violados, principalmente com referência às pessoas de mais idade, que são mais vulneráveis à discriminação, sendo dever de toda a sociedade e dos Poderes Públicos a proteção dos direitos previstos da Carta Magna.

O objetivo primário do certame é a contratação do melhor candidato selecionado para a prestação do serviço à população, sem levar em conta sua idade

ou qualquer outra forma de discriminação, evitando danos consideráveis à sociedade e à qualidade dos candidatos.

Sendo assim, prevalece o interesse da sociedade na condução de um concurso público, e não o da conveniência da Administração Pública.

Aspectos morais

Entre os princípios fundamentais que norteiam a Administração Pública, encontra-se o princípio da moralidade, que faz referência não a moral comum, mas, sim, a moral administrativa: “[...] a moral administrativa é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação: o bem comum”.³⁵ É a regra da boa Administração, voltada ao interesse coletivo, diferente da moral comum.

A moralidade administrativa deve ser aplicada em todos os atos da Administração Pública e, portanto, também aos concursos públicos. Assim, o concurso público, por ser regra geral para o preenchimento de cargos e empregos públicos, deve estar conexo com a moral administrativa.

Para a investidura dos cargos e empregos públicos, como já foi dissertado aqui anteriormente, necessita-se de concurso público, determinado pela Constituição Federal no seu art. 37, inciso II, tendo uma grande importância para a Administração Pública na seleção de pessoal qualificado:

O concurso público é o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se a **moralidade**, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendem aos requisitos da lei, consoante no art. 37, II da CF³⁶ (grifo nosso).

No entanto, ficaram ressalvadas as nomeações para os cargos em confiança, que são de livre nomeação e exoneração (art. 37, V, da Constituição Federal). Esses cargos poderão ser preenchidos por pessoas que não foram selecionadas por concurso público.

Outra ressalva do disposto legal é a contratação por tempo determinado de excepcional interesse público, em hipóteses previstas em lei (art. 37, IX, da Constituição Federal).

Ocorre que estas ressalvas estão sendo utilizadas como escapes para fugir da obrigatoriedade dos concursos públicos, sendo fontes de abusos e injustiças. Frustrar a legalidade do certame, ou ainda, dispensá-lo indevidamente, causa

³⁵ MEIRELLES, 1993, p. 84.

³⁶ Ibid., p. 375.

lesão ao erário público, além de violar os princípios constitucionais, notadamente o da moralidade administrativa.

Como o concurso público visa à preservação da moralidade, quando assegura tratamento igualitário a todos os candidatos que preencham os requisitos legais, é moralmente mais adequado, frente às nomeações de cargos e funções de confiança e de contratação por tempo determinado, principalmente se a dispensa do certame for ilegal, ou seja, não atender os requisitos exigidos pelo art. 37, incisos V e IX, da Constituição Federal.

A acessibilidade dos cargos e empregos públicos por concurso é muito mais abrangente e moralmente admitida do que os cargos que não necessitam do certame, pois geralmente esses cargos e empregos são preenchidos levando-se em conta a ideologia política, nepotismo e o apadrinhamento, gerando privilégios em favor de um ou outro cidadão em particular, em prejuízo da capacidade e do conhecimento técnico e da concorrência em igualdade ao acesso do serviço público.

Além do mais, o servidor concursado, sendo estável, é menos suscetível a influências danosas ao erário público. A insubmissão da Administração Pública à regra democrática do concurso público traz consideráveis danos à sociedade e interfere na qualidade dos seus servidores.

Sendo assim, deve prevalecer uma conduta norteadas por atos isentos, objetivando aferir a efetiva habilitação dos interessados aos cargos ou empregos públicos.

No entanto, se o concurso público contiver restrições excessivas, como a limitação de idade, estatura física, grau de restrição desproporcional em relação à função, ou ainda, não resguardar as garantias constitucionais do concurso para a investidura em cargo e emprego público, utilizando das exceções – cargo em comissão e contratos temporários – como regra de ingresso no serviço público, cometem-se práticas imorais e inconstitucionais, passíveis de anulação.

Além do mais, a limitação de idade, como requisito para a investidura na carreira pública por concurso, traz um sentimento individual de exclusão, marginalização física e psicológica do cidadão-candidato atingido pela restrição, criando uma forma de discriminação desproporcional à realidade.

Mesmo assim, certos concursos públicos no Brasil são eivados de imoralidades e ilegalidades, ao trazerem em seus editais, normas que restringem os direitos constitucionais de igualdade, proporcionalidade e legalidade para com os concorrentes dos certames públicos.

O concurso público analisa a aptidão e o preparo dos candidatos, por meio de provas ou de provas e títulos. Assim, por óbvio, é conveniente que concorra o maior número possível de candidatos.

Salienta-se, mais uma vez, que, nos casos em que a natureza do cargo exigir, o legislador poderá limitar a idade e estabelecer uma discriminação, pois nesse caso não há violação ao princípio da igualdade. Mas é necessário que seja analisado

o caso concreto, aplicando o princípio da razoabilidade na limitação máxima da idade. Portanto, a limitação é exceção, jamais regra.

A publicação do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003) contribuiu para uma melhor compreensão da questão da limitação da idade nos concursos públicos, vedando a discriminação por idade, ressalvando os casos de exigência pelas atividades do cargo (art. 27).

Hoje, percebe-se, principalmente nos bancos escolares e universitários, a crescente demanda de pessoas com mais “experiência de vida”,³⁷ buscando ampliação dos seus conhecimentos e preparação para o mercado de trabalho. Ocorre que, muitas vezes, essas pessoas encontram em editais para concursos públicos discriminações, não somente inconstitucional, mas imoral e irracional, banindo candidatos altamente qualificados do certame.

A Administração Pública deve evitar formas autoritárias de restrições aos candidatos dos certames públicos, uma vez que ferem direitos constitucionais. Deve ela, criar normas justas e comprometidas com o interesse público, buscando sempre a pessoa mais qualificada e preparada para, no serviço público, atender à população, garantindo a dignidade do candidato.

Aspectos jurídicos

154

Com o advento da Constituição Federal de 1988, ampliada pela Emenda Constitucional n. 19/98, em princípio, não há como proibir que pessoas de mais idade participem de concursos públicos, ficando vedado qualquer tipo de discriminação por idade.

A Constituição Federal deve resguardar a igualdade entre as pessoas, permitindo-lhes postular um cargo ou emprego público, garantindo que serão contratados servidores competentes, assim determinado pelo art. 37, inciso II.

Alguns dos Direitos Sociais dos trabalhadores, elencados no art. 7º da Carta Magna, são aplicáveis aos servidores públicos, por força do art. 39, § 3º, do mesmo dispositivo legal.

Entre esses direitos, encontra-se a proibição de critérios diferenciados para admissão, como por motivo de idade, sexo, cor ou estado civil.

A limitação de idade em concurso público, como elemento discriminatório, não encontra lugar no sistema jurídico do Brasil, pois infringe dois fundamentais princípios constitucionais: o da igualdade e o da proporcionalidade das leis, além de, em alguns casos, ferir ainda o princípio da legalidade.

³⁷ No popular, “experiência de vida”, designa pessoa madura, mais velha, que não tem muita escolaridade, mas experiência e conhecimento, por prática, em algum ofício ou profissão.

A regra geral dos referidos princípios constitucionais é a proibição de discriminações em razão da raça, religião, cor, sexo, idade (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal).

No entanto, a redação da parte final do § 3º, do art. 39, da Constituição Federal, dada pela Emenda Constitucional n. 19/98, viabilizou a limitação de idade, ou seja, poderá a lei prever limite mínimo e máximo de idade para o ingresso na carreira pública, quando a natureza do cargo o exigir.

Cabe salientar que essa limitação de idade não pode ser feita de forma generalizada, pois o inciso XXX, do art. 7º, da Constituição Federal é estendido aos servidores públicos, decorrente do art. 39, § 3º, do mesmo diploma legal, tendo a Emenda Constitucional n. 19/98 apenas atenuado o dispositivo com a expressão que o segue: “[...] podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados pela admissão quando a natureza do cargo exigir”.³⁸

Caberá à lei em sentido estrito, e somente a ela, impor requisitos para acessibilidade aos cargos e empregos públicos.

Sendo assim, caso o edital, que é norma infralegal, estabeleça limite de idade para ingresso em cargo ou emprego público, sem lei que o autorize, ou ainda se esta restrição for desproporcional e desnecessária, deverá ser declarado inconstitucional.

A referida inconstitucionalidade poderá ser formal ou material. Formal diz respeito à forma que a lei, em sentido estrito, foi elaborada, ou seja, a constitucionalidade formal ou extrínseca ocorre quando são desrespeitadas as regras processuais para elaboração do provimento legislativo, previstas na Constituição Federal.

A inconstitucionalidade material ou intrínseca ocorrerá quando o conteúdo da lei ou norma infraconstitucional contiver dispositivos incompatíveis ou contrários com os preceitos da Constituição Federal.³⁹ Portanto, a inconstitucionalidade é uma situação de desconformidade da lei infraconstitucional face à Constituição Federal, seja em conflito material ou formal.

Sendo assim, caso a limitação de idade seja instituída somente pelo edital do certame, e não na lei em sentido estrito, conterá uma inconstitucionalidade formal. No caso de haver limitação de idade determinada por lei, contrariando os princípios constitucionais da igualdade e da proporcionalidade, conterá uma inconstitucionalidade material.

O Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de pacificar as divergências atinentes ao limite de idade e as crescentes declarações de inconstitucionalidade decorrentes de restrições e exigências em concursos públicos, adotou a Súmula

³⁸ BRASIL. Constituição (1988), op. cit.

³⁹ SILVA, 2004, p. 48.

n. 683, aprovada pelo Pleno, na sessão de 24 de setembro de 2003, nos seguintes termos: “O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido”.⁴⁰

Esta interpretação complementou a Súmula n. 14, do Supremo Tribunal Federal, que determina: “Não é admissível, por ato administrativo, restringir, em razão da idade, inscrição em concurso para cargo público”.⁴¹

O entendimento jurisprudencial acerca da legalidade da exigência de idade máxima para o provimento de cargos e empregos por concurso público é pacífico, isto é, é permitido desde que prevista em lei e que seja exigida pela natureza das atividades inerentes ao cargo ou emprego. Para o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos casos de não existência de lei em sentido estrito, ou de ferimento dos princípios da igualdade e proporcionalidade, o edital será inconstitucional:

Apelação Cível. Constitucional, Administrativo e Processual Civil. Município de Chapada. Concurso Público. Cargo de Calceteiro. Exigência editalícia de idade máxima de 45 (quarenta e cinco) anos para provimento do cargo. Ausência de comprovação de previsão legal da limitação.⁴²

Concurso Público. Mandado de Segurança. Augusto Pestana. Limitação de idade aos 45 anos. Art. 7º, XXX da Carta Federal. Limite que não encontra eco no princípio de razoabilidade lógica ou justificativa racional, atendida a natureza das funções do cargo. A maturidade física e a psíquica acompanham o homem muito após os 45 anos de idade, bem como a capacidade intelectual não estiola nesta faixa etária. Vigor físico somente exigido para certas categorias. Expectativa de vida do brasileiro ampliada. Terceira idade. Compulsória além dos 70 anos.⁴³

Existem ainda, no mesmo Tribunal, decisões contrárias, que determinam a limitação de idade, atendendo aos princípios da legalidade, igualdade e proporcionalidade. Senão, vejamos:

⁴⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula n. 683. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp?tip=SUM>>. Acesso em: 2 jul. 2010.

⁴¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula n. 14. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp?tip=SUM>>. Acesso em: 2 jul. 2010.

⁴² BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Constitucional, Administrativo e Processual Civil. Apelação Civil n. 70011143781. Apelante Luiz Carlos Schneider. Apelado Município de Chapada. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 29 jul. 2010.

⁴³ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Constitucional e Administrativo. Mandado de Segurança n. 7008952491. Impetrante Maria Helena Marchesan. Impetrado Prefeito Municipal de Augusto Pestana. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 29 jul. 2010.

Concurso Público, Limitação Etária. Não se admite, apenas, a limitação de idade para concurso público se a exigência, como condição para o provimento do cargo, emprego ou função pública, não observar o critério da razoabilidade objetiva. Hipótese de idade máxima, em que a impetrante ultrapassou folgadoamente o limite estabelecido na lei e no edital. Ausência de direito líquido e certo, violado por ato abusivo ou ilegal. Sentença reformada, em reexame necessário.⁴⁴

O Supremo Tribunal Federal, em seus Acórdãos, determinou que, para a legalidade da limitação de idade nos certames públicos, a restrição deve ocorrer por meio de lei ordinária em sentido estrito: “Policia! Militar do Distrito Federal: concurso público: limite de idade: restrição não prevista em lei ordinária (Lei n. 7.289/84), não cabendo ao edital limitar o que a lei não restringiu: precedentes”.⁴⁵

No entanto, se as atribuições dos cargos e empregos exigirem, por mero capricho, a limitação de idade em concurso público, essa lei será igualmente inconstitucional. Esse também é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que reconhece a possibilidade de limitação de idade em concursos públicos, não ferindo o princípio da igualdade, quando for necessária pelas atividades profissionais dos cargos e empregos postos à disposição, pois está baseada em outro princípio, que é o da proporcionalidade:

Concurso Público. Fiscal de Tributos Estaduais. Limite de Idade de trinta e cinco anos. Art. 20, inc. II, da Lei n. 8.118/85, do Estado do Rio Grande do Sul. Inconstitucionalidade da Lei gaúcha que estipulou requisito de idade máxima de trinta e cinco anos para inscrição em concurso para o cargo de Fiscal de Tributos Estaduais.⁴⁶

Cabe salientar que, em certos casos, a própria Constituição Federal determinou a limitação da idade, como para a nomeação dos Ministros do Supremo Federal e Superior Tribunal de Justiça (respectivamente, arts. 101 e 104, parágrafo único, da Constituição Federal), cuja idade máxima é de 65 anos.

⁴⁴ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Constitucional e Administrativo. Reexame necessário n. 70001746528. Autora Elena Maria Ferronato. Réu Município de Getúlio Vargas. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 29 jul. 2010.

⁴⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Constitucional e Administrativo. Recurso Extraordinário n. 327.784-7. Agravante Distrito Federal. Agravado Denilson Fonseca Gonçalves. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp?tip=ACO>>. Acesso em: 29 jul. 2010.

⁴⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Constitucional e Administrativo. Recurso Extraordinário n. 209.714-4. Reclamante Raul Lahude e outros. Reclamado Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp?tip=ACO>>. Acesso em: 29 jul. 2010.

Quando achou conveniente, o próprio constituinte fez limitações, deixando ao legislador a possibilidade de estabelecer outras limitações, como a limitação de idade, por meio de leis nos casos de necessidade decorrente da natureza e atribuições do cargo ou emprego público.

Com esta possibilidade, muitos editais, inclusive para concursos nas áreas jurídicas, tais como para Magistratura, Procuradores e Ministério Público de vários Estados, são inconstitucionais por não comprovarem a necessidade da limitação de idade. É notório que os concursos na área jurídica, por envolver atividade intelectual, não deveriam conter limite máximo de idade, salvo as exceções em que o conhecimento jurídico deve estar vinculado ao esforço físico. Mesmo assim, a limitação de idade não se justificaria, pois uma das etapas das provas poderia ser de resistência e aptidão física.

No entanto, como exemplo de abuso na possibilidade do legislador limitar a idade nos certames públicos, tem-se a Lei n. 10.069/94, que determinou, como um dos requisitos para acessibilidade ao concurso da Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul, a limitação de idade de 45 anos, verificados no momento da inscrição.

Destaca-se que, para determinadas profissões públicas, como as da Magistratura ou do Ministério Público, por exemplo, necessita-se da experiência, que somente a idade pode trazer, a fim de atingir a segurança e a paz social, decorrente destes tipos de atividades jurídicas.

158

O saber é adquirido com o decorrer da vida estudantil e profissional. A maturidade, seriedade e experiência do candidato ao certame devem ser avaliadas nos exames de provas e de provas e títulos, que analisarão seus conhecimentos.

Portanto, a exigência de limite máximo de idade em concurso público somente será considerada constitucional se restar comprovada sua razoabilidade pela natureza e complexidade do cargo ou emprego público, além de anterior previsão em lei, pois o objetivo do Constituinte foi criar uma maior acessibilidade aos cargos e empregos públicos a todos os cidadãos brasileiros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vigora, atualmente, no Brasil, o Estado Democrático de Direito, em que o Estado tem obrigação de atender ao interesse comum da população, ou seja, os interesses coletivos devem prevalecer sobre os individuais, estando o Administrador vinculado à lei.

A regra geral do concurso público, para preenchimento de cargos e empregos da Administração Pública, surgiu com a Constituição da República Federativa do Brasil em 1946, sendo novamente salientada pela Constituição Federal de 1988.

O objetivo do concurso público é a seleção do candidato mais qualificado, ao qual todos os cidadãos devem ter acesso e direito de pleiteá-lo, para garantir a eficiência dos serviços públicos postos à disposição da população.

As exceções são as contratações por prazo determinado de excepcional interesse público e as admissões de cargos e funções de confiança. Mas a Administração Pública deve evitar ao máximo esses tipos de provimento, pois fere o princípio da investidura de cargo ou emprego público mediante prévia aprovação em concurso público, atingindo, conseqüentemente, a Constituição Federal.

A Administração Pública, em sua discricionariedade, poderá determinar restrições para a acessibilidade dos cargos e empregos públicos, mediante a comprovação da necessidade de requisitos por motivos técnicos, sempre atendendo aos princípios da igualdade, proporcionalidade e legalidade, que são os princípios norteadores dos concursos públicos.

Cabe salientar que os princípios constitucionais compõem-se de regras jurídicas efetivas, sendo a base do Direito Constitucional e de todo o sistema normativo brasileiro, além de possuírem eficácia plena. Violar ou restringir um princípio significa transgredir todo o ordenamento jurídico.

Por este motivo, a Constituição Federal objetivou a proteção aos princípios, dentre os quais o princípio da igualdade, não permitindo qualquer tipo de discriminação.

Entre as vedações de discriminação, determinada pela Constituição Federal, está a proibição de limitação de idade para admissão em concursos públicos (art. 7º, XXX), podendo ser declarada inconstitucional a limitação que ferir o princípio da igualdade.

No entanto, se a limitação de idade atender ao princípio da legalidade, ou seja, for legalmente constituída por meio de lei em sentido estrito e por processo legislativo e, ao mesmo tempo, atender o princípio da proporcionalidade, qual seja, a real necessidade decorrente da natureza das atividades, adequando o meio ao fim, a limitação não será inconstitucional ou ilegal.

Além dos princípios constitucionais da legalidade, igualdade e proporcionalidade, analisou-se a possibilidade da limitação de idade para a acessibilidade aos cargos e empregos públicos sob os aspectos sociais, morais e jurídicos, uma vez que afetem a toda a sociedade.

Sob estes três aspectos, como não poderia ser diferente, o que prevalece é o jurídico, pois é ele o balizador e controlador de todos os atos que influenciam a sociedade, evitando excessos e protegendo os direitos individuais e coletivos da população. Entretanto, o Judiciário, em suas decisões, praticamente não tem considerado os aspectos sociais e morais em relação aos critérios que o administrador tem adotado para limitar a idade máxima nos concursos públicos, restringindo-se a ponderar levando em conta a razão de índices meramente técnicos, ou seja, a exigência de força laboral ou física e a idade da pessoa.

Assim, com a aprovação da Lei n. 10.741/2003, foi efetivada a proibição de tratamento discriminatório, determinado pelo art. 7º, inciso XXX, da Constituição

Federal. Contudo, a parte final do art. 39, § 3º, da Constituição Federal determina a possibilidade de disciplinar e limitar a idade para os certames públicos.

Portanto, chega-se à conclusão de que não será inconstitucional o edital que limitar, de forma proporcional, a idade máxima para a investidura em cargo ou emprego público, desde que atenda a uma lei anterior e comprove a real necessidade decorrente da natureza do cargo ou emprego, não configurando, assim, ofensa ao princípio da igualdade humana.

Assim, cabe ao Poder Judiciário e à sociedade o controle da constitucionalidade da possibilidade de limitação de idade, evitando abusos por parte dos Administradores Públicos, pois afrontar o princípio da igualdade é afrontar a própria dignidade humana e a efetivação da Justiça.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo. *Concursos públicos*. Brasília: Consulex, ano VI, n. 121, jan. 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos*. São Paulo: RT, 1984.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

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

BRASIL. *Lei n. 10.741*, de 1º de outubro de 2003. *Estatuto do idoso*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 15 jul. 2010.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Constitucional e Administrativo. Recurso Extraordinário n. 327.784-7. Agravante Distrito Federal. Agravado Denilson Fonseca Gonçalves. Jurisprudência do STF. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp?tip=ACO>>. Acesso em: 29 jul. 2010.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Constitucional e Administrativo. Recurso Extraordinário n. 209.714-4. Reclamante Raul Lahude e Outros. Reclamado Estado do Rio Grande do Sul. Jurisprudência do STF. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp?tip=ACO>>. Acesso em: 29 jul. 2010.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Súmula n. 14*. Não é admissível, por ato administrativo, restringir, em razão da idade, inscrição em concurso para cargo público. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp?tip=SUM>>. Acesso em: 2 jul. 2010.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Súmula n. 683*. O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, inciso XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp?tip=SUM>>. Acesso em: 2 jul. 2010.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Súmula n. 684*. É inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso público. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp?tip=SUM>>. Acesso em: 2 jul. 2010.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Constitucional e Administrativo. Mandado de Segurança n. 7008952491. Impetrante Maria Helena Marchesan. Impetrado Prefeito Municipal de Augusto Pestana. Jurisprudência do TJRS. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 29 jul. 2010.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Constitucional e Administrativo. Reexame necessário n. 70001746528. Autora Elena Maria Ferronato. Réu Município de Getúlio Vargas. Jurisprudência do TJRS. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 29 jul. 2010.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Constitucional, Administrativo e Processual Civil. Apelação Civil n. 70011143781. Apelante Luiz Carlos Schneider. Apelado Município de Chapada. Jurisprudência do TJRS. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 29 jul. 2010.

FRANCO, Paulo Alves. *Estatuto do idoso anotado*. São Paulo: Editora de Direito, 2004.

LIMA, George Marmelsten. *Limitações ao direito fundamental à ação*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto043.htm>>. Acesso em: 17 jul. 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria geral da constituição e direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RIO GRANDE DO SUL. *Lei n. 10.069*, de 17 de janeiro de 1994. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/legis/>>. Acesso em: 7 ago. 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SPITZCOVSKI, Celso. *Concursos públicos: limitações constitucionais para os editais: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

Data de recebimento: 30/5/2011

Data de aprovação: 17/6/2011

GREVE NAS ATIVIDADES ESSENCIAIS E SEUS CONFLITOS

STRIKE IN FUNDAMENTAL SERVICES AND ITS CONFLICTS

*Daniel Eloi de Paula Rodrigues**

RESUMO

A pesquisa tenta estabelecer os parâmetros, a extensão e a eficácia do direito de greve no Brasil, destacando um ponto que recebe atenção especial e regras diferenciadas para si, as atividades, ou os serviços essenciais. Após um breve resumo histórico do que seja o instituto da greve, passa-se à conceituação e definição do que a doutrina e o ordenamento jurídico consideram atividades essenciais, quais os efeitos e os métodos de solução para os trabalhadores advindos com as regras especificamente criadas para estes casos. O estudo começa, então, uma discussão sobre o confronto gerado neste caso, entre o direito do operário de lutar por melhores condições de trabalho e o direito da coletividade de ter supridas as suas necessidades vitais. Abre-se, ainda, um espaço para tratar das experiências internacionais sobre o assunto, em países como Itália, Portugal e Japão. Por fim, é apresentado um panorama geral sobre o artigo, deixando a ideia de que o direito de greve não é absoluto, porém plenamente exercitável, prevalecendo, contudo, interesse coletivo neste caso.

Palavras-chave: Atividades e serviços essenciais; Direito de greve; Direito do trabalho.

ABSTRACT

The research tries to establish the parameters, extension and efficacy of the right to strike in Brazil, highlighting an issue that receives special attention and has specific rules: fundamental activities or services. After

* Estudante, aluno do 3º termo C, período matutino, do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, de Presidente Prudente, São Paulo. Bolsista do grupo de iniciação científica “O Estado de Direito: aspectos políticos, jurídicos e filosóficos”, do Prof. Ms. Sérgio Tibiriçá Amaral. Áreas de Interesse: Direito Constitucional, Direito Internacional, em especial no que tange às políticas públicas e sociais. Correspondência para/*Correspondence to:* Rua das Arueiras, n. 312, 19066-010, Cohab, Presidente Prudente-SP. E-mail: danielheiro92@msn.com.

a short historical summary of the institution of strike, the paper conceptualizes and defines fundamental services from the standpoint of the doctrine and the legal order; the effects and methods of solution for workers created from the specific elaborated norms. The paper, then, discusses the conflicts between the right of the workers to fight for better work conditions and the right of the collectivity to have their vita needs seem to. The international experiences on the subject – in Italy, Portugal and Japan – are analyzed. Finally, a general overview is presented, focusing on the idea that the right to strike is not absolute, even though completely exercisable, with the prevalence of the collective interest.

Keywords: Essential activities and services; Right to Strike; Labor Law.

ASPECTOS GERAIS DO DIREITO DE GREVE

Sendo um dos fatores resultantes da nova dinâmica de produção e de consumo, advindas com a lógica da construção e do abastecimento de um mercado em larga escala, elementos presentes na Revolução Industrial durante os séculos XVIII e XIX, as novas espécies de trabalho desse período ainda carregavam em si os vícios comuns aos métodos feudais e coloniais de exploração.

Assim, em virtude de serem os detentores desse novo poder, os empregadores submetiam a classe operária a um regime de semiescravidão, obtendo o que na economia é conhecido pelo maior lucro a um menor custo, uma vez que retiravam o máximo dos trabalhadores na razão da produtividade sem, entretanto, completar essa via de mão dupla, o que dizia respeito a lhes fornecer um mínimo de qualidade do ambiente de trabalho e das condições salariais.

São essas as circunstâncias em que surge o instituto da greve, nome este que se origina da *Praça de la Grève*, em Paris, assim chamada por ser um local onde se acumulavam gravetos trazidos pelas enchentes do rio Sena, palco de importantes manifestações de operários e desempregados.¹

No começo, ainda sob a forma de pequenas revoltas cujos interesses eram divergentes, não sendo, assim, consideradas greves de fato, o que só ocorreria com o advento de grupos organizados, os sindicatos, e, posteriormente, das primeiras leis trabalhistas.

Como, em suma, a greve resulta em uma paralisação das atividades produtivas, seja ela de forma total ou parcial, foi sempre considerada sinônimo de perda, por parte do empregador, e objeto de repressão violenta, durante o início do processo de industrialização e de organização sindical.

Nota-se a relevância do assunto não só para o Direito, mas para toda a sociedade. A greve possui características sociais marcantes, pois envolve no mínimo

¹ BARSA, Nova Enciclopédia. *Greve*. Macropédia. São Paulo: Barsa Consultoria Editorial, 2001. v. 7, p. 224-225.

duas partes, empregado e empregador, naquilo que se situa na base de toda a dinâmica social do ser humano, a relação trabalho – produção – consumo.

Não por acaso, atingindo a segunda dimensão do Direito, pertinentes à ideia de igualdade, os Direitos Trabalhistas se consolidaram nos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo. No Brasil, estão inseridos de forma latente nos arts. 7º (Relações individuais de trabalho) e 8º a 11 (Direitos coletivos dos trabalhadores) da Constituição Federal de 1988, localizando-se no art. 9º o direito de greve² e na Lei n. 7.783/89, a Lei de Greve.

Entretanto, não só as liberdades foram positivadas. Devido ao caráter social da greve, seus efeitos podem incidir sobre terceiros, desinteressados diretamente na lide, porém dependentes essenciais da continuidade da execução de determinados ramos de serviços. Por isso surgem as limitações ao exercício da greve em determinados setores, as chamadas atividades essenciais, tendo em vista proteger a sociedade de possíveis abusos. Tal limitação é considerada por alguns como uma espécie de proibição, gerando a primeira controvérsia sobre o referido tema.

DEFINIÇÃO E CONCEITUAÇÃO DAS ATIVIDADES ESSENCIAIS

Segundo dispõe o art. 9º da Constituição Brasileira, o direito de greve é assegurado aos trabalhadores como um todo, sendo-lhes facultada a decisão sobre como e onde fazê-la, além da escolha sobre quais interesses serão defendidos.

Entretanto, logo na sequência, no § 1º, encontra-se a primeira limitação a esse direito, uma vez que o legislador constituinte deixa a cargo de lei posterior definir quais sejam os serviços e as atividades essenciais, ou seja, uma exceção ao *caput* do art. 9º, retirando do trabalhador o poder de escolha quanto aos modos de ocorrência da greve nessas categorias, pois a lei é que disporá sobre a forma de execução nesses casos, os tipos de paralisação e a continuidade da prestação dos serviços, respeitando a necessidade da comunidade.

São as atividades essenciais “necessidades inadiáveis da comunidade as que, não atendidas, coloquem em perigo eminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população”, como elucida Sergio Pinto Martins.³

A Lei de Greve⁴ é, de certa forma, mais objetiva, discriminando, inclusive, em seu art. 10 quais sejam essas atividades:

- Tratamento e abastecimento de água, produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis.
- Assistência médica e hospitalar.

² LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 761.

³ MARTINS, Sergio Pinto. *Greve do servidor público*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 54.

⁴ Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989.

- Distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos.
- Funerários.
- Transporte coletivo.
- Captação e tratamento de esgoto e lixo.
- Telecomunicações.
- Guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares.
- Processamento de dados ligados a serviços essenciais.
- Controle de tráfego aéreo.
- Compensação bancária.

Assim, os serviços essenciais podem ser divididos, basicamente, no entendimento brasileiro, em três grupos: energia, transportes e saúde. Todos poderiam se referir tanto à esfera pública quanto à privada. Entretanto, o art. 37, inciso VII, da Constituição Federal previu que lei complementar regularia o exercício de greve no âmbito público, sendo a Lei de Greve ineficaz, pois foi produzida como lei ordinária, não podendo ser utilizada nem mesmo por analogia.⁵ Após o Mandado de Injunção n. 712 do STF, contudo, ficou determinado o uso da referida lei para a categoria pública até que a matéria dos servidores públicos fosse regulamentada pelo Congresso Nacional.⁶

166

Tal fato expõe claramente o vagar governamental para resolver determinadas matérias. Elementos como estes, essenciais à pauta de um Estado, deveriam constar, basicamente, na primeira fila no que diz respeito à ordem de assuntos a ganharem a atenção e uma posterior regulamentação por parte do Poder Legislativo.

Assim, continua a figurar no rol das normas constitucionais de eficácia limitada,⁷ quais sejam, aquelas que dependem de regulamentação infraconstitucional para, de fato, exercerem sua razão de existência. Expondo o país a riscos futuros imprevisíveis e desnecessários, uma vez que o mecanismo estatal poderia ser facilmente acionado para dirimir tal questão.

Efeitos da lei de greve na mobilização dos trabalhadores essenciais

A principal consequência dessa limitação à ação grevista é a obrigação de ter que seguir ritos de execução diferenciados daqueles utilizados nas atividades sobre as quais não repousa tal valor, a ponto de serem taxadas pelo nome de essenciais.

Pensando-se, prioritariamente, na esfera privada, uma vez que, como dito acima, o Mandado de Injunção n. 712 do STF, que diz respeito à regulação do

⁵ MARTINS, 2001, p. 52.

⁶ LENZA, 2009, p. 765.

⁷ Ibid., p. 137-138.

instituto no âmbito da atividade pública, tem um simples efeito provisório, respeitando o princípio da aplicabilidade imediata da Constituição Federal, que se encontra em seu art. 5º, § 1º.

Dentre as medidas a serem tomadas no decorrer da greve, o sindicato, juntamente ao empregador, deve manter um mínimo de empregados, como previsto no art. 11 da referida Lei de Greve, com o objetivo de assegurar a continuidade da prestação dos serviços em um nível satisfatório à comunidade, o que dependerá das características peculiares a cada ramo laboral, além de manter o estado de funcionamento padrão das máquinas e dos equipamentos, evitando, assim, a deterioração irreversível de bens, como elucida Sergio Pinto Martins.⁸

Quanto ao aviso prévio, de acordo com seu art. 13, ao invés da regra geral, nos serviços essenciais o tempo mínimo deve ser superior, até 72 horas antes da paralisação.

Os grevistas terão direito à livre divulgação do movimento, visando propagá-la, torná-la pública. Pode o ser por meio de panfletos, de cartazes de propaganda, faixas, assim como a utilização de equipamentos sonoros. A arrecadação de donativos, com o fim de manutenção da paralisação, é permitida.

Eventuais abusos durante o exercício da greve serão posteriormente apurados, conforme o caso, segundo a legislação trabalhista, civil ou penal, como dispõe o seu art. 15, cabendo ao Ministério Público, de ofício, requerer a abertura do competente inquérito e oferecer denúncia quando houver indícios para tal.

167

Importante destacar que, nos casos em que não houver a observância dos cuidados e da manutenção mínima de um atendimento, como dispõe a lei, o Poder Público assegurará a prestação deles (art. 12 da Lei de Greve).⁹ Esta se dará por meio dos mecanismos governamentais já existentes, exemplo das empresas públicas de transportes, energia, rede pública de saúde, além de acionar parceiros já existentes. Os abusos e prejuízos causados durante a greve terão sua responsabilidade apurada posteriormente (art. 15 da Lei de Greve).¹⁰

Este é um dos motivos pelo qual o Estado mantém institutos próprios em funções que poderiam ser inteiramente da alçada privada, fazendo-se, assim, representar por eles, seja em situações rotineiras, seja em casos atípicos como uma greve.

Solução das demandas essenciais dos grevistas

As soluções das demandas surgidas durante os movimentos parciais devem ser executadas obedecendo aos parâmetros constitucionais e legais, pois, apesar

⁸ MARTINS, 2001, p. 54.

⁹ Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989.

¹⁰ Id.

de ser um direito, a greve, como os demais direitos fundamentais, não é direito absoluto e sofre restrições de várias ordens. Como a greve, em tese, pode atingir toda a coletividade e há direitos que não podem ser interrompidos, existem restrições. Além disso, busca-se uma solução rápida, a fim de que não sejam gerados prejuízos aos demais membros da sociedade.

Em face de todos os pormenores, das restrições e formalidades aos quais o grevista deve estar atento quando se tratar de serviços essenciais, Plá Rodriguez¹¹ resumiu o tema em quatro premissas:

- a) existem certas atividades nas quais não se pode aceitar uma interrupção;
- b) o fato de que não pode interromper-se o funcionamento do serviço não quer dizer que não possa haver greve na empresa ou estabelecimento, porque a continuidade dos serviços essenciais deve ser mantida por intermédio de turnos de emergência;
- c) esse funcionamento de emergência não pode significar a alteração das situações normais. Isto é, o responsável deve continuar à frente do mesmo, sem que possam inverter-se as relações hierárquicas;
- d) como a continuidade dos serviços representa uma redução ou limitação ao direito de greve imposta em razão do interesse geral, isso deve ser compensado com algum sistema para facilitar a rápida solução dos conflitos.

168

Seguindo essa linha, entendeu o legislador ter a obrigação de privilegiar, de alguma forma, esse trabalhador com um mecanismo que facilitasse a solução das demandas. Assim, deu ao Ministério Público do Trabalho o poder de ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito (art. 114, § 3º, da CF/88).

Apesar de ser também um instrumento de rápida conclusão do problema e imediato restabelecimento do expediente normal de serviço, algo que interessa a coletividade, faz-se útil ao operário dos setores essenciais, uma vez que este terá a certeza de, ao menos, ver sua causa levada a juízo, não sendo, ao final, vã sua manifestação. O que não garante, entretanto, a imediata apreciação por parte do judiciário, podendo levar o espaço de alguns dias para tanto.

O CONFRONTO DOS DIREITOS

O chamado à luta por uma maior qualidade de emprego é um assunto antigo, fruto das reivindicações trabalhistas nos séculos XIX e XX, tendo permeado a mente de cientistas sociais, dentre os quais Karl Marx e Friederich Engels, sendo por aquele considerada a força motriz da história humana, a luta de classes, como

¹¹ RODRIGUEZ, Plá apud PIRES, Ana Paula Barrinha. *O direito de greve nos serviços públicos e nas atividades essenciais*. Presidente Prudente, 2008. p. 36.

analisou em “O Capital” e “Manifesto Comunista”, pauta recorrente na agenda do mundo contemporâneo.

A greve, então, adquire um sentido de ferramenta fundamental à continuidade dessa luta e, seguindo nessa linha, do progresso humano, dando equilíbrio ao sistema, uma vez que retira dos detentores do capital sua hegemonia diretiva da justiça e do Direito como um todo.

Entretanto, alguns entendimentos devem ser expostos, segundo Arnaldo Süssekind:¹²

Como já se disse, a greve é um direito, mas não constitui um direito absoluto dos trabalhadores. Por isso, no confronto com outros direitos, deve sofrer restrições impostas pela necessidade de serem preservados os *superdireitos*. Estes atendem as exigências supraestatais, devendo ser deduzidos dos princípios fundamentais da ordem jurídica nacional e, para muitos, também dos direitos naturais (grifo do autor).

Na colisão dos direitos, então, entre a liberdade de manifestação do indivíduo por meio da greve e o direito do outro de ter suas necessidades supridas, o legislador optou por privilegiar a coletividade, segundo entende Wilma Nogueira de Araújo Vaz Silva:¹³

Essa outorga supletiva, frise-se, tem como justificativa a supremacia do interesse público, que não pode ficar à mercê das tratativas, ameaças, anúncios e notícias de paralisação em atividades essenciais que apresentem possibilidade de lesão ao interesse público.

169

Ao tratar da dignidade humana (art. 1º, III, da CF), pende-se para o lado que poderia ser mais lesado pelas consequências do conflito, que, ao falar-se em atividades essenciais, seria a coletividade. Para o seu lado pesam direitos como a vida e a segurança (art. 5º, *caput*); o direito de não sofrer tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III); e, até mesmo, a função social da propriedade (art. 170, III).

O princípio da liberdade, segundo manifestou-se a OIT, Organização Internacional do Trabalho, por meio do Comitê de Liberdade Sindical, não é ferido pela proibição de greve em atividade essencial estrito senso, ou seja, aquela cuja paralisação total ou parcial coloca em risco a segurança, a saúde e a vida da população.¹⁴

Criada em 1919, a OIT, constituída na Parte XIII, do Tratado de Versalhes, posterior à Primeira Guerra Mundial, e complementada, posteriormente, pela

¹² SÜSSEKIND, Arnaldo apud PIRES, 2008, p. 35-36.

¹³ SILVA, Wilma Nogueira de A. V. Sobre a exigência de comum acordo como condição da ação de dissídios coletivos. *Revista LTr: legislação do trabalho*, v. 69, n. 9, 2005, p. 1.034.

¹⁴ FALCÃO, Luiz José Guimarães. O dissídio coletivo de trabalho. A solução jurisdicional pelos tribunais. A greve nas atividades essenciais. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, n. 2, Brasília, 1991. p. 38.

Declaração da Filadélfia, de 1944, conseguiu elevar as discussões sobre as relações de trabalho ao nível internacional, tornando-se um elemento de efeito global. Suas convenções e resoluções ditam regras gerais obrigatórias para os Estados signatários, adentrando, inclusive, em seus ordenamentos jurídicos internos.¹⁵

O direito à greve, então, como observado, não detém o gabarito de absoluto, ou seja, como todos os outros, sofre, em algum momento, uma limitação pontual. Entretanto, tal fato não o exclui do rol dos direitos fundamentais. Sua importância é constatada, inclusive, no fato de ocupar seu espaço no texto constitucional e por ter sido parcialmente, uma vez que se excluem os servidores públicos, regulamentada por lei posterior, a Lei de Greve, de 1989.

Faltaria, então, um mecanismo de maior eficácia para prever e resolver os conflitos de forma rápida, o que seria, no todo, o fato mais interessante para as partes envolvidas, tanto para os trabalhadores diretamente interessados quanto para os usuários diretamente dependentes dos serviços, ambos os lados, ainda hoje, carentes de um posicionamento efetivo do Estado.

EXPERIÊNCIAS INTERNACIONAIS COM AS GREVES

Entre os países que passaram por esse debate, Itália e Portugal, antes liberais quanto à greve nesses ramos de serviços, reviram seus conceitos, a pedido dos próprios sindicatos, devido à falta de organização dos setores.¹⁶

A Lei n. 146/90, passou a regular a greve nos serviços essenciais italianos, no que diz respeito à esfera pública tão somente, além de tratar da salvaguarda dos direitos da pessoa constitucionalmente tutelados. São considerados serviços públicos essenciais, pelo art. 1º da referida lei italiana, os destinados a garantir o gozo dos direitos da pessoa à vida, à saúde, à liberdade e segurança, à instrução e à liberdade de comunicação.¹⁷

Na Itália, o aviso prévio de greve em serviços essenciais deve ser dado com 10 dias de antecedência, já sendo vinculado o prazo de sua duração. Deve-se, mediante acordo, manter o funcionamento do expediente e intervalos entre as greves. A carga de trabalho deve ser mantida à razão de 50% do normalmente prestado e operando com até um terço do número de funcionários. O anúncio da paralisação deve ser dado ao público cinco dias antes de seu início.

Portugal mudou seu entendimento de modo tão significativo que, a fim de fazer com que o interesse público prevalecesse, criou o Decreto-lei n. 637/74, dispondo sobre o instituto da requisição civil. É aplicada aos casos em que, nas

¹⁵ MARTINS, 2001, p. 71.

¹⁶ SILVA, Murilo César Scobosa; OLIVEIRA, Edson Freitas de. *O direito de greve nas atividades essenciais*. Presidente Prudente, 2000. p. 73.

¹⁷ MARTINS, 2001, p. 78.

empresas ou nos estabelecimentos, os grevistas e as associações sindicais não assegurem os serviços mínimos indispensáveis para a satisfação de necessidades sociais impreteríveis, segundo elucida José Barros Moura.¹⁸

A requisição civil tem caráter excepcional, podendo ter por objetivo a prestação de serviços, individual ou coletiva, a cedência de bens móveis ou semoventes, a utilização temporária de quaisquer bens ou serviços públicos e as empresas públicas de economia mista ou privada (art. 1º, 2).

No Japão, as greves não passam de 72 horas para não afetar a posição da empresa no mercado competitivo da economia japonesa. Não há preocupação com a preservação do emprego ante o sistema de emprego vitalício que existe no Japão.¹⁹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O entendimento do que vem a ser atividades ou serviços essenciais traz consigo, no mínimo, três questões carentes de resposta: o porquê recebem tratamento diferenciado daquele dado à greve em outras categorias; a resolução do aparente conflito existente entre a liberdade do grevista e o direito ao atendimento das necessidades da comunidade; e, por fim, formas diferenciadas de resolução para as reivindicações grevistas como forma de compensação, em face das limitações impostas a esse grupo.

As características peculiares dos ramos de trabalho citados anteriormente mostram, por si mesmas, que o legislador não teria outra escolha senão a de lhe reservar um espaço à parte dentro da Lei de Greve. São notadamente ofícios de importância estratégica e de ampla abrangência, de impacto profundo e imediato na coletividade, pois, em linhas gerais, estão relacionados aos elementos sustentadores da dinâmica social de uma nação, como as áreas de energia, transportes e saúde.

Adentrando a esse conflito de interesses, preferiu o ordenamento privilegiar aquele de maior amplitude, o mais comunitário deles, que viesse a representar de forma mais fiel os ideais de uma sociedade politicamente organizada. Não se julgam, neste caso, improcedentes as causas da demanda operária.

Entretanto, ao se analisar a razoabilidade do dano, entende-se que uma atitude liberatória em face da tentativa de greve dessa categoria implicaria em consequências mais graves, quando não muito irreversíveis, do que uma negativa, inicial, à intenção dos referidos agentes.

Para não deixar, contudo, essa classe trabalhadora sem uma voz eficaz para que pudesse ter dirimidos seus intentos, meios alternativos foram propostos para a solução de suas demandas. O art. 114, § 3º, da Constituição Federal, dá

¹⁸ MOURA, José Barros apud MARTINS, 2001, p. 83.

¹⁹ FALCÃO, 1991, p. 39.

legitimidade ao Ministério Público do Trabalho para ajuizar dissídio coletivo nesses casos, cabendo à Justiça do Trabalho decidir o conflito.

O direito de greve, então, não é absoluto, em face do maior interesse público. Mas, ao mesmo tempo, não recebe uma vedação total do ordenamento, apenas restrições pontuais e características dessa categoria de atividades, chamadas de essenciais. Assim, tal como outras categorias, receberá atenção ante suas reivindicações, com atuação direta, inclusive, do Ministério Público do Trabalho.

No todo, a liberdade sindical tem sua extrema relevância à ordem social e econômica do país, não estando, contudo, acima dos anseios e necessidades prementes da coletividade. Contudo, essa grande fatia do operariado brasileiro, atuante nos serviços essenciais, também deseja maior projeção e capacidade de desenvolvimento para si, nada além daquilo que, de antemão, prevê a Constituição Federal Brasileira.

REFERÊNCIAS

BARSA, Nova Enciclopédia. *Greve*. Macropédia. São Paulo: Barsa Consultoria Editorial, 2001. v. 7.

FALCÃO, Luiz José Guimarães. O dissídio coletivo de trabalho. A solução jurisdicional pelos tribunais. A greve nas atividades essenciais. Brasília. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, n. 2, set. 1991.

172

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS, Sergio Pinto. *Greve do servidor público*. São Paulo: Atlas, 2001.

RODRIGUEZ, Plá apud PIRES, Ana Paula Barrinha. *O direito de greve nos serviços públicos e nas atividades essenciais*. Presidente Prudente. f. 113. 2008. Monografia (Graduação) – Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2008.

SILVA, Murilo César Scobosa; OLIVEIRA, Edson Freitas de. *O direito de greve nas atividades essenciais*. Presidente Prudente, 2000. Monografia (Graduação) – Associação Educacional Toledo, 2000.

SILVA, Wilma Nogueira de A. V. Sobre a exigência de comum acordo como condição da ação de dissídios coletivos. *Revista LTr: legislação do trabalho*, v. 69, n. 9, 2005.

PIRES, Ana Paula Barrinha. *O direito de greve nos serviços públicos e nas atividades essenciais*. Presidente Prudente. f. 133. 2008. Monografia (Graduação) – Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2008.

Data de recebimento: 30/5/2011

Data de aprovação: 17/6/2011

NATUREZA JURÍDICA DA LICENÇA AMBIENTAL

LEGAL NATURE OF ENVIRONMENTAL LICENSING

*Fabiana Junqueira Tamaoki**
*Wellington Boigues Corbalan Tebar***

RESUMO

A Constituição Federal, em seu art. 225, garante, a todos, o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Neste sentido, torna-se importante o estudo dos instrumentos que o Poder Público se utiliza para promover a preservação ambiental. Dentre estes instrumentos, encontra-se a licença ambiental. Então, neste presente estudo científico, analisaremos os aspectos jurídicos do instrumento do licenciamento ambiental, tais como sua natureza jurídica e principal característica, qual seja, a não definitividade.

Palavras-chave: Constituição; Licença ambiental; Instrumento de preservação; Meio ambiente ecologicamente equilibrado.

ABSTRACT

The Brazilian Republic Constitution, in its section 225, guarantees, to everyone, the right to an ecologically balanced environment, imposing on the Government and the community the duty of defending it and preserving it, in order to benefit the present and future generations. By that means, becomes important to learn about the instruments that the

* Advogada. Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas Antonio Eufrásio de Toledo, de Presidente Prudente. Coordenadora do Juizado Especial Cível – Anexo I – e docente nos cursos de Direito e de Técnico em Gestão Financeira da mesma instituição. Mestre em Direito Constitucional pela Instituição de Ensino de Bauru (ITE). Especializanda em Direito Ambiental e Ordenação do Território pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Orientadora do trabalho. Correspondência para/*Correspondence to*: Rua Professor Marcolino Pereira Chagas, n. 161, 19030-420, Parque Furquim, Presidente Prudente-SP. E-mail: fatamaoki@unitoledo.br.

** Graduado pelo curso de Direito das Faculdades Integradas Antonio Eufrásio de Toledo, de Presidente Prudente. Pós-graduando em Direito Civil e Processo Civil pela mesma instituição, de Presidente Prudente-SP. Estagiário Docente do Escritório de Aplicações de Assuntos Jurídicos da mesma instituição. Recebeu, por quatro vezes consecutivas, a Comenda Antônio Eufrásio de Toledo, que reconhece os melhores alunos dos cursos de graduação da Toledo Presidente Prudente. Correspondência para/*Correspondence to*: Avenida 9 de Julho, n. 1.130, Centro, 19360-000, Santo Anastácio-SP. E-mail: wellingtontebar@hotmail.com.

Government uses to promote environmental preservation. Among these instruments, it is the environmental licensing. Therefore, in this study, will be analysed the legal aspects of environmental licensing, such as its legal nature and mainly characteristic, which is the fact of being temporary.

Keywords: Constitution; Environmental licensing; Environmental preservation instrument; Ecologically balanced environment.

INTRODUÇÃO

Este presente trabalho tem o fim específico de analisar os aspectos jurídicos do instrumento de licenciamento ambiental, utilizado para a proteção e preservação do bem jurídico ambiental.

Neste sentido, tendo em vista o objeto específico deste trabalho científico, analisaremos, inicialmente, questões ligadas ao conceito e à natureza jurídica da licença ambiental.

Discutiremos se a licença ambiental é considerada um fenômeno autorizativo, ou efetivamente licenciador, conforme disciplina extraída do Direito Administrativo.

Posteriormente, estudaremos a principal característica da licença ambiental, qual seja, a não definitividade, bem como as suas implicações práticas, tais como a possibilidade de renovação, suspensão e modificação.

174

Analisaremos, também, a não definitividade sob a ótica da teoria dos motivos determinantes. Ainda, buscaremos correlacionar a não definitividade com os institutos do ato jurídico perfeito e do direito adquirido.

Por derradeiro, analisaremos a possibilidade de indenização ao particular, por parte do Poder Público, por conta da revogação, cancelamento ou impossibilidade de renovação da licença ambiental.

Por fim, para a realização do presente trabalho, utilizar-se-á o método dedutivo, conjuntamente ao dialético.

DA LICENÇA AMBIENTAL

Noções introdutórias

A Constituição Federal, em seu art. 225, dispõe, *in verbis*, que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Vê-se, então, que o bem jurídico ambiental, hoje, tem substrato constitucional, pois expressamente protegido pela Carta Magna, que impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo.

O § 1º, do art. 225, da Constituição Federal, traz uma série de condutas que o Poder Público deve adotar para promover a efetivação do direito ao meio

ambiente ecologicamente equilibrado. Citemos algumas: a preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais; a preservação da diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalização das entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético, dentre outras.

Com o fim de concretizar a imposição constitucional, o legislador ordinário criou vários comandos normativos que se destinam a defender e proteger o meio ambiente. Dentre tais comandos, podemos citar, dentro da temática do estudo apresentado: a Lei n. 9.605/98 e a Resolução CONAMA n. 237/97.

Anota-se que as normas de direito ambiental impõem uma séria restrição ao direito de propriedade. Por esta razão, tais normas poderiam ser preteridas por aqueles que as deveriam observar.

Tentando evitar esta burla ao sistema legal de proteção ao meio ambiente, a Constituição Federal previu, dentre as condutas necessárias à defesa e preservação do bem jurídico ambiental, a obrigatoriedade do Poder Público exigir estudo prévio de impacto ambiental, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente.

Nos dizeres de José Afonso da Silva.¹

As normas de Direito Ambiental imprimem enorme condicionante às atividades humanas, visando resguardar a qualidade do meio ambiente. O cumprimento desse condicionamento nem sempre é espontâneo. Por isso, a legislação prevê controles prévios, concomitantes e sucessivos, por parte de autoridades públicas, a fim de verificar a regularidade do exercício das atividades controladas. *Permissões, autorizações e licenças* são formas clássicas de controle prévio, porque atuam *antes* do início da atividade controlada.

Neste sentido, legislações antigas, que também cuidavam da preservação ambiental, foram recepcionadas pela nova ordem constitucional. Dentre estas legislações protetivas, podemos citar a Lei n. 6.938/81, bem como a Resolução CONAMA n. 006/86, que trata, especificamente, do licenciamento ambiental, que exige, como uma de suas etapas constitutivas, o estudo prévio de impacto ambiental.

Veja que o controle da atividade potencialmente degradante do meio ambiente deve sempre ser prévio, em respeito aos princípios constitucionais da precaução²

¹ SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 243.

² O princípio da precaução está expressamente previsto na Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, elaborada em 1992, na forma da redação do princípio 15, *in verbis*: “com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”.

e da prevenção, justamente para se evitar a ocorrência do dano ambiental, pois este, uma vez ocorrido, traz consequências drásticas, não somente a quem o cometeu, mas também à própria coletividade.

Neste sentido, torna-se importante o estudo dos instrumentos de controle ambiental, que “são atos e medidas destinados a verificar a observância das normas de Direito Ambiental pelos seus destinatários”.³

Quanto aos instrumentos de controle, Paulo de Bessa Antunes⁴ nos ensina que:

As intervenções sobre o meio ambiente estão submetidas ao controle do Poder Público, mediante a aplicação do poder de polícia. O mais importante dentre todos os mecanismos que estão à disposição da Administração para a aplicação do poder de polícia ambiental é o licenciamento ambiental. Através dele, a Administração Pública estabelece condições e limites para o exercício das atividades utilizadoras de recursos ambientais.

Sendo assim, dentre os instrumentos de controle ambiental existentes, estudaremos apenas um, qual seja, o licenciamento ambiental, bem como alguns dos seus aspectos jurídicos.

Definição e características

176

A Lei n. 6.938/81, após as modificações introduzidas pela Lei n. 8.028/90, instituiu, no ordenamento jurídico brasileiro, a Política Nacional do Meio Ambiente. Segundo o art. 2º da referida lei, a Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana.

Nos termos do art. 9º da Lei n. 6.938/81, o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras são considerados instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente. De tal sorte que “o papel do licenciamento ambiental é, primordialmente, definir os limites toleráveis de interferência sobre o meio ambiente”.⁵

Neste sentido, o art. 10 da Lei n. 9.638/81 prevê que a construção, a instalação, a ampliação e o funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como

³ SILVA, 2000, p. 243.

⁴ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 127.

⁵ *Ibid.*, p. 129.

os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA – e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis.

Sendo assim, nas palavras de Édis Milaré:⁶

O licenciamento ambiental obedece a preceitos legais, normas administrativas e rituais claramente estabelecidos e cada dia mais integrados à perspectiva de empreendimentos que causem, ou possam causar, significativas alterações do meio, com repercussões sobre a qualidade ambiental.

O licenciamento ambiental revela-se como verdadeiro procedimento administrativo, posto que realizado em três etapas principais, quais sejam: a licença prévia, a licença de instalação e a licença de operação (art. 8º da Resolução CONAMA n. 237/97). Isso significa que o licenciamento ambiental somente se tornará um ato juridicamente perfeito no caso de perfazimento hígido e regular destas três etapas distintamente delineadas.

Pertinente é a observação de Édis Milaré:⁷

Ao contrário do licenciamento tradicional, marcado pela simplicidade, o licenciamento ambiental é ato uno, de caráter complexo, em cujas etapas intervêm vários agentes, e que deverá ser precedido de estudos técnicos que subsidiem sua análise, inclusive de EIA/RIMA, sempre que constatada a significância do impacto ambiental.

Anota-se que a Resolução CONAMA n. 237/97, em seu art. 1º, faz uma pequena diferenciação entre licença ambiental e licenciamento ambiental. Com efeito, o licenciamento ambiental é o procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a atividade potencialmente poluidora. Contudo, a licença ambiental é ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor da atividade potencialmente poluidora.

Nota-se, então, que a licença ambiental se mostra como condição *sine qua non* para se estabelecer o licenciamento ambiental. Isso porque as condições daquela fatalmente integrarão os termos deste.

Sendo assim, pensamos que não há, a rigor, relevância jurídica em se diferenciar ambos os termos, posto que o procedimento licenciador não pode validamente existir se desconsiderar as condições fixadas na licença ambiental.

⁶ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2004. p. 481.

⁷ *Ibid.*, p. 482.

Superadas as questões ligadas ao conceito, temos, agora, que tratar das características da licença ambiental. Talvez a principal característica seja a sua não definitividade.

Com efeito, o § 1º, do art. 10, da Lei n. 6.938/81, estabelece que os pedidos de licenciamento, sua renovação e a respectiva concessão sejam publicados no jornal oficial do Estado, bem como em um periódico regional ou local de grande circulação.

Este dispositivo dispõe, expressamente, sobre a necessidade de renovação da licença ambiental. Sendo necessária a renovação, podemos afirmar, com certeza, que permanente não é.

Enfrentadas estas questões iniciais, passaremos, agora, a analisar assuntos diretamente ligados ao conceito e à sua principal característica, qual seja, a não definitividade.

Natureza jurídica

Num primeiro momento, a doutrina estabeleceu um embate jurídico, polarizando-se as discussões acerca da natureza jurídica da licença ambiental em duas vertentes bem definidas. Com efeito, tratava-se da discussão se a licença ambiental teria natureza de licença ou de autorização, institutos afetos ao Direito Administrativo.

Tendo em vista isso, para analisarmos a natureza jurídica da licença ambiental, devemos apresentar alguns conceitos do Direito Administrativo, para melhor desenvolver o tema.

Segundo Hely Lopes Meirelles:⁸

Licença é o ato administrativo vinculado e definitivo pelo qual o Poder Público, verificando que o interessado atendeu a todas as exigências legais, faculta-lhe o desempenho de atividades ou a realização de fatos materiais antes vedados ao particular, como, p. ex., o exercício de uma profissão, a construção de um edifício em terreno próprio. A licença resulta de um direito subjetivo do interessado, razão pela qual a Administração não pode negá-la quando o requerente satisfaz todos os requisitos legais para sua obtenção, e, uma vez expedida, traz a presunção de definitividade. Sua invalidação só pode ocorrer por ilegalidade na expedição do alvará, por descumprimento do titular na execução da atividade ou por interesse público superveniente, caso em que se impõe a correspondente indenização. A licença não se confunde com autorização, nem como a admissão, nem com a permissão.

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed. atual. até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 191.

Assim, para o Direito Administrativo, a licença é concedida, pelo Poder Público, ao particular, quando este preenche todos os requisitos legais, requisitos estes necessários ao exercício regular de um direito. Neste sentido, a licença serve para atestar que o particular pode exercer aquele direito, que é seu, razão pela qual a licença não pode ser revogada, sem motivo justo.

Por atestar um direito subjetivo do particular, mesmo que exista um fato superveniente que altere os requisitos legais, a licença poderá ser revogada, mas desde que o Poder Público garanta justa indenização ao particular.

Contudo, ao tratar da autorização, Hely Lopes Meirelles profetiza que:⁹

Autorização é o ato administrativo discricionário e precário pelo qual o Poder Público torna possível ao pretendente a realização de certa atividade, serviço ou utilização de determinados bens particulares ou públicos, de seu exclusivo e predominante interesse, que a lei condiciona à aquiescência prévia da Administração, tais como o uso especial de bem público, o porte de arma, o trânsito por determinados locais etc. Na autorização, embora o pretendente satisfaça as exigências administrativas, o Poder Público decide discricionariamente sobre a conveniência ou não do atendimento da pretensão do interessado ou da cassação do ato autorizado, diversamente do que ocorre com a licença e a admissão, em que, satisfeitas as prescrições legais, fica a Administração obrigada a licenciar ou a admitir.

179

Assim, a autorização, para o Direito Administrativo, é um ato por meio do qual o Poder Público confere a possibilidade ao particular de realizar certa atividade, serviço ou utilizar determinados bens particulares ou públicos. Trata-se de um ato pautado na conveniência e oportunidade do administrador público, caracterizado, pois, como precário, porque pode ser revogado a qualquer tempo, razão pela qual não há o que se falar em indenização.

Esta posição tem impacto direto na questão da indenização, pois sendo ato precário, de natureza autorizativa, a revogação da licença ambiental não geraria qualquer direito à indenização. Com efeito, “não há qualquer direito subjetivo à obtenção ou à continuidade da autorização, daí porque a Administração pode negá-la ao seu talante, como pode cassar o alvará a qualquer momento, sem indenização alguma”.¹⁰

Para alguns autores, a licença ambiental teria, efetivamente, natureza jurídica de *licença*. Para outros, a licença ambiental, embora tenha este nome, traduz-se, na verdade, em uma *autorização*, pois o Poder Público pode impedir sua renovação, suspê-la ou revogá-la, em determinados casos.

⁹ MEIRELLES, 2010, p. 191-192.

¹⁰ *Ibid.*, p. 192.

Natureza jurídica de autorização administrativa

Considerando a natureza jurídica da licença ambiental como sendo, na verdade, autorizativa, paradigmática foi a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao se debruçar sobre os comandos normativos da Lei n. 6.938/81, mencionada por Paulo Affonso Leme Machado:¹¹

“O exame dessa lei revela que a licença em tela tem natureza jurídica de autorização, tanto que o §1º de seu art. 10 fala em período de renovação de licença, indicando que se trata de autorização, pois, se fosse juridicamente licença, seria ato definitivo, sem necessidade de renovação”. “A alteração é ato precário e não vinculado, sujeito sempre às alterações ditadas pelo interesse público”. “Querer o contrário é postular que o Judiciário confira à empresa um cheque em branco, permitindo-lhe que, com base em licenças concedidas anos atrás, cause toda e qualquer degradação ambiental”.¹²

Ainda, complementando os argumentos apresentados pela decisão retroapresentada, Paulo Affonso Leme Machado é enfático ao dizer que:¹³

Além do art. 10 e seu §1º da Lei 6.938/81, analisado pelo acórdão referido, é de se apontar também a redação do art. 9º, que, ao tratar dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, previu, no inc. IV, “o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras”. Assim, tanto o termo “renovação” como o termo “revisão” indicam que a Administração Pública pode intervir periodicamente para controlar a qualidade ambiental da atividade licenciada. Não há na “licença ambiental” o caráter de ato administrativo definitivo; e, portanto, com tranquilidade, pode-se afirmar que o conceito de “licença”, tal como o conhecemos no Direito Administrativo brasileiro, não está presente na expressão “licença ambiental”.

Portanto, conjugando-se a previsão do art. 10, § 1º, da Lei n. 6.938/81, que prevê a necessidade de renovação da licença ambiental, com a redação do art. 9º, inciso IV, do mesmo diploma legal, que prevê a possibilidade de revisão das atividades potencialmente poluidoras, defendeu-se, principalmente no âmbito jurisprudencial,¹⁴ a natureza autorizativa da licença ambiental.

¹¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 15. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 273.

¹² TJSP, 7ª Câmara, Ação Rescisória de Ação Civil Pública 178.554-1-6, rel. Des. Leite Cintra, j. 12.5.1993. *Revista de Direito Ambiental* 1/200-203, jan./mar. 1996.

¹³ *Ibid.*, p. 273-274.

¹⁴ Conferir Decisão proferida pela egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível n. 00020544620084047101, Rel. Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Decisão por unanimidade e nos termos do voto do relator. Brasília, *DJe* 26.05.2010, julgado em 04.05.2010. Disponível em: <www.trf4.jus.br>. Acesso em: 6 de maio 2011.

Natureza jurídica de ato vinculado

Não há, na doutrina ou na jurisprudência, posição que defenda, categoricamente, que a licença ambiental tenha natureza jurídica de licença administrativa. Da mesma forma, considerar a licença ambiental como tendo natureza de autorização administrativa se tornou insustentável, em termos jurídicos.

Neste cenário, pertinentes a crítica e observação de Américo Luís Martins da Silva:¹⁵

A licença administrativa caracteriza-se pelo seu caráter definitivo, somente podendo ser revogada em virtude de interesse público ou de violação às normas legais, mediante indenização, enquanto a autorização é concedida a título precário, discricionário e revogável a qualquer momento pelo poder autorizante. Portanto, a licença ambiental não pode ser reduzida à condição jurídica de simples autorização; primeiro porque os investimentos econômicos que se fazem necessários para a implementação de uma atividade utilizadora de recursos ambientais, em geral, são elevados; segundo porque a intervenção do poder público, realizada por meio dela, visa à prevenção de dano determinada pelo art. 225 da Constituição Federal.

Ainda, Paulo de Bessa Antunes pondera que:¹⁶

A licença ambiental não pode ser reduzida à condição jurídica de simples autorização, pois os investimentos econômicos que se fazem necessários para a implantação de uma atividade utilizadora de recursos ambientais, em geral, são elevados. Por outro lado, a concessão de licenças com prazos fixos e determinados demonstra que o sentido de tais documentos é o de impedir a perenização de padrões que, sempre, são ultrapassados tecnologicamente.

Neste sentido, a polarização da discussão outrora firmada deu lugar a uma ponderação de respeitável valor jurídico. Hoje, considera-se que a licença ambiental tem natureza jurídica de *ato vinculado*.

Segundo o ensinamento de Hely Lopes Meirelles:¹⁷

Atos vinculados ou regrados são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização. Nessa categoria de atos, as

Há, inclusive, decisões afirmando o caráter discricionário *sui generis* das licenças ambientais. Neste sentido, conferir decisão proferida pela egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Processo n. 95030252342, AG. 25103, Rel. Des. Juiz Mairan Maia. Decisão por unanimidade e nos termos do voto do relator. Brasília, DJU 12.07.2000, p. 288 julgado em 14.09.2000. Disponível em: <www.trf3.jus.br>. Acesso em: 6 de maio 2011.

¹⁵ SILVA, Américo Luís Martins da. *Direito do meio ambiente e dos recursos naturais*. São Paulo: RT, 2004. v. I, p. 615.

¹⁶ ANTUNES, 2006, p. 131.

¹⁷ MEIRELLES, 2010, p. 171.

imposições legais absorvem, quase que por completo, a liberdade do administrador, uma vez que sua ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal para a validade da atividade administrativa. Desatendido qualquer requisito, compromete-se a eficácia do ato praticado, tornando-se passível de anulação pela própria Administração, ou pelo Judiciário, se assim o requerer o interessado.

Sendo assim, considera-se, hoje, que a licença ambiental é um ato vinculado. Mas vinculado a quê? Por óbvio que vinculado à lei, especialmente à figura normativa n. 6.938/81, que estabelece o procedimento licenciatório ambiental, e aos ditames da Carta Magna.

Neste sentido, se a licença ambiental se rege pelos ditames da Constituição Federal e da Lei n. 6.938/81, podemos afirmar que a licença pode ser revista, posto que a Lei n. 6.938/81 admite esta possibilidade, não havendo o que se falar, portanto, em qualquer ilegalidade.

Esta é a posição de Américo Luis Martins da Silva,¹⁸ ao sabiamente dispor que:

Em matéria ambiental, a licença é intervenção do poder público realizada de forma complexa e sucessiva. Ela impõe que as atividades efetiva ou potencialmente poluidoras ou degradadoras do meio ambiente sejam realizadas por etapas (projeto, instalação e operação), sendo que para cada etapa se deve obter outorga específica e prévia por meio de ato autorizativo vinculado e não discricionário. Cada outorga específica e prévia constitui pré-requisito para a expedição do ato autorizativo vinculado subsequente. Outrossim, em vista de a razão de ser de tal policiamento administrativo ambiental ser fundamentalmente a prevenção de danos ao meio ambiente, obviamente, se, depois de expedido o ato autorizativo vinculado, houver indícios de que, mesmo licenciado, o empreendimento está causando danos ou ameaça causar danos ao meio ambiente, a lei (inciso IV do artigo 9º da Lei 6.938, de 31.08.1981) não só autoriza mas obriga o poder público a proceder à revisão deste ato autorizativo vinculado (revisão do licenciamento da atividade efetiva ou potencialmente poluidora).

Da mesma forma, também podemos defender que, presentes todos os requisitos legais necessários à concessão da licença ambiental, o Poder Público estará obrigado a concedê-la, pois, no ato vinculado, exige-se, apenas, o atendimento aos ditames da lei, vedando-se qualquer discricionariedade do administrador.

Com efeito, Américo Luis Martins da Silva nos ensina que:¹⁹

Trata-se, porém, de um direito cujo exercício é condicionado ao preenchimento de determinadas exigências e de alguns requisitos impostos

¹⁸ SILVA, 2004, p. 615-616.

¹⁹ Ibid., p. 244.

em lei. A outorga da licença significa o atendimento dessas exigências e requisitos, salvo se a própria licença houver sido liberada com desrespeito às normas legais, caso em que ela será inválida, não surtindo aqueles efeitos. Por isso, é ato vinculado. Quer dizer, se o titular do direito a ser exercido comprova o cumprimento dos requisitos para seu efetivo exercício, não pode ser recusada, porque do preenchimento dos requisitos nasce o direito subjetivo à licença.

Esta também é a lição de Édis Milaré,²⁰ ao ensinar que, por se tratar de ato vinculado, a licença ambiental “não pode ser negada se o interessado comprovar ter atendido a todas as exigências legais para o exercício de seu direito ao empreender uma atividade legítima”.

Veja, então, que considerar a licença ambiental como ato vinculado é um grande avanço, pois condiciona os limites da licença ambiental aos preceitos legais e constitucionais vigentes, conferindo maior segurança jurídica ao administrado, pois o escudo da inviolabilidade da legalidade estrita, característica basilar do nosso Estado de Direito.

Ora, na prática dos atos vinculados, “o Poder Público sujeita-se às indicações legais ou regulamentares e delas não se pode afastar ou desviar sem viciar irremediavelmente a ação administrativa”.²¹

Neste sentido, o administrador deve obediência aos limites impostos pela lei, não podendo ultrapassá-los, sob pena de o particular poder se utilizar da via judicial, para promover a conformação da conduta praticada pelo Poder Público às balizas determinadas pela lei.

Com efeito, na lição de Hely Lopes Meirelles,²² tais atos, “estando estreitamente confinados pela lei ou regulamento, permitem ao Judiciário revê-los em todos os seus aspectos, porque em qualquer deles poderá revelar-se a infringência dos preceitos legais ou regulamentares que condicionam a sua prática”.

Por fim, como se trata de ato vinculado, “impõe-se à Administração o dever de motivá-los, no sentido de evidenciar a conformação de sua prática com as exigências e requisitos legais que constituem pressupostos necessários de sua existência e validade”.²³

Portanto, em qualquer caso, isto é, na hipótese de instituição, ou de revisão da licença ambiental, é estritamente necessária a motivação do ato licenciatório, até mesmo para se viabilizar o controle jurisdicional, ou mesmo administrativo.

²⁰ MILARÉ, 2004, p. 483.

²¹ MEIRELLES, 2010, p. 171.

²² Id.

²³ Id.

Não definitividade da licença ambiental

Conforme já dissemos, a licença ambiental tem natureza jurídica de ato vinculado. Sendo assim, o que caracteriza o contorno jurídico do licenciamento ambiental é “a *subordinação* da manifestação administrativa ao requerimento do interessado, uma vez atendidos, é claro, os pressupostos legais relacionados com a defesa do meio ambiente e com o cumprimento da função social da propriedade”.²⁴

Acontece que a característica fundamental da licença ambiental é a sua não definitividade. Nos dizeres de Édis Milaré:²⁵

[...] a licença ambiental não assegura ao seu titular a manutenção do *status quo* vigorante ao tempo e sua expedição, sujeita que se encontra a prazos de validade. É dizer, caracteriza-se por uma estabilidade temporal, que não se confunde com a precariedade das autorizações, nem com a definitividade das licenças tradicionais.

Por não definitividade, quer-se dizer que a licença ambiental pode ser revista, modificada e revogada, desde que observados, é claro, os ditames da lei, posto ato vinculado que o é. Com efeito, “a licença ambiental, validamente outorgada, assegura ao seu titular uma estabilidade meramente temporal, não um direito adquirido de operar *ad aeternum*”.²⁶

E mais, previstas estas hipóteses revisionais, o Poder Público tem o dever de realizar o controle do instrumento licenciatório. Com efeito, “em matéria ambiental a intervenção do Poder Público tem o sentido principal de prevenção do dano. Aliás, pela Constituição Federal (art. 225, *caput*) a defesa do meio ambiente pelo Poder Público não é uma faculdade, mas um dever constitucional”.²⁷

Isso não significa, entretanto, que o Poder Público poderá agir com discricionariedade na revisão da licença ambiental. Ora, se o ato administrativo é vinculado, exige-se tal vinculação não somente no momento de sua instituição, mas também de sua revisão e possível extinção.

Trata-se da lição de Paulo Affonso Leme Machado:²⁸

As definições de licença ambiental que não contiverem a possibilidade de renovação e/ou da revisão de licença, diante da Lei 6.938/81, estão incompletas. A revisão não deixa o detentor da licença ambiental ao sabor do capricho do órgão público, pois o mesmo é obrigado a se justificar

²⁴ MILARÉ, 2004, p. 486.

²⁵ Ibid., p. 487.

²⁶ Ibid., p. 495.

²⁷ MACHADO, 2007, p. 273.

²⁸ Ibid., p. 274.

através da motivação, razoabilidade, proporcionalidade e da legalidade, interesse público, eficiência e ampla defesa, entre outros elementos jurídicos (art. 2º da Lei 9.784/1999).

Segundo o art. 19 da Resolução CONAMA n. 237/97, o órgão ambiental competente, mediante decisão motivada, poderá modificar os condicionantes e as medidas de controle e adequação, suspender ou cancelar uma licença expedida, quando ocorrer: [1] violação ou inadequação de quaisquer condicionantes ou normas legais; [2] omissão ou falsa descrição de informações relevantes que subsidiaram a expedição da licença; e [3] superveniência de graves riscos ambientais e de saúde.

Nota-se que o dispositivo exige, para a modificação, suspensão ou cancelamento de uma licença ambiental, que a decisão do órgão administrativo seja motivada. Trata-se de uma exigência natural, decorrente da própria natureza jurídica de ato administrativo vinculado. Exclui-se, portanto, qualquer atuação discricionária do Poder Público.

Nos ensinamentos de Édis Milaré:²⁹

Em síntese, a licença ambiental, apesar de ter prazo de validade estipulado, goza de caráter de estabilidade, *de jure*; não poderá, pois, ser suspensa por simples discricionariedade, muito menos por arbitrariedade do administrador público. Sua *renovabilidade* não conflita com sua estabilidade; está, porem, sujeita a revisão, podendo ser suspensa e mesmo cancelada, em caso de interesse público ou ilegalidade supervenientes ou, ainda, quando houver descumprimento dos requisitos preestabelecidos no processo de licenciamento ambiental. Mais uma vez se pode chamar a atenção para disposições peculiares do Direito do Ambiente, peculiaridades essas fundadas na legislação e corroboradas por práticas administrativas correntes na gestão ambiental.

185

Portanto, respeitadas as balizas legais e a fundamentação pertinente, o Poder Público poderá modificar, revogar, suspender ou cancelar a licença administrativa, cumprindo com o dever constitucionalmente imposto de preservação e proteção do Meio Ambiente.

A não definitividade vista sob a ótica da teoria dos motivos determinantes

Embora haja divergência acerca da natureza jurídica da licença ambiental, pacífico é o entendimento de que se consubstancia em um ato administrativo. Se ato administrativo é, submete-se aos regramentos gerais do Direito Administrativo.

²⁹ MILARÉ, 2004, p. 486.

Sendo assim, além de explicar a não definitividade das licenças ambientais, sob o prisma da natureza jurídica de ato vinculado, podemos explicar tal característica, também, pela ótica da teoria dos motivos determinantes.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:³⁰

De acordo com esta teoria, os motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato. Sendo assim, a invocação de “motivos de fato” falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados vicia o ato mesmo quando, conforme já se disse, a lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejariam a prática do ato. Uma vez enunciados pelo agente os motivos em que se calçou, ainda quando a lei não haja expressamente imposto a obrigação de enunciá-los, o ato só será válido se estes realmente ocorreram e o justificavam.

Pela teoria dos motivos determinantes, assim que o ato é motivado, em ocorrendo a motivação, as razões de fato e de direito ficam absolutamente vinculadas umas às outras. Em outras palavras, a ocorrência do fato vai condicionar a validade do ato administrativo. Assim, se o fato for falso, ou se constatar que o fato não existe, o ato será considerado inválido.

Neste sentido, quando o órgão público concede uma licença ambiental, os pressupostos de fato se vinculam, de maneira absoluta, aos pressupostos de direito (motivação). Isso significa que modificados os pressupostos de fato, o ato administrativo não mais se mantém no plano da validade, razão pela qual deve ser corrigido.

Por este raciocínio, se a realidade ambiental apresentada, pelo particular, revela-se inverídica, ou se tal realidade se modificou no decurso do tempo, necessária é a correção do ato, para que possa existir validamente, em sua plenitude.

A não definitividade e o direito à indenização: meio ambiente x direito adquirido

A licença administrativa é um ato por meio do qual o Poder Público reconhece um direito ao particular. Com efeito, “as licenças de Direito Administrativo, uma vez concedidas, passam a integrar o patrimônio jurídico de seu titular como direito adquirido”.³¹ Neste sentido, por atestar um direito já existente, o Poder Público não pode revogá-la, sem garantir, ao particular, justa indenização.

Discute-se se tal possibilidade de indenização se aplica à licença ambiental. Para analisarmos este assunto, temos que, fatalmente, discorrer sobre o ato

³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27 ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 404.

³¹ ANTUNES, 2006, p. 130.

jurídico perfeito e o direito adquirido, fenômenos estabilizadores do ordenamento jurídico brasileiro.

Segundo disciplina o art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, a lei nova não poderá retroagir, de modo a prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Neste sentido, poder-se-ia defender que, uma vez concedida a licença ambiental, adquirido estava o direito do particular em explorar a atividade potencialmente poluidora, em razão da existência de um ato jurídico perfeito, sem que a lei posterior pudesse exigir a readequação dos termos do ato licenciatório outorgado.

Sobre a disciplina do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, pertinente é a observação de Édis Milaré,³² ao comentar os institutos do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, frente ao direito ambiental:

Tal regramento, já tivemos oportunidade de dizer, pode levar à falsa conclusão de que, licenciada ou autorizada determinada obra ou atividade que, posteriormente, se revelasse prejudicial ao meio ambiente, nenhuma alteração poderia ser-lhes imposta, em homenagem àquelas garantias e ao princípio da livre iniciativa, também resguardado constitucionalmente. Criado estaria, por assim dizer, o direito adquirido de continuar a empreender, com base em licença pretérita (ato jurídico perfeito), não obstante a poluição causada. Daí dizer a doutrina que se estaria assim institucionalizando “direito adquirido de poluir”, em detrimento do direito ecologicamente equilibrado, inscrito no art. 225 da CF.

187

Sendo assim, não pode ser esta a interpretação a ser dada ao dispositivo constitucional em referência, pelo menos não em matéria ambiental, em razão de todo mecanismo de proteção e preservação ambiental criado pelo ordenamento jurídico. Com efeito, não há direito adquirido frente ao meio ambiente, devendo toda atividade potencialmente poluidora se adequar às novas disposições legais.

Analisando a impossibilidade de oposição do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, como formas de defesa aos novos regramentos normativos ambientais, Édis Milaré é claro ao demonstrar os argumentos que nos permitem defender esta tese:³³

A uma, porque a *ordem econômica* e a livre iniciativa são norteadas pela defesa do meio ambiente, assim como o exercício do direito de propriedade. A duas, porque as normas editadas com o escopo de defender o meio ambiente, por serem de *ordem pública*, têm aplicação imediata e

³² MILARÉ, 2004, p. 500-501.

³³ *Ibid.*, p. 501.

se aplicam não apenas aos fatos ocorridos sob sua vigência, como também às consequências e aos *efeitos atuais e futuros* dos fatos ocorridos sob a égide da lei anterior (*facta pendentia*). Essas normas só não atingirão os fatos ou relações jurídicas já definitivamente exauridos antes de sua edição (*facta praeterita*).

Sendo assim, por serem cogentes, as normas ambientais se impõem, de forma imediata, às relações que existem sob a sua vigência, demandando adequação ao seu império. Isso significa que se a atividade potencialmente exploradora se iniciou sob a égide da lei antiga, mas continua a ser exercida sob a égide da lei nova, fatalmente terá que se submeter aos comandos desta.

Veja que, aqui, cabe uma observação. Para Édis Milaré,³⁴ a lei nova tem aplicabilidade imediata somente se a atividade ou a obra ainda não foi iniciada. De tal sorte que, se o empreendimento já estiver embasado por licença ambiental, dever-se-á aguardar a renovação do ato autorizativo para serem incorporadas as novas exigências, salvo nos casos em que a lei impuser condições e prazos específicos.

Este também é o entendimento de Paulo de Bessa Antunes,³⁵ ao analisar a questão, inclusive, sob o enfoque econômico, enfatizando a possibilidade de negociação entre o particular e o Poder Público:

A situação, portanto, deve ser posta nos seguintes termos: enquanto uma *licença for vigente*, a eventual modificação de padrões ambientais não pode ser obrigatória para aquele que esteja regularmente licenciado segundo os padrões vigentes à época da concessão da licença. O Poder Público, entretanto, poderá negociar com o empreendedor a adoção voluntária de novos parâmetros de proteção ambiental. Uma vez encerrado o prazo de validade de uma licença ambiental, os novos padrões são *imediatamente exigíveis*. Este fato, *em si mesmo*, é importante, *mas não é suficiente* para que os novos padrões sejam *imediatamente adotados*. A questão não é legal: é econômica. Nem sempre o capital para os investimentos necessários está disponível e, evidentemente, existem diversos fatores que impedem o fechamento *tout court* de uma atividade produtiva. Resulta, desde conjunto de circunstâncias, que a negociação para o atendimento de novos padrões é o único caminho que pode, de fato, assegurar o aprimoramento dos padrões *efetivos* de proteção ambiental.

É claro que há posições contrárias a este entendimento. Ora, poder-se-ia defender que o regramento ambiental superveniente tem aplicabilidade imediata, mesmo nos casos de atividades ou obras já iniciadas. Neste caso, exigir-se-ia, do empreendedor, a suspensão da atividade, impondo-lhe a conformação dos padrões do seu empreendimento aos ditames da lei, cujo desrespeito conduziria à revogação da licença ambiental.

³⁴ MILARÉ, 2004, p. 501-502.

³⁵ ANTUNES, 2006, p. 131.

Pois bem, estabelecida esta premissa inicial, cumpre-nos, agora, analisar as implicações da seguinte pergunta: tendo ocorrido a efetiva revogação da licença ambiental, ou constatando-se a impossibilidade de renovação, nasce, para o particular, o direito de ser ressarcido?

A questão da indenização do particular, na esfera do direito ambiental, revela-se extremamente polêmica. Alguns autores admitem o pleito indenizatório, outros o rechaçam veementemente.

Édis Milaré sustenta que o pleito indenizatório é devido ao particular. Nas suas palavras:³⁶

[...] parece difícil sustentar possa a Administração aniquilar um direito do administrado, privando-o da correspondente indenização. Mesmo suspensa ou cassada a licença, é importante assinalar, remanesce o direito do administrado de algum modo vinculado ao empreendimento: se não sob a forma de atividade efetiva, ao menos sob a forma de ressarcimento dos danos (materiais e morais) que vier a sofrer por perda dos investimentos que antes foram legítima e legalmente autorizados.

E continua:³⁷

Com efeito, se é verdade que, em caso de dano – mesmo lícita e adequada a atividade –, sempre responde objetivamente o administrado, também é certo que este mesmo ônus é imposto ao Estado, em atenção ao princípio da solidariedade que norteia a responsabilidade ambiental e ao comando constitucional de que as pessoas jurídicas de direito público não estão infensas aos atos danosos que seus agentes, nesta qualidade, causarem a terceiros.

Por fim, conclui:³⁸

Assim não fosse, o peso da defesa e da proteção ambiental recairia exclusivamente sobre os ombros do administrado, em dissonância com o art. 225 da Lei Maior, por força do qual o *Poder Público* e a *coletividade* devem compartilhar solidariamente o ônus da responsabilidade ambiental.

É claro que esta posição não é pacífica, pois muitos outros autores e, inclusive alguns julgados,³⁹ sustentam a impossibilidade de se reconhecer o direito de indenização ao particular, frente ao Direito Ambiental.

³⁶ MILARÉ, 2004, p. 499-500.

³⁷ *Ibid.*, p. 500.

³⁸ *Id.*

³⁹ Conferir decisão proferida pela egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Processo n. 9802515957, Apelação Cível n. 189244, Rel. Des. Guilherme Couto. Decisão por unanimidade e nos termos do voto do relator. Brasília, *DJU* 31.01.2004, p. 117 julgado em 08.10.2003. Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em: 6 maio 2011.

Neste sentido, temos a posição apresentada por Marcelo Dawalibi:⁴⁰

[...] se a responsabilidade civil por danos ambientais é objetiva, e se o titular de uma licença ambiental responde pela reparação dos danos ambientais independentemente da licitude de sua obra ou atividade, é óbvio que nunca haverá prejuízo para ele, se a licença vier a ser revogada em face de superveniente razão que prenuncie a ocorrência de prejuízos ao meio ambiente. Afinal, se não houvesse a revogação, e se a obra ou atividade fossem totalmente implantadas, não teria ele mesmo que arcar com os custos da reparação do meio ambiente degradado? Não teria sua obra ou atividade paralisadas, independentemente de sua licitude? É evidente que sim. E se é assim, é óbvio que não terá o interessado nunca direito a indenização em caso de revogação da licença ambiental, pois em se verificando a nocividade do empreendimento ao meio ambiente, não teria ele mesmo nenhum direito à instalação ou operação de sua obra ou atividade, em face da irrelevância de sua licitude. E, se porventura, viesse tal obra ou atividade a ser instalada ou operada, ainda que com a licença devida, estaria o interessado sujeito a obrigação de reparar e indenizar plenamente os prejuízos ambientais.

E conclui:⁴¹

A regra legal da responsabilidade objetiva por danos ambientais, bem como o Princípio da Precaução, portanto, impõem a prevalência do interesse público na preservação do meio ambiente sobre o interesse do particular, e evidenciam que a concessão da licença ambiental não gera qualquer direito adquirido ao seu beneficiário, e muito menos direito a indenização em face de sua revogação.

Ora, partindo-se do pressuposto de que a licença ambiental não é definitiva e que a lei prevê a possibilidade de suspensão, revisão, modificação e revogação, não há que se falar em indenização, pois não há direito adquirido de explorar o meio ambiente.

A licença ambiental atesta que o particular pode exercer direito subjetivo, pois encontra respaldo na lei. Neste sentido, a partir do momento em que não há mais correspondência entre a atividade empreendida e as balizas da lei, irregular está o exercício do direito, razão pela qual não há que se falar em indenização.

CONCLUSÃO

O art. 225 da Constituição Federal protege o bem jurídico ambiental, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de proteger e defender o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

⁴⁰ DAWALIBI, Marcelo. Licença ou autorização? *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: RT, v. 5, n. 17, 2000. p. 185.

⁴¹ *Ibid.*, p. 185-186.

Em decorrência do comando constitucional, vários instrumentos *prévios* de controle foram criados para evitar o perecimento do bem jurídico ambiental, garantindo-se um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Dentre estes instrumentos está o licenciamento ambiental.

O licenciamento ambiental é um procedimento complexo, composto de vários atos, por meio do qual o Poder Público atesta ao particular, por meio da licença ambiental, a possibilidade de exercer determinada atividade, ou construir determinada obra, pois preencheu os requisitos previstos nas leis ambientais.

Durante muito tempo, discutiu-se a natureza jurídica das licenças ambientais. Hoje, prevalece o entendimento de que a licença ambiental tem natureza jurídica de ato vinculado, pois se subordina, apenas, aos ditames da Constituição Federal e das leis de proteção ao meio ambiente.

Como ato vinculado que é, condiciona-se aos preceitos da Lei n. 6.938/81, que trata, especificamente, do instrumento licenciatório, em matéria ambiental. Sendo assim, possível é a sua suspensão, modificação e revogação, nos termos da lei. Neste sentido, podemos afirmar que a principal característica da licença ambiental é a não definitividade.

Por não definitividade, quer-se dizer que a licença ambiental não pode ser estabelecida por tempo indefinido, tendo, portanto, prazo de validade. Dentro deste prazo de validade, demonstramos que há divergências sobre a possibilidade do Poder Público exigir readequação aos novos regramentos normativos, inexistentes ao tempo da concessão da licença ambiental.

Por fim, discutimos a questão da indenização, caso a licença ambiental seja revogada, ou sua renovação se torne impossível, em razão dos novos regramentos ambientais.

Para alguns autores, o pleito indenizatório do particular é certo, pois o Poder Público não poderia tolher, completamente, os direitos do particular, que exercia validamente suas atividades. Contudo, outros autores não admitem qualquer pretensão indenizatória por parte do particular, pelo fato de que não há direito adquirido frente ao meio ambiente.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 6 maio 2011.

BRASIL. *Lei ordinária n. 6.938/81*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 6 maio 2011.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/sitio/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=18&idConteudo=576>>. Acesso em: 6 maio 2011.

BRASIL. *Resolução CONAMA n. 237/97*. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>>. Acesso em: 6 maio 2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Processo n. 9802515957, Apelação Cível n. 189244, Rel. Des. Guilherme Couto. Decisão por unanimidade e nos termos do voto do relator. Brasília, *DJU* 31.01.2004, p. 117, j. em 08.10.2003. Disponível em: <<http://www.trf2.jus.br>>. Acesso em: 6 maio 2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Processo n. 95030252342, AG. 25103, Rel. Des. Juiz Mairan Maia. Decisão por unanimidade e nos termos do voto do relator. Brasília, *DJU* 12.07.2000, p. 288 j. em 14.09.2000. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br>>. Acesso em: 6 maio 2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível n. 00020544620084047101, Rel. Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Decisão por unanimidade e nos termos do voto do relator. Brasília, *DJe* 26.05.2010, j. em 04.05.2010. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em: 6 maio 2011.

DAWALIBI, Marcelo. Licença ou autorização? *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: RT, v. 5, n. 17, p. 179-187, jan./mar. 2000.

FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana no marco jurídico constitucional do Estado Socioambiental de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 15. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed. atual. até a Emenda Constitucional 64, de 04.02.2010. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 64, de 04.02.2010. São Paulo: Malheiros, 2010.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2004.

SILVA, Américo Luís Martins da. *Direito do meio ambiente e dos recursos naturais*. São Paulo: RT, 2004. v. I.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito internacional do meio ambiente*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

Data de recebimento: 31/5/2011

Data de aprovação: 17/6/2011

DA EFICÁCIA E DA APLICABILIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO ÂMBITO DO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO

THE EFFECTIVENESS AND APPLICABILITY OF INTERNATIONAL TREATIES UNDER THE LAW OF THE BRAZILIAN JOB

*Gustavo Henrique Paschoal**

RESUMO

O presente ensaio busca trazer ao leitor uma visão geral sobre a efetividade dos tratados internacionais assinados pelo Brasil e se refere a temas de Direito do Trabalho, bem como a sua aplicabilidade na esfera juslaboral. O primeiro capítulo traz uma introdução geral acerca do tema, inclusive com relato histórico sobre os tratados internacionais. O segundo capítulo fala sobre o conceito de tratado, bem como suas espécies e natureza jurídica. O terceiro capítulo traz as regras sobre tratados dispostas na Convenção de Viena de 1969. O quarto capítulo expõe a visão sobre os tratados internacionais trazida pela Convenção de Viena de 1986. O quinto capítulo fala sobre o surgimento, o funcionamento e a estrutura da Organização Internacional do Trabalho. Já o capítulo seis trata do processo de internacionalização dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro. O sétimo capítulo fala sobre o conflito entre os tratados internacionais e a legislação interna, apontando a mudança de visão do STF sobre o tema. O oitavo capítulo traz os tratados internacionais ratificados pelo Brasil referentes a temas trabalhistas. Ao final, concluiu-se que, a princípio, alguns tratados assinados pelo Brasil não foram recepcionados pelo Texto Constitucional de 1988, cabendo deles, pois, a denúncia; em segundo lugar, que o Brasil não observa os inúmeros tratados que assina com a OIT,

* Advogado. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho (UNIVEM/Marília-SP). Mestre em Direito Constitucional (ITE/Bauru-SP). Professor dos Cursos de Administração de Empresas e de Gestão de Recursos Humanos da Faculdade Estácio de Sá de Ourinhos/SP (graduação), do Curso de Direito da OAPC de Santa Cruz do Rio Pardo-SP (graduação) e da UNIARA – Araraquara/SP (pós-graduação). Correspondência para/Correspondence to: Rua Serafim Signorini, n. 79, 19907-560, Nova Ourinhos, Ourinhos-SP. E-mail: gustavo.paschoal@adv.oabsp.org.br ou g.paschoal@hotmail.com.

sendo que alguns deles, até hoje, aguardam votação no Congresso Nacional, a fim de serem ratificados.

Palavras-chave: Brasil; Tratados internacionais; Direito do trabalho; Recepção; Descumprimento.

ABSTRACT

This essay tries to bring to the reader an overview of the effectiveness of international treaties signed by Brazil and relate to issues of labor law and its applicability in the juslaboral sphere. The first chapter provides a general introduction on the subject, including historical account of international treaties. The second chapter discusses the concept of treaty and legal nature and its species. The third chapter covers the rules on treaties arranged by the Vienna Convention of 1969. The fourth chapter presents the vision of international treaties brought by the Vienna Convention of 1986. The fifth chapter discusses the emergence, operation and structure of the International Labour Organization. Already the sixth chapter deals with the internalization process of international treaties in the Brazilian legal system. The seventh chapter is about the conflict between international treaties and domestic law, pointing to the changing view of the STF on the subject. The eighth chapter covers the international treaties ratified by Brazil regarding labor issues. In the end, it was concluded that, first, some treaties signed by Brazil have not been approved by the constitutional text of 1988, what could fit an arraignment and, secondly, that Brazil does not observe the many treaties signed with the ILO, some of them, to present time, holding vote in Congress, to be ratified.

Keywords: Brazil; International treaties; Labor law; Reception; Non-compliance.

INTRODUÇÃO

Os tratados internacionais podem ser entendidos como manifestações unificadas, concordantes, dos chamados sujeitos de direito internacional público, visando à concretização de interesses comuns, produzindo efeitos jurídicos em conformidade com as regras do direito internacional público. É o que se pode extrair das palavras de João Grandino Rodas,¹ Saulo José Casali Bahia,² José Francisco Rezek³ e Celso Duvivier de Albuquerque Mello.⁴

¹ RODAS, João Grandino. *Tratados internacionais*. São Paulo: RT, 1991. p. 10-11.

² BAHIA, Saulo José Casali. *Tratados internacionais no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 2.

³ REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 14-15.

⁴ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Direito constitucional internacional*. 2. ed. Rio de Janeiro, 2000. p. 269-277.

José Souto Maior Borges⁵ ressalta que para a formação do tratado internacional importa a “manifestação de vontades nele formalizada”, sendo tal fato relevante para a formação do vínculo convencional. Celebrados, os tratados criam uma relação jurídica entre as partes convenientes (Estados ou organismos internacionais), valendo em todo o território estatal, desde que cumpridas as regras de internalização existentes em cada Estado.⁶

Segundo Valério de Oliveira Mazzuoli,⁷ o primeiro tratado internacional de que se tem notícia data do período entre 1280-1272 a.C., firmado pelo Faraó Ramsés II e Hattusil III, rei dos Hititas, para colocar fim aos conflitos entre os dois povos nas terras sírias.

Segundo o texto do tratado, os dois reinos se consideravam iguais e se estabeleciam entre eles, seus reis e sucessores, regras de igualdade eternas. Ali foram fixadas regras claras relativas aos interesses particulares de cada uma das soberanias, como a posse de certas terras e demais domínios. Encontravam-se ainda no tratado regras relativas à aliança contra inimigos comuns, normas de comércio, de migrações e também de extradição.⁸

Celso Duvivier de Albuquerque Mello⁹ informa que entre 1500 a.C. e 1960 foram celebrados cerca de 8.000 tratados de paz; de 1947 a 1984 foram concluídos entre 30.000 e 40.000 tratados; e entre o período de 1984 a 1992 foram feitos quase 50.000 tratados.

As regras gerais sobre tratados internacionais constam da chamada Convenção de Viena, que teve seu texto findado em 23 de maio de 1969, mas entrou em vigor apenas em 27 de janeiro de 1980, quando se formou o quórum mínimo de 35 Estados-partes.¹⁰

No Brasil, o texto do tratado somente foi encaminhado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional em 22 de abril de 1992, por força da Mensagem n. 116, sendo aprovada pela Comissão de Relações Exteriores da Câmara dos Deputados em 02 de dezembro de 1992, e transformada no Projeto de Decreto Legislativo n. 214-C/92.

⁵ BORGES, José Souto Maior. *Curso de direito comunitário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 232: “Relevante para a integração do vínculo convencional é a manifestação plurilateral de vontades das partes intervenientes no tratado internacional. Não o acordo de vontades, mas a sua manifestação (=formalização) é o que convencionalmente importa: em si, a vontade é um ente psicológico e, pois, não jurídico. Mas a vontade pode entrar no suporte fático de normas jurídicas, como sucede nos crimes dolosos, em que ela é levada em decisiva linha de conta”.

⁶ ARAUJO, Nadia de. A internalização dos tratados internacionais no direito brasileiro. *O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 69.

⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 3. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 145.

⁸ Id.

⁹ MELLO, 2000, p. 278.

¹⁰ REZEK, 1998, p. 13-14.

Até o presente momento, porém, o Projeto aguarda votação pela Câmara dos Deputados, para posterior remessa ao Senado Federal. Há que se ressaltar que, a despeito de ainda não ratificada no Brasil, o Itamaraty pauta todas suas tratativas internacionais pelas regras da Convenção de Viena de 1969.¹¹

Nos tópicos posteriores, analisaremos como são vistos os tratados internacionais no âmbito das Convenções de Viena de 1969 e de 1986, bem como o processo de acolhimento dos tratados internacionais pela ordem interna brasileira e, abordando tema mais próximo do que se busca com o presente ensaio, quais tratados internacionais guardam relação com o Direito do Trabalho.

DOS TRATADOS INTERNACIONAIS: NOÇÕES GERAIS

Antes, porém, de adentrarmos na análise das Convenções de Viena de 1969 e de 1986, importante salientar, fazendo coro a Valério de Oliveira Mazzuoli,¹² que o mencionado documento internacional refere-se ao termo “tratado” de forma genérica, sem levar em consideração as peculiaridades de cada acordo internacional firmado.

Desta forma, o citado autor menciona algumas denominações para os tratados internacionais, tendo-se em conta o conteúdo ou a natureza de cada avença internacional:

- a) *tratado*: tem natureza genérica, sendo normalmente utilizado para nominar acordos que tratem de matéria de maior importância, por exemplo, tratados de paz, de amizade, de arbitragem, etc.;
- b) *convenção*: refere-se a temas oriundos de conferências internacionais, que versem sobre assunto de interesse geral;
- c) *pacto*: tem por finalidade a restrição do objeto político de um tratado, por exemplo, o Pacto do Aço, celebrado em Berlim em 1939;
- d) *acordo*: termo oriundo do inglês *agreement*, trata-se de atos bilaterais (ou multilaterais) cuja natureza sobrevoa as áreas política, econômica, comercial, cultural ou científica. Exemplo: GATT – *General Agreement on Tariffs and Trade* (Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio);

¹¹ Conferir MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *O poder de celebrar tratados*: competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do direito internacional, do direito comparado e do direito constitucional brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 276; MAZZUOLI, 2008, p. 148-149; FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno*: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 33.

¹² MAZZUOLI, op. cit., p. 156 e seguintes. Em sentido contrário, REZEK, 1998, p. 16-17, entendendo como sinônimas as denominações dadas aos tratados, diversificando-se, tão somente a expressão *concordata*, tratativa na qual uma das partes é a Santa Sé.

- e) *acordo por troca de notas*: “emprega-se a troca de notas diplomáticas para assuntos de natureza geralmente administrativa, bem como para alterar ou interpretar cláusulas de acordos já concluídos”.¹³ Da mesma forma são os *acordos em forma simplificada ou acordos do executivo*, sendo concluídos pelo Chefe do Executivo por troca de notas diplomáticas, troca de correspondências ou procedimentos similares, sem a necessidade de consentimento do Poder Legislativo;
- f) “*gentlemen’s agreement*”: trata-se de um “acordo de cavalheiros” que tem em mira traçar a linha política que será seguida por seus signatários, tendo-se a avença como um compromisso de honra, pois cavalheiros são pessoas que se portam com retidão e nobreza, dentro de valores morais comuns;

José Francisco Rezek¹⁴ entende que tais atos não seriam verdadeiramente tratados, pois lhes falta *animus contahendi*, não havendo, pois, vontade de criar vínculos obrigacionais entre os pactuantes. Como exemplo, o autor cita os acordos de Root Takahira de 1907, de Lansing-Ishii de 1917, a Carta do Atlântico de 1941, o Acordo de Yalta de 1945 e o Acordo de Potsdam, igualmente de 1945.

- g) *carta*: refere-se a tratados internacionais que criam organismos internacionais, como a Carta das Nações Unidas, de 1945, e a Carta da Organização dos Estados Americanos, 1948;
- h) *protocolo*: do ponto de vista técnico, o protocolo refere-se a acordos subsidiários ligados a tratados já existentes, por exemplo, o Protocolo de Ouro Preto, de 1994, suplementar ao Tratado de Assunção, de 1990, que criou o Mercosul;
- i) “*modus vivendi*”: nomina acordos temporários ou provisórios de importância relativa, normalmente de ordem econômica. Exemplos: *modus vivendi* de 6 a 27 de dezembro de 1934, relativo ao tratamento de Sírios e Libaneses na França, e o *modus vivendi* de 13 de março de 1932, sobre a competência da Comissão Europeia do Danúbio;
- j) *declaração*: refere-se a atos que estabelecem regras ou princípios jurídicos, ou ainda normas de direito internacional indicativas de uma posição política comum de interesse coletivo, por exemplo, a Declaração de Paris, de 1856, sobre princípios de direito marítimo em caso de guerra; a Declaração de Haia, de 1907, que proibiu a utilização de balões para bombardeios; e a Declaração do México, de 1945, que proclamou os princípios americanos;

¹³ MAZZUOLI, 2008, p. 159.

¹⁴ REZEK, 1998, p. 19.

- k) *concordata*: “designação empregada nos acordos bilaterais de caráter religioso firmados pela Santa Sé com Estados que têm cidadãos católicos, versando em geral questões sobre a organização de cultos religiosos, exercício da administração eclesiástica, etc.”;¹⁵
- l) *reversais ou notas reversais*: estabelecem concessões recíprocas entre Estados;
- m) *estatuto*: recebem tal denominação os tratados internacionais que criam e normatizam os tribunais de jurisdição internacional, por exemplo, o Estatuto da Corte Internacional de Justiça, de 1920, e o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, de 1998.

Nas linhas posteriores, utilizaremos a expressão “tratado” em seu sentido amplo, unicamente por uma questão didática.

Importante, também, neste momento da pesquisa, colocar que os tratados podem receber diferentes classificações. Faremos, aqui, um apanhado geral entre as classificações trazidas por João Grandino Rodas,¹⁶ José Francisco Rezek¹⁷ e Valério de Oliveira Mazzuoli.¹⁸

- a) *quanto ao número de partes*, os tratados podem ser *bilaterais* ou *multilaterais*;
- b) *quanto ao procedimento de conclusão*, podem ser *bifásicos*, dividida a fase de consentimento em assinatura e ratificação, ou *monofásicos*, sendo que a simples assinatura importa em aceitação definitiva das regras do tratado;
- c) *quanto à execução no tempo*, podem ser *transitórios*, de execução instantânea e imediata; *permanentes*, cuja execução protraí no tempo; *mutualizáveis*, que permitem que o descumprimento de algumas normas não comprometa o tratado como um todo; e *não mutualizáveis*, os quais não permitem divisão em sua execução, de sorte que o descumprimento de qualquer das normas implica em prejuízo ao tratado em sua totalidade;
- d) *quanto à natureza jurídica*, podem ser classificados em *tratados-lei*, que criam regras gerais de direito internacional público, aplicáveis a todos (e exigíveis de todos) os signatários da tratativa internacional; e em *tratados-contrato*, os quais não criam regras gerais de direito internacional público, mas buscam, nas palavras de Clóvis Beviláqua,¹⁹ fixar objetivos comuns entre os Estados, “de troca de vontades com fins diversos, e têm aparência de contratos”.

¹⁵ MAZZUOLI, 2008, p. 163.

¹⁶ RODAS, 1991, p. 13-14.

¹⁷ REZEK, 1998, p. 26-34.

¹⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos, constituição e tratados internacionais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 36-41.

¹⁹ Apud MAZZUOLI, 2001, p. 41.

O DIREITO DOS TRATADOS NA CONVENÇÃO DE VIENA DE 1969

A Convenção de Viena, de 26 de maio de 1969, como já dito nas linhas anteriores, com sua entrada em vigor em 27 de janeiro de 1980, veio regulamentar a confecção dos tratados internacionais, daí ser chamada de “Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados”.

De acordo com a Convenção, tratado internacional é todo “acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”.

Inicialmente, importante ressaltar que a Convenção deixa claro que um tratado internacional deve, sempre, ser fruto de manifestações livres de vontade das partes convenientes, daí a utilização da expressão “acordo”. Não se pode conceber que um tratado internacional que busque solucionar problemas comuns de dois ou mais entes de direito internacional público seja oriundo de coação ou de qualquer espécie de violência.

Oportuno, também, salientar que a Convenção de Viena de 1969 refere-se unicamente aos Estados como capazes de celebrar tratados, mas, como salienta João Grandino Rodas,²⁰ as organizações internacionais intergovernamentais podem realizar tratativas de âmbito internacional, assim como os Estados-membros de algumas federações, como a Suíça.

O mencionado autor ainda lembra que à Santa Sé é concedido o poder de celebrar tratados, o que se nega às empresas multinacionais, haja vista que, de acordo com a convenção, não possuem personalidade jurídica de direito internacional público.

Valério de Oliveira Mazzuoli,²¹ na mesma esteira, traz à baila outras situações em que pode haver reconhecimento, pela comunidade internacional, de personalidade jurídica de direito internacional público para alguns grupos.

O primeiro caso mencionado pelo autor é o dos grupos que vivem em Estados onde existem conflitos internos, constituindo-se verdadeira guerra civil. Tais grupos podem ser considerados como *beligerantes*, por exemplo, os Sandinistas da Nicarágua, que foram assim reconhecidos pelo Pacto Andino de 1979.

Outro caso trazido pelo autor é o dos grupos considerados *insurgentes*, ou seja, que tentam derrubar o governo local para chegar ao poder, por força de conflitos internos motivados por brigas sociais, políticas, étnicas, etc.; podem ser citados, ainda, os *movimentos de libertação nacional*, sendo o mais conhecido a Organização para Libertação da Palestina (OLP), que mantém, inclusive, representação junto à ONU.

²⁰ RODAS, 1991, p. 12-13.

²¹ MAZZUOLI, 2008, p. 364 e seguintes.

Das organizações internacionais. Além disso, é preciso dizer algo sobre as organizações internacionais, as quais, como salientado nas linhas acima, possuem personalidade jurídica de direito internacional público e podem celebrar tratados internacionais. Escreve Valério de Oliveira Mazzuoli:²²

As organizações internacionais intergovernamentais são um fenômeno da modernidade. Tais como conhecemos atualmente, as organizações intergovernamentais são produto da lenta evolução das relações (bilaterais ou multilaterais) entre Estados, tendo os seus contornos contemporâneos sido definidos a partir do início do século XIX. Seu aparecimento no cenário internacional parece fundar-se na impossibilidade que Estados têm, seja por questões de ordem estrutural, econômica, militar, política ou social, de conseguir realizar sozinhos alguns de seus objetivos comuns no âmbito de um contexto determinado, o que os induz a organizarem-se dentro de um novo quadro, criando organismos internacionais capazes de atender aos seus anseios e de realizar os seus objetivos mais prementes.

Assim, as organizações internacionais têm uma função supletiva em relação aos Estados, detentores, por excelência, da personalidade jurídica de direito internacional público, agindo em pontos específicos, nos quais os Estados não conseguem atuar com eficiência.²³ Como exemplos, podemos mencionar a Organização das Nações Unidas (ONU), a Organização dos Estados Americanos (OEA), a União Europeia (UE), a União Africana (UA), a Liga dos Estados Árabes (LEA), e uma que interessa mais de perto ao presente trabalho, que é a Organização Internacional do Trabalho (OIT).²⁴

Processo de formação dos tratados. A Convenção de Viena de 1969 não cuida dos processos internos de recepção dos tratados, o que ficou a cargo de cada Estado signatário. Desta forma, alguns países adotam o sistema monofásico de recepção dos tratados, bastando a simples assinatura do tratado pelo Chefe de Estado para que o acordo internacional tenha validade interna, como é o caso da Suíça; enquanto outros, como o Brasil,²⁵ adotam o sistema bifásico, ou seja, além

²² MAZZUOLI, 2008, p. 542.

²³ A Convenção de Viena de 1969 não dava às organizações internacionais personalidade jurídica de direito público, a despeito de a doutrina internacional, bem como o costume internacional, assim o admitir. Tal querela só foi resolvida quando da promulgação da Convenção de Viena de 1986, o que será analisado com mais vagar em item próprio.

²⁴ A OIT foi criada em 1919, no final da Primeira Guerra Mundial, quando da assinatura do Tratado de Paz de Versalhes. Em conformidade com o art. 39 da Constituição da OIT, a organização possui personalidade jurídica de direito internacional público, podendo contratar, adquirir bens móveis e imóveis e dispor desses bens, além de estar em Juízo (REZEK, 1998, p. 249-250).

²⁵ DALLARI, Pedro Bohomeletz de Abreu. *Constituição e tratados internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 27.

da assinatura do Chefe de Estado, é necessária a ratificação interna do tratado, a cargo do Congresso Nacional.²⁶

José Souto Maior Borges²⁷ fala sobre duas fases de formação dos tratados internacionais: a primeira, pré-normativa, concernente aos atos preparatórios à celebração, chamada por ele de *fase preliminar à existência (validade) do tratado*, e a segunda, chamada de *fase de celebração do tratado propriamente dita*, que se refere ao momento em que os representantes dos Estados ou dos organismos internacionais assinam o documento, dando a ele validade internacional.

A fase preliminar se inicia com o processo de negociação das condições do tratado por meio dos Chefes de Estado, os quais possuem *capacidade originária* para celebração de tratados internacionais. As tratativas, no entanto, podem ser conduzidas por outros representantes do Poder Executivo, tais como o Ministro das Relações Exteriores ou Chefe de Missão Diplomática, possuindo, assim, *capacidade derivada* para a celebração de tratados internacionais.²⁸ Tal regra é prevista no art. 7º da Convenção.

Fechadas as negociações, elabora-se o texto do tratado, que é submetido às partes contratantes para avaliação e manifestação de concordância, o que se dá por meio da *assinatura* do documento pelo representante do Estado ou da Organização Internacional. É a previsão do art. 12 da Convenção.

Após a assinatura do tratado, como já esclarecido nas linhas anteriores, inicia-se a fase de internalização do tratado pelos signatários, o que não foi objeto da Convenção de Viena de 1969. Assim, cada Estado tem suas próprias regras sob o processo de ratificação dos tratados internacionais em seu território.²⁹

Há que se ressaltar que um tratado internacional, em conformidade com o art. 2º, § 1º, alínea *d*, da Convenção de Viena de 1969 possibilita que os Estados adiram a tratados internacionais na totalidade dos termos apresentados, bem

²⁶ Constituição Federal Brasileira de 1988, art. 49, inc. I.

²⁷ BORGES, 2009, p. 236.

²⁸ “A negociação apresenta características diversas, consoante seja bilateral ou plurilateral. A negociação bilateral inicia-se usualmente através do envio de uma nota diplomática, tem lugar no território das partes contratantes, sendo geralmente informal. No caso de não ser comum o idioma das partes contratantes, é frequente a utilização de idioma de terceiro Estado. O tratado pode ter uma versão autêntica ou duas ou mais versões. Neste caso, todas poderão ser tidas como autênticas e de igual valor, ou uma delas poderá, para fins de interpretação, possuir a precedência. No momento em que as partes chegam a um acordo nos aspectos substanciais e formais, procedem à assinatura, que presentemente significa apenas a autenticação do texto convencional” RODAS, 1991, p. 15.

²⁹ “A ratificação é o ato administrativo mediante o qual o chefe de estado confirma tratado firmado em seu nome ou em nome do estado, declarando aceito o que foi convenionado pelo agente signatário. Geralmente, só ocorre a ratificação depois que o tratado for aprovado pelo Parlamento, a exemplo do que ocorre no Brasil, onde essa faculdade é do Congresso Nacional” ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 141.

como que a ele façam *reservas*, ou seja, que manifestem sua discordância com determinados termos constantes do texto do tratado.³⁰

A Convenção, entretanto, em seu art. 19, não admite que sejam feitas reservas se: a) forem proibidas pelo tratado; b) não se encontrem entre aquelas taxativamente autorizadas no texto do tratado; e c) quando forem incompatíveis com o objeto e a finalidade do tratado.

Nulidade e extinção dos tratados. Os tratados internacionais serão considerados nulos, de acordo com a Convenção, quando eivados de vícios, tais como *erro, dolo ou coação*, que são defeitos que atingem diretamente o direito de as partes manifestarem livremente sua vontade, seu desejo.

Erro, nas palavras de Paulo Nader,³¹ consiste na falsa percepção da realidade, sem que o indivíduo seja induzido ao equívoco por um terceiro: ele erra sozinho, captando a realidade que a ele se apresenta de forma diferente.

O *dolo* caracteriza-se como “todo artifício malicioso empregado por uma das partes ou por terceiro com o propósito de prejudicar outrem, quando da celebração do negócio jurídico”. Diferentemente do erro, para a ocorrência do dolo, é necessária a concorrência de um terceiro, que busca, com o engodo da parte contrária, beneficiar-se a si próprio ou a outrem estranho à relação contratual.³²

Por sua vez, a *coação* é a ação inspirada pelo medo, pelo temor de que algo aconteça a alguém a alguma coisa. Aqui, a vontade está limitada pela existência de uma ameaça de ocorrência de algum mal, de alguma violência.³³

Por fim, de acordo com o texto da Convenção, a extinção dos tratados internacionais pode se dar: a) pela execução integral do tratado; b) pelo vencimento do prazo estipulado para validade do tratado; c) pela ocorrência de condição resolutiva constante do próprio tratado; d) pela concordância das partes do tratado; e) pela renúncia unilateral por parte do Estado beneficiado pelo tratado; f) pela impossibilidade de execução; g) pela denúncia do tratado;³⁴ h) pela inexecução do tratado; i) pela guerra entre as partes contratantes; e j) pela prescrição.

³⁰ Conferir RODAS, 1991, p. 17-19; ACCIOLY; SILVA e CASELLA, 2009, p. 142.

³¹ NADER, Paulo. *Curso de direito civil* – Parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. I, p. 471.

³² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil* – parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. I, p. 352.

³³ “Entre os vícios que podem afetar o negócio jurídico, a coação é o que mais repugna à consciência humana, pois dotado de violência” VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil* – Parte geral. 7. ed. São Paulo: Atlas 2007. p. 395.

³⁴ “A terminação, todavia, pode ocorrer não do pacto em si, mas tão somente com respeito a um dos celebrantes do acordo. Trata-se, pois, se voluntária, de sua retirada ou denúncia” (BAHIA, op. cit., p. 154). “A exemplo da ratificação e da adesão, a denúncia é um ato unilateral, de efeito jurídico inverso ao que produzem aquelas duas figuras: pela denúncia, manifesta o Estado sua vontade de deixar de ser parte no acordo internacional” (REZEK, 1998, p. 110).

O DIREITO DOS TRATADOS NA CONVENÇÃO DE VIENA DE 1986

A principal inovação trazida pela Convenção de Viena de 1986 é o reconhecimento das Organizações Internacionais como pessoas jurídicas de direito internacional público.

A mencionada Convenção foi ultimada em 21 de maio de 1986, mas ainda não entrou em vigor internacional, haja vista ainda não ter atingido o quórum mínimo de 35 ratificações de Estados.³⁵

No mais, a Convenção de 1986 faz apenas repetir as disposições da Convenção de 1969, apenas acrescentando aos dispositivos a expressão “organizações internacionais”, onde havia apenas “Estados”.

DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT)

A Convenção de Viena de 1986, como já dito anteriormente, atribuiu às Organizações Internacionais personalidade jurídica de direito internacional público, possibilitando a elas participarem da formação de tratados internacionais.

Assim como boa parte dos países do mundo, as organizações internacionais estão ligadas à Organização das Nações Unidas (ONU), fundada em 1945, a partir da entrada em vigor da Carta de São Francisco.

A ONU é composta por quatro espécies de organismos internacionais, quais sejam:³⁶

- a) *organismos internacionais de cooperação econômica*: Banco Interamericano para a Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD ou Banco Mundial); Fundo Monetário Internacional (FMI); Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO); Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento Industrial (ONUDI); Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI); Organização Mundial do Comércio (OMC);
- b) *organismos internacionais de cooperação social*: Organização Internacional do Trabalho (OIT); Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO); Organização Mundial de Saúde (OMS);
- c) *organismos internacionais de cooperação em comunicações*: União Internacional de Telecomunicações (UIT); Organização da Aviação Civil Internacional (OACI); União Postal Universal (UPU); Organização Marítima Internacional (OMI);

³⁵ MAZZUOLI, 2008, p. 288-289.

³⁶ Conferir MAZZUOLI, op. cit., p. 573 e seguintes.

- d) *organismos internacionais de finalidade específica*: Organização Meteorológica Mundial (OMM); Agência Internacional de Energia Atômica (AIEA); Organização Mundial do Turismo (OMT); Organização para a Proibição de Armas Químicas (OPAQ).

Para os fins deste trabalho, interessa mais de perto estudar a Organização Internacional do Trabalho (OIT).

A OIT surgiu a partir do Tratado de Versalhes, em 1919, o qual colocou termos finais à Primeira Guerra Mundial. Era um órgão componente da chamada Liga das Nações, que antecedeu à ONU, esta que surgiu apenas na década de 1940.

O texto de criação da OIT, de 1919, sofreu modificações ao longo dos anos, principalmente em 1922, 1934 e 1945. Em 1946, a OIT foi incorporada à ONU por força da Declaração de Filadélfia, de 1944, a qual se encontra em anexo à constituição da OIT.

A OIT possui a seguinte estrutura orgânica:

- a) *Assembleia Geral ou Conferência Internacional do Trabalho*, constituído pelos representantes dos Estados.
- b) *Conselho de Administração*, composto por 28 representantes dos governos, 14 dos trabalhadores e 14 dos empregadores. Dez dos postos governamentais são ocupados permanentemente pelos países de maior importância industrial (Alemanha, Brasil, China, Estados Unidos da América, França, Índia, Itália, Japão, Reino Unido e Rússia).


O Conselho de Administração é constituído, hoje, pelos seguintes membros: Presidente: Lord W. Brett (Reino Unido); Vice-Presidente Empregador: Sr. Daniel Funes de Rioja (Argentina); Vice-Presidente Governamental: Sr. Eui-YougChung (República da Coreia); Porta-Voz Trabalhador: Sr. Trotman (Barbados); Coordenadores Regionais – África: Sra. C. Nyangang (Cameroun); Ásia e Pacífico: Sr. Sung Ki Yi (República da Coreia); Américas: Sr. D. MacPhee (Canadá); Europa oriental: Sra. G. Constantinescu (Romênia); Europa ocidental: Sr. Paulo Bárcia (Portugal).³⁷

Atualmente, o Diretor-Geral da OIT é o chileno Juan Somavia, que ocupa o cargo desde 1999.

GALERIA DE DIRETORES

Desde sua criação, a OIT já teve nove Diretores-Gerais nomeados pelo Conselho de Administração.

³⁷ Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/inst/struct/conselho.php>>.

DIRETOR GERAL	PERÍODO	PAÍS	DIRETOR GERAL
Juan Somavia	desde 03/03/1999	Chile	 Primeiro representante do Hemisfério Sul a dirigir a Organização, o chileno Juan Somavia subscreveu o consenso internacional para a promoção de sociedades e economias abertas sempre que “seja capaz de oferecer benefícios efetivos a todas as pessoas e às famílias”. Somavia pretende “modernizar e ajudar a conduzir a organização tripartite de modo que os valores da OIT prevaleçam”.
Michel Hansenne	1989-1999	Bélgica	
Francis Blanchard	1974-1989	França	
C. Wilfred Jenks	1970-1973	Reino Unido	
David A. Morse	1948-1970	Estados Unidos	
Edward Phelan	1941-1948	Irlanda	
John G. Winant	1939-1941	Estados Unidos	
Harold Butler	1932-1938	Reino Unido	
Albert Thomas	1919-1932	França	

Fonte: Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/inst/struct/oficina/galeria.php>>.

- c) *Bureau Internacional do Trabalho*, com sede em Genebra, na Suíça, tem por função “documentar as atividades da organização, publicando as convenções recomendações adotadas, além de editar a Revista Internacional do Trabalho”.³⁸

Por possuir personalidade jurídica de direito público internacional, a OIT celebra tratados internacionais, os quais são chamados de Convenções. Tais instrumentos têm por finalidade, de acordo com os dizeres da Declaração de Filadélfia, em seu inciso I, promover a justiça social, que é o assento da paz duradoura.

Além das Convenções, a OIT publica as chamadas Recomendações, que são resultantes de estudos promovidos pela organização, e que buscam informar os Estados da existência de novas formas de soluções de conflitos entre capital e trabalho, subministrando meios para que os Estados interessados possam promover a justiça social.

As Recomendações, ao contrário das Convenções, não possuem força cogente, tampouco vinculante, sendo, unicamente, sugestões, as quais podem, ou não, ser adotadas pelos Estados.

³⁸ MAZZUOLI, 2008, p. 896.

DO PROCESSO DE INTERNALIZAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Como esclarecido nas linhas anteriores deste trabalho, a Convenção de Viena de 1969 e, posteriormente, a de 1986 não se preocuparam em regular o processo interno de recepção dos tratados internacionais.

Desta forma, cabe ao ordenamento jurídico interno dos Estados decidir sobre o processo de internalização das normas internacionais.

Falemos do caso brasileiro.

O Brasil adota o sistema bifásico de aceitação dos tratados internacionais. Assim, para que um tratado valha frente ao ordenamento jurídico brasileiro, é necessário que ele seja *ratificado internamente*.

A competência para tanto é do Congresso Nacional, que, em conformidade com a CF, art. 49, inc. I, deve “resolver definitivamente sobre tratados”. Desta forma, assinado o tratado pelo Presidente da República, este deve submeter o texto ao Congresso Nacional, a fim de que este ratifique integralmente, parcialmente ou não ratifique o acordo internacional.

Caso o tratado seja ratificado, o Congresso Nacional promulgará um Decreto Legislativo, dando, pois, validade interna ao tratado.

206

No caso brasileiro, porém, existe uma particularidade, ou seja, todos os tratados ratificados pelo Congresso Nacional, após sua promulgação por Decreto Legislativo, são submetidos ao Presidente da República, para que o Chefe de Estado promulgue o Decreto Legislativo, por força de Decreto.

Desta forma, o tratado passa por três etapas distintas: *eficácia internacional*, quando da assinatura do Chefe de Estado no órgão internacional; *eficácia para o Estado*, quando da ratificação do tratado pelo Congresso Nacional e promulgação do Decreto Legislativo, comprometendo-se, pois, internacionalmente; e *eficácia dentro do Estado*, quando o Decreto Legislativo é publicado por força de Decreto presidencial e passa a incorporar o *corpus juris* daquele Estado.

A intervenção do Presidente da República não tem previsão legal, sendo, portanto, uma prática, um costume jurídico adotado no Brasil. A nosso ver, valendo-nos das palavras de Valério de Oliveira Mazzuoli³⁹ e de José Francisco Rezek,⁴⁰ totalmente dispensável a interferência do Presidente da República no processo de internalização dos tratados internacionais, haja vista que a CF, art. 49, inc. I, dá ao Congresso Nacional poderes para resolver “definitivamente” sobre tratados, não havendo, pois, justificativa para a manutenção da prática do Decreto presidencial.⁴¹

³⁹ MAZZUOLI, 2008, p. 322-323.

⁴⁰ REZEK, 1998, p. 84.

⁴¹ Mirtô Fraga entende legítima a intervenção do Presidente da República, justificando seu ponto de vista sob a alegação de que cabe ao Chefe do Executivo, de acordo com a CF, art. 84, inc. IV,

Ademais, a CF dá ao Presidente da República (art. 84, inc. VIII) poder para celebrar tratados, de sorte que, para que o Chefe do Executivo assine um tratado, é necessário que ele esteja de acordo com os termos da tratativa que lhe é apresentada. Destarte, totalmente redundante a nova concordância do Presidente da República quando da assinatura do Decreto de promulgação do Decreto Legislativo.

Sendo ele [o Decreto Legislativo] da competência exclusiva do Congresso Nacional, não está, por isso, sujeito à sanção presidencial, sujeitando-se apenas à promulgação do Presidente do Senado Federal. Aliás, são óbvios – no dizer de Francisco Campos – os motivos pelos quais a Constituição não faz depender da sanção do Presidente da República as resoluções votadas pelo Poder Legislativo. A inutilidade da sanção do Presidente da República ou a sua inconveniência pode decorrer do fato de já haver ele manifestado sobre determinadas matérias seu acordo, ou por constituírem as mesmas apenas uma aprovação a atos já praticados pelo Presidente da República, ou, então, por se tratar de resoluções que se limitam a conceder ao Presidente da República uma autorização por ele próprio solicitada ao Poder Legislativo.⁴²

Nadia de Araujo salienta, porém, que o STF tem proferido julgamentos no sentido de que o tratado internacional só pode ser exigido internamente após a publicação do Decreto presidencial, citando o caso do Protocolo de Medidas Cautelares, assinado entre Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai, cujo texto considerava vigente o tratado trinta dias após o depósito do segundo termo de ratificação, mas o STF entendeu pela inaplicabilidade do tratado internamente, por ausência do Decreto presidencial.⁴³

207

CONFLITO ENTRE TRATADOS INTERNACIONAIS E LEGISLAÇÃO INTERNA

No dia 3 de dezembro de 2008, por força do julgamento proferido no *Habeas Corpus* n. 87.585/TO, o STF, ao menos a princípio, finalmente posicionou-se frente a um tema que, há muitos anos, intrigava os juristas brasileiros: a posição dos tratados internacionais frente ao ordenamento jurídico pátrio.

Até então, posicionava-se o STF no sentido de que as normas internacionais recepcionadas pelo Brasil possuíam natureza de normas infraconstitucionais, de valor equivalente às leis ordinárias.⁴⁴

“sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”, e que a expressão “lei” estaria sendo empregada em sentido lato, de forma que a competência dada ao Presidente da República pelo Texto Constitucional também atingiria os tratados internacionais (FRAGA, 1998, p. 62-63). No mesmo sentido DALLARI, 2003, p. 100-101.

⁴² MAZZUOLI, 2001, p. 159.

⁴³ ARAUJO, 2001, p. 71-73.

⁴⁴ FRAGA, 1998, p. 83-86; DALLARI, 2003, p. 108-113.

Exemplo disso é a Súmula n. 619, que possibilita a prisão civil do depositário infiel no próprio processo em que o encargo foi a ele atribuído. Veja-se que, a despeito de o Brasil ser signatário do Pacto de São José da Costa Rica, o qual veda a prisão civil por depósito infiel, o mencionado tratado, na visão do STF, foi recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro com natureza infraconstitucional.

Assim, possuindo natureza jurídica de lei ordinária, as disposições do Pacto não tinham o condão de reformar o Texto Constitucional, este que permite a prisão do depositário infiel (art. 5º, inc. LXVII). Vejam-se alguns julgados do STF.⁴⁵

Embargos de declaração em *habeas corpus*. 2. Depositário Infiel. 3. Execução – Ocorrência de fato novo. Bem de terceiro transferido do ora paciente e ofertado em sede de execução. Não anuência do exequente. 4. Inocorrência de omissão, contradição ou obscuridade. 5. Efeitos infringentes. 6. Descabimento. 7. Embargos de declaração rejeitados (HC 83.617 ED/SP – SÃO PAULO – EMB. DECL. NO *HABEAS CORPUS* – Relator(a): Min. GILMAR MENDES – Julgamento: 06/12/2005 – Órgão Julgador: Segunda Turma – Publicação DJ 03-02-2006 PP-00087 EMENT VOL-02219-4 PP-00712. Parte(s) EMBTE.(S): ROMUALDO TIBURTINO SOARES – ADV.(A/S): DARIO PEREIRA QUEIROZ – EMBDO.(A/S): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA).

208

HABEAS CORPUS. DECRETAÇÃO DA PRISÃO DE DEPOSITÁRIO JUDICIAL INFIEL. MODALIDADE DE SEGREGAÇÃO DA LIBERDADE QUE NÃO DECORRE DE UMA RELAÇÃO CONTRATUAL, MAS, SIM, DO *MUNUS PUBLICO* ASSUMIDO PELO DEPOSITÁRIO. ALEGAÇÕES DE QUE PARTE DOS BENS PENHORADOS JÁ FOI DESENVOLVIDA E DE QUE O PACIENTE JÁ ESTAVA DESLIGADO DA PESSOA JURÍDICA EXECUTADA. AFIRMAÇÕES NÃO RESPALDADAS PELOS ELEMENTOS DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DA MATÉRIA DE FATO. O depositário judicial assume o *munus publico* de órgão auxiliar da Justiça, pois a ele é confiada a guarda dos bens que garantirão a efetividade da decisão a ser proferida no processo judicial. É o vínculo funcional entre o Juízo e o depositário que permite, verificada a infidelidade, a decretação da prisão deste último. Não se trata, portanto, de hipótese de prisão contratual. É esta a natureza não contratual do vínculo que faz com que a medida de constrição de liberdade individual se enquadre na ressalva constitucional do inciso LXVII do art. 5º da Constituição da República. As alegações de que parte dos bens já foi devolvida, bem assim de que o depositário judicial já se havia desligado de sua empresa, são contrariadas pelos documentos dos autos, sendo inviável o reexame aprofundado do acervo probatório

⁴⁵ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>.

em sede de *habeas corpus*. Ordem denegada (HC 84.484/SP – SÃO PAULO – *HABEAS CORPUS* – Relator(a): Min. CARLOS BRITTO – Julgamento: 30/11/2004 – Órgão Julgador: Primeira Turma – Publicação DJ 07-10-2005 PP-00027 EMENT VOL-02208-02 PP-00251 – PACTE.(S): EDUARDO BAPTISTA MACEDO – IMPTE.(S): OSVALDO J. PACHECO – COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA).

Quando do julgamento do HC n. 87.585/TO, o Ministro Celso de Mello, em seu voto, sustentou a *natureza constitucional* dos tratados internacionais de direitos humanos, de maneira que os tratados ratificados pelo Brasil e que se referissem a matéria concernente a direitos humanos teriam *status* de norma constitucional, podendo, inclusive, revogar o texto constitucional.

Venceu, no entanto, a tese do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, o qual sustentou a *natureza supralegal* dos tratados internacionais de direitos humanos, de sorte que os tratados referentes a direitos humanos estariam em posição hierarquicamente inferior ao texto constitucional, mas superior às normas infraconstitucionais. Abaixo, algumas linhas do voto do Ministro Gilmar:

De modo que saúdo os avanços que estamos dispostos a fazer, e eu mesmo incentivei nos votos proferidos a tentativa de abrir um pouco esse debate, mas peço todas as vênias ao Ministro Celso de Mello e aos Ministros que subscreveram a sua posição, para reafirmar o voto que proferi e subscrever o voto agora proferido pelo Ministro Carlos Alberto Direito e aos demais Ministros que o seguiram, salvo no que diz respeito ao depositário judicial, porque entendo que também aqui a ideia é básica de proibição geral, quer dizer, aplicável também ao depositário judicial. Podemos até discutir se, em alguns casos – isso tem sido apontado às vezes por juízes –, eventuais violações não deveriam até constituir infrações penais contra a administração da justiça. Mas a questão do depósito me parece deve ser resolvida cabalmente com a proibição da prisão enquanto prisão civil.⁴⁶

Em seu voto, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes deixou clara a sua preocupação em dar a todos os tratados de direitos humanos natureza constitucional, principalmente pela dificuldade em se definir o que seria um conteúdo de direitos humanos propriamente ditos, tendo em vista que todos os tratados, direta ou indiretamente, referem-se a direitos humanos.

A partir do voto paradigmático, o STF entendeu, no exemplo que tratamos do depositário infiel, que não cabe mais a prisão civil por dívida, haja vista que

⁴⁶ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=87585&classe=HC>>. Na mesma linha: FRAGA, 1998, p. 84-85; BAHIA, 2000, p. 113-114; DALLARI, 2003, p. 108-113.

o Pacto de São José da Costa Rica, apesar de não revogar o texto da Constituição, torna inaplicáveis os dispositivos infraconstitucionais que regulam a matéria, de maneira que estaria a prisão civil por dívida revogada no ordenamento jurídico brasileiro. Alguns julgados recentes do STF:⁴⁷

“*HABEAS CORPUS*” – PRISÃO CIVIL – DEPOSITÁRIO JUDICIAL – REVOGAÇÃO DA SÚMULA 619/STF – A QUESTÃO DA INFIDELIDADE DEPOSITÁRIA – CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (ARTIGO 7º, n. 7) – NATUREZA CONSTITUCIONAL OU CARÁTER DE SUPRALEGALIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS? – PEDIDO DEFERIDO. ILEGITIMIDADE JURÍDICA DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL, AINDA QUE SE CUIDE DE DEPOSITÁRIO JUDICIAL. – Não mais subsiste, no sistema normativo brasileiro, a prisão civil por infidelidade depositária, independentemente da modalidade de depósito, trate-se de depósito voluntário (convencional) ou cuide-se de depósito necessário, como o é o depósito judicial. Precedentes. Revogação da Súmula 619/STF (HC 96.772/SP – SÃO PAULO – *HABEAS CORPUS* – Relator(a): Min. CELSO DE MELLO – Julgamento: 09/06/2009 – Órgão Julgador: Segunda Turma – Publicação – DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009 – EMENT VOL-02370-04 PP-00811 – RT v. 98, n. 889, 2009, 173-183 – Parte(s) PACTE.(S): JOÃO MARCOS BACHEGA – IMPTE.(S): JOÃO MARCOS BACHEGA – ADV.(A/S): MARIA DANIELA BACHEGA FEIJÓ ROSA – COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA).

DEPOSITÁRIO INFIEL – PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel (HC 89.634/SP – SÃO PAULO – *HABEAS CORPUS* – Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO – Julgamento: 24/03/2009 – Órgão Julgador: Primeira Turma – Publicação DJe-079 DIVULG 29-04-2009 PUBLIC 30-04-2009 EMENT VOL-02358-02 PP-00401 RF v. 105, n. 402, 2009, p. 390-393 – Parte(s) PACTE.(S): MILTON TARDOCHI – IMPTE.(S): GUILHERME DE MORAIS FALEIRO E OUTRO(A/S) – COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA).

RECURSO. Extraordinário. Provimento Parcial. Prisão Civil. Depositário infiel. Possibilidade. Alegações rejeitadas. Precedente do Pleno. Agravo regimental não provido. O Plenário da Corte assentou que, em razão do *status* supralegal do Pacto de São José da Costa Rica, restaram derrogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel (RE 404.276 AgR/MG – MINAS GERAIS – AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO – Relator(a): Min. CEZAR PELUSO

⁴⁷ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>.

– Julgamento: 10/03/2009 – Órgão Julgador: Segunda Turma – Publicação DJe-071 DIVULG 16-04-2009 PUBLIC 17-04-2009 – EMENT VOL-02356-06 PP-01109 LEXSTF v. 31, n, 364, 2009, p. 169-172 – Parte(s) AGTE.(S): ABN AMRO BANK S/A E OUTRO(A/S) – ADV.(A/S): WILLIAM BATISTA NESIO E OUTRO(A/S) – AGDO.(A/S): ROSILANE BERNARDES DE JESUS).

Por amor ao debate, importante ressaltar que, na esteira da posição defendida pelo Ministro Celso de Mello no voto proferido no HC n. 87.585/TO, parte da doutrina defende a natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. É o pensamento de Valério de Oliveira Mazzuoli,⁴⁸ Flávia Piovesan,⁴⁹ Hildebrando Accioly, Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva e Paulo Borba Casella.⁵⁰ Anteriormente a estes autores, a ideia já era defendida por Clóvis Beviláqua, Oscar Tenório, Haroldo Valladão e Jacob Dolinger.⁵¹

Seguindo o pensamento dos mencionados autores, poder-se-ia concluir que a EC n. 45/2005 é inconstitucional, visto que, diante do princípio da vedação do retrocesso de direitos fundamentais,⁵² houve um amesquinamento desses direitos.

DOS TRATADOS INTERNACIONAIS RATIFICADOS PELO BRASIL REFERENTES A TEMAS TRABALHISTAS

O Brasil é signatário de setenta e cinco Convenções da OIT, as quais passaremos a expor, de maneira sucinta, nos tópicos a seguir.⁵³

- I. *Convenção n. 6 da OIT.* Trata das condições de trabalho dos menores na indústria, tendo como pontos principais a proibição de trabalho insalubre, perigoso ou noturno para os menores de dezoito anos. Entrou em vigor no plano internacional em 13 de junho de 1921, sendo ratificada pelo Brasil em 26 de abril de 1934, entrando em vigor em 26 de abril de 1935.
- II. *Convenção n. 11 da OIT.* Trata do direito de associação e de união dos trabalhadores agrícolas. Entrou em vigor no plano internacional em 11 de maio de 1923, sendo ratificada pelo Brasil em 25 de abril de 1957, entrando em vigor em 25 de abril de 1958.

⁴⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. São Paulo: RT, 2009, v. 4, p. 8.

⁴⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 52-53.

⁵⁰ ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2009, p. 213-215.

⁵¹ Apud ACCIOLY; SILVA; CASELLA, op. cit., p. 215-216.

⁵² Conferir QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra/Portugal: Coimbra, 2006.

⁵³ Para consultar as Convenções em sua integralidade, conferir CHAGAS, Gustavo Luís Teixeira das. *Legislação de direito internacional do trabalho e da proteção internacional dos direitos humanos*. Salvador: JusPodivm, 2009.

- III. *Convenção n. 12 da OIT.* Trata do direito à indenização do trabalhador rural por acidente de trabalho. Entrou em vigor no plano internacional em 26 de fevereiro de 1923, sendo ratificada pelo Brasil em 25 de abril de 1957, entrando em vigor em 25 de abril de 1958.
- IV. *Convenção n. 14 da OIT.* Estabelece o direito ao descanso semanal de vinte e quatro horas consecutivas nos estabelecimentos industriais. Entrou em vigor no plano internacional em 19 de junho de 1923, sendo ratificada pelo Brasil em 25 de abril de 1957, entrando em vigor em 25 de abril de 1958.
- V. *Convenção n. 16 da OIT.* Determina a proibição de trabalho de menores de dezoito anos a bordo de embarcações marítimas sem a realização de exame médico que comprove a aptidão do menor ao trabalho, salvo se a embarcação pertencer a familiares do menor. Entrou em vigor no plano internacional em 20 de novembro de 1922, sendo ratificada pelo Brasil em 8 de junho de 1936, entrando em vigor em 8 de junho de 1937.
- VI. *Convenção n. 19 da OIT.* Dispõe sobre a igualdade de tratamento dos trabalhadores estrangeiros e nacionais nos procedimentos de indenização por acidente de trabalho. Entrou em vigor no plano internacional em 8 de setembro de 1926, sendo ratificada pelo Brasil em 25 de abril de 1957, entrando em vigor em 25 de abril de 1958.
- VII. *Convenção n. 21 da OIT.* Dispõe sobre a simplificação da inspeção dos emigrantes a bordo dos navios, estabelecendo que a fiscalização seja da competência do país cuja bandeira seja sustentada pelo navio, não havendo mais, portanto, competência de mais de um país dentro da mesma embarcação. Entrou em vigor no plano internacional em 20 de novembro de 1922, sendo ratificada pelo Brasil em 8 de junho de 1936, entrando em vigor em 8 de junho de 1937.
- VIII. *Convenção n. 22 da OIT.* Refere-se às regras a serem seguidas quando da contratação de um marinheiro para trabalhar em navios mercantes. Entrou em vigor no plano internacional em 4 de abril de 1928, sendo ratificada pelo Brasil em 18 de junho de 1965, entrando em vigor em 18 de junho de 1966.
- IX. *Convenção n. 26 da OIT.* Refere-se às regras gerais para fixação de salários-mínimos. Entrou em vigor no plano internacional em 14 de junho de 1930, sendo ratificada pelo Brasil em 25 de abril de 1957, entrando em vigor em 25 de abril de 1958.
- X. *Convenção n. 29 da OIT.* Obriga os signatários a promover esforços para a erradicação do trabalho forçado ou obrigatório. Entrou em vigor no plano internacional em 1º de maio de 1932, sendo ratificada pelo Brasil em 25 de junho de 1957, entrando em vigor em 25 de abril de 1958.

- XI. *Convenção n. 42 da OIT.* Preconiza o direito dos trabalhadores a serem indenizados quando da ocorrência de doenças profissionais. Entrou em vigor no plano internacional em 17 de junho de 1936, sendo ratificada pelo Brasil em 8 de junho de 1936, entrando em vigor em 8 de junho de 1937.
- XII. *Convenção n. 45 da OIT.* Proíbe o trabalho feminino em minas de subsolo. Há que se ressaltar sua incompatibilidade com o texto constitucional vigente, vez que este prega a igualdade entre os sexos, inclusive nas condições de trabalho. Entrou em vigor no plano internacional em 30 de maio de 1937, sendo ratificada pelo Brasil em 22 de dezembro de 1938, entrando em vigor em 22 de dezembro de 1939.
- XIII. *Convenção n. 53 da OIT.* Organiza a expedição de certificados de capacidade dos oficiais de marinha mercante. Entrou em vigor no plano internacional em 19 de março de 1939, sendo ratificada pelo Brasil em 12 de outubro de 1938, entrando em vigor em 12 de outubro de 1939.
- XIV. *Convenção n. 80 da OIT.* Promoveu a revisão geral das Convenções adotadas pela Conferência Geral da OIT. Entrou em vigor no plano internacional em 28 de março de 1947, sendo ratificada pelo Brasil em 13 de abril de 1948, entrando em vigor em 13 de abril de 1949.
- XV. *Convenção n. 81 da OIT.* Determina aos signatários a adoção de sistema de inspeção do trabalho nas empresas. Entrou em vigor no plano internacional em 19 de junho de 1923, sendo ratificada pelo Brasil em 25 de abril de 1957, entrando em vigor em 25 de abril de 1958.
- XVI. *Convenção n. 88 da OIT.* Determina aos signatários a manutenção de um serviço público de organização do mercado de emprego, na busca de recolocação profissional dos desempregados. Entrou em vigor no plano internacional em 10 de agosto de 1950, sendo ratificada pelo Brasil em 25 de abril de 1957, entrando em vigor em 25 de abril de 1958.
- XVII. *Convenção n. 89 da OIT.* Proíbe o trabalho feminino em período noturno. Há que se ressaltar sua incompatibilidade com o texto constitucional vigente, vez que este prega a igualdade entre os sexos, inclusive nas condições de trabalho. Entrou em vigor no plano internacional em 27 de fevereiro de 1951, sendo ratificada pelo Brasil em 25 de abril de 1957, entrando em vigor em 25 de abril de 1958.
- XVIII. *Convenção n. 92 da OIT.* Dispõe sobre o alojamento de tripulação a bordo de navios de carga ou de passageiros. Entrou em vigor no plano internacional em 29 de janeiro de 1953, sendo ratificada pelo Brasil em 8 de junho de 1954, entrando em vigor em 8 de junho de 1955.

- XIX. *Convenção n. 94 da OIT.* Refere-se às cláusulas de trabalho em contratos com órgãos públicos. Entrou em vigor no plano internacional em 20 de setembro de 1952, sendo ratificada pelo Brasil em 18 de junho de 1965, entrando em vigor em 18 de junho de 1966.
- XX. *Convenção n. 95 da OIT.* Dispõe sobre as formas de proteção do salário. Entrou em vigor no plano internacional em 24 de setembro de 1952, sendo ratificada pelo Brasil em 25 de abril de 1957, entrando em vigor em 25 de abril de 1958.
- XXI. *Convenção n. 97 da OIT.* Dispõe sobre as condições dos trabalhadores migrantes. Entrou em vigor no plano internacional em 22 de janeiro de 1952, sendo ratificada pelo Brasil em 18 de junho de 1965, entrando em vigor em 18 de junho de 1966.
- XXII. *Convenção n. 98 da OIT.* Dispõe sobre a proteção contra atos atentatórios à liberdade sindical. Entrou em vigor no plano internacional em 18 de julho de 1951, sendo ratificada pelo Brasil em 18 de novembro de 1952, entrando em vigor em 18 de novembro de 1953.
- XXIII. *Convenção n. 99 da OIT.* Refere-se aos métodos de fixação de salário-mínimo na agricultura. Entrou em vigor no plano internacional em 24 de setembro de 1952, sendo ratificada pelo Brasil em 25 de abril de 1957, entrando em vigor em 25 de abril de 1958.
- XXIV. *Convenção n. 103 da OIT.* Dispõe sobre a proteção à maternidade para as trabalhadoras urbanas e rurais. Entrou em vigor no plano internacional em 24 de setembro de 1952, sendo ratificada pelo Brasil em 18 de junho de 1965, entrando em vigor em 18 de junho de 1966.
- XXV. *Convenção n. 104 da OIT.* Dispõe sobre a abolição das sanções penais para quem empregue mão de obra indígena. Entrou em vigor no plano internacional em 24 de setembro de 1952, sendo ratificada pelo Brasil em 18 de junho de 1965, entrando em vigor em 18 de junho de 1966.
- XXVI. *Convenção n. 105 da OIT.* Determina a abolição de qualquer forma de trabalho forçado. Entrou em vigor no plano internacional em 17 de janeiro de 1959, sendo ratificada pelo Brasil em 18 de junho de 1965, entrando em vigor em 18 de junho de 1966.
- XXVII. *Convenção n. 106 da OIT.* Determina a observância do repouso semanal para empregados em escritórios e no comércio. Entrou em vigor no plano internacional em 13 de maio de 1958, sendo ratificada pelo Brasil em 18 de junho de 1965, entrando em vigor em 18 de junho de 1966.
- XXVIII. *Convenção n. 108 da OIT.* Dispõe sobre a carteira de identidade nacional dos trabalhadores marítimos. Entrou em vigor no plano

internacional em 13 de maio de 1958, sendo ratificada pelo Brasil em 5 de novembro de 1963, entrando em vigor em 5 de novembro de 1964.

- XXIX. *Convenção n. 111 da OIT.* Determina a abolição de todas as formas de discriminação em matéria de emprego e ocupação. Entrou em vigor no plano internacional em 15 de junho de 1960, sendo ratificada pelo Brasil em 26 de novembro de 1965, entrando em vigor em 26 de novembro de 1966.
- XXX. *Convenção n. 113 da OIT.* Refere-se à obrigatoriedade de realização de exame médico para trabalhadores na pesca. Entrou em vigor no plano internacional em 7 de novembro de 1961, sendo ratificada pelo Brasil em 1º de março de 1965, entrando em vigor em 1º de março de 1966.
- XXXI. *Convenção n. 115 da OIT.* Dispõe sobre a proteção dos trabalhadores contra radiações ionizantes. Entrou em vigor no plano internacional em 17 de junho de 1962, sendo ratificada pelo Brasil em 5 de setembro de 1966, entrando em vigor em 5 de setembro de 1967.
- XXXII. *Convenção n. 116 da OIT.* Trata da revisão dos artigos finais adotada pela Conferência Internacional do Trabalho. Entrou em vigor no plano internacional em 5 de fevereiro de 1962, sendo ratificada pelo Brasil em 5 de setembro de 1966, entrando em vigor em 5 de setembro de 1967.
- XXXIII. *Convenção n. 117 da OIT.* Fixa os objetivos e as normas básicas da política social. Entrou em vigor no plano internacional em 25 de abril de 1964, sendo ratificada pelo Brasil em 24 de março de 1969, entrando em vigor em 24 de março de 1970.
- XXXIV. *Convenção n. 118 da OIT.* Impõe tratamento igual aos estrangeiros em matéria previdenciária. Entrou em vigor no plano internacional em 25 de abril de 1964, sendo ratificada pelo Brasil em 24 de março de 1968, entrando em vigor em 24 de março de 1969.
- XXXV. *Convenção n. 119 da OIT.* Dispõe sobre a proteção dos trabalhadores que manuseiam maquinários cujo funcionamento possa causar prejuízos à saúde humana. Entrou em vigor no plano internacional em 21 de abril de 1965, sendo ratificada pelo Brasil em 16 de abril de 1992, entrando em vigor em 16 de abril de 1993.
- XXXVI. *Convenção n. 122 da OIT.* Dispõe sobre políticas de redução do desemprego e do subemprego. Entrou em vigor no plano internacional em 17 de junho de 1966, sendo ratificada pelo Brasil em 24 de março de 1969, entrando em vigor em 24 de março de 1970.

- XXXVII. *Convenção n. 124 da OIT.* Dispõe sobre a obrigatoriedade de exame médico periódico para maiores de dezoito e menores de vinte e um anos que trabalhem em minas de subsolo. Entrou em vigor no plano internacional em 13 de dezembro de 1967, sendo ratificada pelo Brasil em 21 de agosto de 1970, entrando em vigor em 21 de agosto de 1971.
- XXXVIII. *Convenção n. 125 da OIT.* Dispõe sobre a emissão de certificado de capacidade dos pescadores. Entrou em vigor no plano internacional em 15 de junho de 1969, sendo ratificada pelo Brasil em 21 de agosto de 1970, entrando em vigor em 21 de agosto de 1971.
- XXXIX. *Convenção n. 126 da OIT.* Dispõe sobre a existência de alojamentos a bordo dos navios de pesca. Entrou em vigor no plano internacional em 6 de novembro de 1968, sendo ratificada pelo Brasil em 12 de abril de 1994, entrando em vigor em 18 de junho de 1966.
- XL. *Convenção n. 125 da OIT.* Fixa o peso máximo de carga a ser transportada manualmente pelos trabalhadores. Entrou em vigor no plano internacional em 10 de março de 1970, sendo ratificada pelo Brasil em 21 de agosto de 1970, entrando em vigor em 21 de agosto de 1971.
- XLI. *Convenção n. 131 da OIT.* Dispõe sobre as regras de fixação de salários-mínimos, com referência especial aos países em desenvolvimento. Entrou em vigor no plano internacional em 29 de abril de 1972, sendo ratificada pelo Brasil em 4 de maio de 1982, entrando em vigor em 4 de maio de 1984.
- XLII. *Convenção n. 132 da OIT.* Dispõe sobre as férias anuais remuneradas. Entrou em vigor no plano internacional em 30 de junho de 1973, sendo ratificada pelo Brasil em 4 de maio de 1983, entrando em vigor em 23 de setembro de 1999.⁵⁴

⁵⁴ Em relação à Convenção n. 132 da OIT, importante ressaltar que ela afronta diretamente a CLT, nos arts. 130 e 130-A. De acordo com a Convenção, o período aquisitivo de férias será, no máximo, de seis meses, enquanto a CLT fala em doze meses. A Convenção também proíbe períodos de férias inferiores a três semanas, mas a CLT, principalmente no que se refere a trabalho em tempo parcial, possibilita períodos de descanso inferiores ao previsto na Convenção. O TST entende pela não aplicação da Convenção, haja vista a necessidade de regulamentação: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. FÉRIAS. CONVENÇÃO DA OIT. O eg. Regional manteve a sentença que julgou improcedente a ação, indeferindo os pedidos formulados na petição inicial e embasados nas disposições contidas na Convenção 132 da OIT. **Entendeu que o artigo 1º dessa convenção dispõe sobre a necessidade de sua regulamentação legislativa, ou de ser firmado ajuste coletivo, ratificando seus termos para que ela se torne aplicável, o que não ocorreu até o presente momento,** razão pela qual seus dispositivos não incidem no caso. O Recorrente não teve êxito em demonstrar a alegada divergência jurisprudencial, pois colaciona arrestos que, ou são oriundos de Turmas do TST, hipótese não elencada na alínea -a- do artigo

- XLIII. *Convenção n. 133 da OIT.* Dispõe sobre a existência de alojamentos a bordo de navios. Entrou em vigor no plano internacional em 27 de agosto de 1991, sendo ratificada pelo Brasil em 16 de abril de 1992, entrando em vigor em 16 de outubro de 1992.
- XLIV. *Convenção n. 134 da OIT.* Dispõe sobre a prevenção de acidentes de trabalho dos trabalhadores marítimos. Entrou em vigor no plano internacional em 17 de fevereiro de 1973, sendo ratificada pelo Brasil em 25 de julho de 1996, entrando em vigor em 25 de julho de 1997.
- XLV. *Convenção n. 135 da OIT.* Estabelece regras de proteção aos representantes dos trabalhadores nas empresas. Entrou em vigor no plano internacional em 30 de junho de 1973, sendo ratificada pelo Brasil em 18 de maio de 1990, entrando em vigor em 18 de maio de 1991.
- XLVI. *Convenção n. 136 da OIT.* Impõe medidas de proteção dos trabalhadores contra os riscos de intoxicação por benzeno. Entrou em vigor no plano internacional em 27 de julho de 1973, sendo ratificada pelo Brasil em 24 de março de 1993, entrando em vigor em 24 de março de 1994.
- XLVII. *Convenção n. 137 da OIT.* Estabelece regras para o trabalho portuário. Entrou em vigor no plano internacional em 24 de junho de 1975, sendo ratificada pelo Brasil em 12 de agosto de 1994, entrando em vigor em 12 de agosto de 1995.
- XLVIII. *Convenção n. 138 da OIT.* Estabelece idade mínima para admissão no emprego. Entrou em vigor no plano internacional em 6 de junho de 1973, sendo ratificada pelo Brasil em 28 de junho de 2001, entrando em vigor em 28 de junho de 2002.
- XLIX. *Convenção n. 139 da OIT.* Impõe medidas de prevenção e controle de riscos de contaminação por substâncias ou agentes cancerígenos. Entrou em vigor no plano internacional em 6 de novembro de 1968, sendo ratificada pelo Brasil em 27 de junho de 1990, entrando em vigor em 27 de junho de 1991.
- L. *Convenção n. 140 da OIT.* Possibilita a concessão de licença remunerada para estudos. Entrou em vigor no plano internacional em 23 de setembro de 1976, sendo ratificada pelo Brasil em 16 de abril de 1993, entrando em vigor em 16 de abril de 1994.

896 da CLT, ou afiguram-se inespecíficos (Enunciados 23 e 296 do TST). Nega-se provimento. (Processo: AIRR – 15700-94.2002.5.12.0031. Data de Julgamento: 30/06/2004, Relator Ministro: José Simpliciano Fontes de F. Fernandes, 2ª Turma, Data de Publicação: DJ 20.08.2004)”.

- LI. *Convenção n. 141 da OIT.* Dispõe sobre as organizações de trabalhadores rurais e sua função no desenvolvimento econômico e social. Entrou em vigor no plano internacional em 24 de setembro de 1977, sendo ratificada pelo Brasil em 27 de setembro de 1994, entrando em vigor em 27 de setembro de 1995.
- LII. *Convenção n. 142 da OIT.* Dispõe sobre a criação de programas de orientação e de formação profissional. Entrou em vigor no plano internacional em 19 de julho de 1977, sendo ratificada pelo Brasil em 24 de novembro de 1981, entrando em vigor em 24 de novembro de 1982.
- LIII. *Convenção n. 144 da OIT.* Impõe aos países membros a tomada de medidas efetivas para dar cumprimento às Convenções já assinadas. Entrou em vigor no plano internacional em 16 de maio de 1978, sendo ratificada pelo Brasil em 27 de setembro de 1994, entrando em vigor em 27 de setembro de 1995.
- LIV. *Convenção n. 145 da OIT.* Busca assegurar aos trabalhadores marítimos emprego contínuo e regular. Entrou em vigor no plano internacional em 16 de maio de 1978, sendo ratificada pelo Brasil em 18 de maio de 1990, entrando em vigor em 18 de maio de 1991.
- LV. *Convenção n. 146 da OIT.* Estabelece direito de férias aos trabalhadores marítimos. Entrou em vigor no plano internacional em 13 de julho de 1979, sendo ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1998, entrando em vigor em 24 de setembro de 1999.
- LVI. *Convenção n. 147 da OIT.* Estabelece normas mínimas de trabalho para a marinha mercante. Entrou em vigor no plano internacional em 28 de novembro de 1981, sendo ratificada pelo Brasil em 17 de janeiro de 1991, entrando em vigor em 17 de janeiro de 1992.
- LVII. *Convenção n. 148 da OIT.* Estabelece regras de proteção dos trabalhadores contra riscos devido a contaminações atmosféricas, ruídos e vibrações excessivas no local de trabalho. Entrou em vigor no plano internacional em 11 de julho de 1979, sendo ratificada pelo Brasil em 14 de janeiro de 1982, entrando em vigor em 14 de janeiro de 1983.
- LVIII. *Convenção n. 152 da OIT.* Dispõe sobre regras de segurança e higiene no trabalho portuário. Entrou em vigor no plano internacional em 5 de dezembro de 1981, sendo ratificada pelo Brasil em 17 de maio de 1990, entrando em vigor em 17 de maio de 1991.
- LIX. *Convenção n. 154 da OIT.* Impõe aos signatários o incentivo à negociação coletiva, assegurando, sempre, a participação dos trabalhadores. Entrou em vigor no plano internacional em 11 de agosto de 1983, sendo ratificada pelo Brasil em 18 de maio de 1992, entrando em vigor em 18 de maio de 1993.

- LX. *Convenção n. 159 da OIT.* Estabelece regras para a reabilitação profissional de pessoas deficientes. Entrou em vigor no plano internacional em 20 de junho de 1985, sendo ratificada pelo Brasil em 18 de maio de 1990, entrando em vigor em 18 de maio de 1991.
- LXI. *Convenção n. 160 da OIT.* Impõe aos membros o dever de recolher, compilar e publicar regularmente estatísticas básicas de trabalho. Entrou em vigor no plano internacional em 24 de abril de 1988, sendo ratificada pelo Brasil em 2 de julho de 1990, entrando em vigor em 2 de julho de 1991.
- LXII. *Convenção n. 161 da OIT.* Impõe aos membros o dever de instituir serviços de saúde do trabalho para todos os trabalhadores dos setores público e privado. Entrou em vigor no plano internacional em 17 de fevereiro de 1988, sendo ratificada pelo Brasil em 18 de maio de 1990, entrando em vigor em 18 de maio de 1991.
- LXIII. *Convenção n. 162 da OIT.* Estabelece regras para utilização do asbesto e do amianto com segurança. Entrou em vigor no plano internacional em 16 de junho de 1989, sendo ratificada pelo Brasil em 18 de maio de 1990, entrando em vigor em 18 de maio de 1991.
- LXIV. *Convenção n. 163 da OIT.* Impõe aos signatários o dever de zelar pelo bem-estar dos trabalhadores marítimos no mar e no porto. Entrou em vigor no plano internacional em 3 de outubro de 1990, sendo ratificada pelo Brasil em 4 de março de 1997, entrando em vigor em 3 de março de 1998.
- LXV. *Convenção n. 164 da OIT.* Dá aos trabalhadores marítimos direito a saúde e assistência médica. Entrou em vigor no plano internacional em 11 de janeiro de 1991, sendo ratificada pelo Brasil em 4 de março de 1997, entrando em vigor em 3 de março de 1998.
- LXVI. *Convenção n. 166 da OIT.* Dispõe sobre os casos em que marinheiro deve ser repatriado. Entrou em vigor no plano internacional em 3 de julho de 1991, sendo ratificada pelo Brasil em 4 de março de 1997, entrando em vigor em 15 de julho de 1998.
- LXVII. *Convenção n. 167 da OIT.* Dispõe sobre condições de saúde e segurança na construção civil. Entrou em vigor no plano internacional em 3 de julho de 1991, sendo ratificada pelo Brasil em 19 de maio de 2006, entrando em vigor em 19 de maio de 2007.
- LXVIII. *Convenção n. 168 da OIT.* Impõe aos membros a promoção do emprego e o combate ao desemprego. Entrou em vigor no plano internacional em 17 de outubro de 1991, sendo ratificada pelo Brasil em 24 de março de 1993, entrando em vigor em 23 de março de 1994.

- LXIX. *Convenção n. 169 da OIT.* Dispõe sobre condições de trabalho e seguridade social dos povos indígenas. Entrou em vigor no plano internacional em 5 de setembro de 1991, sendo ratificada pelo Brasil em 25 de junho de 2002, entrando em vigor em 25 de junho de 2003.
- LXX. *Convenção n. 170 da OIT.* Impõe regras de segurança na utilização de produtos químicos no trabalho. Entrou em vigor no plano internacional em 4 de novembro de 1993, sendo ratificada pelo Brasil em 23 de setembro de 1996, entrando em vigor em 22 de dezembro de 1997.
- LXXI. *Convenção n. 171 da OIT.* Dispõe sobre as condições do trabalho noturno. Entrou em vigor no plano internacional em 4 de janeiro de 1995, sendo ratificada pelo Brasil em 18 de dezembro de 2002, entrando em vigor em 18 de dezembro de 2003.
- LXXII. *Convenção n. 174 da OIT.* Impõe aos membros a elaboração de programas de prevenção de acidentes industriais maiores, como atividades nucleares e radioativas. Entrou em vigor no plano internacional em 22 de junho de 1973, sendo ratificada pelo Brasil em 2 de agosto de 2001, entrando em vigor em 2 de agosto de 2002.
- LXXIII. *Convenção n. 176 da OIT.* Dispõe sobre condições de segurança e saúde nas minas. Entrou em vigor no plano internacional em 5 de junho de 1998, sendo ratificada pelo Brasil em 18 de maio de 2006, entrando em vigor em 18 de maio de 2007.
- LXXIV. *Convenção n. 178 da OIT.* Impõe aos membros a inspeção das condições de vida e de trabalho dos trabalhadores marítimos. Entrou em vigor no plano internacional em 7 de fevereiro de 2006, sendo aprovada pelo Decreto Legislativo n. 267/2007. Ainda não está em vigor no Brasil.
- LXXV. *Convenção n. 182 da OIT.* Estabelece a proibição das piores formas de trabalho infantil e impõe ações imediatas para a erradicação delas. Entrou em vigor no plano internacional em 17 de junho de 1999, sendo ratificada pelo Brasil em 2 de fevereiro de 2000, entrando em vigor em 2 de fevereiro de 2001.

CONCLUSÃO

Em sede de conclusão, pode-se dizer que o Brasil, apesar de ser signatário de diversos tratados internacionais, tem o péssimo costume de não dar cumprimento a eles. Tal procedimento era reforçado pela posição do STF, que considerava os tratados internacionais como normas infraconstitucionais, em pé de igualdade com as leis ordinárias.

Veja-se que entre os tratados internacionais mencionados no item anterior, vários ainda aguardam aprovação no Congresso Nacional, que é o órgão

competente para dar a eles vigência interna. Os casos mais latentes são a Convenção n. 158, que já foi ratificada, denunciada, e aguarda nova votação para, de novo, entrar em vigor; e a Convenção n. 132, que, apesar de ratificada e vigente, não tem aplicação, tendo em vista que o TST a considera como não regulamentada, apesar de mais benéfica para o trabalhador.

Importante salientar que algumas das Convenções ratificadas pelo Brasil já perderam o objeto, como a Convenção n. 89, que flagrantemente fere o texto constitucional de 1988 por desigualar homens e mulheres sem justificativa plausível, ou a Convenção n. 138, pois a legislação interna é mais benéfica.

Os tratados internacionais trazem novos paradigmas sociais, pois se tratam de experiências oriundas de diversas realidades, de várias culturas, de vários povos, e não podem ficar adstritos ao campo das leis ordinárias, subjugadas à legislação interna dos países. Assinar um tratado e tê-lo como norma infraconstitucional é o mesmo que negar-lhe a própria existência.

Em relação aos tratados futuros, a EC n. 45/2004 trouxe a possibilidade de transformá-los em normas constitucionais, por meio de quórum qualificado de aprovação no Congresso Nacional, ou seja, 3/5 dos membros, em dois turnos de votação (CF, art. 5º, § 3º).

Quanto aos tratados já em vigor, a revisão da posição do STF, quando do julgamento do HC n. 87.585/TO, traz-nos um alento, ou seja, de que tais tratados internacionais, ganhando força de normas constitucionais, finalmente atingirão a eficácia plena, isto é, *jurídica*, ao modificar as normas em desacordo com eles, e *social*, transformando a realidade da comunidade a ele sujeita.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARAÚJO, Nadia de. A internalização dos tratados internacionais no direito brasileiro. In: ARAÚJO, Nadia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coord.). *O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 65-97.

BAHIA, Saulo José Casali. *Tratados internacionais no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BORGES, José Souto Maior. *Curso de direito comunitário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais. 13. ed. São Paulo: RT, 2008.

CHAGAS, Gustavo Luís Teixeira das. *Legislação de direito internacional do trabalho e da proteção internacional dos direitos humanos*. Salvador: JusPodivm, 2009.

DALLARI, Pedro Bohomeletz de Abreu. *Constituição e tratados internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003.

FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil – parte geral*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. I.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 3. ed. São Paulo: RT, 2008.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos, constituição e tratados internacionais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. São Paulo: RT, 2009. v. 4 (Coleção Direito e Ciências Afins, Coordenadores: Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes e William Terra de Oliveira).

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *O poder de celebrar tratados: competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do direito internacional, do direito comparado e do direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Fabris, 1995.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Direito constitucional internacional*. 2. ed. Rio de Janeiro, 2000.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil – Parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. I.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

222

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra/Portugal: Coimbra, 2006.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

RODAS, João Grandino. *Tratados internacionais*. São Paulo: RT, 1991.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil – Parte geral*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

Data de recebimento: 25/3/2011

Data de aprovação: 29/6/2011

DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONTEÚDO, PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E EFETIVAÇÃO

FUNDAMENTAL RIGHTS: CONTENTS, PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY AND EFFECTIVENESS

*Claudia Maria Toledo da Silveira**

RESUMO

Direitos fundamentais são a positivação dos direitos humanos. Representam, portanto, a objetivação dos valores máximos integrantes do *ethos*. Apresentam-se por isso dispostos na Constituição, lei maior do ordenamento jurídico, na forma de princípios. Princípios jurídicos são mandamentos de otimização estipuladores de direitos *prima facie*, os quais são tornados definitivos após a aplicação do princípio da proporcionalidade. Os direitos fundamentais são vinculantes, na medida em que declarados em princípios, normas jurídicas cuja materialização se dá no caso concreto. São por isso autoaplicáveis, demandando sua efetivação complexidade procedimental mais acentuada, mediante a qual aqueles valores retores da vida social se realizam, cumprindo-se então a idealidade racionalizada como diretriz do agir humano intersubjetivo.

Palavras-chaves: Direitos fundamentais; Positivação de valores máximos; Princípios jurídicos; Direitos *prima facie*; Direitos definitivos; Princípio da proporcionalidade; Autoaplicabilidade.

ABSTRACT

Fundamental rights are the human rights adopted by the state juridical order. They represent then the maximum values from *ethos*. They are written in Constitution, the juridical order major law, as principles. Principles are optimization requirements that stipulate *prima facie* rights, which become definitive after the application of the principle of proportionality. The fundamental rights are binding, since they are declared in principles, juridical norms that are materialized in concrete cases. They are applicable law then and their effectiveness demands this complex

* Doutora em Filosofia do Direito (UFMG). Pós-Doutora em Filosofia do Direito (UFSC). Pós-Doutoranda em Filosofia do Direito (Christian-Albrechts zu Kiel, Alemanha – supervisão Prof. Dr. Robert Alexy). Correspondência para/*Correspondence to*: Rua Tomé de Souza, n. 562, apto. 1204, 30140-130, Funcionários, Belo Horizonte-MG. E-mail: toledo.claudia@uol.com.br.

procedure, through each those guiding social life values are turned real and the ideality rationalized as the guideline of intersubjective human acts.

Keywords: Fundamental rights; Maximum values; Juridical principles; *Prima facie* rights; Definitive rights; Principle of proportionality; Applicable law.

Os *direitos humanos* apresentam-se como o grupo de valores básicos para a vida e dignidade humanas atribuídos universalmente, mas ainda não positivados. Aqueles valores ínsitos à pessoa humana, indispensáveis para o desenvolvimento do homem em sua dimensão biológica, psíquica e espiritual, reunidos na figura dos direitos humanos, são, por sua vez, o *conteúdo* dos *direitos fundamentais*, os quais lhes dão *forma jurídica*, tornando-os *direitos positivos*. Sendo o Direito a efetivação da liberdade, a realização da liberdade *subjetivada* e *objetivada*, e revelando-se a liberdade no curso do processo histórico, os direitos fundamentais apresentam-se como o *desdobramento da liberdade*.

A transformação daqueles valores indispensáveis à vida e dignidade humanas em direitos subjetivos coincide com a passagem do Estado monárquico absolutista francês à República, decorrendo da Revolução Francesa, de 1789, e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que lhe segue, também em 1789.

224

Embora a objetivação e o processo de positivação dos direitos fundamentais tenham-se iniciado na Inglaterra, com a *Magna Carta* (1215), a *Petition of Rights* (1629), o *Instrument of Government* promulgado por Cromwell em 1652 (durante a curta experiência republicana inglesa), o *Habeas Corpus Act* (1679), o notório *Bill of Rights* (1689), confere-se à Revolução Francesa, inserida no contexto jus-racionalista do século XVIII, e à conseguinte Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão o mérito de torná-los direitos não só de um povo ou de uma etnia, mas do gênero humano. É inegável a superioridade dos seus efeitos nas transformações do mundo ocidental, efeitos de cunho *universal* e indestrutível, que perduram até hoje como conquistas que já compõem, de forma *definitiva* (invariantes axiológicos), o *ethos* das sociedades politicamente organizadas em Estados Democráticos de Direito.

Como direitos declarados *universalmente*, os direitos humanos representaram conquista não apenas dos franceses contra o despotismo da monarquia nacional, mas de toda a cultura ocidental, contra todo despotismo existente, por serem fruto de uma gestação secular, tendo encontrado sua plena explicitação no momento histórico e cultural da França, no qual os enciclopedistas iluministas prepararam a fundamentação teórica dos princípios norteadores da Revolução Francesa nos valores *liberdade* e *igualdade*, que passaram a ser garantidos não mais no plano axiológico moral, mas no jurídico, como direitos humanos naquela Declaração, dos quais todo e cada indivíduo é titular.

Os direitos humanos foram inicialmente declarados em *proclamações solenes*, caracterizadas por serem um articulado orgânico especial em que se enunciavam os direitos, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Posteriormente, passaram a constituir o *preâmbulo* das Constituições dos Estados, como o preâmbulo da Constituição Francesa de 1946 (considerado parte integrante do texto constitucional de 1958, atualmente em vigor). Hoje, ainda que nos documentos internacionais assumam a forma das primeiras declarações, nos ordenamentos nacionais integram as Constituições, adquirindo o caráter concreto de *normas jurídicas positivas constitucionais* que os declaram como *direitos públicos subjetivos*. Direitos *públicos* subjetivos porque emanados *diretamente* de normas de direito *público*.

Lima Vaz explica que a aspiração contemporânea de uma Ética universal, a possibilidade de uma *identidade ética* para o imenso corpo da *sociedade-mundo* dá-se mediante os *direitos humanos*. Ao lado das tentativas teóricas para pensar essa identidade e por força do pressuposto fundamental de que não há sociedade humana sem seu *ethos* correspondente, a história contemporânea vê manifestarem-se em escala mundial exigências de natureza eminentemente ética como a do efetivo respeito dos direitos humanos mediante o intercâmbio cultural de valores considerados universais, sejam eles religiosos, estéticos, pedagógicos etc.¹

As normas jurídicas apresentam-se como a representação da *máxima objetivação* do *ethos*, tendo como conteúdo o que de mais elevado axiologicamente foi considerado por uma sociedade. Em virtude de sua essencialidade, são dotadas de *coercibilidade*, sendo exigíveis de forma irresistível. Os *direitos fundamentais*, em especial, por declararem os valores tidos como primordiais dentre os tornados jurídicos, apresentam-se como a *racionalização ética* por excelência, situando-se no ápice do ordenamento jurídico nacional. São direitos *matrizes* de todos os demais, por lhes dar *fundamento*, e devem, portanto, ser dispostos na lei máxima nacional, a Constituição. Esta é lei fundamentadora de todas as demais, que apenas podem dispor sobre outros direitos ou aprofundar e especificar os fundamentais. Os direitos fundamentais, sendo produto da consciência jurídica de um povo e os direitos pelos quais se viabiliza o exercício dos demais, determinam o sentido do direito positivo infraconstitucional (que também emana daquela consciência jurídica), a qual não os pode contrariar, mas, sim, ajustar-se-lhes, e é dessa precisa correspondência que depende sua *efetividade*. A declaração dos direitos fundamentais na *Constituição*, lei máxima nacional, confere-lhes maior proteção, em face da *rigidez constitucional*, ou seja, da maior dificuldade para sua modificação do que aquela requerida para as demais normas jurídicas do ordenamento.

¹ LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. *Escritos de filosofia V* – Introdução à ética filosófica II. São Paulo: Loyola, 2000. p. 90, 214-215.

O ordenamento jurídico é escalonado pela mesma característica dos valores que normatiza: a *preferibilidade* de uns frente a outros, em face da sua maior ou menor relevância para a autorrealização do homem, e, conseqüentemente, sua *gradação hierárquica*, segundo a ordem de preferência estabelecida, a partir de uma ponderação realizada. Os direitos, que os expressam, são então também hierarquicamente dispostos, ainda que não de forma explícita.

Se, do ponto de vista *objetivo*, os direitos fundamentais constituem um conjunto de valores básicos, sob o prisma *subjetivo*, caracterizam-se como o estatuto jurídico dos cidadãos nas suas relações com o poder público e entre si.

Desse modo, a evolução dos direitos fundamentais obedece ao processo histórico de três momentos típicos do fenômeno jurídico: em primeiro lugar, aparece a *consciência* desses direitos em determinadas condições históricas (objetivação); em segundo lugar, a *declaração* desses direitos como aceitação formal de todos, nas Constituições (positivação); e, finalmente, a sua *realização*, como concretos e efetivos (efetivação). O movimento da *objetivação, positivação e efetivação* é permanente no fenômeno jurídico, é processo constante.

Assim, quanto ao seu *conteúdo*, os direitos fundamentais têm, como elementos definidores, aqueles *valores* culturalmente considerados principais, representativos da ideia de justiça então vigente, e, quanto à sua *forma*, a sua *declaração* ou positivação, com o seu reconhecimento universal. Estão expressos tanto em *princípios* (majoritariamente) quanto em *regras*, ambos espécies do gênero *norma jurídica*. Para sua proteção, há *ações* judiciais denominadas *garantias fundamentais* ou *garantias constitucionais*.

Diversamente da maioria dos direitos subjetivos, guardam eles a especificidade de serem *irrenunciáveis, inalienáveis, intransferíveis, imprescritíveis e não patrimoniais* justamente em virtude de sua essencialidade para a vida e dignidade do homem.

São *irrenunciáveis, inalienáveis e intransferíveis* em virtude de seu caráter *personalíssimo*, inerentes que são à individualidade da pessoa humana no que ela tem de indisponível: sua vida e sua dignidade. Não possuem *conteúdo patrimonial* por não serem dotados de expressão econômica *intrínseca*, a despeito do seu mais elevado valor ético. A sua *lesão* é que é reprimida e passível de conversão em indenização pecuniária para reparação das perdas e danos sofridos. É, então, a indenização que se integra ao patrimônio, porque economicamente apreciável, e não o direito substancial desrespeitado. Finalmente, são *imprescritíveis* porque a prescrição é instituto jurídico que somente atinge, coarctando, a exigibilidade dos direitos apenas de caráter *patrimonial*, nunca deixando os direitos fundamentais, portanto, de ser exigíveis.

Desse modo, os direitos fundamentais não se apresentam como *inatos e absolutos*, modo como a *concepção jusnaturalista* concebeu os direitos humanos, entendendo-os como direitos naturais. Embora tenham os direitos fundamentais

sua origem nos direitos naturais (forma como eram concebidos os direitos humanos), com eles não se confundem, haja vista terem sua história intimamente relacionada com a do *constitucionalismo*. Somente a partir das declarações e Constituições foi então que substancialmente se estabeleceram, espalhando-se crescentemente em várias nações do mundo. Enquanto os direitos fundamentais apresentam-se como *direitos subjetivos*, os direitos naturais (ou humanos) não passavam de *valores* considerados primordiais, independentemente de estarem ou não consagrados em lei. Enquanto valores apenas, não ultrapassavam o âmbito da *consciência moral*, tornando-se *direitos* somente quando de sua positivação em *norma jurídica*. Assim, o *conteúdo* dos direitos fundamentais são os valores pré-constitucionais consagrados, pela cultura ocidental, como primordiais e a *forma*, a sua declaração em lei – do que advém o seu reconhecimento universal –, mediante a qual tais valores são garantidos como direitos.

Ao contrário, são os direitos fundamentais *obra* humana, isto é, produto da *cultura* humana, e não algo *dado* pela natureza ao homem desde o seu nascimento. Resultam do já aludido processo de *conscientização* de um grupo de valores historicamente situados, os quais são então *postos* pela vontade social. Os direitos fundamentais são, destarte, *construídos*, *conquistados* pelo homem, não lhe sendo meramente *dados* pela natureza.

Por outro lado, é reconhecida aos direitos fundamentais a característica de *historicidade* (inerente ao Direito, porque imanente ao *ethos*). Se históricos como qualquer direito, não podem ser, portanto, absolutos. Diferentemente dos demais direitos, contudo, por consubstanciarem o que de mais elevado axiologicamente foi produzido pela sociedade, muitos dos direitos fundamentais (aqueles de natureza de direitos humanos) tendem a assumir a forma dos chamados *invariantes axiológicos*, núcleos valorativos que, uma vez objetivados, *integram* a realidade normativa social de maneira constante, vindo a sofrer apenas modificações, adaptações às particularidades do contexto histórico em que se encontram. Apresentam-se como *conquistas* já *introjetadas* na *produção cultural* – produção cultural *ocidental* crescentemente desenvolvida em âmbito *mundial*.

Tais modificações a que se submetem os direitos fundamentais geram uma *distinção*, e não uma separação entre eles, atendendo à perspectiva *histórica* do seu aparecimento. Por isso, são eles classificados em direitos fundamentais individuais, políticos e sociais; mas essa classificação não pode ser levada a ponto de se considerarem esses direitos em conjuntos compartimentados. Daí outra característica inerente aos direitos fundamentais: a sua *indivisibilidade*. Formam um todo *uno*, não devendo suas partes ser destacadas e assumidas isoladamente. Sem a efetividade de cada um deles, não se atingirá o exercício de sua totalidade. Nenhum dos direitos fundamentais é absoluto, mas inter-relacionado com os demais, pelo que surgem como interdependentes. Seus preceitos não são excludentes entre si, mas complementares, a despeito das limitações que, por vezes,

um direito fundamental imponha ao outro (o que é indissociável do caráter não absoluto de qualquer direito). Os limites da extensão de cada qual são examinados na situação *concreta*, de acordo com suas *particularidades*, somente podendo-se chegar à conclusão *definitiva* a partir da aplicação do *princípio da proporcionalidade* (com seus momentos de *adequação*, *necessidade* e *ponderação* ou *sopesamento*) aos direitos fundamentais.

Robert Alexy, eminente jurista alemão, é reconhecido tanto nacional como internacionalmente como dos mais notáveis especialistas no tratamento dos direitos fundamentais, em face do grau de complexidade, riqueza, sistematicidade e atualidade de seu pensamento. Estabelece Alexy um recorte na realidade social, elaborando uma *jurídica* teoria dos direitos fundamentais, ao contrário, por exemplo, da teoria *histórica* de Jellinek, que explica o *surgimento* dos direitos fundamentais, da teoria *filosófica* de Rawls, que se ocupa de sua *fundamentação*, ou da teoria *sociológica* de Luhmann, que perquire a *função* dos direitos fundamentais no *sistema social*. Embora a teoria alexyana refira-se, como delimita o autor, aos direitos fundamentais *positivados* na Lei Fundamental alemã e, a partir daí, a esses direitos tais como *definidos* pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, a *estrutura* dos direitos fundamentais, bem como os *exemplos* especificamente tratados – liberdade, igualdade e direitos a prestações estatais positivas –, está presente em todos os *Estados Democráticos de Direito*, por serem expressos em princípios que compõem a essência desse tipo de Estado. Por isso, sua teoria é passível de *universalização*. Sua teoria foi exposta em 1985, na sua tese de habilitação, *Theorie der Grundrechte* (Teoria dos Direitos Fundamentais).

228

A mais importante distinção teórico-estrutural para a *teoria dos direitos fundamentais* é, no entanto, a feita por Alexy entre *regras* e *princípios*. Ela é a base da fundamentação jusfundamental, ou seja, dos direitos fundamentais, e da solução dos problemas centrais relativos a esses direitos: seus limites, sua colisão, seu papel no sistema jurídico, seu efeito em terceiros, a divisão de competência entre os poderes judiciário e legislativo.

Tanto os princípios como as regras são normas porque ambos dizem o que *devem ser*, sendo passíveis de formulação em enunciados normativos *deônticos* básicos de *mandamento*, *permissão* ou *proibição*. Ambos são *razões* para *juízos concretos do dever-ser*, ainda que sejam razões de tipos diferentes. A distinção entre regras e princípios é, pois, uma distinção entre *dois tipos* de *normas*, sendo numerosos os critérios propostos para tanto, dos quais o da *generalidade* é o mais frequente.

Os princípios apresentariam, então, grau de *generalidade* relativamente alto, comumente não se referindo de forma direta às possibilidades reais ou normativas como as regras, normas com um nível relativamente baixo de generalidade. Além desse critério, elencam-se também o grau de *abstração*, a *determinabilidade* dos casos de aplicação, a natureza *normogenética*, o caráter de *fundamentabilidade* no sistema, a proximidade da *ideia do direito*, a referência a uma *lei jurídica*

suprema, a *importância* para o ordenamento jurídico. A despeito de, na essência, serem princípios e regras igualmente normas jurídicas, os princípios são caracterizados, do ponto de vista *lógico*, por possuírem um maior âmbito de abrangência e, do ponto de vista *axiológico*, consagrarem os valores maiores, basilares do ordenamento jurídico. Por serem mais genéricos (*generalidade*), deles são *logicamente* dedutíveis (*dedutibilidade*) normas com grau de especificidade cada vez maior. Pelo fato de disporem sobre os valores fundantes da sociedade e, consequentemente, do Estado e do Direito, deles são também *axiologicamente* dedutíveis normas que tratam dos demais valores hierarquicamente organizados no ordenamento jurídico, pelo que é da essência do princípio conferir *unidade* ao ordenamento jurídico, tanto *lógica* quanto *axiologicamente*, seja para a interpretação das normas jurídicas, seja para sua integração.

Tomado isoladamente, esse critério estabelece, pois, uma distinção somente *de grau* entre princípios e regras. Não é essa, contudo, a posição de Alexy, para quem existe um critério que permite distinguir com precisão entre princípios e regras e estabelece entre eles diferença não apenas gradual, mas também *qualitativa*: o fato de serem os *princípios* normas que ordenam que algo seja realizado na *maior medida possível*, dentro das possibilidades *reais* e *jurídicas* existentes, ao contrário das *regras*, que contêm *determinações* no âmbito daquilo fática e juridicamente possível, somente podendo ser cumpridas ou não, exigindo que se faça exatamente o que nelas se ordena.

Os princípios são, portanto, *mandamentos de otimização*, passíveis de cumprimento em diferentes *graus*, conforme as possibilidades *reais* e *jurídicas* (determinadas na contradição entre princípios e regras opostos). Diversamente, a regra, se é *válida* – por *validade formal* entenda-se a elaboração da norma por *órgão competente*, mediante *processo regular* –, exige o cumprimento exato do seu ditame, nem mais nem menos. Isso significa que a diferença entre regras e princípios é *qualitativa* e não só de grau.

O conceito de *mandamento* (relativo aos princípios) é tomado aqui em sentido amplo, abarcando também permissões e proibições. A preocupação de Alexy é apenas a de distinguir entre princípios e regras e, a partir daí, seguir na elaboração de sua teoria dos direitos fundamentais. Não trata ele de uma possível especificação dos princípios em “princípios constitucionais” ou “princípios fundamentais”, afirmando haver nessa matéria *desconcertante imprecisão* não apenas *terminológica*, mas *conceitual*. Espíndola, por exemplo, dispõe serem os princípios constitucionais “princípios jurídicos inseridos na Constituição”, dotados de “problemas teóricos e dogmáticos” próprios que exigem um “discurso constitucionalmente adequado”.² Já os “princípios fundamentais” são especificamente tratados por Canotilho como *princípios constitucionalmente estruturantes*, isto é,

² ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: RT, 1999.

princípios constitutivos do “núcleo essencial da Constituição”, garantidores de sua “identidade e estrutura”.³

Para melhor diferenciação terminológica, a contradição entre princípios opostos é chamada *colisão* e, entre regras, *conflito*. Duas normas, quando opostas, se aplicadas independentemente, conduzem a resultados incompatíveis mediante dois juízos de dever-ser contraditórios ou contrários, o que é inadmissível, em virtude da exigência de *coerência* do ordenamento jurídico.

Por isso, um conflito entre regras somente pode ser solucionado ou se declarando inválida, pelo menos, uma das regras, ou, se for possível, introduzindo-se em uma delas uma cláusula de exceção que elimine o conflito. A solução das antinomias entre regras se faz pelo recurso aos critérios clássicos: cronológico, de especialidade e hierárquico (dos quais o último é o mais forte dos três, no caso de conflito de critérios, e o primeiro, o mais fraco). A decisão permanece, contudo, uma decisão acerca da validade.

Já quando dois *princípios* entram em colisão, um dos dois princípios tem de ceder perante o outro, permanecendo, entretanto, *válido* o princípio desprezado sem que se tenha que introduzir nele uma cláusula de exceção. Sob certas circunstâncias, um dos princípios precede o outro. Sob outras, o inverso pode ocorrer. Isso porque, nos *casos concretos*, os princípios têm diferentes *pesos*, tendo então primazia o princípio com maior peso, determinado segundo o *princípio da proporcionalidade*. Os conflitos de *regras*, ao contrário, resolvem-se apenas na dimensão da *validade*, o que não é suficiente no que se refere aos princípios, pois, como só podem entrar em colisão princípios válidos, faz-se necessária, além da dimensão da validade, a dimensão de peso. A distinção está na *forma* como se soluciona a contradição.

230

Surgiu o princípio da proporcionalidade após a Segunda Guerra mundial inicialmente como *princípio geral do direito*. No pós-guerra, deu-se uma verdadeira “revolução constitucional” com incremento e expansão sem precedentes do controle de constitucionalidade, tendo a adoção do princípio da proporcionalidade nele desempenhado papel central, especialmente em relação aos direitos fundamentais, sendo o responsável por sua articulação, composição e, portanto, pela efetividade de sua totalidade. Como o princípio da proporcionalidade trata da busca de equilíbrio entre valores e o texto legal em que esses em maior número e profundidade de abordagem se encontram é a Constituição, tal princípio é altamente utilizado na hermenêutica constitucional, em especial na interpretação dos direitos fundamentais, a maior condensação axiológica do corpo constitucional. Não há interpretação desses direitos sem a sua ponderação, pois são todos fundamentais e todos do mesmo nível hierárquico formal.

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 349-352.

O princípio da proporcionalidade é composto de três *máximas parciais*: as máximas de *adequação*, de *necessidade* e de *ponderação* (ou proporcionalidade em sentido estrito ou, ainda, *sopesamento*).

Como se devem tomar em conta as *condições* do caso concreto sob as quais um princípio precede o outro, toda precedência principiológica é *condicionada*, não havendo então princípio dotado de prevalência absoluta. Condição é o *presuposto* de uma *hipótese de fato* de uma norma jurídica, gerando determinada consequência jurídica do princípio prioritário, ou seja, dado o pressuposto, a condição, configura-se a hipótese de fato de um dos princípios, que se torna precedente, e passa, então, a surtir seus efeitos jurídicos, devido à relação de imputabilidade regente do Direito (se A, deve ser B).

O estabelecimento daquela precedência deve ser feito de forma *controlável*, isto é, mediante *procedimento racional de fundamentação* (momento em que desempenham papel cardeal a *teoria da argumentação jurídica* e a *hermenêutica jurídica*) do resultado, que se afasta então do subjetivismo e da arbitrariedade do órgão decisor (*decisionismo judicial* – quando a decisão, com a determinação da preferência condicionada é realizada *intuitivamente*, com base apenas nas *concepções subjetivas* de quem pondera, em um processo *psíquico* racionalmente incontrolável). É justamente visando à *controlabilidade* das decisões acerca dos direitos fundamentais, que encerram o mais importante conteúdo valorativo da ordem jurídica, que se utiliza o *princípio da proporcionalidade*, ordenado em suas três máximas.

A máxima de *adequação* refere-se ao *meio* utilizado no caso concreto para a consecução de determinado fim, perquirindo se ele é *apropriado*, conforme ao fim almejado. Neste momento, a arguição não é pelo grau de *eficiência* do meio eleito para a realização de determinado fim, mas por sua *aptidão* para a obtenção dele.

A máxima de *necessidade* postula a exigibilidade (necessidade) de escolha do *melhor* meio para o alcance do fim. Isto é, indaga do meio *mais benigno*, seja para a realização de *ambos os princípios*, seja para a situação jurídica de *ambas as partes*, preferindo-se o meio que satisfaz o princípio prioritário, atingindo no *menor* grau possível o princípio preterido ou o meio que atende os direitos do sujeito A, lesionando no mínimo possível os direitos de B. Deve-se optar, portanto, pelo meio menos restritivo ao princípio preterido ou menos gravoso ao titular do direito afetado.⁴ O processo de avaliação, no caso concreto, da *necessidade* do

⁴ Exemplo de aplicação da máxima da *necessidade*, cuja forma mais simples ocorre quando nela estão em jogo apenas *dois* princípios ou *dois* sujeitos jurídicos, é o seguinte: o sujeito S1 fundamenta a consecução do fim F com o princípio P1. Existem dois meios, M1 e M2, que são igualmente *adequados* para lograr F. M2 afeta menos intensamente do que M1 a realização do princípio P2, também envolvido no caso, relacionado com os interesses do sujeito S2. Sob esses pressupostos, para P1, tanto faz que se eleja M1 ou M2. Para P2, todavia, não é indiferente que se eleja M1 ou M2. Enquanto princípio, P2 impõe uma *otimização* tanto para o que diz

meio restritivo de direito, ou seja, do grau de afetação do destinatário, é controlável, em inúmeras situações, com respaldo em provas.⁵

Obviamente, só se pode escolher qual o meio *mais benéfico* para a realização de certo fim dentre aqueles que se apresentam para tanto *adequados*. A condição de adequação do meio é, destarte, *necessária* para a consecução do fim, mas não é *suficiente*, devendo-se recorrer à segunda máxima do princípio da proporcionalidade. Em outros termos: o que é necessário é adequado, mas o que é adequado nem sempre é necessário.

Enquanto as máximas da necessidade e da adequação relacionam-se com as possibilidades *fáticas* dos princípios, já que se referem aos *meios* adotados para a obtenção de determinado fim, a *ponderação* ou *sopesamento* refere-se às suas possibilidades *jurídicas*, por serem atinentes ao *peso* dos *valores*, bens, interesses em questão.

No sopesamento, não se trata mais de escolha de meios aptos ou menos gravosos para a realização da finalidade perseguida, não mais se questiona dos meios utilizados ou a serem utilizados para a efetivação de determinado princípio em detrimento de outro, mas da *harmonização* dos *princípios em si*. Já se sabe, então, quando se atinge o estágio da análise dessa terceira máxima da proporcionalidade, quais meios são idôneos ou não, benéficos ou prejudiciais a cada princípio em debate. Não se discute mais acerca de sua adequação ou necessidade, alguns meios podendo ser adequados e necessários para um dos princípios e o contrário para o(s) outro(s). O fato é que as máximas de adequação e necessidade não bastaram, portanto, para resolver a colisão dos princípios, pelo que se deve adentrar o *conteúdo* de cada princípio para estabelecer a precedência de um sobre o outro, não mais se perquirindo do *instrumento* ou do *meio* eleito para a concreção de cada princípio. Sendo o foco da análise agora o conteúdo dos princípios, ou seja, os valores que normatizam, a opção por um dos princípios não se refere mais às suas questões *fáticas* de adequação ou necessidade, mas à possibilidade *jurídica* de sua prioridade, em face das *condições* do *caso concreto*.

Assim, quando as duas primeiras máximas não forem suficientes para a solução da colisão dos princípios em questão, deve-se recorrer ao *sopesamento* entre eles, ou seja, ao exame do *peso* de ambos, visando ao *equilíbrio*, à harmonia entre eles, já que os princípios são mandamentos de *otimização* (e não de “maximização”), não se excluindo entre si. É apenas no caso real que se dá a verificação do peso dos princípios opostos para a determinação de qual terá precedência.

respeito às possibilidades *fáticas* como *jurídicas*. Em relação às possibilidades *fáticas*, P2 pode ser realizado em uma medida maior se se elege M2, e não M1. Do ponto de vista da otimização com relação às possibilidades *fáticas*, portanto, somente M2 está permitido e M1 está proibido.

⁵ BARROS, Suzana de Toledo, *O princípio da proporcionalidade – e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 79-82.

Isso ocorre segundo a fórmula denominada por Alexy de *lei do sopesamento*, pela qual “quanto maior é o grau da não satisfação ou de afetação de um princípio, maior tem que ser a importância da satisfação do outro”.⁶

Não é o valor do peso *quantificável*. O que se pondera é o grau ou a *intensidade* da não satisfação ou afetação de um princípio em contraposição ao grau de importância da satisfação do outro princípio, considerando-se o valor que consagra. Desse modo, o que deve servir de fundamento para justificação do enunciado de preferência condicionado, que representa o resultado do sopesamento, são enunciados sobre os graus de afetação ou satisfação dos princípios em virtude da importância dos valores que encerram. Os argumentos aduzidos para a fundamentação desses enunciados podem ser vários, mas sob essa limitação. Logo, torna-se possível distinguir a informação que deve ser tida como não suficientemente importante para justificar a intensidade da afetação.

Soluciona-se a questão de se saber qual princípio tem maior peso em determinada situação, analisando-se se existem *razões suficientes* para sua precedência em relação ao(s) outro(s) sob as condições específicas do caso real. São estabelecidas então as condições concretas de precedência, passando a decisão que advém como resultado desse processo de ponderação jusfundamental a ter o caráter de regra à qual é subsumido o caso, mesmo tendo ela partido de um princípio, o princípio prioritário, cujas consequências jurídicas serão geradas.⁷

O caráter *principiológico* das normas de direito fundamental *implica*, portanto, o princípio da *proporcionalidade*, pois a solução das contradições entre aquelas normas só pode ser satisfeita mediante o recurso àquelas três máximas de adequação, necessidade e sopesamento, já que essas contradições não se apresentam como *antinomias* entre regras do ordenamento jurídico, solucionáveis através da aplicação dos critérios clássicos mencionados. Como assevera o Tribunal Constitucional Federal alemão, o princípio da proporcionalidade funda-se na própria *essência* dos direitos fundamentais.

⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 90 e 96, notas de rodapés 48; 114; 161. O sopesamento surge quando, por exemplo, no caso citado na nota 4 *supra*, tanto M1 quanto M2 são adequados para a realização de P1, mas ambos afetam P2, ainda que M2 o faça em menor medida. Quando também o meio mais benigno (M2) afeta a realização de um dos princípios (P2), evidencia-se a limitação das máximas de adequação e necessidade, pois, do ponto de vista das possibilidades fáticas, é possível uma maior medida de satisfação de P2 se não se realizam nem M1 nem M2, adequados e necessários para a concretização de P1. O fato de que uma das duas alternativas possa ser eleita não é mais, entretanto, uma questão de possibilidades fáticas, mas de possibilidade jurídica, ou seja, de sopesamento entre P1 e P2.

⁷ Alexy chega a formular uma *lei de colisão*, segundo a qual “as condições sob as quais um princípio precede outro constituem a hipótese de fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio prioritário”. Cf. ALEXY, op. cit., p. 93-98.

A colisão entre princípios se dá tanto no confronto entre os *direitos subjetivos* do indivíduo e o *interesse coletivo* quanto entre os *direitos subjetivos de titulares distintos* (o chamado “efeito horizontal” ou “efeito sobre terceiros” dos direitos fundamentais).

Ocorrendo colisão de princípios, o procedimento obrigatório a ser seguido é que, pelo princípio da proporcionalidade, consiga-se conjugar a manutenção do *maior grau possível* de aplicação do *princípio prioritário* naquele caso concreto com a *afetação no mínimo grau possível* do cumprimento do *princípio preterido*. Esses mandamentos valem em relação tanto às possibilidades *fáticas* quanto *jurídicas* do seu cumprimento.

Ordenando os princípios que algo deve ser realizado na *maior medida possível* de acordo com as *possibilidades fáticas e jurídicas*, somente têm eles seu conteúdo determinado quando delimitado definitivamente na sua relação com os princípios contrapostos e com as possibilidades empíricas. Por isso, não contêm eles nunca mandamentos *definitivos*, mas apenas *prima facie*, sendo sua otimização sempre contextual, portanto. Esse mandamento *prima facie* declara *direitos* também *prima facie*. Contudo, estabelecida a determinação do princípio prioritário pela *relação de preferência condicionada*, surgem desse princípio *direitos definitivos*. Os princípios podem ser, destarte, razões *imediatas* para juízos concretos de dever-ser.

234

Os princípios relevantes para a decisão jusfundamental são todos aqueles que podem ser apresentados *corretamente*, ou seja, segundo uma demonstração ou *fundamentação racional*, conforme as máximas de adequação, necessidade e ponderação, como dotados de importância para a solução da colisão principiológica. Os princípios referem-se não apenas aos *direitos fundamentais*, conferindo-os *prima facie*, mas também ao *interesse coletivo*, que pode estar em contradição ou em *congruência com o direito fundamental no caso em análise*. A cada disposição de direito fundamental *prima facie* que estabelece um direito subjetivo definitivo está adscrito, pelo menos, um princípio. Já os princípios relativos ao interesse coletivo são aditáveis a *cláusulas restritivas qualificadas*, à *garantia* dos direitos fundamentais ou mesmo a disposições da Lei Fundamental que não se encontram nos artigos dos direitos e garantias fundamentais, mas se apresentam a eles intrinsecamente relacionados, como o princípio do Estado Social e o da democracia. Alexy ressalta, no entanto, que, havendo *regra* disposta na Constituição sobre os direitos fundamentais, como o grau de determinação das regras em relação aos princípios é sensivelmente maior, a imposição que elas contêm precedem estipulações ou conclusões alternativas que, se se considerassem somente os princípios, seriam igualmente possíveis.

Essa preponderância da regra sobre o princípio, ambos disposições constitucionais, somente é possível respeitando-se o princípio da *unidade* da Constituição. Sendo a Constituição um todo uno e coerente, regido por seus *princípios fundamentais* e pelos *direitos e garantias fundamentais*, todo o texto constitucional está, portanto, aos princípios fundamentais e aos jusfundamentais vinculado. Apenas

em caso de especificação de algum conteúdo jusfundamental em regra é que terá ela precedência a algum princípio jusfundamental porventura passível de aplicação àquela matéria. Tal precedência só ocorre porque a regra foi formulada *em conformidade* àqueles *princípios fundamentais e jusfundamentais*, trazendo, contudo, em face de sua própria natureza, uma determinabilidade maior, e não por uma supremacia *a priori* de regras sobre princípios, como, à primeira vista, poderia parecer.

A precedência de um princípio sobre outro é, no entanto, *relativa*, já que *condicionada*, isto é, sob aquelas condições do caso concreto, deve ser determinado princípio prioritário.

Os princípios contêm mandamentos apenas *prima facie*, tornando-se *definitivos* somente quando de sua aplicação ao caso concreto, momento em que, contrapostos a um ou mais princípios, terão seu grau de *generalidade e abstração* diminuído ao ponto de referir-se então, assim como as regras, diretamente à situação em análise, bem como terão seu grau de *determinabilidade* elevado ao nível requerido para sua aplicação *in concreto*. Desse modo, passam a conferir, em caráter *definitivo*, direitos. Assim sendo, os princípios que declaram direitos fundamentais são *autoaplicáveis* ou dotados de *aplicabilidade imediata*, apresentando-se, em um primeiro momento, como mandamentos *prima facie*, para, no caso real, surgirem como mandamentos *definitivos*. Como mandamentos otimizáveis que são, carecem, portanto, dessa contraposição com outros princípios também passíveis de aplicação (pelas máximas de adequação, necessidade e ponderação) à situação concreta.

A característica de *autoaplicabilidade* dos direitos fundamentais não é ponto pacífico na doutrina, inobstante se identificarem tais direitos como aqueles indispensáveis à vida e dignidade humanas, de vincularem os três poderes do Estado, de as Constituições dos atuais Estados Democráticos de Direito, como a brasileira, em seu art. 5º § 1º, determinarem que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade *imediata*.

José Afonso da Silva, por exemplo, classifica as normas constitucionais, do ponto de vista de sua eficácia, em normas constitucionais de eficácia *plena, contida, limitada*, subdividindo as últimas em normas constitucionais de princípio *organizativo* e de princípio *programático*. Nessas normas de eficácia limitada de princípio programático, inclui todas as normas declaradoras dos direitos fundamentais sociais. Na França, vigora a Declaração de 1789, estabelecendo *direitos fundamentais individuais e políticos*, cuja autoaplicabilidade foi determinada em 1971, por decisão do Conselho Constitucional. O preâmbulo da Constituição Francesa de 1946 declara *direitos fundamentais sociais* cuja aplicação imediata foi assegurada, mediante a negação do Conselho Constitucional de distinguir entre as determinações preambulares e da Declaração, considerando *todas diretamente aplicáveis*. A jurisprudência desempenhou papel,

portanto, não apenas na consciência da *imediatidade* dos direitos fundamentais, mas também da sua *indivisibilidade*. Segundo Favoreu, “o juiz constitucional conseguiu, em menos de vinte anos, realizar o que cerca de dois séculos de História não haviam conseguido levar a cabo: um conjunto constitucional suficientemente harmonioso e coerente, que combina a modernidade e as tradições e em que, sobretudo, os direitos fundamentais tenham sido finalmente integrados”.⁸

Se os princípios (e regras) jusfundamentais são autoaplicáveis, tanto por sua natureza quanto por determinação constitucional, são dotados de capacidade para produzirem seus efeitos jurídicos, ou seja, de eficácia. Portanto, o fato de carecerem, especialmente os princípios, da utilização do princípio da proporcionalidade para sua efetividade no caso real, não lhes retira a eficácia, mas apenas os transforma em mandamentos *prima facie* (que permanecem aptos a produzir seus efeitos jurídicos) a serem tornados *definitivos* no processo de aplicação normativa.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade – e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: RT, 1999.

FAVOREU, Louis; LLORENTE, Francisco Rubio. *El bloque de la constitucionalidad*. Madrid: Editorial Civitas, 1991.

LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. *Escritos de filosofia V – Introdução à ética filosófica II*. São Paulo: Loyola, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

Data de recebimento: 4/4/2011

Data de aprovação: 26/8/2011

⁸ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 81-88; 98; 105; 125; 137-140; 146-147; 156-157; 165. FAVOREU, Louis; LLORENTE, Francisco Rubio. *El bloque de la constitucionalidad*. Madrid: Editorial Civitas, 1991. p. 26-30, 42, 62-63.

THE POLITICS AND POSSIBILITIES OF VICTIM-MAKING IN INTERNATIONAL LAW

AS POLÍTICAS E POSSIBILIDADES DA “CONSTRUÇÃO DE VÍTIMAS” NO DIREITO INTERNACIONAL

*Kristin Bergtora Sandvik**

ABSTRACT

The need to deal with the human consequences of conflict and violence remains a key challenge in global governance. As a result human experiences of suffering have become core concerns for international law in the aftermath of the Second World War. Imageries of human suffering have also become central to the idea of universalized justice which finds its particular expression in the areas of human rights, humanitarianism and international criminal law. Since the early 1990s, a proliferating number of international and national tribunals, commissions and administrative entities have been created to deal with the need for legal protection for displaced individuals, transitional justice, and restoration and allocation of criminal responsibility in the aftermath of internal and international conflict. Through a conceptual inquiry of how victim statuses are produced and allocated in international law, this paper aims to contribute to a richer socio-legal understanding of the role of law in victim-making in global governance.

Keywords: Global legal liberalism; Victims; Transitional justice; Human rights; International humanitarian law; International criminal law; Narratives of suffering; Testimony.

RESUMO

A necessidade de se enfrentar as consequências humanas de conflitos e violência segue sendo um desafio à governança global. Como resultado, as experiências humanas de sofrimento se tornaram preocupações centrais do Direito Internacional na sequência da Segunda Guerra Mundial. Imaginários de sofrimento humano também se tornaram centrais à ideia de justiça universal que encontra particular expressão nas áreas de direitos humanos, humanitarismo e Direito Internacional Penal. Desde o início dos anos de 1990, foi criado um número que cresce constantemente de

* Senior Researcher em Peace Research Institute Oslo. Doutora por Harvard. Vínculo: Peace Research Institute Oslo. Correspondência para/Correspondence to: PRIO PO Box 9229 Grønland, NO-0134 Oslo Norway. E-mail: bergtora@prio.no.

tribunais, comissões e órgãos administrativos nacionais para tratar da necessidade de proteção legal para pessoas deslocadas, justiça transicional, e restauração e imputação de responsabilidade criminal na sequência de conflitos internos e internacionais. A partir de um questionamento conceitual sobre como o status de vítimas é produzido e imputado pelo Direito Internacional, este artigo busca contribuir para uma compreensão sociolegal mais rica do papel do Direito na “construção” de vítimas na governança global.

Palavras-Chave: Liberalismo legal global; Vítimas; Justiça transicional; Direitos humanos; Direito Internacional Humanitário; Direito Internacional Penal; Narrativas de sofrimento; Testemunhos.

INTRODUCTION

238

Through a conceptual inquiry of how victim statuses are produced and allocated in international law, this paper aims to contribute to a richer socio-legal understanding of the role of law in victim-making in global governance. Premised on the liberal aspiration towards universal justice, the need to deal with the human consequences of conflict and violence remains a key challenge in global governance. As a result human experiences of suffering have become core concerns for international law in the aftermath of the Second World War. Imageries of human suffering have also become central to the idea of universalized justice which finds its particular expression in the areas of human rights, humanitarianism and international criminal law. Since the early 1990s, a proliferating number of international and national tribunals, commissions and administrative entities have been created to deal with the need for legal protection for displaced individuals, transitional justice, and restoration and allocation of criminal responsibility in the aftermath of internal and international conflict.

The victim is a driving engine in international human rights scholarship. While subfields in this scholarship deal with the sociality of integrity violations and suffering, and some attention has been given to the processes of othering underpinning the legal framing of the victim and the politics of appropriating these tragic stories, a better conceptual grasp of cross-cutting issues is required. In this paper, I suggest that following the explosion of human rights as an academic field in the early 1990s, mainstream human rights scholarship has been characterized by a propensity to focus on *gaps* between formal law and operational effectiveness, at the expense of a more critical approach to the efficacy of the human rights/humanitarian infrastructure. Instead of investigating how this structure produces and legitimates truth-claims, scholars focus on norm refinement (Evans 2005). In recent years, these methodological concerns –and the insufficient attention given to them– have become relevant challenges for the burgeoning scholarship on international humanitarian law (Modirzadeh 2010) and international criminal law.

The previous decade saw the emergence of a rich and evolving body of socio-legal scholarship on how international law is produced, received and mediated on the ground. Emphasizing the importance of approaching international law from “below” (Rajagopal 2003), this scholarship was often highly critical of the workings of power in global governance. However, while applying such labels as “global legal liberalism”, “global legal reformism” or “global moralism” (Merry 2006), critically minded commentators also recognized the rise of the victim in international law development as a good thing: it helped making marginal identities visible and universally recognized, uncovered biases and identified silences produced by a state-oriented, Eurocentric international legal system. In this paper I argue that to push these insights further, more attention needs to be paid to the *processes* through which international law produces victim-categories, and about how these processes link with the larger idea of universal justice.

Taking these insights as the starting point, the ambition of this paper is to map out a critical taxonomy of the ways in which victims and experiences of suffering are presently being constituted by international law. I hope to provide a starting point for the discussing questions such as: Through which identities is recognition of suffering allocated across the various institutions and instruments of international law? How do such categories emerge and how do they travel? What is the extent to which these developments are driven by *shared* assumptions about victimhood and human misery? How can we think critically about the notion of liberal progress that surrounds the expansion of victim identities: for example, is there an on-going displacement of “the legal” in the making of international norms and what are their implications for the legitimacy of a “universal justice” project?

The first part of the paper lays out a background context, describing three broader developments in international law that underpins the notion of “universal justice”. This includes the so-called “humanization of international law”, the idea of a convergence between international human rights law and humanitarian law and the rise of transitional justice. The second part, consisting of eight subsections, explores developments and critical debates in victim making. This part considers the growth of victim categories in international law, the professionalization of “victim-makers”, the professionalization of “victim-makers”, the changing sites of victim claiming, and how norm production in international law has shifted towards international organizations and soft legalization. The paper then discusses the rise of universal identities of suffering, and the ascendancy of the personal testimony premised on globalized imageries of suffering. The paper then attempts to bring these discussions together in an innovative conceptual critique of how victim making may also produce “costs” to universal justice.

THE BACKGROUND CONTEXT OF INTERNATIONAL LAW

This section sketches out the humanization of international law, the convergence between international human rights law and humanitarian law and the rise of transitional justice. Together, these legal developments shape the idea of universal justice, as envisioned in the global legal liberalism which rests on the belief in the transformatory potential of judicial mechanisms and of law reforms.

In an influential article from 2000, Theodor Meron suggests that the influence of human rights and humanitarian law on general international law has resulted in the humanization of international law. This process has meant a fostering of accountability; and innovations in the formation, formulation, and interpretation of rules. Meron argues that human rights and humanitarian law have had a “radiation” effect, a “reforming effect” on other fields of public international law (Meron 2000; 2006). A similar perspective is expressed in the writings of Ruti Teitel, who proposes that humanitarian law through its merger with international human rights law has created an emergent *humanity’s law*. Teitel sees humanity’s law as interpretive practice, capable of revealing common and entwined elements in debates about the law (Teitel 2002; 2008).

A second important development is the notion the ongoing doctrinal convergence between human rights and humanitarian law. At the outset (around 1945), human rights and humanitarian law were systematically treated as two separate branches of public international law that should be interpreted in isolation from each other. Over the past decade, debate on the relationship between these two bodies of law has assumed a central position in discussions of international law as lawmaking, case law, and legal policy, accompanied by a burgeoning legal literature, have brought about a gradual doctrinal support for the convergence between human rights and humanitarian law. Meron explains the move towards convergence was a direct response to growing social consensus on the need to “humanize” war, which had emerged as a result of the “calamitous events and atrocities” of the 1990s, coupled with “the media’s rapid sensitization of public opinion, which reduced the time between commission of the tragedies and responses by the international community” (Meron 2000, 243). Shared among most commentators in this debate, is a vision of convergence as a unique narrative of progress which is desirable for human rights and humanitarian law, or both, capable of making armed conflict and occupation more human. However, the implications of this rapprochement remain unclear (Modirzadeh 2010). In a parallel development, there is an ongoing (but much less developed) process of tripartite co-application between human rights, humanitarian law and international criminal law. As noted by Cryer (2009), this interrelationship is not simple, and claims of unity should be treated with some skepticism.

The third pillar of the universal justice-model is transitional justice. According to Ruti Teitel’s definition, transitional justice is a conception of justice

associated with periods of political change, characterized by legal responses to confront the wrongdoings of repressive predecessor regimes (Teitel 2006). As such, transitional justice is not a coherent, cosmopolitan project, but rather a bundle of approaches to the social, political and cultural challenge of making the transition between war and peace, where the academic definitions and statement of objectives vary between authors. McEvoy and McGregor identify two phases in the development of transitional justice since WWII. The first phase involved familiar quasi-legal institutions such as war crime trials and sanctions. The focus was on targeting individuals and holding them accountable for their actions by legal means, with the Nuremberg trials as the paradigm example. The second phase was marked by truth commissions such as those utilized in Latin America and South Africa in the late 1980s and early 1990s. These commissions were concerned less with individual accountability and more with healing, social cohesion, and reconciliation, often involving traditional legal dispute resolution and the granting of blanket amnesties for individual wrongdoers. These two phases produced two meta-models of transitional justice: the trial court model and the truth and reconciliation commission model (McEvoy and McGregor 2008).

In the 1990s and early 2000s, much of the writing on transitional justice fell within the second model. In her seminal work on the role of vengeance and forgiveness in transitional justice, Martha Minow argued that in addition to truth and justice, reconciliation must be seen as a key component of transitional justice. Teitel suggests that geared towards the theoretical re-constitution of the state and practical re-integration of disenfranchised or unruly groups, transitional justice is one way of giving at least symbolic citizenship to muted groups through a broadly negotiated settlement of the past and present of social arrangements (Teitel 2002/3:70). In response to these influential normative approaches, a body of critical scholarship has emerged, which explores the expansion of victim categories over time (García-Godos & Lid 2010), and the consequences of the proliferation of “transitional justice entrepreneurs” (Madlingozi 2010). Finally, since the late 1990s, a “new international regime of individual criminal accountability” (Subotic 2011) has reinvigorated the trial court mode of transitional justice described above.

THE GROWTH OF INDIVIDUAL AND COLLECTIVE CATEGORIES OF VICTIMS

The past decades have witnessed the emergence and consolidation of a host of individual and collective “victim” identities, through treaty-based lawmaking, soft law arrangements, adjudicative practices and judicial proceedings. Significant to this development are two outcomes of the humanization of international law described in the previous section: the notion of a convergence between international human rights law and international humanitarian law, and the emergent idea of interpretive and normative unity between human rights, humanitarian

law and international criminal law. In the following, the paper outlines six categories of victims articulated around this tripartite interface.

First, the UN has made extensive efforts to provide soft law codifications of “victims”, targeting domestic criminal laws and later based on international human rights and humanitarian law violations. The *1985 Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power* defined as a victim individuals and collectivities who *have suffered* harm, including physical and mental injury, emotional suffering, economic loss or substantial impairment of their fundamental rights, through acts or omissions that are in violation of criminal laws operative within member States, including those laws proscribing criminal abuse of power. Included in the definition is the immediate family and dependents, in addition to those who have suffered as a result of their attempt to assist the victim or prevent victimization. Adopted twenty years later, the *2005 UN Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law* protects victims harmed through acts or omissions that reaches the threshold of gross violations of human rights law, or serious violations of humanitarian law (for a discussion, see Zwanenburg 2006).

Second, emphasis has been put on formalizing individual agency as intrinsic to the legitimacy of global legal liberalism. As explained above, building on the lessons from Nuremberg, a broad reactivation of international criminal law began to take place in the early-mid 1990s. To allocate individual responsibility for atrocities, the international community summons victims to testify in front of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and for Rwanda, the Special court for Sierra Leone, and the International Criminal Court. As the tribunals for Rwanda and Yugoslavia attempted to put proper emphasis on witness accounts in their proceedings in the 1990s, the outcome was often feelings of disempowerment and factual increases in the security problems faced by individual victims (Nowrojee 2005). Attempting to remedy formal and practical shortcomings, espousing a broad definition of victims, the *1998 Rome Statute of the International Criminal Court*, and the *2002 ICC Rules of Procedure and Evidence* enshrined groundbreaking provisions with respect to victims’ rights to participation, protection and reparation (Gioia 2007). In the Rome statute, for the first time, victims have been granted the right to representation. Article 68(3) gives victims the right to participate in all stages of the proceedings determined to be appropriate by the Court. Pursuant to Procedural Rule 16(b), victims are also to be assisted in obtaining legal advice by the Registrar.

Third, there has been a forging of a connection between individual and collective victim identities, and access to resources, both in transitional justice (García-Godos 2008) and in international criminal law (Megret 2009). Article 75 of the Rome statute provides reparations upon the conviction of an individual before the Court. Article 79 (2) of the Rome statute establishes a Trust Fund for

making financial reparations to victims and their families. The Rules of Procedure 98 state that these will be in the form of physical or psychological reparations, or material support. According to the 2005 *Regulations of the Trust Fund for Victims*, the Trust Fund is mandated to focus on two aspects of situations where the prosecutor has opened investigations. The Trust Fund will support the court in the implementation of reparations awards, but will also assist victims in areas under the jurisdiction of the Court *without* any link to the alleged crimes or suspects/perpetrators and at *any* stage of the proceedings. While advocates suggest that the Trust Fund should “take full advantage of its legal freedom by engaging in reparative projects” to benefit victims not reached by the provisions of article 75” (Dannenbaum 2010), this extremely wide mandate raises important questions about which ideas of victimization and insecurity that will form the basis for the distribution of resources.

Fourth, there is an evolving recognition of “indirect victims” in international human rights law and in international criminal law. In the Thomas Lubanga case, the ICC Trial Chamber decided that “people” eligible for participation can “be the direct or indirect victims of a crime within the jurisdiction of the Court”.¹ Indirect victims are those who suffer harm as a result of the harm suffered by direct victims, and they must establish that, as a result of their relationship with the direct victim, the loss, injury, or damage suffered by the latter gives rise to harm to them. However, as decided by the Appeals chamber, the harm must be “personal”: Close personal relationships, such as those between parents and children, are a precondition for participation by indirect victims.²

Fifth, spearheaded by NGO’s and international lawyers, there is an evolving legal understanding of *intermediaries* as individuals in need of protection under international criminal law, due to their role as go-betweens for the ICC, victims and witnesses. This role frequently puts intermediaries in danger and strains their finances and resources. Yet, there is no definition of ‘intermediary’ in the Rome Statute or in the Rules of Procedure and Evidence; hence intermediaries receive no protection or financial assistance from the court. The expert coalition VRWG (Victims Rights Working Group) understands the term ‘intermediary’ to include local NGOs or grassroots associations, individuals or any other associations or groupings which in some way link the ICC (including the Trust Fund for Victims) to its constituents (victims, witnesses or others) in countries of concern to the ICC, or link the ICC’s constituents to the ICC (including the Trust Fund for Victims). An ‘intermediary’ may also be a local NGO or grassroots association, an individual or any other association or grouping which in some

¹ <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc409168.PDF> Decision of January 18, 2008. cited in *ICC Victims’ Rights Legal Update December 2008 – April 2009*.

² *ICC Victims’ Rights Legal Update December 2008 – April 2009*.

way links a legal representative (typically a legal representative of victims) with its clients in remote locations and vice versa. In certain circumstances it may also be an international organisation or agency operating in the situation country or a local or international organisation operating in any other country to which victims have fled.³

Finally, the globalization of “risk society” has generated the idea that we are all potential victims of mass suffering (Ewald 2002), with the consequence that there has been an institutional production of contexts of “large scale victimization” as fields of intervention (Ewald 2006). One example is the process currently underway in the European council, aiming to develop a convention for combating violence against women, including domestic violence.⁴ Another example is the gradual cementation of a soft law norm concerning the plight of internally displaced people (IDPs) (Orchard 2010). As of 2008, twenty-six million people were internally displaced in their own countries (IDMC 2009). The dire predicament of the world’s IDPs raises sensitive questions regarding sovereignty and intervention. While international refugee movements are regulated by the *1951 Convention relating to the Status of Refugees*, no international treaty applies specifically to IDPs, and achieving international consensus about their legal status has been difficult. Today, the most authoritative statement by the international community remains the non-binding *1998 Guiding Principles on Internal Displacement*, which restates the responsibilities of states before, during and after displacement according to the human rights and humanitarian law relevant to internally displaced persons. However, there are signs of a hardening of this framework: in October 2009, the African Union approved *The Convention for the Protection and Assistance of Internally Displaced Persons in Africa*, to be known as the Kampala Convention.

The emergence of these forms of victim-making has been discussed by a critical legal literature drawing on post-colonial scholarship, critical feminist approaches, the U.S school of critical legal studies and third world approaches to international law (TWAIL). For example, Makau Mutua describes the human rights project as organized around a set of hierarchical roles, where saviors subjectively determine the level of deserved human rights protection, based on the quality of suffering offered up by a differentiated category of victims (Mutua 2001). The scholarship of Sherene Razack (1995) and Ratna Kapur (2002) unpacks how international law constructs the “third world” gendered victim, suggesting that while the global violence against women campaign has been overwhelmingly successful in translating very specific violations experienced by individual

³ VICTIMS RIGHTS WORKING GROUP Comments on the Role and Relationship of ‘Intermediaries’ with the International Criminal Court 6 February 2009.

⁴ http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/violence/general_en.asp [last visited December 21, 2009].

women into a more general human rights discourse, the articulation of the victim subject is based on gender essentialism and cultural essentialism, and that it justifies state restrictions on women's rights for the protection of women. While important, these critiques are often general and broad-based. Contributions targeting subsets of international law's humanization project have only recently been emerging: writing within the discourse of transitional justice, Jemima García-Godos has criticized the focus on empowerment, where "those formerly categorized as victims, perpetrators, bystanders and the like all become survivors" (García-Godos 2008).

THE PROFESSIONALIZATION OF "VICTIM-MAKING"

Victim making involves such different professional groups as judges, lawyers, human rights activists, journalists, therapists and politicians. The "norm-entrepreneurs" (Finnemore and Sikkink 1998) focus on the creation and promotion of new legal norms for the identification and protection of victims. The practitioners attempt to implement these norms to protect victims. Both groups continuously try to put the spotlight of "muted groups", victims of forgotten violence or victims of hitherto unrecognized forms of violations. Professionals may be members of both groups, or alternate between them.

Critique of norm-entrepreneurship in human rights and international criminal law has in part been based on a continuation of the cultural relativism debate of the 1980s and early 1990s, and like the literature on victim-making, the scholarship on victim-makers has also incorporated arguments from postcolonial theory, feminist legal thought, critical legal studies and TWAIL.

Focus has also been given to the circulation of the global legal elite among the top U.S law schools, transnational law firms, international organizations and domestic and international courts and tribunals. As argued by David Kennedy, rather than lying in the background of global politics, the everyday decisions made by the professionals who manage norms and institutions now appear as instrumental to the distribution of material resources and the making of policy agendas (Kennedy 2005).

With respect to the practitioners, the critique of the humanitarian industry is now a well-established genre: In her work, Jennifer Hyndman argues that the international refugee regime is premised on a division between sub-citizens and supra-citizens. As sub-citizens, refugees and migrants must occupy certain subject positions in order to be heard or to gain legal status. Hyndman's "supracitizens", the employee of the international refugee bureaucracy, move effortlessly across countries and continents with their blue UN *Laissez Faire* passports (Hyndman, 2000). These supra-citizens belong to the larger group Alex De Waal labels "the humanitarian international", consisting of the staff of international relief agencies, academics, consultants, specialist journalists, lobbyists, "conflict

resolution” specialists and human rights workers. In De Waal’s symbolic “famine story”, the plot focus on the interaction between a victim (usually a black child), a villain (the weather, a frightening warlord, a complacent bureaucrat) and a savior (a white aid-worker equipped with Western technology and traditional Judaeo-Christian compassion.)” (De Waal 1997). At the same time, the humanitarian industry is also an outcome of professionalization, resulting from humanitarian reform: As Michael Barnett (2005) notes with respect to the institutionalization of humanitarianism: “It became professionalized, developing doctrines, specialized areas of training, and career paths”. A parallel socio-legal and criminological critique of international criminal law is emerging.

SHIFTING SITES OF VICTIMS CLAIMING

An important precondition for contemporary victim-making is the transformation of the relationship between citizens and the state. I suggest that important collective political struggles to establish agreements on social, civil and political justice have been shifted from adjudication in national jurisdictions towards juridical and individualized formats in the international sphere. First, there is the emergence of regional human rights courts mandated to adjudicate on a range of civil, political, social, cultural and economic rights.⁵ A second important factor is the rapid institutionalization of individual petition rights. Currently, five of the UN human rights treaty bodies have quasi-judicial mechanisms composed of committees of independent experts which may consider individual complaints alleging treaty violations, although their views and recommendations on remedies are not legally binding on the state concerned.⁶

246

⁵ This includes the European Court of Human Rights established under the European Convention on Human Rights of 1950, the Inter-American Court of Human Rights established in 1979 under the American Convention on Human Rights and the African Court on Human and Peoples’ Rights established under the 2004 African Charter on Human and Peoples Rights (not yet operational).

⁶ They include the Human Rights Committee, which consider petitions relating to the First Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights (1966, 1976); the Committee on the Elimination of Discrimination against Women which considers petitions relating to the Optional Protocol to the Convention on the Elimination of Discrimination Against women (1999, 2000); the Committee against Torture which considers individual petitions under article 22 of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment of Punishment (1984, 1987); the Committee of the Elimination of Racial Discrimination which considers petitions under article 14 of the Convention on the Elimination of Racial Discrimination (1965); and the Committee on the Rights of People with Disabilities which consider petitions under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (2006, 2008). The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights was adopted by the UN General Assembly on 10 December 2008, and will enter into force when ratified by 10 state parties.

These developments constitute a significant shift in *how* and *through which sites* justice and victim identities are to be allocated: individuals and communities are increasingly asked to pursue protection against government interference as well as their active intervention against third parties through the language of law and rights in forums *outside* the structures of the nation state. Both the courts and the complaint mechanisms have significantly influenced the evolution of international human rights law. At the same time, the benefits of resorting to international legal institutions are uncertain and often at best symbolic. Moreover, there is a high threshold for succeeding in this type of claims-making: access is disproportionately available to individuals with sufficient legal literacy, adequate material resources and available social connections (Sandvik 2010).

SHIFTING NORM PRODUCTION TOWARDS IOS AND SOFT LEGALIZATION

Two further developments are of note with respect to the form and formats of production of victim categories. The first is the increasing importance of non-state actors, international organizations in particular, as producers of norms in international law. Traditionally, public international law was deployed as a means to regulate relations between states, and to protect sovereignty. States were bound by obligations incurred through the international agreements they entered, but also by the evolving norms of international customary law. The period after the Second World War has seen a gradual turn to *non-state actors* in international law. Today, the world is faced with a rapidly expanding range of new regulatory subjects such as international organizations (IOs), transnational corporations (TNCs) and Non-Governmental Organizations (NGOs). These non-state subjects are producing novel institutional frameworks and have adopted new ways of producing and organizing normative approaches and administrative processes. As pointed out by Karns and Mingst, in the particular case of IOs, as they have become ever more powerful actors in global governance, international law plays an increasingly prominent role in their activities. The institutional structures and practices of IOs have also gradually become more legalized, both as a framework for governance, and as a strategy to address questions of accountability and democratic participation (Karns & Mingst 2004).

However, the most remarkable development is the way IOs have turned into important producers of soft law, so-called “secondary international law” (Peters et al. 2009). These proliferating soft law regimes, which are non-binding in their form, include recommendations, guidelines, codes of practice and standards (Alvarez 2005). IOs have three important soft law-making functions: as standard-setting mechanisms, as adjudicative mechanisms and as makers of instruments subjecting individuals to strong indirect legal repercussions. While soft law has long been a topic of controversy in international law (Klabbers 1998), scholars have also begun to pay attention to the element of public authority

embedded in the forms of “internal soft law” (Srnkollj 2008) or “internal administrative law” (Goldmann 2008) generated by international organizations to regulate their own *internal* activities. These consist of administrative handbooks, bureaucratic guidelines, codes of conduct and standards of procedure that are formally non-binding but which in practice affects the legal situations of individuals directly or indirectly, such as the refugee status determination process undertaken by UNHCR (Goldmann 2008).

Today, there is a growing unease among commentators about how these transnational expert-run bureaucracies of international law, including the regulatory schemes devised to generate greater degrees of accountability and transparency, impact not only the nature and content of international law in itself, but also conditions on the ground. As part of a resurgent scholarly interest in the normative and social legitimacy of international law, the “thin legitimacy” of this form of IO-governance, and the need to address questions of accountability and democratic participation has emerged as important topics in international law scholarship (Peters et al. 2009). As observed by Jose Alvarez, although the formal status of proliferating IO soft law regimes remains unsolved, these developments cannot be ignored (Alvarez 2006:344-5). The factual impact of the resort to soft law may be as significant as the effect of formal and legally binding instruments, but makes the control of bureaucracies as they engage in “interpretive change” or “mission creep” more difficult (Venzke 2008).

THE RISE OF GLOBAL IDENTITIES OF SUFFERING

Construed through legal language centering on human dignity and integrity, and the conceptualization of standards of transgressions and violations as universally applicable, we have seen the emergence of what I will call “global identities of suffering” as a key element of the regulatory project of global legal liberalism. These generic categories include a range of experiences pertaining to acute social vulnerability, infliction of physical pain and conditions of emotional and psychological trauma. In the following, I will describe the properties of one such identity-category, that of victims of sexual violence and gender-based crimes. I suggest that we can identify three overlapping phases in the establishment of sexual violence and other gender-based crimes as violations of international law.

Towards the end of the 1970s, activists and NGOs started to focus on naming and documenting violation of women’s rights as a global phenomenon. The 1975 World Conference on the international women’s year in Mexico City put discrimination against women firmly on the international agenda. The Convention for the Elimination of All Forms of Discrimination of Women (CEDAW) was established in 1979. CEDAW Article 6 committed state parties to “suppress all forms of traffic in women and exploitation of prostitution of women”, but the wording was silent on the issue of violence. In fact, the report from the 1980

Copenhagen conference on the United Nations Decade for Women was the first UN document to mention the issue of domestic violence against women. At the 1985 review conference in Nairobi, it became clear that the issue of violence against woman had been given inadequate attention.

I have anchored the beginning of the second phase in the 1993 World Conference on Human Rights in Vienna. This phase was directed towards developing legal norms in new issue areas relevant for the protection of women's human rights. The 1993 Vienna conference declared that "Women's rights are human rights". The same year, the UN General Assembly approved the Declaration for the Elimination of Violence against Women (DEDAW).⁷ In 1994, the UN Commission on Human Rights appointed a special rapporteur on violence against women. So far, the rapporteur has focused on domestic violence, trafficking and migration, armed conflict and reproductive rights, HIV/AIDS and violence against women.⁸

The focus on the extent and gravity of gender-based violence in situations of unrest and displacement, gradually led to the recognition of refugee women as a particularly vulnerable group. "Women-at-Risk" has evolved gradually from the 1980s, when, as a result of political lobbying, the protection of women refugees became a topic for UNHCR. Particularly significant were *the 1991 Guidelines on the Protection of Refugee Women*, which recognized the link between refugee protection and human rights. In 1995 this connection was specified and reinforced by the Executive Committee Conclusion no. 73, *Refugee Protection and Sexual Violence* (Kneebone 2005).

The UN Security Council established the Yugoslavia tribunal in 1993 and the Rwanda tribunal in 1994. The statutes of both courts contained ground-breaking provisions for the prosecution of war crimes against women. While it has been a challenge to get indictments on the basis of gender-based crimes, both tribunals have produced ground-breaking case law on issues such as mass rape, forced impregnation and sexual slavery. The statutes and rule of procedure of the ICC incorporates the experiences and challenges encountered by these tribunals. In addition to extensive prohibitions on gender-based crimes, there are detailed mechanisms dealing with investigation, witness protection, participation rights and reparations/restitution in conjunction with these crimes.

In the current decade, the attention has shifted towards problems of implementation of the evolving catalogue of vulnerable individuals. We have also seen a shift from a focus on "women" to a focus on "gender". In tandem with the

⁷ A/RES/48/104 85th plenary meeting 20 December 1993.

⁸ <http://www2.ohchr.org/english/issues/women/rapporteur/docs/15YearReviewofVAWMandate.pdf>.

discursive shift, it is now increasingly recognized that men and boys are also subjected to sexual violence during armed conflict (Carpenter 2006; Sivakumaran 2007; Russell 2008) Yet, as illustrated by the intense disagreement over the role of gender in the definition of trafficking victims during the negotiations of the *Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime* to the 2000 *United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, the universalization of the connection between sex, migration and suffering is also controversial (Warren 2007; Dauvergne 2003).

NARRATIVES OF SUFFERING: GLOBAL TEMPLATES, PERSONAL TESTIMONIES

This section looks at the testimonial practices and narrative that have emerged together with the rise of global identities of suffering. Above, I contended that the same underlying ideas of suffering and vulnerability are at work across a broad range of victim categories. Here, I propose that these ideas are mirrored in the infrastructure of international law, where a range of different institutional settings may share the same set of actors, revolve around the same political, social and historical events and espouse similarly structured narratives of justice. Importantly, variations between legal norm sets and institutional infrastructures mean that the legal transactions themselves serve a range of different ends.

250

The discursive properties of “mass-suffering” are produced through particular globalized templates that detail not only the range of available imageries, but also circumscribe permitted formats. In this context, storytelling and personal narrative have become important in the establishment of legal facts about suffering. Such testimonies about abuse, exploitation and violence are intrinsic to the inclusion of an increasingly broad range of individual and collective attributes of victimhood in international legal discourse and practice. Successful transnational “circuits of suffering” (McLagan 2005) have come into being by way of the specialized communication structures of the human rights community. Today, international law conscripts testimonials as progress narratives across a number of fields. Fulfilling the contemporary legal liberal preference for personal narrative, as well as the interdisciplinary academic emphasis on qualitative data, testimonies about abuse, exploitation and violence have come to constitute a particular liberal practice that reproduces global imageries of suffering in a plethora of settings, and which take place on a proliferation of international and transnational stages (Segall 2002; Colvin 2004).

The testimonies of Holocaust survivors, Korean comfort women, Bosnian rape victims and internally displaced Kosovars have served a range of different political, social and cultural purposes, as part of local struggles, nation building projects, or as arsenal in a larger regional conflict. Testimonies of suffering are deployed in order to bring forth repentance, to legitimize interventions or to

avoid future conflict, to establish legal or emotional responsibility for human violations or to further particular political reform agendas. The first International Tribunal on Crimes against Women in Brussels, Belgium 1976 was an early example of organization of testimonies for *therapeutic purposes* (Russell 1977). From the late 1980s and onwards, victims in such varied locations as Argentina, South Africa and Morocco have given testimonies to truth commissions and participated in truth and reconciliation hearings. Some of these processes of reconciliation have involved formalized apologies or monetary compensation (Slyomovics 2008). Other processes, such as the South African Truth and Reconciliation Commission, aimed to achieve a more abstract form of restorative justice (Wilson 2001). Perhaps the most prevalent and popularized source of narratives of suffering are the highly mediated eyewitness-accounts produced by advocacy groups such as Human Rights Watch and Amnesty International (Dudai 2008).

At the same time, the reliance on testimonial practices and narrative has been criticized for overselling the transformative potential of its product. It is argued that law, with its binary combinations is reductive. As noted by Byrnes (2006), subtle distinctions are made between the testimonies produced by “justice seekers” in international criminal law or “protection seekers” in international refugee law, subjects of underdevelopment in international development discourse, rights holders petitioning the international human rights bodies, and the citizen subject testifying in front of national truth and reconciliation tribunals and committee. While the notion of a universalized justice may be shared, humanitarianism, human rights law, refugee law, international criminal law, transitional justice and development discourse are set up to produce very different forms of fairness: achieved through formal legal vindication or financial torts, through protection or material provisions, through the allocation of new legal identities, procedural participation or through punishment. Furthermore, that it reflects Western and American views of what constitutes wrongdoing; that it overestimates the moral vindication and empowerment to be had by storytelling; and that it underplays social costs, stigma and regeneration of trauma.

FORGING A CROSSCUTTING CRITIQUE: FROM HARD TO SOFT LEGALIZATION, COSTS TO DUE PROCESS

In this section, I will draw on various critiques of victim-making processes outlined above, to show how we may develop conceptual critiques of victim-making further. While non-binding, soft law frequently functions as a stepping stone towards hard law codification. In this section, I think about the reverse development. As described above, the legal protection of victims increasingly moves from hard to soft frameworks, as a result of the growth of victim categories and the emphasis on testimony. I ask whether the shift from “hard” legal frameworks towards *internal* soft law frameworks incurs costs to due process.

The argument is that this shift represents a reconfiguration of the underpinning principles of procedural justice into a controversial concept of administrative justice. This proposition is explored by looking at the soft law framework through which UNHCR organizes the process of selecting vulnerable individuals and victims of human rights violations for third-country resettlement. The testimonies and narratives of suffering produced during the encounter between UNHCR legal officers and refugees exemplify a type of administrative human rights practice whose ethos appear to be molded on adjudicative settings, but whose structure places individuals in the role of clients, not rights holders or legal petitioners.

When an individual has been granted refugee status, the next step is the search for a durable solution, which in the terminology of UNHCR means repatriation, local integration or third-country resettlement. Resettlement under the auspices of UNHCR involves the selection and transfer of refugees from a state in which they have initially sought protection to a third state that has agreed to admit them with permanent residence status. Whereas the individual has a right to seek asylum under international human rights law, resettlement is discretionary response on the part of nation states and UNHCR. The bureaucratic typology promulgated in the 2004 *UNHCR Resettlement Handbook* communicates that resettlement is a rule-governed formal process where the selection of resettlement-candidates takes place through sequential, administrative steps. This includes a detailed bureaucratic vetting process, which maps the claimants' social and economic profile, and considers the evidence of previous torture or sexual abuse and the credibility of alleged security threats, as well as the larger political context out of which claims emerge (including country of origin information, the nature of human rights violations commonly occurring in particular conflicts). Currently, UNHCR uses eight criteria for determining resettlement as the appropriate solution, and human rights protection is a core concern in the delineation of these categories. These include Legal and Physical Protection Needs; Survivors of Violence and Torture, Medical Needs, Women-at-Risk, Family Reunification, Children and Adolescents; Older Refugees; and Refugees without Local Integration Prospects (such as those in mixed marriages, gays and lesbians, people with particular disabilities and refugees accused of witchcraft).

For refugees, the absence of a right to access *any* form of permanent solution is a core concern. The relationship between the procedural guarantees we know from refugee law, and the resettlement procedure is disjointed. While cast in the mould of the due process rights that informs UNHCR's guidelines on refugee status determination, the 2005 *Procedural Standards for Refugee Status Determination under UNHCR's Mandate*, in actuality the handbook introduces a formalization approach whose *lack of* relevant guarantees cements an asymmetrical relationship between the legal protection officer and the resettlement applicant. Refugees can officially not "apply" for resettlement: the individual UNHCR Legal protection officer makes the determination of whether resettlement is the

appropriate solution during a face-to-face encounter, or through a facilitator. Depending on the outcome on the case assessment and verification, the refugee will then start the procedure, which may take anywhere from weeks to years. The relative few who make it to a screening interview have no right to representation, no right to review the documents collected by the legal protection officers, was no right of appeal, and no right to a reasoned explanation for rejection. The absence of substantive explanations effectively removed the possibility of tracing any inappropriate steps or subjective considerations made during the process.

CONCLUSION

My ambition in this paper has been to lay out some almost impressionistic sketches of international law, in order to pin down what I see as key contemporary developments in the struggle to translate ideas of universalized justice into global practice. I have attempted to describe what I think of as a move towards defining, identifying and institutionalizing ever greater groups of victims and types of injuries as concerns for international law. I discussed the growth of individual and collective categories of victims, the internationalization and institutionalization of victim-making and the shift in the normative underpinnings of these categories towards international organizations and soft law formats.

The idea of victimhood holds a prominent position in the idea of universalized justice: the intention of much of the IO-based soft law making is to remedy omissions of the past, when international law ignored the plight of women, children, indigenous groups and so forth. As discussed in the paper, soft law has played a crucial role in the struggle to prevent and punish violence against women, and sexual violence more generally. Attempting to use these critiques for a crosscutting discussion, the paper has asked whether the thin legitimacy affecting the standard-setting activities of IOs and the contours of a broad move from hard to soft legalization are developments which may impose costs on due process, thus resulting in negative consequences for victims.

In conclusion I think that some concern is also warranted with respect to how the formal and apolitical universalism characterizing soft law instruments works to qualify individuals for particular categories, in ways that can only be achieved by eschewing agency (Sandvik 2008). On the other hand, as noted by Baxi (1998), recourse to law might represent a form of voice of suffering, whose alternative is not other forms of voice, but exit-options. Moreover, I propose that an important but intangible legal development ensuing from the rise of global identities of suffering and the attendant templates of testimonial practices and personal narratives of suffering is the migration of victim motifs. This involves the travelling of theories of victimhood and templates for moral suffering, heroism and loss between international legal structures and levels, as well as an emergent linkage between victim performances and access to resources. As noted above,

the interrelationship between human rights, humanitarian law and international criminal law is complicated, and the proponents of convergence-models – often the victim makers in international law- need to be cognizant of this. Tracing the migration of victim motifs could be a promising way of unpacking slippages. Hence, the place of the victim in international law is thus both dangerous and dynamic. Keen attention is needed to how justice-discourses appropriate ideas of suffering and victimhood, but also to the ways in which international law seeks to translate and apply the schemas of universal justice.

LITERATURE

Alvarez, J. (2005). *International Organizations as Law-makers*, Oxford University Press.

Alvarez, J. (2006). International Organizations: Then and Now. *The American Journal of International Law*, v. 100, n. 2, p. 324-347.

Barnett, M. (2005). Humanitarianism Transformed. *Disasters*, v. 3, n. 4, p. 723-740.

Baxi, U. Voices of suffering and the future of human rights *Transnational Law & Contemporary Problems*, 1998 8: 125.

Byrnes, R. Credibility in Changing Contexts: Seeking International Justice or International Protection. In G. Noll, ed. *Credibility, Proof and Evidence in Asylum Law* (The Hague: Brill/Kluwer) (2005) p.179-196.

Carpenter, R. Charli Recognizing Gender-Based Violence Against Civilian Men and Boys in Conflict Situations. *Security Dialogue*, v. 37, n. 1, 83-103 (2006).

Colvin, C. J. (2004). “Ambivalent Narrations: Pursuing the Political through Traumatic Story Telling”. *PoLAR* (Political and Legal Anthropology Review), v. 27, n. 1, p. 72-89.

Cryer, R. (2009). The Interplay of Human Rights and Humanitarian Law: The Approach of the ICTY. *J Conflict Security Law* 2009 14: 511-527.

Dannenbaum, Tom (2010). The International Criminal Court, Article 79, and Transitional Justice: The Case for an Independent Trust Fund for Victims (January 29, 2010).

Wisconsin International Law Journal, v. 28, 2010. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1544564>.

Dauvergne, C. (2003). Making People Illegal. In P. Fitzpatrick & P. Tuitt, eds., *Critical Beings: Law, Nation and the Global Subject*. Aldershot: Ashgate.

De Waal, A. (1997). Famine crimes, Politics & the Disaster Relief Industry in Africa. *African Issues*, Indiana University Press.

Dudai, R. (2008). Can You Describe This?. Human Rights Reports and What They Tell Us About the Human Rights Movement. In *Humanitarianism and Suffering: The Mobilization of Empathy*, eds. Richard D. Brown & Richard Ashby Wilson, Cambridge University Press.

Ewald, U (2002). Victimization in the Context of War – Some Aspects of a Macro-Victimological Research Project, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, v. 10/2–3, 90-97.

Ewald, U (2006). Large-scale Victimisation and the Jurisprudence of the ICTY Victimological Research Issues, in U. Ewald & K. Turkovi, *Large-Scale Victimisation as a Potential Source of Terrorist Activities Importance of Regaining Security in Post-Conflict Societies*. Volume 13 NATO Security through Science. Series: Human and Societal Dynamics University Press.

Finnemore, Martha and Kathryn Sikkink (1998). International Norm Dynamics and Political Change. *International Organization*, 52, p. 887-917.

García-Godos, Jemima & Lid, Knut Andreas O. (2010). Transitional Justice and Victims' Rights before the End of a Conflict: The Unusual Case of Colombia. *Journal of Latin American Studies*.

García-Godos, Jemima (2008). Victim reparations in transitional justice – what is at stake and why. *Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter*. ISSN 1503-6480. 26(2), s 111- 130.

Gioia, G. (2007) 'Victims' Rights Overview under the ICC Legal Framework: A Jurisprudential Analysis. *International Criminal Law Review* 7 531–547.

Goldmann, M. (2008). Inside Relative Normativity: From Sources to Standard Instruments for the Exercise of International Public Authority – Part II. *German Law Journal*. v. 9, n. 11.

Hyndman, J. (2000). Managing Displacement, Refugees and the Politics of Humanitarianism. Minneapolis/London: University of Minnesota Press.

IDMC. 2008. *Report Internal Displacement: Global Overview of Trends and Developments in 2008*. <http://www.internal-displacement.org/>

Kapur, Ratna (2002). The Tragedy of Victimization Rhetoric: Resurrecting the “Native” Subject in International/Post-Colonial Feminist Legal Politics.

255

Karns, M.P & Mingst, K.A. (2004), *International Organizations, the Politics and Processes of Global Governance*. Lynne Rienner Publishers.

Kennedy, D. (2005) “Challenging Expert Rule: The Politics of Global Governance”, 27 *Sydney Journal of International Law*, 5-28.

Klabbers, J. ‘The Undesirability of Soft Law’, 67 *Nordic Journal of International Law* (1998) 381-391.

Kneebone, S. (2005). “Women within the Refugee Construct, Exclusionary Inclusion in Policy and Practice, the Australian Experience”. *The International Journal of Refugee Law* v. 17, n. 7, p. 7-42.

Kretzmer, D, Giladi, R. & Y. Shany, ‘Introduction: International Humanitarian Law and International Human Rights Law: Exploring Parallel Application’. 40 *Israel Law Review* (2007), p. 306.

Madlingozi, Tshepo. On Transitional Justice Entrepreneurs and the Production of Victims J *Human Rights Practice* (2010) 2(2): 208-228 first published online June 3, 2010 doi:10.1093/jhuman/huq005.

McEvoy, K & McGregor, L., *Transitional Justice from Below: Grassroots Activism and the Struggle for Change* Hart publishing 2008.

McLagan, M. (2005). “Circuits of Suffering”. *PoLAR (Political and Legal Anthropology Review)*, v. 28, n. 2, p. 223-239.

Megret, Frederic (2009), Justifying Compensation by the International Criminal Court's Victims Trust Fund: Lessons from Domestic Compensation Schemes, available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1501295>.

Meron, T. 'The Humanization of Humanitarian Law' (2000) 94:2 *The American Journal of International Law*, p. 239-278.

Merry, S. E (2006). "Race, Inequality, and Colonialism in the New World Order". *Law and Society Review*, v. 40, n. 1.

Minow, Martha. *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History After Genocide and Mass Violence*. Boston: Beacon Press, 1998.

Modirzadeh, N. K. (2010). "The Dark Sides of Convergence: A Pro-Civilian Critique of the Extraterritorial Application of Human Rights Law in Armed Conflict" *U.S. Naval War College International Law Studies (Blue Book) Series* 86: p. 349-410, 2010.

Nowrojee Binaifer (2005) "Your Justice is Too Slow" Will the ICTR Fail Rwanda's Rape Victims? November 2005 Occasional Paper 10 http://se1.isn.ch/serviceengine/Files/ISN/38760/ipublicationdocument_singledocument/5B48FDCCD-8635-4614-9D2B-69648D66E5D6/en/OP.

Orchard, Phil (2010). Protection of internally displaced persons: soft law as a norm generating mechanism. *Review of International Studies*, 36, pp 281-303 doi:10.1017/S0260210510000033.

Peters, A., Köchlin L., Förster, T, and Fenner, G. (eds.), *Non-State Actors as Standard Setters*, Cambridge University Press (2009).

Rajagopal, B. (2003). *International Law from Below, Development, Social Movements and Third World Resistance*. Cambridge University Press.

Razack, S. (1995) Domestic Violence as Gender Persecution: Policing the Borders of Nation, Race, and Gender. *Canadian Journal of Women and the Law* 8(45):45-88.

Russell, D. E. H. (1977). "Report on the International Tribunal on Crimes against Women." *Frontiers: A Journal of Women Studies*, v. 2, n. 1, p. 1-6.

Russell, Wynne Sexual violence against men and boys, *FMR* 27 (2008).

Sandvik, K. B. (2008) "The Physicality of Legal Consciousness: Suffering and the Production of Credibility in Refugee Resettlement" in *Humanitarianism and Suffering: The Mobilization of Empathy*, eds. Richard D. Brown & Richard Ashby Wilson, Cambridge University Press.

Sandvik, K. B. *International Law and Security* (2010) in P. Burgess, Routledge (ed.) *Handbook of New Security Studies* (Routledge) pp.110-120.

Segall, K.W. (2002). "Postcolonial Performatives of Victimization". *Public Culture*, v. 14, n. 3, pp. 617-619.

Sivakumaran, Sandesh (2007) Sexual Violence Against Men in Armed Conflict, *European Journal of International Law* 2007 18(2):253-276.

Slyomovics, S (2008) "Financial Reparations, Blood Money, and Human Rights Witness Testimony: Morocco and Algeria", in *Humanitarianism and Suffering: The Mobilization of Empathy*, eds. Richard D. Brown & Richard Ashby Wilson, Cambridge University Press.

The politics and possibilities of victim-making in international law

Smrkolj, M. (2008) "International Institutions and Individualized Decision-Making: An 18 Example of UNHCRs Refugee Status Determination"; *German Law Journal*. v. 9, n. 11.

Subotic, Jelena (2011) Expanding the scope of post-conflict justice: Individual, state and societal responsibility for mass atrocity, *Journal of Peace Research* 48: 157-169, doi:10.1177/0022343310394696.

Teitel, R. (2002)/(2008, Fordham law review). "Humanity's law: Rule of Law for the New Global Politics". *Cornell International Law Journal*, v. 35, p. 355-387.

Teitel, R. 2006: <http://www.law.harvard.edu/students/orgs/hrj/iss16/teitel.shtml#fn3>.

Venzke, I. (2008) "International Bureaucracies from a Political Science Perspective – Agency, Authority and International Institutional Law". *German Law Journal* v. 9, issue 11.

Warren, K. (2007) "The 2000 UN Human Trafficking Protocol: Rights, Enforcement, and Vulnerability." In, Mark Goodale and Sally Merry, eds., *The Practice of Human Rights: Tracking Between the Global and the Local*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 242-269.

Wilson, R. (2001). *The Politics of Truth and Reconciliation in South Africa*. Cambridge: Cambridge University Press.

Zwanenburg, Marten, (2006) The Van Boven/Bassiouni Principles: An Appraisal, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, v. 24, n. 4, p. 641-668.

Data de recebimento: 2/8/2011

Data de aprovação: 30/8/2011

257

