

ISSN 1806-0420

REVISTA
OPINIÃO
JURÍDICA



Ano XIV - n. 18
janeiro/junho 2016



REVISTA OPINIÃO JURÍDICA

REVISTA OPINIÃO JURÍDICA



Fortaleza, 2016

Revista Opinião Jurídica
Ano 14, no. 18 (jan./jun. 2016) - Fortaleza:
Unichristus, 2016.

Semestral

ISSN 1806 - 0420
e-ISSN 2447 - 6641

1. Direito - Periódicos. I. Centro Universitário
Christus - Unichristus.

CDD 340

Dados internacionais de catalogação na publicação (CIP).

Impressão

Gráfica e Editora LCR Ltda.
Rua Israel Bezerra, 633 - Dionísio Torres - CEP 60.135-460 - Fortaleza - Ceará
Telefone: 85 3105.7900 - Fax: 85 3272.6069
Site: www.graficalcr.com.br - e-mail: atendimento01@graficalcr.com.br

Reitor

José Lima de Carvalho Rocha

Pró-Reitor de Administração e Planejamento

Estevão Lima de Carvalho Rocha

Pró-Reitor de Graduação

Maurício Lima de Carvalho Rocha

Pró-Reitor de Pesquisa e Pós Graduação

Marcos Kubrusly

Pró-Reitor de Extensão

Rogério Frota Leitão dos Santos

Editora-Chefe

Dra. Fayga Bedê

Editora-Adjunta

Me. Ana Luisa Demoraes Campos

Editor-Assistente

Esp. Antônio Rodolfo Franco Mota Veloso

Editores-Associados

- Me. Ana Paula Pinto Lourenço (Universidade Autônoma de Lisboa - UAL, Lisboa - Portugal)
Me. Ana Stela Vieira Mendes Câmara (UNICHRISTUS - Fortaleza, CE - Brasil)
Me. Antonio Torquillo Praxedes (UNICHRISTUS - Fortaleza, CE - Brasil)
Dr. Emerson Gabardo (UFPR- Curitiba, PR - Brasil)
Me. Gustavo Fernandes Meireles (Université d'Évry Val d'Essonne, Évry - France)
Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues (UFSC - Florianópolis, SC - Brasil)
Dr. Isaac Costa Reis (UFSB - Porto Seguro, BA - Brasil)
Dra. Leilane Serratine Grubba (CESUSC - Florianópolis, SC - Brasil)
Me. Maurício Muriack de Fernandes e Peixoto (UniCEUB, Brasília, DF - Brasil)
Dr. Paulo Ferreira da Cunha (FDUP -Porto, Portugal/ USP - São Paulo, SP - Brasil)
Dr. Rennan Faria Kruger Thamay (FADISP, São Paulo, SP - Brasil)
Dr. Roberto Bueno Pinto (UFU - Uberlandia, MG - Brasil)
Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas (UNINOVE / MODERA- São Paulo, SP - Brasil)
Me. Tércio Aragão Brillhante (AGU - Fortaleza, CE)

Comissão Editorial

- Dr. Alexandre Antonio Bruno da Silva (UNICHRISTUS, UECE- Fortaleza, CE - Brasil)
Me. Alexandre Fernandes Dantas (Universidade Estácio de Sá, UNESA - Rio de Janeiro, RJ - Brasil)
Dr. Altamirando Pereira da Rocha (Universidade Federal de Uberlândia - Uberlândia, MG - Brasil)
Me. Ana Paula Pinto Lourenço (Universidade Autônoma de Lisboa - UAL, Lisboa - Portugal)

- Dr. Antonio Baptista Gonçalves (Escola Paulista de Política, Economia e Negócios, EPPEN - São Paulo, SP- Brasil)
- Dr. Antonio Celso Baeta Minhoto (USCS- São Paulo, São Caetano do Sul, SP - Brasil)
- Dra. Bárbara Silva Costa (Centro Universitário Ritter dos Reis - Porto Alegre, RS - Brasil)
- Dra. Cláudia Sousa Leitão (UECE- Fortaleza, CE - Brasil)
- Dr. Clóvis Gorczewski (UNISC-Santa Cruz do Sul, RS - Brasil)
- Dr. Daniel Francisco Nagão Menezes (Universidade Presbiteriana Mackenzie - Campinas, SP - Brasil)
- Dra. Danielle Annoni (UFSC- Florianópolis, SC - Brasil)
- Dr. Diego Richard Ronconi (Universidade do Vale do Itajaí - Florianópolis, SC - Brasil)
- Dr. Edson Kiyoshi Nacata Junior (Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte, MG - Brasil)
- Dra. Elaine Harzheim Macedo (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - Porto Alegre, RS - Brasil)
- Dr. Elício Nacur Rezende (Escola Superior Dom Helder Câmara - Belo Horizonte, MG - Brasil)
- Dr. Emerson Gabardo (UFPR- Curitiba, PR - Brasil)
- Dra. Érika Pires Ramos (UEPB/ UNISANTOS/UNIMEP- São Paulo, SP - Brasil)
- Dr. Etienne Picard (PARIS I - SORBONNE - Paris, France)
- Dr. Everton das Neves Gonçalves (UFSC- Florianópolis, SC - Brasil)
- Dr. Fabricio Bertini Pasquot Polido (UFMG- Belo Horizonte, MG - Brasil)
- Dra. Fernanda Busanello Ferreira (UFG- Goiânia, GO - Brasil)
- Dra. Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros (Unilasalle, FADERGS e PUC-Porto Alegre, RS - Brasil)
- Dr. Flávio José Moreira Gonçalves (UFC/ UNICHRISTUS/UNIFOR - Fortaleza, CE - Brasil)
- Dr. Friedrich Müller (Universidade de Heidelberg- Heidelberg - Alemanha)
- Dra. Gabrielle Bezerra Sales (UNICHRISTUS- Fortaleza, CE - Brasil)
- Dra. Germana Parente Neiva Belchior (FA7- Fortaleza, CE - Brasil)
- Dra. Gloria Cristina Flórez Dávila (Universidad Major de San Marco - Lima, Peru)
- Dra. Gretha Leite Maia (UFC- Fortaleza, CE - Brasil)
- Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues (UFSC- Florianópolis, SC - Brasil)
- Dr. Ingo Wolfgang Sarlet (PUC - Porto Alegre, RS - Brasil)
- Dr. Isaac Costa Reis (UFSB- Porto Seguro, BA - Brasil)
- Dra. Jamile Bergamaschine Mata Diz (Universidade de Itaúna -Itauna, MG- Brasil)
- Dra. Joana Stelzer (UFSC- Florianópolis, SC - Brasil)
- Dr. João Luís Nogueira Matias (UFC- Fortaleza, CE - Brasil)
- Dr. João Maurício Adeodato (UFPE- Recife, PE - Brasil)
- Dr. José Calvo González- (Universidad de Málaga- Málaga, Espanha)
- Me. José Edmar da Silva Ribeiro (UFC - Fortaleza, CE - Brasil)
- Dr. José Francisco de Assis Dias (Universidade Estadual de Maringá - Maringá, PR - Brasil)
- Dr. Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho (FGV, PUC - São Paulo, SP - Brasil)
- Dr. Juraci Mourão Lopes Filho (UNICHRISTUS - Fortaleza, CE - Brasil)
- Dr. Leonardo Netto Parentoni (Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte, MG - Brasil)
- Dr. Leonel Pires Ohlweiler (Universidade Luterana do Brasil- Canoas, RS - Brasil)
- Me. Mauricio Muriack de Fernandes e Peixoto (Centro Universitário de Brasília, UniCEUB - Brasília, DF - Brasil)
- Dra. Maurinice Evaristo Wenceslau (Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - Campo Grande, MS-Brasil)
- Dr. Nelson Finotti Silva (UNIVEM - Marília, SP - Brasil)
- Dr. Nitish Monebhurrn (UNICEUB - Brasília, DF - Brasil)
- Dr. Octávio Campos Fischer (UNIBRASIL- Curitiba, PR - Brasil)

Dr. Oksandro Osdival Gonçalves (PUCP – Curitiba, PR – Brasil)
Dr. Paulo Bonavides (UFC- Fortaleza, CE - Brasil)
Dr. Paulo Ferreira da Cunha (FDUP –Porto, Portugal/ USP – São Paulo, SP/Brasil)
Dr. Rafael Santos de Oliveira (UFSM- Santa Maria, RS - Brasil)
Dra. Renata Giovanoni Di Mauro (Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas
- São Paulo, SP - Brasil)
Dr. Renato Duro Dias (Universidade Federal do Rio Grande - Rio Grande, RS – Brasil)
Dr. Rennan Faria Kruger Thamay (FADISP, São Paulo, SP – Brasil)
Dr. Roberto Bueno Pinto (UFU-Uberlândia, MG - Brasil)
Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas (UNINOVE / MODERA– São Paulo, SP -Brasil)
Dr. Roberto da Silva Fragale Filho (UFF- Niterói, RJ - Brasil)
Dra. Vera Lucia da Silva (UFSC- Florianópolis, SC - Brasil)
Dr. Willis Santiago Guerra Filho (UNIRIO- Rio de Janeiro, RJ - Brasil)
Dra. Yvete Flávio da Costa (UNESP - Franca, SP - Brasil)

Assistente-Editorial

Esp. Ricardo Henrique Silva de Sá Cavalcanti (UNICHRISTUS – Fortaleza, CE – Brasil)

Bibliotecárias Responsáveis

Tusnelma Maria Barbosa
Patrícia Vieira Costa

Revisão de Língua Portuguesa

Ellen Lacerda Carvalho Bezerra
Heitor Nogueira da Silva
Helena Cláudia Barbosa
Idália Cavalcanti Parente (coord.)
Maria Gleiciane Araújo
Silvana Rodrigues de Oliveira
Victor Alan Andrade Marques

Capa

Ivina Lima Verde

Coordenação de Design

Jon Barros

Projeto Gráfico/ Diagramação

Juscelino Guilherme

Correspondência

Unichristus
Editoria da Revista Opinião Jurídica
Avenida Dom Luís, 911 – 1º andar
Aldeota – CEP 60.160-230 - Fortaleza – Ceará
Telefone: 85 3457.5396
e-mail: opiniaojuridica01@unichristus.edu.br

APRESENTAÇÃO*

Caríssimos leitores, saudações!...

Desembarcamos em nossa 18ª edição, muito felizes, ao compartilhar com os nossos pares que, a partir de 2016, em seu 14º ano de existência, a Revista Opinião Jurídica passa a ser semestral. Dessa forma, poderemos atender, de modo mais satisfatório, ao fluxo de artigos com que muito nos prestigiam pesquisadores do Oiapoque ao Chuí.

Agradecemos imensamente aos colegas de todo o Brasil – e àqueles de além-mar – que nos remetem o resultado de suas pesquisas e reflexões. Em contrapartida a esse gesto de confiança em nosso trabalho, temos lutado muito para não deixar nem um colega sequer (dentre os que tenham submetido no prazo da chamada) sem um feedback quanto ao trabalho enviado.

Mas nem sempre, como editores, podemos dar aos pesquisadores as notícias que desejaríamos. Ao contrário. Muitas vezes, somos porta-vozes de avaliações que implicam recusas ou críticas. Mas isso faz parte de um processo de aprimoramento e engrandecimento de toda a nossa área de pesquisa. Por isso, precisamos contar com a compreensão e a maturidade de colegas cujos trabalhos não tenham logrado aprovação. Afinal, sem crítica ou refutação, não há debate. E sem debate, não se podem alargar as fronteiras do conhecimento. Assim, se pudermos garantir um ambiente de troca de ideias, pluralidade, autonomia de pensamento e boa-fé, teremos muito mais a ganhar com a crítica construtiva do que com a lisonja bajulatória.

Com esse espírito, mais uma vez, entregamos uma edição meritocrática e representativa do estado da arte da pesquisa jurídica brasileira:

- Dos 13 artigos que compõem essa edição, apenas 03 são oriundos de nosso Estado (Ceará); ao passo que 10 trabalhos provêm de outros Estados; atingindo-se 76,92% de exogenia quanto à procedência dos artigos. Assim, estão contemplados outros 05 Estados da Federação, sendo: DF (Centro-Oeste); RS/PR (Sul) e MG/RJ (Sudeste); além de 02 artigos na seção de Doutrina Estrangeira. Trata-se de uma tradução para o português de artigo de Giuseppe Lorini (Itália); bem como, de artigo vertido em língua francesa, oriundo da Espanha, de autoria de Germana Aguiar Ribeiro do Nascimento e Maria José Añón Roig.

- Dos 50 pareceristas cegos que avaliaram artigos para essa edição, observando o sistema double blind review, apenas 03 são provenientes de nosso Estado; contra 47 avaliadores exógenos; alcançando-se 94% de exogenia quanto à procedência dos pareceristas, os quais são oriundos de Portugal, bem como de outros 16 (dez) Estados da Federação, contemplando-se as 05 (cinco) regiões

* A edição em apreço foi publicada tempestivamente. No entanto, a pedido de um autor, estamos substituindo o arquivo da edição no portal para corrigir erro material na apresentação do referido articulista.

do país: Norte (RR/RO); Nordeste (PE/RN/MA/BA); Centro-Oeste (DF/MS/GO); Sudeste (SP/MG/RJ/ES) e Sul (SC/PR/RS).

- Nossa Comissão Editorial conta com a presença de 60 ilustres Membros, dentre os quais, 50 colegas são oriundos de outros 11 Estados da Federação, contemplando-se 04 (quatro) regiões do país: (PE/BA) Nordeste; (MS/DF/GO) Centro-Oeste; (SP/RJ/MG) Sudeste; e (RS/PR/SC) Sul; e de países como Alemanha, França, Portugal, Espanha e Peru; perfazendo, assim, 83,3% de exogenia, quanto aos integrantes da Comissão Editorial.

E para levar a bom termo tantos desafios, muito temos aprendido sobre humildade e gratidão. Cada vez mais se aclara essa feliz obviedade de que precisamos muito uns dos outros. De fato, sem a confiança dos nossos autores, não haveria revista. Mas sem a colaboração abnegada dos nossos avaliadores e/ou membros da Comissão Editorial, tampouco haveria revista. E por fim, sem uma equipe tão afinada, com talentos, habilidades, perfis e estilos de trabalho tão variados, quanto complementares, a Opinião Jurídica não estaria alcançando a sua emancipação.

Nossos agradecimentos mais que especiais aos valorosos, infatigáveis, competentes e fiéis escudeiros de nossa equipe (Ana Luisa Demoraes, Rodolfo Franco, Ricardo Henrique Cavalcanti e Patrícia Costa), aos generosos professores do DLP (aqui representados pela Profa. Idália Parente) e aos anjos da guarda que trabalham disfarçados de webdesigners na gráfica LCR (Juscelino e Jon).

Nessa rede de afetos, seguimos sonhando e construindo.

Eis, pois, mais um tijolo, que se reconstrói com a sua leitura.

Profa. Dra. Fayga Bedê
Editora-Chefe da Revista Opinião Jurídica
opiniaojuridica01@unichristus.edu.br

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

PRIMEIRA PARTE – DOCTRINA NACIONAL

O caminho da inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho: onde estamos? 13

Alexandre Antonio Bruno da Silva

André Studart Leitão

Eduardo Rocha Dias

A ineficácia da tutela multinível dos direitos sociais na União Europeia 44

Alice Rocha da Silva

Matheus Passos Silva

O direito penal do inimigo como quebra do Estado de Direito: a normalização do Estado de Exceção74

André Luís Callegari

Raul Marques Linhares

Liberdade de expressão e direito à informação: os limites da atividade jornalística sob a ótica do STF e do STJ..... 89

Andressa de Bittencourt Vieira Dantas

Camila Figueiredo Oliveira Gonçalves

Objetivos do milênio e democracia construtiva: os direitos fundamentais como elementos constitutivos do Estado Democrático de Direito..... 119

Carlos Marden Cabral Coutinho

Jose Luis Bolzan de Moraes

O ensino médio como parcela do direito ao mínimo existencial.....144

Daniel Wunder Hachem

Alan Bonat

A dimensão democrática do dever de motivação das decisões judiciais: o novo código de processo civil como concretização da Constituição de 1988..... 177

Frederico Montedonio Rego

Liberalismo à moda brasileira: o velho problema do capitalismo politicamente orientado..... 207

Lenio Luiz Streck

Danilo Pereira Lima

Constitucionalidade das convalidações de incentivos fiscais acordadas entre os estados 229

José Roberto Afonso

Luciano Felício Fuck

Daniel Corrêa Szelbracikowski

Para uma fundamentação adequada das decisões: o problema do sincretismo metodológico interpretativo 249

Renata Nascimento Gomes

Rafael Lazzarotto Simioni

Sustentabilidade empresarial: análise comparativa da disciplina jurídica dos informes não financeiros (Brasil e União Europeia)267

Vinicius Figueiredo Chaves

Nilton Cesar da Silva Flores

SEGUNDA PARTE – DOCTRINA ESTRANGEIRA

Le rôle du Conseil de Sécurité de l'Organisation des Nations unies dans les travaux de la Cour Pénale Internationale 289

Germana Aguiar Ribeiro do Nascimento

Kahina Merzelkad

María José Añón Roig

Regras constitutivas podem criar uma prática? 305

Giuseppe Lorini

Normas de Publicação 316

O CAMINHO DA INCLUSÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO: ONDE ESTAMOS?

*Alexandre Antonio Bruno da Silva**

*André Studart Leitão***

*Eduardo Rocha Dias****

Introdução: a epopeia ignorada. 2. Normas Internacionais de Proteção ao Deficiente. 3. Legislação Brasileira de Proteção ao Deficiente. 4. Números da Inclusão no Brasil e Ceará. 5. Dados da Relação Anual de Informações Sociais (RAIS). 6. A atuação do Ministério do Trabalho e Previdência Social. 7. Considerações finais. Referências.

RESUMO

Nas últimas décadas, organizações internacionais, entes estatais, organizações não governamentais e a sociedade como um todo, lançaram seu olhar para a luta travada pelos deficientes, almejando sua inclusão social. Uma série de documentos internacionais foi criada, visando não só melhorar as condições de vida do deficiente, mas também colocar em pauta inclusão social. Cada ser humano tem o direito de desfrutar de todas as condições necessárias para o desenvolvimento de seus talentos e aspirações. O deficiente deve ter ao seu dispor condições especiais, além da proteção garantida a todos, que minimizem ou eliminem as barreiras para a sua vida em sociedade. A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ratificada pelo Brasil, teve como propósito maior promover, proteger e assegurar o pleno exercício dos direitos humanos das pessoas com deficiência, demandando dos Estados-partes medidas legislativas e administrativas. No âmbito legislativo brasileiro, após várias normas tratando do assunto, foi instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Certamente, apesar de sua importância, a legislação não tem o poder de transformar

* Mestre em Direito pela UFC. Doutor em Direito pela PUC-SP. Auditor-Fiscal do Trabalho. Professor no Centro Universitário Christus. E-mail: <alexandre_bruno@terra.com.br>.

** Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Procurador Federal. Professor no Centro Universitário Christus. E-mail: <andrestudart@hotmail.com>.

*** Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Procurador Federal. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza. E-mail: <eduardordias@hotmail.com>.

rapidamente o comportamento da sociedade. São necessárias políticas públicas, já previstas no próprio Estatuto, para estimular e acompanhar esse processo. A inclusão do deficiente no mundo do trabalho é uma das mais importantes vertentes desse esforço. Por meio dos números obtidos pelos sistemas de estatística existentes é possível: analisar o grau de sucesso, verificar onde as políticas públicas de inclusão apresentam falhas e sugerir mudanças.

Palavras-chave: Deficiência. Inclusão Social. Emprego. Censo. RAIS.

1 INTRODUÇÃO: A EPOPEIA IGNORADA

No âmbito dos direitos humanos, através da análise dos temas considerados prioritários, constata-se que as pessoas deficientes compõem a última minoria a receber atenção especial. São fartos os exemplos na história em que o contexto de exclusão social os serviu, por vezes, como único e fiel companheiro em sua silenciosa jornada.

O estudo exaustivo dessa “epopeia ignorada” foge do escopo temático do presente trabalho.¹ Entretanto, parece importante tecer breves comentários sobre essa caminhada, criando-se um fio condutor dessa luta antiga e constante pela inclusão social. Nesse estudo, marcaremos três momentos, tendo como ponto central da análise, a causa da deficiência e as suas consequências práticas.

No primeiro momento, o deficiente foi considerado como alguém merecedor da sua deficiência, fruto de um castigo divino, produzido por vícios ou mazelas dos seus antepassados.² O surgimento do cristianismo no Império Romano, com a sua doutrina dirigida à caridade e ao amor, combateu, dentre outras práticas, a eliminação das crianças deficientes. A partir do século IV, surgem os primeiros hospitais e asilos de caridade que abrigavam indigentes e indivíduos com deficiências.³

Apesar da nobreza de seus atos, essa forma de lidar com os deficientes, abrigando e protegendo-os, terminou por excluí-los do convívio social. As ações que, em sua maioria, denotavam gestos baseados na compaixão e na caridade, nesse período, contribuíram muito para o afastamento do deficiente de sua família e da sociedade.

Desprezar a compaixão, enfim – a caridade cristã –, será ver que ela foi confundida com a pena, com um contágio do sofrimento, com uma abdicação de alguém que se deixa influenciar, invadir, pela infelicidade do outro, mas, ao mesmo tempo, continua desprezando o ser digno de pena, com uma atitude niilista, conservadora de tudo aquilo que só merece desaparecer.⁴

A partir da Revolução Industrial, iniciada no século XVIII, caracterizada pela passagem da manufatura à indústria mecânica, a questão da habilitação e da reabilitação da pessoa com deficiência para o trabalho ganha força. A malformação congênita e as doenças deixam de ser suas únicas causas visíveis. O trabalho em condições precárias passa a ocasionar acidentes mutiladores e também doenças profissionais. Torna-se necessária a criação de um sistema de seguridade social mais eficiente.

No século XIX, finalmente, percebe-se uma grande mudança para os indivíduos com deficiência. Surge uma atenção especializada, e não só institucional, como os hospitais e abrigos. Iniciam-se estudos específicos para os problemas ligados a cada deficiência. As grandes guerras mundiais, no início do século XX, geram diversos deficientes, forçando uma mudança no tratamento dado ao deficiente.

Se na primeira fase citada a deficiência era vista como um castigo divino, na segunda passa a ter uma conotação meramente física. Passa a ser tratada, possuindo causas diversas e explicações científicas. A pessoa deficiente está ligada a uma certa incapacidade e dependência. Encontra-se em uma situação de desvantagem, caracterizada pela discordância entre a capacidade de realização individual do sujeito e as expectativas deste ou do seu grupo social.⁵

Essa fase ficou caracterizada pelo modelo médico da deficiência, que apregoa que pessoas com deficiência são vistas como possuidoras de um corpo inferior. Desconectados das suas potencialidades e dos conceitos de autonomia e independência. O foco principal do estudo está centrado em suas deficiências.

A moral, constituída sob o império da indústria, provoca má consciência naqueles que não estejam sujeitos às leis da produtividade em geral. Marginais são todos aqueles que vivem na impossibilidade da troca e que não toleram a cultura de consumo. Enfim, todos aqueles que não obedecem às leis do mercado.⁶

Sentindo-se à margem da sociedade, as pessoas com deficiência passaram a se organizar. Surge o modelo social da deficiência. Segundo essa visão, a deficiência não é necessariamente ligada a uma doença, mas consequência da interação entre características corporais do indivíduo e as condições sociais em que ele vive. É fruto da combinação de limitações impostas pelo corpo com alguma lesão, combinados a uma organização social pouco sensível à diversidade corporal.⁷

Ressalte-se que adotar o paradigma do modelo social não representa o abandono da reabilitação e dos tratamentos médicos. A consideração é que esses cuidados estão aquém da deficiência tratada. A terapêutica, ainda que relevante, não deve se sobrepôr à garantia de educação, emprego, cultura, lazer e vida independente para as pessoas com deficiência.

Essa forma de ver a realidade mostra o papel da sociedade perante as pessoas com deficiência, ampliando a responsabilidade social. Esses indivíduos

passam a ser vistos com potencialidades e com objetivos pela sociedade. Esta tem a obrigação de caminhar com o olhar focado nas potencialidades dessas pessoas, proporcionando-as novos caminhos, objetivando a sua inclusão.

Cada ser humano tem o direito de desfrutar de todas as condições necessárias para o desenvolvimento de seus talentos e aspirações, sem ser submetido a qualquer tipo de discriminação. Dessa forma, a pessoa deficiente deve ter a seu alcance, além da proteção geral garantida a todos, àquelas que tem por base minimizar ou eliminar as lacunas existentes entre as suas condições e as das pessoas sem deficiência.

2 NORMAS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AO DEFICIENTE

Visando à proteção específica do deficiente, a Assembleia Geral da ONU proclamou duas importantes declarações e uma resolução, na década de 1970: a *Declaração dos Direitos das Pessoas com Retardo Mental*, em 1971⁸; a *Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes*, em 1975; e a Resolução n. 31/123, em 1976, declarando o ano de 1981 como o *Ano Internacional das Pessoas Deficientes*.⁹

A Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, de 09 de dezembro de 1975, teve a sua relevância por trazer o conceito de “pessoa deficiente”, assim como influenciar na concepção da expressão “pessoa portadora de deficiência”, utilizada pela Constituição Federal de 1988. Segundo ela, pessoa deficiente seria aquela incapaz de satisfazer por si própria, no todo ou em parte, as necessidades de uma vida normal individual ou social, em resultado de deficiência, congênita ou não, nas suas faculdades físicas ou mentais.¹⁰

O Ano Internacional das Pessoas Deficientes surge como o grande marco para que países, seus governantes, a sociedade e as próprias pessoas com deficiência tomassem consciência da relevância do tema. O assunto ganha relevância, passam a ser tomadas providências para a prevenção da deficiência, a reabilitação, a acessibilidade, a igualdade de condições, a participação plena e a mudança de valores sociais visando à redução crescente de preconceitos e atitudes discriminatórias.

A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho (OIT), verificando a importância do ano Internacional das Pessoas Deficientes, com o tema “Participação plena e igualdade”, avaliou que seria oportuno um programa mundial de ação relativo às pessoas deficientes. Esse plano permitiria a adoção de medidas eficazes a nível nacional e internacional para atingir as metas da “participação plena” das pessoas deficientes na vida social e no desenvolvimento.

A partir desse entendimento, surge a Convenção OIT n° 159, sobre Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes, concluída em Genebra, a 1° de junho de 1983. O Congresso Nacional brasileiro aprovou a Convenção, por meio do Decreto Legislativo n° 51, de 25 de agosto de 1989, depositando em 18 de maio de 1990, a Carta de Ratificação da Convenção.¹¹

A Convenção defende que de acordo com as condições nacionais, experiências e possibilidades nacionais, cada País Membro formulará, aplicará e periodicamente revisará a política nacional sobre reabilitação profissional e emprego de pessoas deficientes. A finalidade dessa política é de assegurar que existam medidas adequadas de reabilitação profissional ao alcance de todas as categorias de pessoas deficientes e promover oportunidades de emprego para as pessoas deficientes no mercado regular de trabalho.

No âmbito das Américas, tem-se a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, conhecida como Convenção da Guatemala, assinada pelo Brasil em 1999, promulgada pelo Decreto n.º 3.956, de 08 de outubro de 2001. Incorporada ao sistema legislativo brasileiro com status de lei ordinária, define o termo “deficiência” como uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social.¹²

Ainda no âmbito internacional, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi homologada pela Assembleia das Nações Unidas em 13 de dezembro de 2006, entrando em vigência em 3 de maio de 2008, data em que ultrapassou o mínimo de vinte ratificações.¹³

No Brasil, essa Convenção que foi aprovada, por meio do Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008¹⁴, conforme o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição, obtendo equivalência de Emenda Constitucional.¹⁵ O Governo brasileiro depositou o instrumento de ratificação dos referidos atos junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas em 1º de agosto de 2008. A Convenção foi promulgada pelo **Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009**.¹⁶

O texto apresenta uma definição inovadora de deficiência, compreendida como toda e qualquer restrição física, mental, intelectual ou sensorial, causada ou agravada por diversas barreiras, que limite a plena e efetiva participação na sociedade. A inovação está no reconhecimento explícito de que o meio ambiente econômico e social pode ser causa ou fator de agravamento de deficiência. A própria Convenção reconhece ser a deficiência um conceito em construção, que resulta da interação de pessoas com restrições e barreiras que impedem a plena e efetiva participação na sociedade em igualdade com os demais. A deficiência deve ser vista como o resultado da interação entre indivíduos e seu meio ambiente e não como algo que reside intrinsecamente no indivíduo.¹⁷

A Convenção surge como resultado da patente necessidade de garantir o respeito, a integridade, a dignidade e a liberdade das pessoas com deficiência. Por meio dela, defende-se a criação de leis, políticas e programas que atendam ao público deficiente dentro de suas características, promovendo a sua participação na sociedade e a sensibilização dos demais membros da sociedade para o processo de inclusão.

Visando a garantir a eficácia dos direitos das pessoas com deficiência, foi instituído um sistema de monitorização internacional da aplicação da Convenção, no âmbito das Nações Unidas, executado pelo Comitê dos Direitos das Pessoas com Deficiência. Integra também o Protocolo Opcional, anexo à Convenção, o direito de os indivíduos ou grupo de indivíduos apresentarem queixas ao Comitê dos Direitos das Pessoas com Deficiência.

Além dos já citados, outro avanço trazido pela Convenção foi a alteração do modelo médico para o modelo social. Nele o fator limitante é o meio em que a pessoa está inserida e não a deficiência em si. Tal abordagem deixa claro que as deficiências não indicam, necessariamente, a presença de uma doença ou que o indivíduo deva ser considerado doente. Assim, a falta de acesso a bens e serviços deve ser solucionada de forma coletiva e com políticas públicas estruturantes para a equiparação de oportunidades.

Deficiência e pobreza são termos inter-relacionados. As pessoas mais pobres têm uma chance significativa de adquirir uma deficiência ao longo de suas vidas, sendo que a deficiência pode resultar em pobreza, considerando que as pessoas com deficiência sofrem discriminação e marginalização. A deficiência é associada com analfabetismo, nutrição precária, falta de acesso à água potável, baixo grau de imunidade, doenças e condições de trabalho perigosas e insalubres.¹⁸

O Brasil é um dos poucos países, que tem legislação específica tratando dos deficientes. Apesar disso, os deficientes brasileiros continuam a compor percentuais elevados nas estatísticas de exclusão social. Essa realidade é confirmada pela baixa presença de pessoas com deficiência nos setores básicos que promovem a inclusão.

Os números relativos ao acesso ao trabalho, por exemplo, comprovam essa realidade. Inicialmente apresentaremos a legislação protetiva no âmbito do direito trabalhista, para depois passarmos aos dados estatísticos.

3 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA DE PROTEÇÃO AO DEFICIENTE

A Constituição Brasileira proíbe qualquer discriminação no tocante ao salário e a critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência (art. 7º, XXXI, CF). Em relação às vagas, para exercício de atividade remunerada, prevê que legislação complementar reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.¹⁹

Na Administração Pública Federal, a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, assegura o direito das pessoas deficientes se inscreverem em concurso público para provimento de cargo, cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras, sendo-lhes reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso (artigo 5º, § 2º).²⁰

O Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, estabelece que o percentual mínimo seja de 5% de reserva das vagas nos concursos públicos (artigo 37, § 1º), aplicando o arredondamento para o primeiro número inteiro subsequente, quando o resultado do percentual resultar em número fracionado (§ 2º).²¹

Na esfera privada, atualmente a reserva de vagas é assegurada para empresas que possuam 100 (cem) ou mais empregados. As cotas reservadas variam entre 2% (dois por cento) e 5% (cinco por cento) de acordo com o número de trabalhadores da empresa. Além disso, as empresas não podem efetivar dispensa imotivada, quando esta representar o número mínimo de trabalhadores com deficiência que a empresa deve possuir, até a contratação de substituto em condições semelhantes (§ 1º).²²

Tabela 1 - Cota obrigatória de empregados com deficiência por empresa.

N Empregados	Cota (%)
100-200	2,00
201-500	3,00
501-1000	4,00
>1000	5,00

Fonte: Art. 93, Lei 8.213/91.²³

A Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, em seu artigo 8º, com as alterações definidas pela Lei 13.145/2015, tipificou como crime punível com reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa obstar inscrição em concurso público ou acesso de alguém a qualquer cargo ou emprego público, em razão de sua deficiência e negar ou obstar emprego, trabalho ou promoção à pessoa em razão de sua deficiência.²⁴

No contexto da responsabilidade social das empresas, insere-se, entre outras, a obrigação de contribuir e apoiar a qualificação de seus empregados. A Medida Provisória nº 251, de 13 de junho de 2005, posteriormente convertida na Lei nº 11.180, de 23 de setembro de 2005, com a inserção do § 5º ao artigo 428 da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT)²⁵, prevê a possibilidade de as empresas contratarem aprendizes com deficiência independente do limite de idade, buscando a promoção da qualificação profissionais, pelos empregadores.²⁶

Outro importante avanço normativo em prol da deficiência foi conquistado após a edição da Lei Complementar 142, em 8 de maio de 2013, que regulamentou a concessão de aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social - RGPS de que trata o § 1º do art. 201 da Constituição Federal.²⁷

Apesar da importância das medidas legislativas anteriores, a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), é o mais completo diploma que trata da inclusão do deficiente.²⁸ De acordo com o seu texto, é classificada como pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, capazes de obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Constitui modo de inclusão da pessoa com deficiência no trabalho a colocação competitiva, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, nos termos da legislação trabalhista e previdenciária, na qual devem ser atendidas as regras de acessibilidade, o fornecimento de recursos de tecnologia assistiva e a adaptação razoável no ambiente de trabalho.²⁹

A tônica do texto é a inclusão social das pessoas com deficiência, que deve ser favorecida por meio de políticas públicas ou iniciativas a cargo das empresas. No âmbito trabalhista, o Estatuto estabelece a importância da colocação competitiva do deficiente no mercado do trabalho. Para isso, força que sejam oferecidas ao trabalhador deficiente, recursos tecnológicos e a adaptação ao ambiente de trabalho.

A colocação competitiva da pessoa com deficiência pode ocorrer por meio de trabalho com apoio, observadas como diretrizes:

- a) o atendimento prioritário à pessoa com deficiência com maior dificuldade de inserção;
- b) provisão de suportes individualizados que atendam as necessidades específicas da pessoa com deficiência;
- c) respeito ao perfil vocacional e ao interesse da pessoa com deficiência apoiada;
- d) oferta de aconselhamento e de apoio aos empregadores, com vistas à definição de estratégias de inclusão e de superação de barreiras, inclusive atitudinais;
- e) realização de avaliações periódicas;
- f) articulação intersetorial das políticas públicas;

Ainda no escopo trabalhista, foi garantido o direito ao auxílio-inclusão para a pessoa com deficiência moderada ou grave que passe a exercer atividade remunerada, que a enquadre como segurado obrigatório do Regime Geral da Previdência Social. Além desses, também é devido àquele que tenha recebido, nos últimos 5 (cinco) anos, o benefício de prestação continuada e que exerça atividade remunerada que a enquadre como segurado obrigatório do Regime Geral da Previdência Social.³⁰

Como marco negativo, podemos citar o veto do art. 93, que continha a previsão de que empresas que tivessem a seus serviços de 50 (cinquenta) a 99 (noventa e nove) empregados, seriam obrigadas a preencher seus cargos com pessoas com deficiência e com beneficiários reabilitados da Previdência Social, com 1 (um) empregado. O cumprimento dessa obrigação somente passaria a ser fiscalizada no prazo de 3 (três) anos.³¹

Esse dispositivo foi vetado, apesar do mérito da proposta, por se acreditar que a medida poderia gerar impacto relevante no setor produtivo, especialmente para empresas de mão de obra intensiva de pequeno e médio porte. Alega-se que essa inclusão acarretaria dificuldades no seu cumprimento e haveria a aplicação de multas que poderiam inviabilizar empreendimentos de ampla relevância social.³²

Somente no estado do Ceará, mediante consulta ao Sistema de Índices de Débito (IDEB), verifica-se que seriam criadas 1.972 (mil, novecentos e setenta e duas) vagas para deficientes. Pelo grande número de estabelecimentos atingidos, mesmo número de vagas a serem preenchidas, a inclusão de deficientes ganharia grande força, não só em termos quantitativos, mas em amplitude. Nas regras atuais, apenas 1.213 (mil, duzentas e treze) empresas devem ter empregados deficientes em seus quadros.³³

Para estimular a aplicabilidade do sistema de proteção ao trabalho do deficiente, foi alterada a Lei de Licitações,³⁴ permitindo o uso de margens de preferência para as empresas que comprovem ter bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social. Além disso, é preciso que essas empresas atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.³⁵

As exigências, que motivaram a margem de preferência, devem ser mantidas durante todo o período de execução do contrato. Cabe à administração fiscalizar o cumprimento dos requisitos de acessibilidade nos serviços e nos ambientes de trabalho.³⁶

Outra preocupação do Estatuto da Pessoa com Deficiência foi a criação do Cadastro Nacional da Inclusão da Pessoa com Deficiência, com a finalidade de coletar e processar informações destinadas à formulação, gestão, monitoramento e avaliação das políticas públicas para as pessoas com deficiência e para a realização de estudos e pesquisas.

O Cadastro-Inclusão, será registro público eletrônico, que deverá disseminar informações georreferenciadas que permitam a identificação e a caracterização socioeconômica da pessoa com deficiência, bem como as barreiras que impedem a realização de seus direitos.

4 NÚMEROS DA INCLUSÃO NO BRASIL E CEARÁ

No Brasil, a investigação sobre pessoas deficientes foi incorporada, nos censos mais recentes, iniciando pelo Censo Demográfico 1991.³⁷ A promulgação da Lei no 7.853, de 24 de outubro de 1989, trouxe, entre outras garantias legais, a obrigação de se incluir nos censos nacionais questões específicas sobre essa população.³⁸

O Censo Demográfico 2000, possibilitou o incremento dos dados relativos à percepção que as pessoas deficientes tinham em relação às alterações nas suas capacidades de realização, no seu comportamento e na sua participação social. As questões formuladas privilegiaram o estudo das incapacidades como ponto de partida para a identificação das deficiências e do grau de comprometimento das condições físicas ou mentais.³⁹

A formulação das questões foi produto do trabalho conjunto entre o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e pela antiga Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (CORDE).⁴⁰ Coordenação que passou a ser a Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, órgão federal, responsável pela política de inclusão das pessoas com deficiência desde o advento da Lei N° 7.853/1989.⁴¹

Segundo o Censo 2000, aproximadamente 25 milhões de brasileiros declararam possuir alguma deficiência. Esse número significou um acentuado aumento percentual de deficientes em relação ao Censo anterior. Segundo o Censo de 1991, o percentual de deficientes era de 1,41%. No Censo de 2000 o percentual de pessoas que se declaram com alguma deficiência saltou para 14,5% da população.⁴²

Reputa-se que a principal razão para o grande número de pessoas que se declararam deficientes foi a alteração do parâmetro de deficiência. A partir do Censo 2000, passou-se a adotar no país o modelo social de deficiência. Além disso, é possível citar outros aspectos que ocasionam esse aumento, como o envelhecimento da população e a crescente violência urbana.

No Censo 2010 há um novo salto no número de deficientes. Chega-se ao número de 45,6 milhões que declararam ter ao menos um tipo de deficiência. Esse número corresponde a 23,9% da população brasileira, valor bem acima dos 14,5% obtidos no Censo de 2000.⁴³

Além da mudança no método de investigação das deficiências, podem ter causado parte do aumento, novamente, as mudanças na estrutura etária da população do país. Entre os anos 2000 e 2010, teve-se uma queda de 5,52% de pessoas no grupo de 0 a 14 anos; aumento de 3,99% na faixa de 15 a 64 e aumento de 1,53% no grupo de 65 ou mais anos de idade.

Tabela 2 – População brasileira por faixa etária

Faixa etária	2000	%	2010	%	Variação
Mais de 65 anos	9.935.100	5,85	14.081.480	7,38	1,53 %
15 a 64 anos	109.597.948	64,55	130.742.024	68,54	3,99 %
00 a 14 anos	50.266.122	29,60	45.932.295	24,08	-5,52 %
Total	169.799.170	100,00	190.755.799	100,00	

Segundo o próprio levantamento, o envelhecimento da população tem reflexo direto no número das pessoas que se declaram com alguma deficiência. Isso pode ser observado facilmente por meio da tabela de incidência de deficiência, segundo a faixa etária.

Tabela 3 – Tabela de incidência de deficiência por faixa etária

	Deficiência Visual	Deficiência Auditiva	Deficiência Motora	Deficiência Intelectual
0 a 14 anos	5,30%	1,30%	1,00%	0,90%
15 a 64 anos	20,10%	4,20%	5,70%	1,40%
Acima de 65 nos	49,80%	25,60%	38,30%	2,90%

No Censo de 2010, os dados foram coletados considerando que existe uma prevalência de certos diferentes tipos de deficiência, que ocorrem em diferentes graus de severidade, nos diversos segmentos da população.

Foram pesquisadas as deficiências visual, auditiva e motora, com seus respectivos graus de severidade, assim como a deficiência mental. Os diversos tipos de deficiência foram classificados pelo grau de severidade, de acordo com a percepção das próprias pessoas entrevistadas sobre as suas funcionalidades. Os graus de severidade utilizados foram os seguintes:

- a) não consegue de modo algum;
- b) grande dificuldade;
- c) alguma dificuldade;
- d) nenhuma dificuldade.

Em relação à deficiência mental ou intelectual, deveria ser indicado se a pessoa tinha alguma deficiência que limitasse as suas atividades habituais. A deficiência mental é definida como o retardo no desenvolvimento intelectual. É caracterizada pela dificuldade que a pessoa tem em se comunicar com outros, de cuidar de si mesma, de fazer atividades domésticas, de aprender, trabalhar, brincar etc.

A investigação dos graus de severidade de cada deficiência permite conhecer a parcela da população com deficiência severa. É esse conjunto de pessoas deficientes que se constitui no principal alvo das políticas públicas de inclusão. São consideradas com deficiência severa as pessoas que declararam as opções de resposta “grande dificuldade” ou “não consegue de modo algum” para as deficiências visual, auditiva e motora e aquelas que foram declaradas com deficiência mental.

Tabela 4 – Deficiência no Brasil

Tipo de deficiência	Não consegue (A)	Grande dificuldade (B)	Alguma dificuldade (C)	Deficiência severa (A+B)	Deficiência Severa / População
Física	734.421	3.698.929	8.832.249	4.433.350	2,32 %
Auditiva	344.206	1.798.967	7.574.145	2.143.173	1,12 %
Visual	506.377	6.056.533	29.211.482	6.562.910	3,44 %
Intelectual	2.611.536			2.611.536	1,37 %
Totais	4.196.540	11.554.429	45.617.876	15.750.969	8,26 %

Fonte: Censo 2010.⁴⁴

Tabela 5 – Deficiência no Estado do Ceará

Tipo de deficiência	Não consegue (A)	Grande dificuldade (B)	Alguma dificuldade (C)	Deficiência Severa (A+B)	Deficiência Severa / População
Física	36.587	187.298	458.972	223.885	2,65 %
Auditiva	16.313	99.364	411.128	115.677	1,37 %
Visual	24.224	349.795	1.497.949	374.019	4,43 %
Intelectual	125.353			125.353	1,48 %
Totais	202.477	636.457	2.368.049	838.934	9,93 %

Fonte: Censo 2010.⁴⁵

Podemos extrair, também, do Censo 2010 os dados relativos à ocupação das pessoas que se declararam deficientes. É relevante destacar que desses dados não se pode extrair a ocupação das pessoas com deficiência severa. O levantamento se limitou a fazer o estudo em relação ao grande grupo: pessoas deficientes.

Tabela 6 – Deficientes por idade e ocupação

	Total	Ocupados	Não ocupados	Taxa de Ocupação
Mais de 65 anos	9.537.625	1.501.590	8.036.035	15,74%
15 a 64 anos	32.609.022	18.743.537	13.865.485	57,48%
00 a 14 anos	1.926.730	120.837	1.805.893	6,27%
Total	44.073.377	20.365.964	23.707.413	

Fonte: Censo 2010⁴⁶.

Tabela 7 - Não deficientes por idade e ocupação

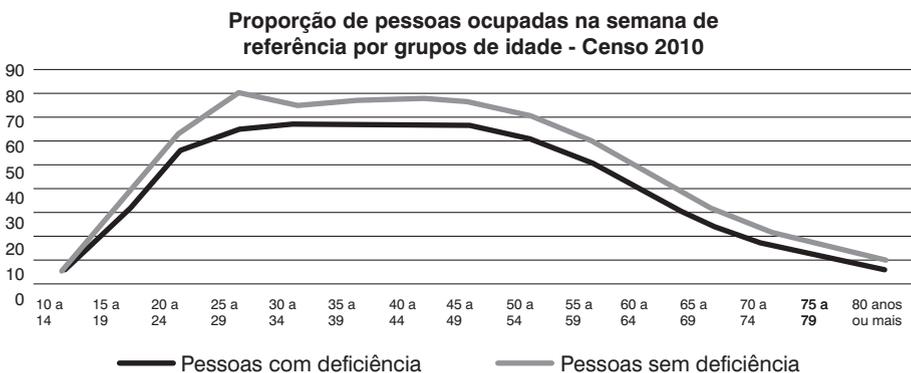
	Total	Ocupados	Não ocupados	Taxa de Ocupação
Mais de 65 anos	4.545.787	1.107.490	3.438.297	24,36%
15 a 64 anos	98.063.640	63.911.688	34.151.952	65,17%
00 a 14 anos	15.237.845	948.536	14.289.309	6,22%
Total	117.847.272	65.967.714	51.879.558	

Fonte: Censo 2010⁴⁷.

Para efeito de estudo, dividimos a população por faixa de idades. A primeira com pessoas entre 0 a 14 anos, que normalmente deveriam estar afastadas do mercado de trabalho, sem ocupação remunerada. A faixa entre 15 e 64 anos, idade em que as pessoas geralmente estão no mercado de trabalho e uma faixa de pessoas acima de 65 anos, quando já estão se afastando desse mercado.

Na primeira faixa, apesar da proibição constitucional para o exercício de trabalho, o resultado foi bastante similar entre deficientes e não deficientes, 6,27% e 6,22%, respectivamente. Assim, os deficientes até os catorze anos, segundo dados do Censo 2010, possuem atividade remunerada um pouco maior que os que se declaram não deficientes. É esse o único segmento etário, quando é proibida a atividade, no qual a ocupação é maior entre os deficientes, quando comparados aos não deficientes.

Na faixa principal, ligada à atividade laboral, entre os 15 e 64 anos, as divergências ocupacionais passam a existir de maneira mais flagrante. Entre os deficientes 57,48% estão ocupados, enquanto 65,17%, entre os não deficientes, exercem atividade remunerada. Trata-se de uma relevante diferença de 7,69%. Na faixa superior, das pessoas com idade superior aos 65 anos, a diferença aumenta. Entre os deficientes a taxa de ocupação é de 15,74 %, entre os não deficientes é de 24,36%, uma diferença de 8,62%.



Observa-se, no gráfico, que a desigualdade é mantida ao longo de toda a sua extensão, havendo um aumento mais acentuado, de 15 pontos percentuais no grupo de 25 a 29 anos de idade. Essa divergência quase desaparece nas duas extremidades para o grupo de 10 a 14 anos, e para o de 80 anos ou mais de idade, levando-se em conta que o número de pessoas nesses grupos extremos é muito pequeno.⁴⁸

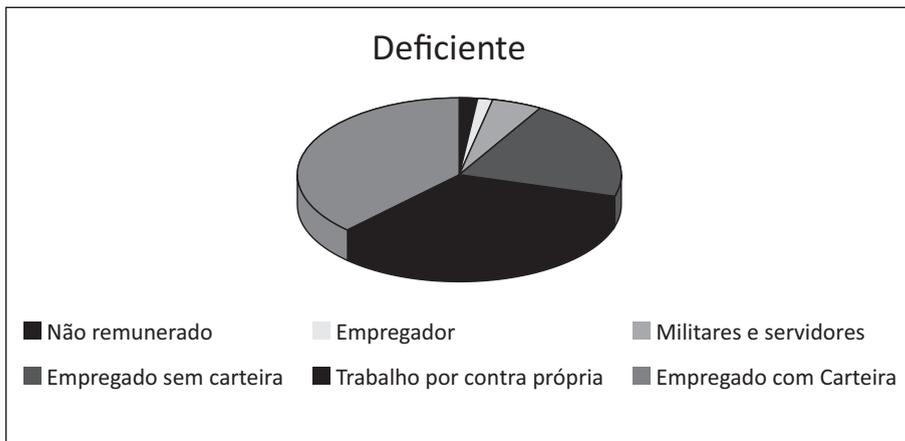
O levantamento constatou, também, que a maioria das pessoas com deficiência ocupadas era empregada com carteira assinada (40,2%). Número inferior em 9 pontos percentuais em relação à população sem nenhuma das deficiências investigadas (49,2%). Na categoria empregador, há uma diferença de 0,3 ponto percentual entre a população sem (2,1%) e com (1,8%) deficiência.

Tabela 8 – Deficientes e não deficientes por atividade

Tipo atividade	Deficiente	Sem deficiência
Não remunerado	2,2 %	1,7 %
Empregador	1,8 %	2,1 %
Militares e servidores	5,9 %	5,5 %
Empregado sem carteira	22,5 %	20,6 %
Trabalho por conta própria	27,4 %	20,8 %
Empregado com Carteira	40,2 %	49,2 %

Fonte: Censo 2010⁴⁹.

Gráfico 2 – Ocupação dos deficientes por atividade em 2010



Os percentuais de trabalhadores com deficiência classificados nas categorias por conta própria (27,4%), sem carteira (22,5%), militares e funcionários

públicos estatutários (5,9%) e não remunerados (2,2%) são maiores do que na população sem deficiência (20,8%, 20,6% e 5,5%; 1,7%, respectivamente). Interessante observar que, ressalvada a atividade como militares e servidores, onde há a reserva de vagas nos editais de concurso, quando há escolha por parte do empregador, o percentual de deficientes só surge mais elevado na ocupação não remunerada e na ocupação sem o devido registro.

O impacto das barreiras ainda existentes se reflete nos indicadores que medem a inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho. O Censo 2010, mostra que há uma diferença na proporção de pessoas ocupadas entre a população com e sem deficiência. Além disso, é demonstrado pela disposição dentro de cada categoria, que os deficientes estão distribuídos nas piores vagas do mercado de trabalho.

5 DADOS DA RELAÇÃO ANUAL DE INFORMAÇÕES SOCIAIS (RAIS)

Os dados encontrados na Relação Anual de Informações Sociais (RAIS) são diferentes dos encontrados no Censo. A RAIS apresenta um mapeamento do mercado formal, divulgados anualmente pelo Ministério do Trabalho e Previdência Social (MTPS). Desde o ano de 2007, passou a trazer dados relativos aos trabalhadores com deficiência e tem como base informações prestadas pelos empregadores. O Censo Demográfico de 2010, realizado pelo IBGE, apura no seu questionário amostral, as condições de trabalho daqueles com algum tipo de deficiência, segundo informações coletadas por meio de entrevistas e questionários.

É preciso conhecer os critérios utilizados, para que se tenha compreensão adequada dos resultados encontrados e de suas diferenças. No caso do Censo Demográfico, a deficiência ou limitação funcional é autodeclarada. Na RAIS, essa condição é fornecida pelo empregador, devendo ter por base atestados médicos que declarem a deficiência. Legislação específica define quem pode atestar e de que maneira as deficiências serão comprovadas. Compete ao Ministério do Trabalho e Previdência Social estabelecer a sistemática de fiscalização, a avaliação e o controle das empresas, assim como instituir os procedimentos e formulários necessários à contratação.

Uma das determinações é a necessidade do laudo médico, que pode ser emitido por médico do trabalho da empresa ou outro médico, que ateste a deficiência de acordo com as definições do Decreto nº 3.298/99 (artigos 3º e 4º)⁵⁰, com as alterações definidas pelo Decreto nº 5.296/2004.⁵¹

O laudo deverá especificar o tipo de deficiência, com o código correspondente da Classificação Internacional de Doenças (CID), e ter autorização expressa do empregado para tornar pública a sua condição. A CID é publicada pela Organização Mundial de Saúde (OMS) e fornece códigos relativos à classificação de doenças e de uma grande variedade de sinais, sintomas, aspectos anormais, queixas, circunstâncias sociais e causas externas para ferimentos

ou doenças. A cada estado de saúde é atribuída uma categoria única, à qual corresponde um código, que contém até seis caracteres.

A CID é revista periodicamente e no momento está em vigor a sua décima edição, a CID-10. Dependendo da deficiência, a avaliação deverá ser feita por um especialista e os laudos devem ser recentes, emitidos há menos de um ano. Nos casos de pessoas com deficiência auditiva e visual é necessário apresentar os exames de audiometria e oftalmológico, respectivamente. Quanto à deficiência intelectual, é aceito o laudo elaborado por um psicólogo.

A audiometria deve comprovar a perda auditiva superior a 41 decibéis, nas frequências 500Hz, 1.000Hz, 2.000Hz, e 3.000Hz, e em ambos os ouvidos. O médico não deve considerar a média aritmética, e sim a perda em todas as frequências. O laudo oftalmológico deve comprovar a acuidade visual, não são as doenças do campo visual que atestam a deficiência, mas sim a somatória da perda visual nos dois olhos. Ainda assim, o médico deve levar em conta a acuidade com o uso da melhor correção: óculos ou lentes de contato.⁵²

Desta forma, pode-se dizer que somente uma pequena parcela daqueles que se dizem deficientes no Censo é que atendem os critérios de deficiência para efeito da RAIS. Provavelmente, estão afastados desse critério todos aqueles que afirmam ter “alguma dificuldade”, restando um universo de 15.750.969 deficientes, o que representa 8,26% da população.

Importante ressaltar, entretanto, que os dados do Censo 2010 não apontam a deficiência múltipla. Essa carência de informação permite que o mesmo deficiente possa ser contabilizado, por mais de uma vez. Assim é que a soma de todos os deficientes enumerados, por deficiência (61.368.845), é superior ao número total de deficientes (45.606.048).

Através de rápido cálculo, podemos inferir que 15.762.797 (34,56%) possui mais de um tipo de deficiência, tendo sido contabilizado mais de uma vez. Levando essa mesma proporção para os deficientes em situação mais grave (15.750.969), teríamos que 10.306.969 da população brasileira tem deficiência grave. Número que representa 5,40% de toda a população.

Da mesma forma, o Estado do Ceará, segundo dados do Censo 2010, possui um total de 2.340.329 deficientes, sendo que a soma dos deficientes, por tipo de deficiência, é de 3.206.983. Esses dados indicam que 37,03% possuem mais de uma deficiência, tendo sido contabilizados mais de uma vez. Assim, levando essa proporção para o número de deficientes mais graves, temos que 528.266 moradores do Ceará possuem deficiência severa. Número que representa cerca de 6,25% da população do Estado do Ceará.⁵³

Feitos esses esclarecimentos, apresentamos o instrumento de verificação da ocupação das vagas de emprego por parte dos deficientes. O relatório da

RAIS classifica os tipos de deficiência em: a) física; b) auditiva; c) visual; d) intelectual d) múltipla e f) reabilitado.

Reabilitado é aquele que passou por processo orientado a possibilitar que adquira, a partir da identificação de suas potencialidades, o nível suficiente de desenvolvimento profissional para reingresso no mercado de trabalho e participação na vida comunitária.⁵⁴ Essa condição é provada através de documento oficial, expedido através do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Conceitua-se como deficiência múltipla a associação de duas ou mais deficiências, citadas.

Tabela 9 – Deficientes empregados no Brasil por tipo de deficiência

Tipo	2012	2013	Varição	Ocupação
Física	170.468	181.464	6,45	50,72%
Auditiva	74.385	78.078	4,96	21,82%
Visual	26.119	33.505	28,28	9,36%
Intelectual	21.317	25.332	18,83	7,08%
Múltipla	4.696	5.490	16,91	1,53%
Reabilitado	33.311	33.928	1,85	9,48%
Totais	330.296	357.797	8,33	100,00%

Fonte: RAIS 2012 e 2013.

Gráfico 3 – Deficientes empregados no Brasil por tipo de deficiência no ano de 2013.

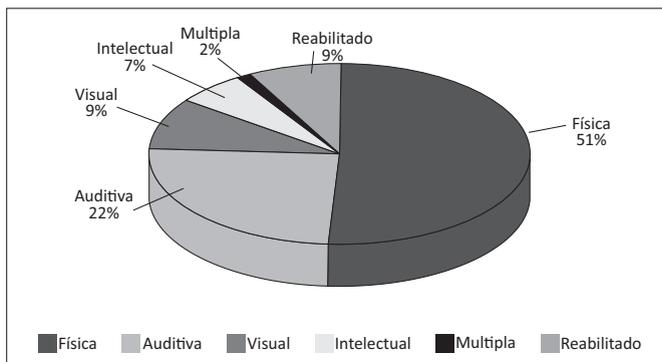
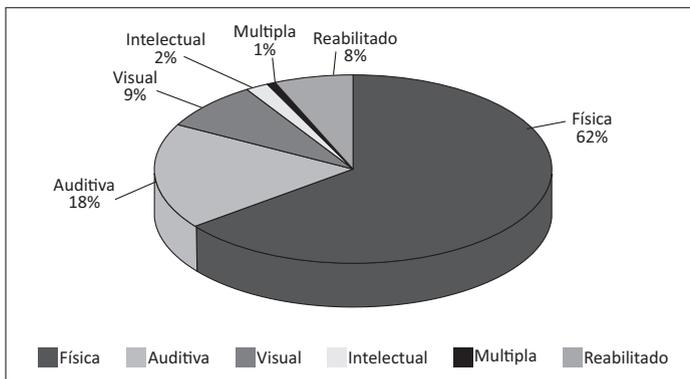


Tabela 10 – Deficientes empregados no Ceará por tipo de deficiência

Tipo	2012	2013	Varição	Ocupação
Física	7.645	8.346	9,17	62,43%
Auditiva	2.182	2.370	8,62	17,73%
Visual	976	1.227	25,72	9,18%
Intelectual	229	263	14,85	1,97%
Múltipla	98	112	14,29	0,84%
Reabilitado	1.005	1.050	4,48	7,85%
Totais	12.135	13.368	10,16	100,00%

Fonte: Rais 2012 e 2013.

Gráfico 4 – Deficientes empregados no Ceará por tipo de deficiência no ano de 2013



Em 2013, verificou-se no Brasil um aumento de 8,33% no número de pessoas declaradas como deficientes (PCD) empregadas no país. O que representou um acréscimo de 27.501 vínculos, totalizando 357.797 vínculos declarados no ano. No Estado do Ceará, no mesmo período, tivemos um incremento de 10,16%, maior que a média nacional, representando um acréscimo de 1.233 empregos formais, totalizando 13.368 vínculos.

A comparação da distribuição de vagas ocupadas no Brasil e no Estado do Ceará é bastante interessante. A deficiência física no Ceará é destacadamente a de maior grau de empregabilidade. Representa 62,43% de todos os vínculos empregatícios, enquanto no Brasil esse percentual é de 50,72%. A deficiência intelectual e auditiva, comparativamente, é desprestigiada no Ceará, representando apenas 2% e 18%, enquanto no Brasil é de 7% e 22%, respectivamente.

6 A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E PREVIDÊNCIA SOCIAL

Um dos projetos obrigatórios da auditoria fiscal do Ministério do Trabalho e Previdência Social é aquele que objetiva promover a inclusão de pessoas com deficiência e reabilitados no mercado de trabalho.

O termo inclusão, como já apresentado, segue a ideia geral de que o objetivo principal das ações da auditoria não é somente quantitativo. O objeto da ação fiscal nas empresas, com o fito de implementar a política pública governamental de inclusão dos deficientes, não se exaure apenas com o quantitativo de registros. Estende-se a uma análise qualitativa dos vínculos constituídos.

Tabela 11 - Atividade do Ministério do Trabalho

	2012	2013
Ações Fiscais	538	577
PCD	1.594	2.359
Aprendizes		104

Fonte: SFITWEB

Devem ser observadas as especificidades das pessoas com deficiência e reabilitadas, verificando-se a adequação das atividades a serem exercidas em relação ao tipo de deficiência ou restrição apresentada. Além disso, é preciso verificar a existência do tratamento igualitário em relação aos demais empregados, evitando a discriminação na seleção, durante o contrato de trabalho e após a extinção do vínculo. Além disso, é preciso avaliar as condições de trabalho.

Entretanto, por limitações estruturais da auditoria, no Estado do Ceará, as ações fiscais são realizadas, quase exclusivamente, na modalidade indireta, abrangendo especificamente atributos diretamente relacionados ao registro dos empregados com deficiência-PCD.

Na modalidade indireta a empresa é chamada ao órgão local do Ministério do Trabalho e Previdência Social, devendo comprovar que cumpre a cota determinada segundo os dispositivos legais. No ano de 2012 foram executadas 538 ações fiscais, tendo sido contratados durante a ação 1.594 pessoas com deficiência (PCD). O ano de 2013 teve resultados, ainda melhores, em 577 ações fiscais, foram contratados 2.359 pessoas com deficiência (PCD). Esses números são muito importantes pois ajudam a explicar por que o estado do Ceará é aquele onde há os melhores resultados quantitativos de inclusão no Brasil.

Além de ter como base as experiências dos anos anteriores, o projeto conta com o incremento de um sistema, que é capaz de relacionar um completo banco de empresas sujeitas à reserva legal de inclusão de pessoas com deficiência e reabilitadas do INSS. Através de uma simples consulta é capaz de se listar todas as empresas que estão aquém de suas cotas.

Tabela 12 – Empresas e cotas preenchidas

Porte da empresa	Número de empresas	Empresas inadimplentes	%	Total de Cotas	Cotas não preenchidas	%	Total empregados	PCD Contratados	%
100-200	509	400	78,59	1.638	1.120	68,38	70.781	661	0,93
201-500	342	252	73,68	3.337	1.693	50,73	108.390	1.890	1,74
501-1000	198	169	85,35	5.541	3.593	64,84	140.029	2.393	1,71
> 1000	164	149	90,85	25.348	16.727	65,99	515.207	9.147	1,78
Totais	1.213	970	79,97	35.864	23.133	64,50	834.407	14.091	

Fonte: IDEB, Dados de dezembro de 2015.

Os dados da tabela acima foram extraídos desse sistema (IDEB). Com isso, pretende-se alcançar o maior número possível de empresas e de PCD a serem inseridas no mercado de trabalho. Por intermédio dessa tabela notamos que o máximo esforço será obtido quando no Estado do Ceará tivermos incluído um total de 35.864 empregados. Segundo esses dados, temos um total de 12.731 cotas preenchidas.

Segundo o projeto, a área de abrangência engloba Fortaleza e Região Metropolitana, como também as regiões do Cariri e Sobral, podendo ser incluídos outros municípios, observada a demanda local, bem como os recursos materiais e orçamentários para deslocamento dos Auditores Fiscais do Trabalho, alocados no projeto. Não serão inseridas neste projeto empresas com menos de 100 empregados, pois não foram contempladas no Art. 93, da Lei nº 8.213/91.

Na Superintendência do Trabalho e Emprego no Ceará (SRTE/CE), não há previsão no projeto de qualquer análise especial em relação à Segurança e Saúde do trabalhador deficiente, onde seria avaliada a correta adequação das atividades às especificidades das pessoas com deficiência ou reabilitadas, bem como eliminaria eventuais ações que consubstanciem assédio moral contra estes trabalhadores.

Não existe, também, a inclusão de um auditor médico para a análise de laudos médicos caracterizadores de pessoas com deficiência e análise a adequação de funções às deficiências e restrições. A inclusão de pessoas com deficiência no Mercado de Trabalho está dentro dos compromissos nacionais do Ministério do Trabalho e Previdência Social (MTPS).

A inclusão de empregados com deficiência/reabilitados decorre da verificação fática que eles são discriminados no acesso ao mercado de trabalho e consagra os dispositivos constitucionais de promoção da dignidade da pessoa humana, em sua vertente de trabalhador com deficiência/reabilitado, de combate à discriminação e o assédio moral contra os trabalhadores deste segmento, e de respeito ao valor social do trabalho.

Por se tratar de uma atividade com uma grande relutância de cumprimento por parte das empresas, com natureza de política pública e ação afirmativa. É necessário para a efetividade dos resultados obtidos, além da fiscalização propriamente dita, uma série de outras ações, de forma a promover a igualdade de tratamento, não só pela contratação, mas também no curso da relação empregatícia.

Ressalte-se também que as alterações advindas da Lei 12.470/2011, repetidas no Estatuto da Pessoa com Deficiência, promoveram radicais modificações na inclusão no mundo do trabalho. Entre as principais alterações, podemos citar o novo conceito de deficiência que vai além da ótica médica, incorporando as barreiras atitudinais, que dificultam a inclusão no mercado de trabalho.

Ressalte-se também que no texto alterado, a inclusão da expressão “mental”, sem menção a qualquer graduação, certamente estimulará a tentativa de incluir na reserva legal certos transtornos mentais que, por si só, até então não caracterizavam deficiência. A extrema abertura do conceito ensejará a necessidade de atenção redobrada e, na medida do possível, a uniformização de decisões em situações similares.

Como efeito positivo, as alterações legais permitirão que certas categorias anteriormente não abrangidas na lei, mas que são vítimas de discriminação, como visão monocular, gagueira grave, deformidades faciais graves possam vir a ser consideradas como deficiência.

Uma das maiores reclamações dos empresários, ao argumentar a dificuldade de contratar pessoas com deficiência aptas ao trabalho, era que muitos se recusavam a serem registrados, em face do medo de perder definitivamente a percepção do Benefício de Prestação Continuada (BPC). A nova legislação deixa bastante claro que o BPC será meramente suspenso enquanto persistir o vínculo empregatício. Para a retomada do benefício, sequer será necessária a realização de nova perícia, a qual só será exigida por ocasião do lapso temporal previsto para a reavaliação de cada beneficiário (02 anos).

Essa nova possibilidade estimulará a inclusão de pessoas com deficiência por meio da aprendizagem, a qual independe de idade para a pessoa com deficiência, uma vez que além de não perder o BPC, passará a recebê-lo em conjunto com a remuneração da aprendizagem. A aprendizagem parece ser um dos melhores caminhos para eliminar certos preconceitos por parte dos gestores das empresas, uma vez que há a oportunidade de conhecer e avaliar os aprendizes com deficiência durante a parte prática do processo de aprendizagem, objetivando sempre a sua contratação de modo definitivo.

O Estatuto da Pessoa Deficiente prevê, ainda, o auxílio-inclusão que deverá ser pago ao deficiente, a partir de sua admissão. Esse benefício, que ainda depende de regulamentação dos seus critérios e valor do auxílio, visa a amparar o custeio das despesas do deficiente que trabalha no mercado formal.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O caminho traçado pelos portadores de deficiência ao longo dos anos é marcado pela superação. A história da construção dos direitos humanos da pessoa com deficiência é compreendida, marcadamente, de fases. Inicialmente, há o tempo da intolerância total, no qual a deficiência simbolizava impureza, pecado ou castigo divino. Na melhor das situações, essa intolerância era marcada pela invisibilidade das pessoas com deficiência. A seguir podemos caracterizar outra fase, que foi orientada por uma ótica assistencialista, em que a deficiência era uma doença a ser curada.

A fase atual é orientada pelo paradigma dos direitos humanos, de onde emerge os direitos à inclusão social, com ênfase na relação da pessoa com deficiência e do meio em que se ela se insere. A ideia é que é preciso eliminar obstáculos e barreiras superáveis, sejam elas culturais, físicas ou sociais que impeçam o pleno exercício dos direitos humanos por parte das pessoas com deficiência. Todo ser humano tem direito de desfrutar das condições necessárias para o desenvolvimento de suas potencialidades, com autonomia e participação.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi inspirada por essa ideia renovadora. O seu texto compreende que a pessoa com deficiência é aquela que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Além de um novo conceito para os indivíduos deficientes, a Convenção apontou para a necessidade de promover, proteger e assegurar o pleno exercício dos direitos humanos destes. A tarefa a ser desenvolvida exigiu dos Estados-partes políticas públicas que promovessem a inclusão social das pessoas com deficiência, através de medidas legislativas e administrativas.

A legislação nacional tem cumprido com o seu compromisso, sendo considerada uma das mais avançadas no mundo sobre essa temática. Desde a Constituição Federal de 1988 até a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ratificada pelo país em 2008, foi definida uma gama variada de temas e direitos que são objeto de garantias legais. Particularmente no campo do acesso ao trabalho, destaca-se a previsão de cotas a serem preenchidas nas empresas privadas e a reserva de vagas para pessoas com deficiência em concursos públicos.

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, definida como O Estatuto da Pessoa com Deficiência, vem dar prosseguimento aos esforços brasileiros pela inclusão social destes indivíduos. A tônica do seu texto é a criação de condições trabalho, de forma competitiva, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, e de forma a serem atendidas as regras de acessibilidade, o fornecimento de recursos de tecnologia assistiva e adaptação razoável no ambiente do trabalho. Certamente, apesar de sua importância, a legislação não teve ainda o poder de transformar a sociedade.

As leis que exigem complemento de cotas de deficientes para empresas privadas e aquela que a reserva de vagas para pessoas com deficiência já estão completando 25 (vinte e cinco) anos. Essas leis apresentam requisitos meramente quantitativos, mesmo assim, apesar de todo o esforço, são a todo momento olvidadas pelos entes privados e estatais. O processo de inclusão social é lento.

Em termos quantitativos, os números obtidos comprovam que ainda há uma clara desproporção entre pessoas ocupadas e desocupadas, em relação a existência ou não de deficiência. Além disso, mesmo dentro do grupo de pessoas ocupadas, há uma clara tendência para que as com deficiência sejam admitidas em relações de trabalho com traços de precariedade. Entretanto, é possível verificar que ao longo dos últimos anos a inclusão de deficientes tem tido curva ascendente.

A verdadeira inclusão, entretanto, não pode ser meramente quantitativa. É preciso verificar se as barreiras ou dificuldades de acesso à igualdade de oportunidades estão sendo combatidas.

Nesse ponto, há uma grande dificuldade. Para isso seria preciso realizar a verificação *in loco* de quais as atividades e como estas são desempenhadas pelo portador de deficiência. Infelizmente, a realidade do Ministério do Trabalho e Previdência Social não permite esse tipo de fiscalização, que exige tempo e especialidade, limitando-se quase sempre à mera verificação das empresas, para analisar se estão cumprindo ou não as cotas de empregados com deficiência.

A medida que a população brasileira envelhece, o número de pessoas deficientes tende a crescer. É importante que as políticas públicas avancem e que nossa sociedade esteja preparada para receber, quem sabe, a maioria de seus membros.

REFERÊNCIAS

ALESSIO, Rosemeri. **Responsabilidade Social das Empresas no Brasil**: reprodução de postura ou novos rumos? Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

AMIRALIAN, Maria L. T. Conceituando deficiência. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 34, n. 1, p. 97-103, 2000.

BRASIL. **Constituição da República Federal do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 1 mar. 2016.

_____. Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei no 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3298.htm>. Acesso em: 14 fev. 2016.

_____. Decreto nº 3.956, de 08 de outubro de 2001. Promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra

as Pessoas Portadoras de Deficiência. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3956.htm>. Acesso em: 14 fev. 2016.

_____. **Decreto Legislativo nº 186**. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm>. Acesso em: 14 fev. 2016.

_____. Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm>. Acesso em: 14 fev. 2016.

_____. Decreto nº 129, de 22 de maio de 1991. Promulga a Convenção nº 159, da Organização Internacional do Trabalho - OIT, sobre Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0129.htm>. Acesso em: 16 mar. 2016.

_____. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em: 1 mar. 2016.

_____. Emenda Constitucional n.º 45, de 31 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 14 fev. 2016.

_____. Lei nº 11.180, de 23 de setembro de 2005. Institui o Projeto Escola de Fábrica, autoriza a concessão de bolsas de permanência a estudantes beneficiários do Programa Universidade para Todos - PROUNI, institui o Programa de Educação Tutorial - PET, altera a Lei nº 5.537, de 21 de novembro de 1968, e a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11180.htm>. Acesso em: 14 fev. 2016.

_____. Lei nº 12.470, de 31 de agosto de 2011. Acrescenta o art. 21-A à Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993 - Lei Orgânica de Assistência Social, para alterar regras do benefício de prestação continuada da pessoa com deficiência. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12470.htm>. Acesso em: 14 fev. 2016.

_____. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 29 fev. 2016.

_____. Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7853.htm>. Acesso em: 14 fev. 2016.

_____. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm>. Acesso em: 1 mar. 2016.

_____. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm>. Acesso em: 14 fev. 2016.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 14 fev. 2016.

_____. Lei Complementar nº 142, de 08 de maio de 2013. Regulamenta o § 1º do art. 201 da Constituição Federal, no tocante à aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social - RGPS. **Presidência da República**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp142.htm>. Acesso em: 1 mar. 2016

_____. Projeto de Lei nº 7.699, de 21 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto do Portador de Deficiência e dá outras providências. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=33940>>. Acesso em: 14 fev. 2016.

CENSO DEMOGRÁFICO 2010. Características da população e dos domicílios: resultados do universo. Rio de Janeiro: IBGE, 2011. Disponível em: <<http://censo2010.ibge.gov.br/>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

_____. Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. Rio de Janeiro: IBGE, 2012. Disponível em: <<http://censo2010.ibge.gov.br/>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

COUTINHO, R. B. G.; MACEDO-SOARES, T. D. L. V. A. *Gestão Estratégica com Responsabilidade Social: Arcabouço Analítico para auxiliar sua implementação em empresas no Brasil*. **Revista de Administração Contemporânea**, Rio de Janeiro, v.6, n. 3, p. 75-96 set./dez. 2002

FERNANDES, Lorena. Breve histórico da deficiência e seus paradigmas. Breve histórico da deficiência e seus paradigmas. **Revista do Núcleo de Estudos e Pesquisas Interdisciplinares em Musicoterapia**, Curitiba v. 2, p.132-144. 2011. Disponível em: <www.fap.pr.gov.br>. Acesso em: 14 fev. 2016.

FIGUEIRA, Emilio. **Caminhando em silêncio**: uma introdução à trajetória das pessoas com deficiência na História do Brasil. São Paulo: Giz Editorial, 2008.

HÉBER-SUFFRIN, Pierre. **O “Zaratustra” de Nietzsche**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

INSTITUTO BRASILEIRO GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. **Censo 1991**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censodem/default_censo

1991.shtm>. Acesso em 1 mar. 2016.

_____. **Censo 2000**: dados preliminares. Rio de Janeiro: IBGE, 2000. Disponível em: <www.ibge.gov.br>. Acesso em: 29 fev. 2016.

MAZZOTTA, Marcos J. **Educação especial no Brasil**: histórias e políticas públicas. São Paulo: Cortez, 1995.

_____. **Trabalho docente e formação de professores de educação especial**. São Paulo: EPU, 1993.

MEDEIROS, Marcelo; DINIZ, Débora. **A nova maneira de se entender a deficiência e envelhecimento**. Brasília: IPEA, 2004.

MELO NETO, F. P. de; FROES, C. **Responsabilidade social e cidadania empresarial**: a administração do terceiro setor. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1999.

MINTZBERG, Henry. **Power in and Around Organizations**. Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1983.

ORCHIS, Marcelo A. et al. **Responsabilidade social das empresas**: a contribuição das universidades. São Paulo: Petrópolis, 2002.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convencao-pessoacomdeficiencia.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

_____. **Declaração dos direitos das pessoas deficientes**. Disponível em: <portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/dec_def.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2016.

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/declaracao/>>. Acesso em: 14 fev. 2016.

_____. **Declaração de Direitos do Deficiente Mental**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-dos-Portadores-de-Defici%C3%AAncia/declaracao-de-direitos-do-deficiente-mental.html>>. Acesso em: 1 mar. 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e os Direito Constitucional Internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RIZZI, Fernanda Basaglia. Balanço Social e Ação de Responsabilidade Social das empresas. In: PRÊMIO ETHOS VALOR. **Responsabilidade social das Empresas: a contribuição das universidades**. São Paulo: Peirópolis, 2002. p. 173-194.

SILVA, Alexandre Antonio Bruno da. **Nietzsche: direito e justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SILVA, Otto Marques. A Epopeia Ignorada: a pessoa deficiente na história do mundo de ontem e de hoje. In: CARMO, Apolônio Abadio do. **Deficiência Física: A realidade brasileira cria, recupera e discrimina**. Brasília: MEC/Secretaria dos Desportos, 1991.

SISTEMA DE INDÍCIOS DE DÉBITO - IDEB. Secretaria da Inspeção do Trabalho - SIT. Departamento de Fiscalização do Trabalho. Disponível em: <<http://fgts/IDEB/ConsultarQuantidadePCD.asp>>. Acesso em: 10 mar 2016.

SISTEMA DA INSPEÇÃO FEDERAL DO TRABALHO - SFITWEB. Secretaria da Inspeção do Trabalho - SIT. Departamento de Fiscalização do Trabalho. Disponível em: <<https://sfitweb.mte.gov.br>> Acesso em: 10 mar 2016.

-
- 1 A expressão “epopeia ignorada” serve de título para a obra de Otto Marques da Silva que é leitura básica para conhecer a luta pela inclusão dos deficientes. SILVA, Otto Marques da. **A epopeia ignorada: a pessoa deficiente na história do mundo de ontem e de hoje**. São Paulo: CEDAS, 1986.
 - 2 E, passando Jesus, viu um homem cego de nascença. E os seus discípulos lhe perguntaram, dizendo: Rabi, quem pecou, este ou seus pais, para que nascesse cego? Jesus respondeu: Nem ele pecou nem seus pais; mas foi assim para que se manifestem nele as obras de Deus. João 9:1-3.
 - 3 FERNANDES, Lorena. Breve histórico da deficiência e seus paradigmas. Breve histórico da deficiência e seus paradigmas. **Revista do Núcleo de Estudos e Pesquisas Interdisciplinares em Musicoterapia**, Curitiba v. 2, p. 132 - 144. 2011. Disponível em: <http://www.fap.pr.gov.br/arquivos/File/extensao/Arquivos2011/NEPIM/NEPIM_Volume_02/Art08_NEPIM_Vol02_BreveHistoricoDeficiencia.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2016.
 - 4 HÉBER-SUFFRIN, Pierre. **O “Zaratustra” de Nietzsche**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991. p.64.
 - 5 AMIRALIAN, Maria L. T. Conceituando deficiência. **Revista de saúde pública**, São Paulo, v. 34, n. 1, p. 97-103, 2000.
 - 6 SILVA, Alexandre Antonio Bruno da. **Nietzsche: direito e justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p.193.
 - 7 MEDEIROS, M; DINIZ, D. **A nova maneira de se entender a deficiência e envelhecimento**. Brasília: IPEA, 2004.
 - 8 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração de Direitos do Deficiente Mental**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-dos-Portadores-de-Defici%C3%AAncia/declaracao-de-direitos-do-deficiente-mental.html>>. Acesso em: 1 mar. 2016.
 - 9 Se até aqui a pessoa com deficiência caminhou em silêncio, excluída ou segregada em entidades, a partir de 1981 - Ano Internacional da Pessoa Deficiente -, tomando consciência de si, passou a se organizar politicamente. E, como consequência, a ser notada na sociedade, atingindo significativas conquistas em pouco mais de 25 anos de militância (FIGUEIRA, 2008, p. 115).

- 10 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração dos direitos das pessoas deficientes**. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/dec_def.pdf>. Acesso em: 28 set. 2010.
- 11 BRASIL. Decreto nº 129, de 22 de maio de 1991. Promulga a Convenção nº 159, da Organização Internacional do Trabalho - OIT, sobre Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0129.htm>. Acesso em: 16 mar. 2016.
- 12 BRASIL. Decreto nº 3.956, de 08 de outubro de 2001. Promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3956.htm>. Acesso em: 14 fev. 2016.
- 13 BRASIL. **Decreto Legislativo nº 186**. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm>. Acesso em: 14 fev. 2016.
- 14 BRASIL. **Decreto Legislativo nº 186**. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm>. Acesso em: 14 fev. 2016.
- 15 A Emenda Constitucional nº 45, de 31 de dezembro de 2004, acrescentou o parágrafo terceiro ao artigo quinto, cuja redação trata dos tratados e convenções sobre direitos humanos: “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. (BRASIL, 2010).
- 16 BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>.
- 17 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 303.
- 18 *Ibid.*, p. 302.
- 19 Proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência - art. 7º, XXXI; A lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão - art. 37, VIII; A habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária por meio da assistência social - art. 203, IV; Criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos - art. 227, § 1º, II; Construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência - art. 227, § 2º. BRASIL. Constituição da República Federal do Brasil de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 1 mar. 2016.
- 20 BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm>. Acesso em: 1 mar. 2016.
- 21 BRASIL. Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3298.htm>. Acesso em: 14 fev. 2016.
- 22 BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm>. Acesso em: 14 fev. 2016.
- 23 Art. 93, Lei nº 8.213/91. BRASIL. Lei 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm>. Acesso em: 14 fev. 2016.

- 24 BRASIL. Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7853.htm>. Acesso em: 14 fev. 2016.
- 25 BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del-5452compilado.htm>. Acesso em: 1 mar. 2016.
- 26 Nos demais segmentos da população, o limite é de 24 anos. O número de aprendizes deficientes era considerado para efeito de cálculo de cumprimento de cota de vagas, necessariamente preenchidas por deficientes. Essa consideração para o cumprimento de cotas foi afastada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, não sendo mais contabilizado.
- 27 BRASIL. Lei Complementar nº 142, de 08 de maio de 2013. Regulamenta o § 1º do art. 201 da Constituição Federal, no tocante à aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social - RGPS. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp142.htm>. Acesso em: 1 mar. 2016.
- 28 BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 29 fev. 2016.
- 29 Idem.
- 30 Art. 20 da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, Estatuto da Pessoa com Deficiência.
- 31 BRASIL. Projeto de Lei nº 7.699/06, de 21 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto do Portador de Deficiência e dá outras providências. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=33940>>. Acesso em: 14 de fev. 2016
- 32 Idem.
- 33 SISTEMA DE INDÍCIOS DE DÉBITO (IDEB). Secretaria da Inspeção do Trabalho - SIT. Departamento de Fiscalização do Trabalho. Disponível em: <<http://fgts/IDEB/ConsultarQuantidadePCD.asp>>. Acesso em: 10 mar. 2016.
- 34 BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 14 fev. 2016.
- 35 (art. 104, do Estatuto da Pessoa com Deficiência) BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 29 fev. 2016.
- 36 Idem.
- 37 INSTITUTO BRASILEIRO GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. **Censo 1991**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censodem/default_censo1991.shtm>. Acesso em: 1 mar. 2016.
- 38 BRASIL. Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7853.htm>. Acesso em: 14 fev. 2016.
- 39 INSTITUTO BRASILEIRO GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. **Censo 2000**: dados preliminares. Rio de Janeiro: IBGE, 2000. Disponível em: <www.ibge.gov.br>. Acesso em: 29 fev. 2016.
- 40 Órgão elevado ao status de Subsecretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, criada por meio da Lei nº 11.958, de 26 de junho de 2009 e do Decreto Nº 6.980, de 13 de outubro de 2009, chegado ao status de Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos das Pessoas com Deficiência por meio do Decreto Nº 7.256/10.
- 41 BRASIL. Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7853.htm>. Acesso em: 14 fev. 2016.

- 42 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Censo 2000**: dados preliminares. Rio de Janeiro: IBGE, 2000. Disponível em: <www.ibge.gov.br>. Acesso em: 29 fev. 2016.
- 43 CENSO DEMOGRÁFICO 2010. **Características da população e dos domicílios**: resultados do universo. Rio de Janeiro: IBGE, 2011. Disponível em: <<http://censo2010.ibge.gov.br/>>. Acesso em: 29 fev. 2016.
- 44 Idem.
- 45 Idem.
- 46 Idem.
- 47 Idem.
- 48 BRASIL. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/node/765>>. Acesso em: 9 mar. 2016.
- 49 CENSO DEMOGRÁFICO 2010. **Características da população e dos domicílios**: resultados do universo. Rio de Janeiro: IBGE, 2011. Disponível em: <<http://censo2010.ibge.gov.br/>>. Acesso em: 29 fev. 2016
- 50 BRASIL. Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei no 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3298.htm>. Acesso em: 14 fev. 2016.
- 51 Idem.
- 52 SCHWARZ, Andrea; HABER, Jaques. **Cotas**: como vencer os desafios da contratação de pessoas com deficiência. São Paulo: i.Social, 2009. Disponível em: <<http://www.isocial.com.br/livro/versao-pdf.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2016.
- 53 População do Ceará - 8.448.055; População do Brasil - 190.755.799 habitantes
- 54 BRASIL. Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei no 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3298.htm>. Acesso em: 14 fev. 2016.

THE PATH TOWARDS THE INCLUSION OF PERSONS WITH DISABILITIES IN THE JOB MARKET: WHERE ARE WE?

ABSTRACT

Over the last decades, international organizations, State bodies, non-governmental organizations and society as a whole have cast their gaze to the struggle waged by persons with disabilities, striving for social inclusion. A number of international documents were created, aiming not only to improve the living conditions of persons with disabilities, but also at incorporating social inclusion on the agenda. Every human being has the right to enjoy all the necessary conditions for the development of their talents and aspirations. Persons with disabilities should be provided with special conditions, in addition to the protection guaranteed to all, that minimize or eliminate the barriers to their life in society. The Convention on the Rights of Persons with Disabilities, ratified by Brazil, has as a main purpose to promote, protect and ensure the full enjoyment of Human Rights

by persons with disabilities, requiring legislative and administrative measures from State-Parties. Following several pieces of legislation addressing the issue, Brazil instituted its Brazilian Law of Inclusion of People with Disabilities (Statute of Persons with Disabilities). Despite its importance, legislation does not have the power to quickly transform the behavior of society. Public policies, as provided for in the Statute itself, are necessary to stimulate and monitor this process. The inclusion of persons with disabilities in the workplace is one of the most important aspects of this effort. Through numbers obtained by statistical systems already in existence, it is possible to analyze the degree of success, check where the flaws in public policies of inclusion are and suggest changes.

Keywords: Disability. Social Inclusion. Employment. Census. RAIS.

Submetido: 21 mar. 2016
Aprovado: 13 maio 2016

A INEFICÁCIA DA TUTELA MULTINÍVEL DOS DIREITOS SOCIAIS NA UNIÃO EUROPEIA

Alice Rocha da Silva*
Matheus Passos Silva**

1 Introdução. 2 Os direitos fundamentais em perspectiva nacional e supranacional. 2.1 Dos direitos nacionais ao direito supranacional. 2.2 O constitucionalismo multinível na união europeia. 2.3 Os direitos fundamentais no constitucionalismo multinível do espaço europeu. 2.3.1 A carta dos direitos fundamentais da união europeia. 2.3.2 A convenção europeia dos direitos do homem. 2.4 A tutela multinível dos direitos fundamentais. 3 Os riscos da tutela multinível. 3.1 O *diálogo judicial* como mecanismo para se (tentar) evitar conflitos entre órgãos jurisdicionais. 3.2 A ausência de diálogo judicial entre tribunais: o *parecer 2/13*. 4 Conclusão. Referências.

RESUMO

A existência de três níveis distintos de proteção dos direitos sociais na União Europeia – internacional, regional e nacional - leva à pressuposição de que existem inúmeras vantagens em tal arranjo jurídico. De maneira sintética, pode-se afirmar que existiria uma verdadeira complementaridade entre tais sistemas, já que as insuficiências de um poderiam ser sanadas por outro. Contudo, o sistema envolve riscos, especialmente quando se considera que tais ordens jurídicas, por serem distintas, nem sempre estarão em harmonia, ainda que se utilizem dos mesmos conceitos. Nesse sentido, o objetivo deste texto é analisar alguns riscos em relação à tutela multinível dos direitos fundamentais, com foco nos direitos sociais. Para tanto, parte-se da metodologia de análise do surgimento da tutela multinível dos direitos fundamentais e de sua conceituação teórica, para, em seguida, serem apresentados os riscos da tutela multinível, especialmente aqueles decorrentes da falta de diálogo judicial entre os tribunais envolvidos.

Palavras-chave: Tutela multinível. União Europeia. Direitos sociais. Parecer 2/13.

* Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitario de Brasilia - UniCEUB. Doutora em Direito pela Université d'Aix-Marseille III, França. Mestre em Direito pelo UniCEUB. Graduada em Direito pelo UniCEUB e em Ciencia Política e Relações Internacionais pela Universidade de Brasília. E-mail: <rochaalice@yahoo.com.br>.

** Doutorando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pesquisador voluntário do CEDIS, da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Professor da Faculdade Projeção. Pesquisador CAPES - Proc. Nº 1791/15-0. Currículo completo disponível em <<http://lattes.cnpq.br/4314733713823595>>. Email: <contato@profmatheus.com>.

1 INTRODUÇÃO

As alterações político-jurídicas do século XX que fizeram surgir certos organismos internacionais trouxeram consigo a criação de uma chamada *tutela multinível dos direitos*. Em outras palavras, a defesa dos direitos do cidadão – especialmente os fundamentais, incluídos os sociais – não pode mais ficar a cargo exclusivamente da instituição Estado, especialmente quando se considera que essa instituição é capaz de violar tais direitos.

Nesse contexto de tutela multinível dos direitos, considera-se que o espaço geográfico europeu seja privilegiado por dois motivos principais. O primeiro deles diz respeito ao histórico, ou seja, ao fato de que o espaço europeu é aquele que há mais tempo traz como um de seus principais valores jurídicos a tutela multinível dos direitos fundamentais. O segundo diz respeito ao fato de que, no espaço europeu, se situam dois dos principais mecanismos responsáveis pela tutela desses direitos, quais sejam, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, por um lado, e a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, por outro.

A existência de três níveis distintos de proteção dos direitos fundamentais – acresça-se aos dois citados o nível nacional – leva à pressuposição de que existem inúmeras vantagens em tal arranjo jurídico. De maneira sintética, pode-se afirmar que existiria uma verdadeira complementaridade entre tais sistemas, já que as insuficiências de um poderiam ser sanadas por outro. Contudo, o sistema envolve riscos, especialmente quando se considera que tais ordens jurídicas, por serem distintas, nem sempre estarão falando a respeito do mesmo assunto, ainda que se utilizem das mesmas palavras. Nesse sentido, o objetivo deste texto é o de analisar alguns riscos em relação à tutela multinível dos direitos fundamentais, com foco nos direitos sociais.

Para tanto, parte-se da metodologia de análise do surgimento da tutela multinível dos direitos fundamentais e de sua conceituação teórica, para, em seguida, serem apresentados os riscos da tutela multinível, especialmente aqueles decorrentes da falta de diálogo judicial entre os tribunais envolvidos.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM PERSPECTIVA NACIONAL E SUPRANACIONAL

O entendimento da *tutela multinível dos direitos sociais* pressupõe a compreensão do fato de que os direitos fundamentais não mais se limitam às tradicionais fronteiras entre os Estados. Por outras palavras, a defesa dos direitos fundamentais e sua garantia na realidade prática do cidadão situa-se atualmente para além do trinômio “soberania-território-povo” que caracteriza o conceito tradicional de Estado, de maneira a ser competência também de outras instituições – não apenas particulares, mas também as *sui generis*, como a União Europeia¹ – a garantia de tais direitos.

2.1 Direitos nacionais ao direito supranacional

A garantia dos direitos fundamentais é, em conjunto com a democracia e com a separação dos poderes, um dos pilares do chamado *Estado de direito democrático*, o qual, por sua vez, corresponde à forma de organização típica dos Estados ocidentais na atualidade. Nesse contexto, vale destacar que não se pode pressupor apenas a *garantia*, ou a *presença*, desses direitos fundamentais no texto constitucional, mas também sua efetiva *concretização* na realidade prática.

Nesse sentido, importa destacar que, em sua origem, os direitos fundamentais tinham como objetivo central a não intromissão do Estado na vida privada dos cidadãos. Possuindo caráter claramente liberal, a chamada *primeira dimensão de direitos fundamentais* tinha em vista a proteção da liberdade individual não apenas no sentido de se evitar que o Estado interviesse nessa esfera, mas também no de se evitar que outros cidadãos interferissem nos negócios privados dos demais².

O desenvolvimento histórico do século XIX na Europa, contudo, mostrou que a garantia apenas da liberdade individual não seria suficiente para a concretização efetiva de todas as potencialidades do ser humano enquanto tal. Dessa maneira, no final do século XIX e início do século XX, surgem os chamados *direitos de segunda dimensão* ou direitos sociais, econômicos e culturais e que possuíam caráter claramente social. Tais direitos, surgidos como uma resposta do pensamento europeu ocidental à eventual influência da Revolução Russa na Europa ocidental³, buscam a garantia de um nível mínimo de vida ao cidadão, cabendo, dessa maneira, ao Estado a realização de um mínimo de justiça social⁴.

Nessa toada, se, por um lado, o “breve século XX”⁵ consolidou a ideia de democracia surgida no século XIX, por outro, trouxe à tona um ideal que se tornaria, possivelmente, a sua principal marca, qual seja, o da *dignidade humana*. Uma vez que os horrores do nazismo precisavam ser evitados, a dignidade humana se tornou o norte que passou a definir, em conjunto com o ideal democrático, a atuação dos Estados. Desta feita, o conjunto dos direitos fundamentais passou a ser concretizado pelo Estado com o objetivo central de se garantir a dignidade humana, ainda que cada um definisse, em sua própria Constituição, seus respectivos direitos fundamentais bem como a forma de concretizá-los.

Contudo, a vida do cidadão – protegida pelos direitos fundamentais – não se limita mais às fronteiras do tradicional “Estado-nação”, ou seja, não está mais restrita a normas internas criadas e aplicadas exclusivamente pelo Estado. Por um lado, a expansão da proteção dos direitos fundamentais a áreas que vão além da tradicional dicotomia “indivíduo-sociedade”⁶ gerou a necessidade de se rever não apenas os próprios direitos em si mesmos, mas também – e principalmente – os responsáveis pela garantia efetiva desses mesmos direitos. A título de exemplo, a partir do momento em que a proteção do meio ambiente passou a ser um direito fundamental tutelado pelo Estado, passou-se a questionar qual Estado seria o responsável por tal tutela, especialmente quando se considera o princípio da

ubiquidade do direito ambiental no sentido em que os danos ambientais são sentidos por todos os seres humanos independentemente de quem os causou.

Por outro lado, mas em consonância com a ideia de expansão da responsabilidade estatal, uma vez que fenômenos sociais interferem cada vez mais na vida de milhões de indivíduos – fenômenos como a globalização, por um lado, e a disseminação da possibilidade de comunicação instantânea, por outro –, a proteção dos direitos fundamentais não pode mais ficar apenas nas mãos de um único Estado. Apresenta-se claramente como necessária a coordenação de esforços entre Estados diferentes no sentido de se prover a maior proteção possível à pessoa humana, especialmente se considera que sua dignidade é o valor mais importante a ser protegido⁷.

Além disso, impende destacar que o próprio Holocausto provou que o Estado pode, ele próprio, infringir os direitos fundamentais que ele mesmo garante⁸, e isto a despeito de todas as eventuais garantias jurídicas – inclusive constitucionais – de que dispõe o cidadão. A Europa percebeu, desde cedo, esse perigo, talvez até mesmo por ter sido em seu próprio território que as violações aos direitos fundamentais, provavelmente as mais graves até o momento na história humana recente, ocorreram. Nesse sentido, verificou-se, após o fim da Segunda Guerra Mundial, não apenas o surgimento dos direitos de terceira dimensão mas também, e mais importante, o surgimento do que se convencionou chamar de *constitucionalismo multinível*⁹, conceito que ganha destaque e relevância especialmente no espaço geográfico europeu.

2.2 O constitucionalismo multinível na união europeia

Por *constitucionalismo multinível* entende-se o processo de (re)organização dos Estados no âmbito da Europa que leva ao surgimento de novas formas de governança, com destaque especial para a governança compartilhada entre Estados e instituições. Uma vez que os cidadãos passam a possuir múltiplas *identidades* – uma vinculada à sua cidade, outra vinculada ao seu país (nacionalidade) e uma última vinculada à própria União Europeia¹⁰ – surge a necessidade de haver intensa coordenação entre as esferas de governo respectivas a cada uma dessas instâncias identitárias¹¹. Tal coordenação se afigura como necessária a partir do momento em que se tenha em mente aquele a quem a governança se dirige – em última instância, o cidadão.

O conceito de constitucionalismo multinível se fundamenta em quatro elementos básicos. O primeiro deles se refere ao necessário caráter pós-nacional das constituições atuais, ou seja, à situação em que não apenas Estados possuem constituições, mas também as têm – seja no aspecto formal, seja principalmente no aspecto material – instituições supra e internacionais¹², como é o caso, na atualidade, da União Europeia, cujos tratados correspondem a uma constituição em sentido material, ainda que não formal¹³.

Em segundo lugar, destaca-se a posição central que o cidadão tem no constitucionalismo multinível. A União Europeia, entendida como instituição

*sui generis*¹⁴, legitima-se com base na vontade dos cidadãos europeus, os quais, por meio de seus respectivos representantes, atuaram na criação de uma nova “camada de constitucionalidade” correspondente às esferas de atuação da própria União. Por outras palavras, instituíram-se os Tratados e, com base nestes, surgiu, por um lado, a ideia de “cidadão da União Europeia” e, por outro, as necessárias instituições supranacionais responsáveis por garantir e proteger os direitos desses mesmos cidadãos¹⁵.

O terceiro aspecto relevante do constitucionalismo multinível no âmbito europeu se refere à, cada vez mais, crescente interpenetração do direito europeu nos direitos nacionais e vice-versa, o que leva à verdadeira interdependência entre as diferentes esferas de constitucionalidade. Por um lado, ressalta-se que a União Europeia é uma criação de seus próprios Estados-membros, o que torna possível afirmar que as leis europeias correspondem a um amálgama das legislações nacionais; por outro, com o desenvolvimento da própria União Europeia e com o estabelecimento de relativa, mas crescente, autonomia de sua parte frente aos Estados-membros, as legislações nacionais, cada vez mais, precisam se abrir à legislação europeia, não apenas no sentido de transpô-la para a ordem jurídica interna¹⁶ mas também no sentido de executá-las¹⁷.

Por fim, importa destacar a já citada multiplicidade de identidades do cidadão europeu. Deixando-se de lado as subdivisões internas dos Estados-membros da União Europeia, é possível afirmar que o cidadão europeu possui duas identidades, quais sejam, a identidade nacional, vinculada ao seu país, e a identidade europeia. Ambas identidades são juridicamente estabelecidas, em um caso pela própria constituição interna do Estado-membro, e em outro pelo art. 20 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Como deixa claro o texto deste artigo, a identidade europeia não substitui a nacional, mas antes acresce-se a esta, de maneira a corresponder às diferentes comunidades político-jurídicas – e ainda culturais – das quais o indivíduo participa¹⁸.

Ainda acerca do constitucionalismo multinível, importa chamar a atenção para uma de suas características, qual seja, a de ausência de hierarquia no relacionamento entre os Estados-membros e a União Europeia. Por outras palavras, o ordenamento jurídico dos Estados-membros coexiste com o ordenamento jurídico da União Europeia sem haver supremacia de um sobre outro – especialmente quando se considera que os Tratados estabelecem as competências específicas de cada jurisdição cujo objetivo é trabalhar em harmonia para a concretização dos direitos dos cidadãos¹⁹.

2.3 Os direitos fundamentais no constitucionalismo multinível do espaço europeu

Devido à sua história de integração regional iniciada logo após a Segunda Guerra Mundial, é inegável que os Estados europeus como um todo e a União Europeia em particular se encaixam claramente no contexto do constitucionalismo multinível. Mais além, a despeito de outras instituições de âmbito supranacional

eventualmente surgidas em outras partes do globo, a União Europeia se caracteriza como sendo o exemplo mais avançado de constitucionalismo multinível existente na atualidade²⁰, já que o processo vem sendo realizado ininterruptamente ao longo de várias décadas.

Uma das principais funções no âmbito de um sistema constitucional tradicional – isto é, interno aos Estados – é prever e garantir os direitos fundamentais dos cidadãos. É a presença dos direitos fundamentais, em conjunto com a noção de *rule of law* e com a premissa da separação de poderes, que faz com que determinado Estado possa vir a ser considerado um Estado de direito democrático nos moldes atuais. Sem a garantia desses direitos, infringe-se aquele que é o bem último tutelado pelo Estado, qual seja, a dignidade humana.

A existência dos direitos fundamentais em um sistema constitucional tradicional é algo já estabelecido, especialmente no que concerne à tutela desses direitos fundamentais. Em outras palavras, o cidadão, utilizando-se do princípio do juiz natural, terá sua petição apreciada por um tribunal competente previamente definido na lei²¹. Por sua vez, parece claro que a competência por prover não apenas os direitos fundamentais em termos formais mas também em termos materiais é do Estado²², cabendo a este a responsabilidade em caso de não cumprimento de seus deveres de provedor de determinado direito fundamental²³.

2.3.1 A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

Ora, se é pressuposto de uma constituição a previsão e a garantia de direitos fundamentais e se os tratados da União Europeia formam, em termos materiais, uma constituição, torna-se inegável a necessidade de também a União Europeia, além de seus Estados-membros, garantir os direitos fundamentais de seus cidadãos. Nesse sentido, a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos europeus ganhou ímpeto²⁴ a partir da entrada em vigor do Tratado da União Europeia (TUE), em 2009, (Tratado de Lisboa), o qual trouxe, em seu art. 6º, nº 1, o reconhecimento dos direitos fundamentais conforme enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE ou Carta), passando esta a ter valor jurídico igual ao dos demais Tratados – ou seja, passou a ser vista como direito originário da União²⁵.

O art. 51, nº 1 da Carta, traz seus destinatários. Destacam-se explicitamente dois grupos, quais sejam, em primeiro lugar, as instituições, os órgãos e os organismos da União dentro daquilo que lhes couber, considerando-se as competências estabelecidas nos Tratados, e com base no princípio da subsidiariedade. Em segundo lugar, apresentam-se os Estados-membros como destinatários da Carta, mas apenas quando estiverem aplicando o direito da União de acordo com suas próprias competências, as quais também são estabelecidas pelos Tratados²⁶, ou seja, tem-se que o catálogo de direitos fundamentais contido na Carta podem ser invocados tanto frente ao Tribunal

de Justiça da União Europeia quanto nos tribunais nacionais quando estes atuarem na aplicação do direito da União²⁷.

É importante destacar que a CDFUE não tem por objetivo criar novos direitos, mas sim o de codificar os direitos já existentes no espaço comum dos Estados-membros, direitos estes surgidos a partir das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros²⁸. Dessa maneira, ainda que correspondendo ao papel tradicional dos direitos fundamentais em uma constituição, a CDFUE serve para limitar os poderes da União em si mesma, além de orientar as políticas propostas pela União com base na garantia aos indivíduos do exercício de seus direitos de liberdades e também de seus direitos sociais. Ainda, destaca-se o papel de “guia” exercido pela CDFUE na interpretação da legislação europeia, servindo de referência importante para os tribunais²⁹.

A tutela dos direitos fundamentais dentro da União Europeia é feita pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), o qual possui a competência devida para garantir a proteção dos direitos fundamentais no âmbito da União – competência esta que se vincula não apenas à apreciação da legislação da União mas também à das ações realizadas pelos Estados-membros para pôr em prática o direito originário e o direito derivado. Além do TJUE, também os tribunais nacionais – sejam os constitucionais, sejam os ordinários – possuem a prerrogativa de interpretar e aplicar as normas da União que se refiram aos direitos fundamentais³⁰, conforme suas prerrogativas estabelecidas nos Tratados.

2.3.2 A Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Importa destacar que o Tratado de Lisboa trouxe outro elemento importante no que concerne à defesa dos direitos fundamentais para além da equiparação jurídica da CDFUE aos Tratados: foi a possibilidade dada à União Europeia de aceder à Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), conforme previsto no art. 6º, nº 2, do TUE³¹. Nesse sentido, ainda que a entrada da União Europeia à CEDH não seja automática – ou seja, não é porque existe a previsão no Tratado que tal acesso automaticamente acontece(rá) –, parece ser inegável que a existência de tal possibilidade corresponde a um reforço da defesa dos direitos fundamentais no espaço europeu³², especialmente quando se considera o relevante papel simbólico a ser desempenhado pela própria União Europeia no sentido de reforçar a defesa e a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos.

A CEDH, em vigor desde 1953, corresponde a um catálogo de direitos humanos que, *grosso modo*, são análogos aos tradicionais direitos fundamentais de primeira dimensão, ou seja, aos direitos civis e políticos. Nesse sentido, poder-se-ia afirmar que a CEDH tem uma proteção mais restritiva do que a CDFUE, já que esse documento engloba direitos de segunda e de terceira dimensões³³. Da mesma maneira, a CEDH protegeria menos direitos do que, por exemplo, a Constituição portuguesa que, assim como a CDFUE, também prevê a defesa dos direitos de segunda e terceira dimensões³⁴.

É importante destacar que, com base na CEDH, o acesso ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) pode ser feito diretamente pelos cidadãos – diferentemente do que se sucede no âmbito da União Europeia –, os quais podem acionar os Estados-membros diretamente desde que tenham sido exauridas todas as instâncias internas para a resolução de seu conflito³⁵.

O TEDH estabeleceu a doutrina da *margem de apreciação dos Estados*³⁶ segundo a qual compete aos Estados-membros da CEDH acatarem e cumprirem as decisões vinculativas e irrevogáveis do TEDH, a partir da especificidade de cada país, ou seja, os Estados-membros têm a liberdade necessária para definirem a melhor forma de cumprirem as decisões do TEDH³⁷ de maneira a não se criar um padrão comum a todos os Estados³⁸ – ainda que estes não atuem de maneira ilimitada no que compete a essa prerrogativa³⁹. Novamente, verifica-se a diferença em relação à estrutura interna da União Europeia, em que não apenas os objetivos a serem atingidos, mas também os meios para se atingirem tais objetivos, são previamente definidos.

2.4 A tutela multinível dos direitos fundamentais

No que diz respeito à proteção dos direitos fundamentais, é de se destacar que, em termos cronológicos, a primeira linha de sua defesa se vincula aos próprios textos constitucionais dos Estados, especialmente porque são com estes que os cidadãos têm contato diretamente. Em segundo lugar, destaca-se a existência da CEDH que, por meio do TEDH, atua na proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos de seus Estados-membros, podendo inclusive o indivíduo, como dito anteriormente, ter acesso direto ao Tribunal. A CDFUE, surgindo em um terceiro momento e sendo aplicada apenas no âmbito da União Europeia e de seus Estados-membros, completa a tutela multinível dos direitos fundamentais no espaço europeu.

Uma vez que o espaço europeu se afigura como composto por três ordens jurídicas distintas no que concerne à defesa dos direitos fundamentais, quais sejam, a nacional (constituições), a europeia (CDFUE) e a internacional (CEDH)^{40, 41}, torna-se necessário estabelecer claramente a maneira como tais fontes se inter-relacionam, especialmente quando se leva em consideração as competências de cada uma dessas camadas. Além disso, ainda que os direitos previstos nesses documentos sejam inúmeras vezes coincidentes, é de sublinhar que cada um desses sistemas possui especificidades que, em última instância, tornam-nos diferentes entre si, o que deveria trazer como resultado a garantia de níveis diferentes e diferenciados de proteção dos direitos fundamentais⁴².

De maneira sintética, é possível afirmar que a tutela multinível dos direitos fundamentais traz as seguintes vantagens: 1) Uma camada de proteção pode suprir eventuais lacunas de outra (como parece ser o caso claro da proteção dos direitos sociais garantida pelas constituições nacionais e pela CDFUE, mas não

pela CEDH); 2) Permite que outras instituições para além do próprio Estado apresentem-se como garantidoras dos direitos fundamentais (de maneira que haja reforço não apenas da tutela dos direitos fundamentais mas também dos mecanismos para sua concretização); 3) Possibilita maiores possibilidades de acesso à justiça por parte dos cidadãos, que passam a contar com outros tribunais além dos nacionais para apreciarem suas demandas⁴³.

Contudo, a existência desses diferentes níveis de proteção dos direitos fundamentais – o nacional, o europeu (CDFUE) e o internacional (CEDH) – não necessariamente traz apenas vantagens ao cidadão. Torna-se possível, nesse sentido, identificar riscos à tutela multinível dos direitos fundamentais, os quais podem ser resumidos nos seguintes pontos: 1) A multiplicação de catálogos de direitos fundamentais não necessariamente leva a uma maior proteção do cidadão, especialmente devido a eventuais entraves políticos entre as instâncias jurisdicionais envolvidas; 2) Pode haver incerteza, por parte dos cidadãos, acerca de qual catálogo de direitos fundamentais deve ser invocado em seu caso concreto; 3) Ainda que, com mesma designação, a definição do conteúdo dos direitos apresentados nos diferentes catálogos pode ser variável, o que poderia levar a conflito de jurisdições; 4) A existência de vários tribunais pode delongar e encarecer o processo como um todo; 5) Pode haver decisões contraditórias entre os tribunais envolvidos, o que gera desconfiança e falta de aceitação acerca do resultado proferido⁴⁴. Esses riscos poderiam gerar o *rebaixamento do nível de proteção*, em direção contrária à que se pretende quando da criação desses distintos catálogos de direitos fundamentais.

3 OS RISCOS DA TUTELA MULTINÍVEL

Seria de se imaginar que a existência, no espaço europeu, dos três catálogos de direitos fundamentais apresentados anteriormente tendesse a aumentar o nível de proteção do cidadão. Conforme mostrado, uma das principais vantagens seria a criação de um sistema de “complementação de direitos”, em que as ausências verificadas em um sistema jurídico seriam complementadas, ou compensadas, por outro.

Contudo, a proliferação de camadas de proteção pode causar exatamente o efeito oposto, qual seja, o de se diminuir, ou de *rebaixar*, o nível de proteção dos direitos fundamentais. O risco em tela corresponde a eventual *nivelamento por baixo*⁴⁵ da proteção dos direitos fundamentais, ou seja, à situação na qual determinado Estado reduziria seu próprio nível de proteção ao verificar que outro Estado possui um nível de proteção inferior, de maneira que o primeiro possa competir, em termos socioeconômicos e até mesmo político-jurídicos, com o segundo. Uma das soluções para tal problema seria por meio do *diálogo judicial*, o qual, porém, parece não ter sido suficiente para se evitar tal situação, como se verá neste tópico.

3.1 O diálogo judicial como mecanismo para se (tentar) evitar conflitos entre órgãos jurisdicionais

No âmbito de um sistema multinível de tutela dos direitos fundamentais, *quantidade não é [necessariamente] qualidade*⁴⁶. A ideia de que um grau posterior de tutela dos direitos fundamentais levaria a uma maior proteção pode ser refutada na prática com base nos seguintes pontos:

- a) as necessidades de coordenação entre as diferentes camadas jurídicas – a camada legal, ou infraconstitucional, e a camada constitucional, estas no âmbito dos Estados-membros da União Europeia; a camada europeia e ainda a camada internacional –, coordenação esta que nem sempre é bem realizada;
- b) as diferenças linguísticas, de maneira que a expressão “liberdade de domicílio” signifique coisas diferentes no âmbito do mesmo ordenamento jurídico – quanto mais em ordenamentos jurídicos que ainda que se apresentem como semelhantes são efetivamente distintos;
- c) o fato de que como o estabelecimento de determinado nível de proteção pressupõe a ponderação entre direitos – por não haver direitos absolutos, por um lado, e por ser impossível determinar-se o mínimo quantificável de determinado direito a ser garantido, já que os recursos são escassos, por outro –, não se pode, *a priori*, estabelecer qual seria o máximo de sua proteção, devendo esta ser estabelecida caso a caso⁴⁷.

A solução apontada pela doutrina para tais problemas está relacionada à ideia de *diálogo judicial* entre as três camadas de proteção dos direitos fundamentais – nacional, europeia e internacional. Entende-se o diálogo judicial como a situação em que a instância decisória “A” se utiliza dos argumentos oriundos da instância decisória “B” não apenas no sentido de que “A” faria uma citação da jurisprudência de “B” em sua própria jurisprudência, mas sim no sentido de haver uma real utilização, por parte de “A”, dos valores e dos princípios oriundos de “B”⁴⁸. Nesse sentido, a manutenção do diálogo judicial entre os Tribunais envolvidos em determinado caso no espaço europeu se apresenta como fundamental para que haja a necessária troca de informações e de *visões de mundo* diferentes de maneira a se chegar à melhor proteção possível para o cidadão⁴⁹.

Dessa forma, o diálogo judicial entre tribunais pressupõe o reconhecimento mútuo de suas respectivas competências e âmbitos de atuação de maneira a fazer com que aquele a quem a proteção dos direitos fundamentais se dirige – o cidadão – não seja prejudicado. Nesse contexto, espera-se que os tribunais não decidam de maneira isolada, mas sim levando em conta, em sua argumentação, o ordenamento jurídico e a jurisprudência já produzida nas outras camadas de decisão⁵⁰, de maneira que um tribunal se aproprie da experiência e dos argumentos utilizados pelo(s) outro(s) em sua própria decisão. No caso específico do espaço europeu, a absorção de princípios e valores diferentes daqueles com os quais determinado juiz já está acostumado pode se fundamentar, para além da jurisprudência dos tribunais, também nas tradições constitucionais comuns aos Estados-membros – tanto da União Europeia quanto da CEDH.

Importa ressaltar um dos mecanismos formais de diálogo judicial mais importantes no âmbito da União Europeia, qual seja, o previsto no art. 267, TFUE, o chamado *processo de questões prejudiciais*. Com base nesse artigo, tem-se que os órgãos jurisdicionais ordinários têm a possibilidade de solicitar ao TJUE que se pronuncie a respeito da interpretação dos Tratados e sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União, enquanto os tribunais constitucionais – entendidos aqui como aqueles a cujas decisões não cabe recurso no âmbito interno dos Estados-membros – têm a obrigação de se dirigir ao TJUE caso surjam tais dúvidas nessas interpretações. O mecanismo estabelece claro diálogo entre o juiz nacional e o juiz europeu a partir do princípio da igualdade – já que não há subordinação de um juiz a outro – e ainda com base no princípio da repartição material de competências, o que, em tese, favorece a proteção dos direitos fundamentais⁵¹.

Ainda no que concerne às questões prejudiciais, é importante destacar que o mecanismo não pode ficar restrito à mera “consulta”, no sentido de o juiz nacional perguntar e o juiz europeu responder. Nesse contexto, importa destacar que o juiz europeu necessita incorporar à sua interpretação os valores e princípios que sejam considerados como inafastáveis pelo juiz nacional, adequando-os àqueles vistos como fundamentais no quadro jurídico da União Europeia⁵² de maneira a se garantir a melhor proteção possível dos direitos do cidadão.

Da mesma maneira, a CEDH mantém o diálogo judicial por meio da margem de apreciação dos Estados, conforme indicado anteriormente nesse texto. Uma vez que são as autoridades nacionais as mais próximas do caso concreto – por serem estas as que mais têm conhecimento acerca de sua própria legislação – e ainda por terem conhecimento acerca das condições, inclusive econômicas, para a colocação em prática de políticas que efetivem as decisões do TEDH, compete a elas a colocação em prática daquilo que for decidido por tal Tribunal. Em suma, o TEDH não impõe mecanismos uniformes para a concretização de suas decisões, devendo cada Parte Contratante da CEDH decidir por aquela que considera a melhor forma de atuar⁵³. Por outras palavras, estabelece-se claramente um diálogo a partir do momento em que aos Estados é dada relativa liberdade para pôr em prática aquilo que lhe compete.

A CEDH também estabelece reuniões de trabalho constantes com os juízes nacionais tendo por objetivo o estabelecimento de padrões comuns para a interpretação que levem ao entendimento comum entre os juízes envolvidos. Tais reuniões se apresentam como um mecanismo de autocontenção do TEDH para se tentar evitar decisões contraditórias entre as Cortes envolvidas⁵⁴.

Ainda no âmbito da CEDH, importa destacar o chamado *Protocolo nº 16*⁵⁵, que busca estabelecer um mecanismo de consulta prévia ao TEDH por parte dos Estados de maneira semelhante ao art. 267, TFUE. Ainda que não tenha o

caráter de consulta obrigatória e ainda que suas respostas não sejam vinculantes – características específicas do processo das questões prejudiciais –, o Protocolo nº 16 busca ampliar os canais de colaboração entre os juízes nacionais e os juízes internacionais, ampliando a possibilidade de diálogo judicial para além do momento decisório. Além disso, também no que concerne ao diálogo, destaca-se que os juízes nacionais não são obrigados a cumprir as recomendações oriundas do TEDH decorrentes das consultas com base no Protocolo nº 16, o que decorre do caráter não vinculante das respostas⁵⁶.

Apesar da presença desses pontos positivos no que diz respeito ao diálogo judicial dentro do *triângulo europeu*, tal mecanismo também recebe inúmeras críticas a partir da doutrina, especialmente quando se considera que o que ocorre, ao menos no âmbito interno da União Europeia, é a *imposição judicial* e não o “verdadeiro” diálogo judicial. Ainda que o relacionamento entre o juiz nacional e o juiz europeu se fundamente no princípio da igualdade devido à ausência de hierarquia formal entre um e outro, acaba por haver a centralidade da posição do juiz europeu, nomeadamente do TJUE, passando este a ser o único titular da possibilidade de interpretação do direito europeu devido ao processo de questões prejudiciais previsto no art. 267, TFUE⁵⁷. Significa dizer que o risco anteriormente percebido de “o juiz nacional pergunta, o juiz europeu decide e o juiz nacional obedece” acaba por se concretizar, em detrimento ao debate, ao *diálogo*, entre as instâncias envolvidas⁵⁸.

Outra crítica que se faz ao diálogo judicial nos moldes em que este ocorre na atualidade diz respeito à diferença entre *diálogo* e *influência*. Nesse sentido, questiona-se se existe efetivo diálogo judicial em situações em que apenas um tribunal se utiliza dos valores e dos princípios do outro sem haver reciprocidade. Por essa perspectiva, não se pode falar em diálogo se não houver interação entre os tribunais, mas apenas influência de um sobre outro, especialmente nos casos em que um tribunal simplesmente se apropria da jurisprudência de tribunais dotados de maior prestígio⁵⁹ ou quando um tribunal efetivamente se submete a outro. Nessas situações, torna-se possível afirmar que não há comparações entre direitos distintos muito menos diálogo entre tribunais, mas sim a simples apropriação por um tribunal daquilo que lhe é mais conveniente para formular a justificativa de sua tomada de posição ou até mesmo para apenas sustentá-la quando esta já estiver definida⁶⁰.

A comprovação prática da ausência de diálogo judicial no âmbito da União Europeia parece estar presente no *Parecer 2/13* do TJUE, que analisou as condições de acesso da União à CEDH, tendo-se por base o previsto no art. 6º, nº 2, TUE. Ainda que todos os Estados-membros da União Europeia sejam também membros da CEDH e ainda que o Conselho da Europa e a União Europeia tenham “papéis diferentes, mas valores compartilhados”⁶¹, o TJUE decidiu pela *incompatibilidade* do *Acordo de Adesão da União Europeia à CEDH* em fins de 2014, fato este que será analisado a seguir.

3.2 A ausência de diálogo judicial entre tribunais: o parecer 2/13

É nesse contexto – de verdadeira ausência de diálogo judicial entre Tribunais, com consequências que se afiguram como extremamente negativas no que diz respeito à proteção dos direitos fundamentais – que surgiu o *Parecer 2/13*, proferido pelo Tribunal Pleno do TJUE, em 18 de dezembro de 2014, acerca da possibilidade de acesso da União Europeia à CEDH.

Conforme dito anteriormente, o Tratado de Lisboa trouxe a possibilidade jurídica para que a União Europeia acedesse à CEDH. Vale destacar que o interesse da União Europeia em fazer parte da CEDH não é recente, visto que tal preocupação existia já na década de 1970⁶². Por sua vez, em meados da década de 1990, o (então) Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) foi instado a se pronunciar acerca da possibilidade de as Comunidades virem a aderir à CEDH e se tal adesão estaria de acordo com seus Tratados constitutivos. O TJCE, por meio do *Parecer 2/94*, “concluiu que a adesão exigiria uma revisão formal dos tratados”⁶³, já que as Comunidades não tinham, à época, competência legal para aceder à CEDH.

Tal “revisão formal dos tratados” foi realizada no âmbito do Tratado de Lisboa, o qual trouxe, em seu art. 6º, nº 2, que “a União adere à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais [...]”. Uma vez que a União Europeia adquiriu a possibilidade legal de fazer parte da CEDH com base neste artigo, a Comissão Europeia submeteu ao TJUE um pedido de parecer acerca da legalidade do *Acordo de Adesão da União Europeia à CEDH* (Acordo de Adesão), sendo questionado, neste pedido, se tal acordo seria compatível com os Tratados da União Europeia. O TJUE, em resposta a tal pedido, informou, no *Parecer 2/13*, que o Acordo de Adesão, conforme proposto, não é compatível com o art. 6º, nº 2 TUE, nem com o Protocolo nº 8 relativo à adesão⁶⁴.

Os argumentos do TJUE podem ser sintetizados em quatro pontos principais⁶⁵:

- a) o acordo, conforme redigido, pode vir a lesar algumas características específicas do direito da União, especialmente duas:
 - sua autonomia frente a outras ordens jurídicas, especificamente a internacional;
 - o princípio da confiança mútua entre os Estados-membros;
- b) o acordo pode vir a infringir o art. 344, TFUE⁶⁶, já que não exclui dos Estados-membros a possibilidade destes solucionarem eventuais litígios entre si e/ou entre estes e a União por meio do TEDH no que concerne à aplicação da CEDH;
- c) o acordo não apresenta mecanismos claros para o funcionamento:
 - do mecanismo de corresponsável;
 - da apreciação prévia de questões internas à União Europeia pelo TJUE de maneira a preservar a uniformidade de seu direito;
- d) o acordo permite que um órgão externo à União realize a fiscalização jurisdicional acerca de atos, ações e/ou omissões da União Europeia no que

concerne à sua Política Externa e de Segurança Comum (PESC), o que poderia fragilizar a uniformidade do direito da União.

O primeiro aspecto a ser levado em consideração no *Parecer 2/13* diz respeito à recusa, por parte do TJUE, de permitir aos Estados-membros que estabeleçam níveis de proteção dos direitos fundamentais mais elevados do que aqueles previstos na CDFUE. Neste sentido, o art. 53 da CEDH⁶⁷ permitiria aos Estados-membros a elevação do nível de proteção, o que, aos olhos do TJUE, poderia infringir “o nível de proteção previsto pela Carta [e também] o primado, a unidade e a efetividade do direito da União”⁶⁸ por não haver no Acordo de Adesão a coordenação entre o art. 53 da CEDH e o art. 53 da CDFUE.

Consequentemente, a possibilidade de eventual proteção dos direitos fundamentais em nível mais elevado, por parte dos Estados-membros, do que o nível previsto pela CDFUE – e principalmente em nível mais elevado do que o nível definido pela interpretação feita pelo TJUE da própria CDFUE com base no primado, na unidade e na efetividade do direito da União – levantaria questões de inconstitucionalidade na atuação dos Estados-membros nesta seara, o que justificaria, a este respeito, a não adesão da União à CEDH⁶⁹.

Da mesma maneira, na visão do TJUE, outro argumento que poderia infringir o núcleo constitucional da União refere-se à possibilidade de um Estado-membro verificar se outros estão cumprindo com suas obrigações sob a égide do art. 33 da CEDH⁷⁰. Esta possibilidade, se existente, iria de encontro ao princípio da confiança mútua⁷¹, o que comprometeria o equilíbrio que fundamenta tanto as relações entre Estados-membros quanto as destes com a União por retirar do TJUE a prerrogativa de realizar a interpretação exclusiva do direito da União a partir do momento em que um Tribunal terceiro – no caso, o TEDH – pudesse decidir a este respeito⁷².

Destaca-se ainda no *Parecer 2/13* a ressalva feita pelo TJUE a respeito do Protocolo nº 16 à CEDH. Conforme já dito anteriormente, o Protocolo estabelece um mecanismo de consulta prévia, por parte dos Estados, ao TEDH. Na visão do TJUE, este Protocolo poderia dar aos Estados-membros da União Europeia a possibilidade de buscarem recomendações em outras instâncias que não junto ao próprio TJUE, o que se afigura como obrigatório por meio do art. 267, TFUE. Nesse sentido, caso os Estados-membros assim procedessem – ou seja, caso se utilizassem do previsto no Protocolo nº 16 e não no art. 267, TFUE –, novamente estariam atuando de maneira inconstitucional, já que estariam violando uma obrigação claramente estabelecida nos Tratados de maneira a enfraquecer sua autonomia e eficácia⁷³.

Outro ponto apresentado no *Parecer 2/13* e visto como um ponto positivo na defesa do caráter constitucional da União Europeia por parte do TJUE se relaciona ao mecanismo previsto no art. 344, TFUE, que define que os Estados-membros da União Europeia devem se utilizar dos mecanismos internos à União para a solução de conflitos com exclusão de qualquer outro. O TJUE levantou dúvidas acerca da

coordenação deste artigo com o art. 33 da CEDH, o qual permite a qualquer Parte Contratante submeter ao TEDH violações da Convenção cometidas por outras Partes Contratantes. Dessa maneira, na visão do TJUE, vislumbra-se claramente uma possível violação, em caso de acesso da União Europeia à CEDH, do art. 344, TFUE, já que isto permitiria ao TEDH a interpretação do direito da União, o que – mais uma vez – infringiria os Tratados⁷⁴, especialmente quando se considera o dever de lealdade dos Estados-membros para com a União⁷⁵.

O TJUE também levantou restrições acerca do mecanismo de corresponsável⁷⁶ previsto no Acordo de Adesão. Na proposta apresentada, seria de competência do TEDH a aceitação ou não da presença de determinado Estado-membro da União Europeia, ou dela própria, como corresponsável em determinado litígio⁷⁷. Na visão do TJUE, tal prerrogativa permitiria mais uma vez que um Tribunal externo à União decidisse a respeito do direito da União, infringindo os Tratados⁷⁸.

Além disso, destaca-se a possibilidade de um Estado-membro ser indicado como corresponsável a respeito de alguma reserva que tal Estado-membro poderia ter feito à CEDH com base em seu art. 57, sendo que o Acordo deixa explícito que a adesão da União Europeia à CEDH não pode afetar a situação atual dos Estados-membros em relação à CEDH, especialmente em relação às reservas já estabelecidas⁷⁹.

Por fim, mas ainda a respeito do mecanismo de corresponsável, é importante chamar a atenção para a argumentação do TJUE de que a possibilidade dada pelo Acordo de Adesão ao TEDH para que este definisse eventualmente a responsabilidade a apenas um dos corresponsáveis iniciais também infringiria a jurisdição exclusiva do próprio TJUE acerca da apreciação das responsabilidades entre os Estados-membros e a União⁸⁰.

Outro mecanismo de colaboração previsto no Acordo de Adesão entre a União Europeia e a CEDH refere-se à chamada “apreciação prévia” pelo TJUE. O mecanismo, que se caracteriza por ser um forte incentivo ao diálogo judicial entre os dois Tribunais⁸¹, funcionaria com o TJUE apreciando, em um momento anterior ao TEDH, os processos a este submetidos em que estivesse em causa o direito da União, mantendo-se assim “as competências da União e as atribuições de suas instituições”⁸². Como se pode perceber, o mecanismo poderia ser utilizado para se evitar a eventual “invasão” da jurisdição do TJUE pelo TEDH. Contudo, o TJUE argumentou que a União precisaria ser informada de maneira completa acerca do processo para que o Tribunal, se fosse o caso, pudesse apreciar a questão por meio das previsões constantes nos Tratados. Mais que isso, porém, o TJUE argumentou que o Acordo de Adesão, conforme proposto, permite a apreciação prévia apenas das questões de validade, e não de interpretação, do direito derivado, o que em consequência infringiria as características da União e de seu direito⁸³.

Por fim, o TJUE entendeu que o Acordo de Adesão permitiria a um Tribunal externo à União Europeia – no caso o TEDH – a interpretação do

direito da União no que concerne à PESC. Ainda que o TJUE reconheça não ter competência jurisdicional a respeito de “alguns atos adotados no âmbito da PESC”⁸⁴, a possibilidade de intervenção de um Tribunal terceiro em assuntos internos da União infringiria sua jurisprudência, que define que a revisão judicial, especialmente aquela relacionada a direitos fundamentais, não pode ser confiada a órgão jurisdicional externo à União⁸⁵.

O *Parecer 2/13* foi recebido com inúmeras críticas por parte da doutrina, ainda que também existam vozes que se posicionem favoravelmente. No que concerne aos argumentos favoráveis, de maneira geral, estes se sustentam no caráter constitucional da União Europeia, ou seja, no fato de que o TJUE, ao rechaçar a adesão da União Europeia à CEDH nos termos propostos, estaria defendendo a estrutura interna constitucionalmente estabelecida da União, especialmente no que concerne à divisão de competências entre os Estados-membros e a União, à confiança mútua entre os Estados-membros e à autonomia jurídica da União frente a outras ordens jurídicas – esta última caracterizada especialmente pelo art. 267, TFUE⁸⁶. Em outras palavras, de nada adiantaria a vinculação da União Europeia à CEDH em defesa de direitos fundamentais e humanos se isso fosse feito com base na substituição da atual regulamentação constitucional europeia por outra, especialmente no que concerne à defesa dos direitos fundamentais⁸⁷.

De maneira mais específica, o primeiro ponto importante a ser destacado e que é apontado pela doutrina como correto no *Parecer 2/13* vincula-se à importância dada à autonomia do direito da União frente ao direito dos Estados-membros e também frente ao direito internacional⁸⁸. A esse respeito, o TJUE não apenas deixou explícito como também, em inúmeros momentos do *Parecer 2/13*, enfatizou que o acesso da União Europeia à CEDH não pode ser feita se se infringir o bloco de constitucionalidade da União⁸⁹. Dessa maneira, como o acesso à CEDH, conforme proposto pelo Acordo de Adesão, vincularia o TJUE à interpretação da CEDH feita pelo TEDH – mas sem ocorrer o contrário, como os juízes deixam explícito no parágrafo 185 do *Parecer 2/13* – haveria obviamente o surgimento de limites à autonomia do intérprete central do direito da União⁹⁰.

Nesse sentido, deve-se destacar que, como a legislação europeia é autônoma não apenas em relação ao direito dos Estados-membros, mas também em relação ao direito internacional, as obrigações legais da União Europeia com instituições internacionais não poderiam vir a alterar os princípios centrais de seu próprio arranjo constitucional. Sendo assim, apenas por meio da retenção, por parte do TJUE, da prerrogativa de se analisar o direito da União⁹¹ é que poder-se-iam manter os princípios do primado e da uniformidade, mantendo-se, em consequência, “a integridade da arquitetura constitucional da União Europeia”⁹².

Outro ponto importante e que vai ao encontro da defesa da autonomia do direito da União se refere ao princípio da confiança mútua entre os Estados-membros⁹³. O acesso à CEDH nos moldes propostos permitiria que um Estado-membro fizesse verificações acerca das condições da defesa dos direitos fundamentais em outro Estado-membro, o que infringiria o princípio

da confiança mútua – não apenas na área criminal, conforme deixa explícito o *Parecer 2/13*, mas também em outras áreas, como a PESC, além do possível fim do reconhecimento mútuo, entre Estados-membros, de julgamentos e de decisões judiciais⁹⁴ – e, conseqüentemente, também o princípio da autonomia do direito da União⁹⁵.

Além disso, é importante destacar que é devido a esta autonomia que o TJUE pode ser eventualmente flexível no que concerne ao constitucionalismo multinível no âmbito interno da União Europeia. Por outras palavras, é compreensível o fato de o TJUE eventualmente abrir mão de sua posição quando se relaciona com as Altas Cortes constitucionais dos Estados-membros da União. Por outro lado, o relacionamento entre a mais alta Corte da União Europeia com outros Tribunais é feito de maneira relutante, já que o TJUE não pode renunciar de suas prerrogativas institucionais, especialmente a de guardião da estrutura constitucional da União⁹⁶.

Em consequência, a partir de uma perspectiva que apresenta o TJUE como verdadeira Corte Constitucional da União Europeia⁹⁷, defende-se que o TJUE está correto em vetar o acesso da União à CEDH. Uma vez que o TJUE tem a competência para analisar questões relacionadas à constitucionalidade no âmbito interno da União, possibilitar o acesso desta à CEDH conforme o Acordo de Adesão proposto efetivamente infringiria os Tratados, especialmente por permitir que um órgão externo – no caso o TEDH, que se tornaria verdadeiro “tribunal constitucional”, especialmente no âmbito da PESC – interferisse no direito da União, violando, portanto, os Tratados⁹⁸.

Outro ponto visto como positivo no *Parecer 2/13* refere-se ao fato de que, por adiar a entrada da União à CEDH, permite ao TJUE “ganhar tempo” no sentido de consolidar sua jurisprudência a respeito da tutela dos direitos fundamentais. Por outras palavras, argumenta-se que a CEDH já existe há muito tempo, estando sua atuação já consolidada – assim como o TEDH e sua respectiva jurisprudência. Por outro lado, a CDFUE passou a ser vinculante há pouco tempo (quando em comparação com a CEDH), de maneira que o TJUE não teria ainda uma interpretação consolidada em relação à defesa dos direitos fundamentais no espaço da União Europeia. Nesse sentido, o acesso da União à CEDH, nos moldes propostos, poderia trazer como consequência a “absorção” do TJUE pelo TEDH – que já possui “tradição” e legitimidade –, ao menos no que concerne aos direitos fundamentais, o que esvaziaria a função do TJUE e, possivelmente, também a própria CDFUE. Ao negar o acesso nos termos propostos o TJUE, estaria, portanto, por se fortalecer no sentido de buscar estabelecer claramente o grau de vinculação dos Estados-membros aos direitos fundamentais da União em primeiro lugar⁹⁹.

Em resumo, esses são os principais pontos doutrinariamente apresentados como sendo justificadores da decisão do TJUE no *Parecer 2/13*. Contudo, a despeito da “defesa constitucional dos Tratados” realizada pelo TJUE, é importante ter em mente que o constitucionalismo em si se fundamenta na defesa dos direitos fundamentais, assim como na sujeição do poder público

à observância de tal defesa¹⁰⁰. Por outras palavras, não se pode falar na existência de um sistema minimamente constitucional se este não buscar garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, os quais, em conjunto, sustentam a dignidade humana – principal vetor de um Estado de direito democrático na atualidade, ou seja, se não houver a defesa dos direitos fundamentais como primeira tarefa do Estado, não se pode falar em existência de algum tipo de constituição, especialmente em seu aspecto material.

Por tal motivo, uma vez que os Tratados correspondem à Constituição material da União Europeia e uma vez que o respeito à dignidade humana é o primeiro dos valores apresentados no art. 2º, TUE, parece ser incontestado que a União precisa, acima de tudo, garantir tal respeito, especialmente por meio da defesa incisiva dos direitos fundamentais. Desta feita, a análise constitucional que deve ser feita acerca do *Parecer 2/13* precisa partir do respeito à dignidade humana, ainda mais quando o próprio TUE, em seu Preâmbulo, afirma que “os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana” são “valores universais” que fundamentam o “patrimônio cultural, religioso e humanista da Europa”. Não foi isso, contudo, o que ocorreu, já que o TJUE colocou os princípios do primado, da unidade e da efetividade do direito da União *acima* dos direitos fundamentais.

É por isso que a maior parte da doutrina se posicionou de maneira contrária ao *Parecer 2/13*. Nesse sentido, torna-se possível afirmar que algo está mal colocado quando “a promessa de uma proteção mais efetiva e coerente dos direitos humanos na Europa é rejeitada em favor da autonomia jurídica [da União Europeia]”¹⁰¹. Desta feita, as críticas se sustentam no fato de que o *Parecer*, ao enfatizar constantemente o primado, a unidade e a efetividade do direito da União – ou seja, ao fundamentar-se na ideia de autonomia do direito da União frente a outras ordens jurídicas, tanto internas quanto externas à União –, deixou de lado aquele que é o primeiro valor da União Europeia, qual seja, a dignidade humana, a qual é concretizada por meio da máxima proteção dos direitos fundamentais. Nesse contexto, parece que o TJUE preferiu “priorizar outros princípios constitucionais [...] em detrimento do respeito aos direitos fundamentais”, o que, em consequência, enfraquece as “credenciais constitucionais da União Europeia”¹⁰².

Ao focar-se apenas no aspecto formal e dogmático da autonomia do direito da União, o TJUE acabou por mostrar as fragilidades substantivas dos Tratados em vez de efetivamente preservar seus aspectos constitucionais¹⁰³. Ainda que o *Parecer 2/13* reitere que “os direitos fundamentais fazem parte integrante dos princípios gerais do direito da União”, já que o TJUE “inspira-se nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, bem como nas indicações fornecidas pelos instrumentos internacionais relativos à proteção dos direitos do Homem em que os Estados-Membros cooperaram ou a que aderiram”, e ainda que deixe explícito que “a CEDH reveste um significado particular” nesse contexto de proteção dos direitos fundamentais¹⁰⁴, está claro, tanto pela leitura do

Parecer como um todo quanto com base em suas conclusões que a preocupação está em colocar a autonomia do direito da União em primeiro lugar, com os direitos fundamentais aparecendo apenas em segundo plano.

Ao colocar a autonomia em primeiro lugar, o TJUE claramente *não* realizou o esperado diálogo judicial entre os Tribunais envolvidos, ou seja, não considerou a ideia de tutela multinível no *Parecer 2/13*, já que o Acordo de Adesão foi criado com base na vontade dos próprios Estados-membros, e estes não foram minimamente consultados acerca de seu eventual posicionamento – e/ou do posicionamento, pelo menos, de seus respectivos Tribunais Constitucionais – acerca da adesão.

Ora, uma vez que o TJUE tem vindo a ser verdadeiro *Tribunal de direitos humanos*, especialmente a partir da entrada em vigor da CDFUE em 2009¹⁰⁵, seria de se esperar que o Tribunal desse maior importância axiológica aos direitos fundamentais, colocando-os como o fundamento central no *Parecer* a partir do qual fortalecer-se-ia a defesa e a proteção dos direitos fundamentais no âmbito da União Europeia *em conjunto* com a CEDH. Nesse sentido, ainda que não se possa compreender o *Parecer* como uma simples “política de playground”¹⁰⁶, torna-se possível afirmar que o TJUE efetivamente errou ao simplesmente dificultar – para não se dizer impedir – a adesão da União Europeia à CEDH.

A leitura do *Parecer 2/13* deixa claro que se apresenta como extremamente importante para o TJUE a manutenção da confiança mútua entre os Estados-membros da União Europeia – a ponto deste princípio, que não se encontra presente nos Tratados institutivos da União¹⁰⁷, fundamentar parte do *Parecer 2/13*¹⁰⁸. Contudo, o próprio TJUE já havia relativizado este princípio em jurisprudência anterior referente a situações de asilo, permitindo que o Estado-membro “A” verifique as condições em que o asilo é fornecido no Estado-membro “B” antes de enviar o indivíduo para o local. Além disso, é de se destacar que não apenas a jurisprudência do TJUE já estava de acordo com a CEDH e com a jurisprudência do TEDH, mas a própria legislação interna da União havia já sido alterada para estar de acordo com estas duas últimas. Nesse sentido, argumentar que o acesso da União Europeia à CEDH não pode ocorrer porque tal acesso infringiria o princípio da confiança mútua apresenta-se, mais uma vez, como duvidoso e sem bases para prosperar¹⁰⁹.

É importante ainda destacar outros pontos acerca do *Parecer 2/13* que se apresentam de maneira equivocada, já que desconectados do diálogo judicial com vistas à defesa ampla dos direitos fundamentais. Nessa perspectiva, um deles se refere ao argumento desenvolvido pelo TJUE acerca da falta de coordenação entre o art. 344, TFUE, e o art. 33 da CEDH conforme estabelecido no Acordo de Adesão. A esse respeito, destaque-se que o próprio TJUE já havia estabelecido, em jurisprudência anterior (*MOX Plant*), a possibilidade de coordenação entre os Tratados da União e outra ordem jurídica externa. Naquele caso, o TJUE aceitou a previsão da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de que os Estados-membros da União Europeia, em caso de disputas entre si, utilizar-se-ão

do mecanismo previsto no art. 344, TFUE, e não do previsto na Parte XV de tal Convenção para a solução de seus conflitos¹¹⁰. Ora, se já há um precedente acerca da relação entre o direito interno da União e o direito internacional na área de proteção ambiental, é razoável acreditar que a adequação entre estas ordens jurídicas também poderia ser realizada, especialmente quando se fala em defesa dos direitos fundamentais.

Por sua vez, no *Parecer 2/13*, o TJUE destaca que a simples existência da *possibilidade* de solução de conflitos, por outras vias que não aquelas previstas nos Tratados, já seria motivo suficiente para indeferir o acesso da União Europeia à CEDH¹¹¹, o que se apresenta como dois pesos diferentes para a mesma medida acerca do mesmo tema. Bastaria, para solucionar este problema, que houvesse a inclusão no Acordo de Adesão de uma cláusula que deixasse explícito que o art. 344, TFUE, tem primazia em relação ao art. 33 da CEDH, garantindo-se, por parte do TEDH, a inadmissibilidade de qualquer reclamação por parte dos Estados-membros da União Europeia que não se utilizassem primeiramente dessa previsão – ficando a Comissão Europeia, inclusive, legitimada a iniciar procedimentos contra os Estados-membros que infringissem tal previsão¹¹².

Um último ponto, e talvez o mais importante – que, apesar de sê-lo, foi completamente ignorado no *Parecer 2/13* –, diz respeito ao acesso dos cidadãos aos tribunais para a tutela de seus direitos fundamentais. Nesse sentido, importa destacar que o TJUE não se referiu, em nenhum momento, a tal possibilidade, ou seja, não se referiu, em nenhum momento do *Parecer 2/13*, a eventuais dificuldades que o cidadão pudesse vir a ter a partir do acesso da União Europeia à CEDH, o que pode ser compreendido como um aspecto negativo por não ter tido este Tribunal a sensibilidade para compreender que o ser humano precisa ser colocado em primeiro lugar.

4 CONCLUSÃO

A tutela multinível de direitos sociais na União Europeia não é uma garantia de proteção aos direitos de seus cidadãos. Além dos pontos apontados na análise do *Parecer*, fica claro que, nesse contexto, na situação atual – em que a União Europeia não faz parte da CEDH – o cidadão pode vir a não ter seu direito tutelado, posto que, conforme o art. 35 da CEDH, o cidadão precisa esgotar todas as vias internas para poder buscar a defesa de seus direitos junto ao TEDH – e, como a União Europeia não faz parte da CEDH, o TEDH não tem jurisdição sobre ela para condená-la. Mais que isso, caso o infrator dos direitos fundamentais seja a União Europeia e/ou uma de suas instituições, o cidadão atualmente irá peticionar contra o Estado-membro da União Europeia que colocou tal ação em prática e não contra a própria União Europeia. Este Estado-membro, contudo, não pode ser condenado, já que não foi ele o infrator do direito fundamental do cidadão. Consequentemente, o cidadão poderia ver seu direito fundamental ser infringido sem ter ninguém a quem

recorrer¹¹³. Dessa forma, apenas o acesso da União Europeia à CEDH poderia fazer que o cidadão tivesse efetivamente a garantia de que a eventual violação de um direito fundamental seu pela União Europeia e/ou suas instituições seria devidamente sanada¹¹⁴.

Com base no exposto, o que se percebe é que, a despeito dos benefícios decorrentes da tutela multinível dos direitos fundamentais, ainda apresentam-se inúmeros problemas decorrentes da pluralidade de níveis de proteção¹¹⁵ – o que inclusive pode ser visto como uma comprovação da aludida *falta* de diálogo judicial entre os órgãos jurisdicionais no espaço europeu. Uma das maneiras de se solucionar tais problemas é por meio do eventual estabelecimento de margens de apreciação por parte dos Tribunais envolvidos quando estes compartilham responsabilidades¹¹⁶ – ou, em outras palavras, corresponde à existência *efetiva* do diálogo judicial entre os Tribunais envolvidos, mas isso nem sempre se confirma na prática.

REFERÊNCIAS

BESSELINK, Leonard F. M. The interaction between the EU Charter of Fundamental Rights, the European Convention on Human Rights (ECHR) and National Constitutions. In: FIDE INSTITUTIONAL REPORT, 25., 2012, Tallinn. **Annals...** Tallinn: Tartu University Press, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2000. p. 17-19.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

COSTA, Jean-Paul. On the Legitimacy of the European Court of Human Rights' Judgments. **European Constitutional Law Review**, United Kingdom, v. 7, n. 2, p. 173-182, 2011.

DAMELE, Giovanni; PALLANTE, Francesco. A tutela multinível dos direitos: quantidade é sinónimo de qualidade? In: MARQUES, A.; BARCELOS, P. **Direitos fundamentais e soberania na Europa: história e atualidade**. Lisboa: Instituto de Filosofia da Nova, 2014.

DUARTE, Maria Luísa. **União Europeia e direitos fundamentais no espaço da internormatividade**. AAFDL: Lisboa, 2013.

ESTORNINHO, Maria João. **Curso de direito dos contratos públicos: por uma contratação pública sustentável**. Coimbra: Almedina, 2014.

GIANNOPOULOS, Christos. Considerations on Protocol no. 16: can the new advisory competence of the European Court of Human Rights breathe new life into the European Convention on Human Rights? **German Law Journal**, Lexington, v. 16, n. 2, p. 337-350, 2015.

GRAGL, Paul. Accession revisited: will fundamental rights protection trump the European Union's legal autonomy? In: BENEDEK, Wolfgang et al. (Ed.). **European Yearbook on Human Rights**. Viena: Neuer Wissenschaftlicher Verlag GmbH, 2011.

_____. The reasonableness of jealousy: Opinion 2/13 and EU accession to the ECHR. Versão prévia à publicação. In: BENEDEK, Wolfgang et al. (Ed.). **European Yearbook on Human Rights**. Viena: Neuer Wissenschaftlicher Verlag GmbH, 2015.

GUERRA, Luis López. O sistema europeu de proteção dos direitos humanos. In: GALINDO, George Rodrigo Bandeira; URUEÑA, René; PÉREZ, Aida Torres. **Proteção multinível dos direitos humanos**. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 2014. p. 186.

HALBERSTAM, Daniel. "It's the autonomy, stupid!" A modest defense of opinion 2/13 on EU accession to the ECHR, and the way forward. **German Law Journal**, Lexington, v. 16, n. 1, p. 112, 2015.

HOBSBAWM, Eric J. **Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JOHANSEN, Stian Øby. The reinterpretation of TFEU Article 344 in Opinion 2/13 and its potential consequences. **German Law Journal**, Lexington, v. 16, n. 1, p. 169-178, 2015.

KATROUGALOS, George; O'CONNELL, Paul. Fundamental Social Rights. In: TUSHNET, Mark; FLEINER, Thomas; SAUNDERS, Cheryl (Ed.). **Routledge Handbook of Constitutional Law**. Oxford: Routledge, 2013.

KOMÁREK, Jan. The place of constitutional courts in the EU. **European Constitutional Law Review**, United Kingdom, v. 9, n. 3, p. 420-450, 2013.

_____. Why national Constitutional Courts should not embrace EU fundamental rights. **LSE Legal Studies Working Paper**, n. 23, p. 11, 2014.

KRENN, Christoph. Autonomy and effectiveness as common concerns: a path to ECHR accession after Opinion 2/13. **German Law Journal**, Lexington, v. 16, n. 1, p. 147-168, 2015.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 20-2.

LAZOWSKI, Adam; WESSEL, Ramses A. When caveats turn into locks: Opinion 2/13 on accession of the European Union to the ECHR. **German Law Journal**, Lexington, v. 16, n. 1, p. 179-212, 2015.

MARTINS, Ana Maria Guerra; ROQUE, Miguel Prata. **A tutela multinível dos direitos fundamentais: a posição do Tribunal Constitucional Português**. Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais Espanhol, Italiano e Português. Santiago de Compostela, Espanha, 16-18 out. 2014.

MARTINS, Ana Maria Guerra. **Constitucionalismo europeu e direitos fundamentais após o Tratado de Lisboa**. Estudo elaborado no âmbito das Jornadas sobre o Tratado de Lisboa. 20 jun. 2010.

_____. **Manual de direito da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2014.

MATTEUCCI, Nicola. Verbete “direitos humanos”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Direitos fundamentais. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2014. Tomo IV.

MONIZ, Graca. Vias jurisdicionais para a protecção do ambiente na Europa. **Debater a Europa**, Portugal, n. 9, p. 123-158, jul./dez. 2013.

NANOPOULOS, Eva. Killing two birds with one stone? The Court of Justice’s opinion on the EU’s accession to the ECHR. **The Cambridge Law Journal**, United kingdom, v. 74, n. 2, p. 187, 2015.

PEERS, Steve. **The CJEU and the EU’s accession to the ECHR: a clear and present danger to human rights protection**. 2014. Disponível em: <eulawanalysis.blogspot.com.br>.

_____. The EU’s accession to the ECHR: the dream becomes a nightmare. **German Law Journal**, Lexington, v. 16, n. 1, p. 213- 222, 2015.

PERNICE, Ingolf; KANITZ, Ralf. **Fundamental rights and multilevel constitutionalism in Europe**. Berlin: Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht, 2004. WHI Paper 7/04.

PERNICE, Ingolf. **Multilevel constitutionalism in the European Union**. Berlin: Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht. 2001. WHI Paper 5/02. p. 5.

_____. The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action. Fevereiro de 2009. **Columbia Journal of European Law**, Hanover, v. 15, n. 3, p. 349-407, 2009.

QUADROS, Fausto de. **Direito da União Europeia**. Direito constitucional e administrativo da União Europeia. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

ROQUE, Miguel Prata. **A dimensão transnacional do direito administrativo: uma visão cosmopolita das situações jurídico-administrativas**. Lisboa: AAFDL, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. O papel do poder Judiciário brasileiro na tutela e efetivação dos direitos (e deveres) socioambientais. In: SILVA, Vasco Pereira da; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direito público sem fronteiras**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, Suzana Tavares da. **Direitos fundamentais na arena global**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Parecer 2/13 do Tribunal de Justiça (Tribunal Pleno), 18 de dezembro de 2014**. Parecer do Tribunal de Justiça (tribunal pleno) de 18 de Dezembro de 2014. Parecer proferido nos termos do art. 218.º, n.º 11, TFUE – Projeto de acordo internacional – Adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais – Compatibilidade do referido projeto com os Tratados UE e FUE.

VERGOTTINI, Giuseppe de. El diálogo entre tribunales. **Teoría y Realidad Constitucional**, Spain, n. 28, 2011.

VOŠKUHLE, Andreas. Protection of human rights in the European Union. Multilevel cooperation on human rights between the European Constitutional Courts. **Our Common Future**, Hannover, nov. 2010.

-
- 1 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Parecer 2/13 do Tribunal de Justiça (Tribunal Pleno), 18 de dezembro de 2014**. Parecer do Tribunal de Justiça (tribunal pleno) de 18 de dezembro de 2014. Parecer proferido nos termos do art. 218.º, n.º 11, TFUE – Projeto de acordo internacional – Adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais – Compatibilidade do referido projeto com os Tratados UE e FUE, p. 13, parágrafo 49; p. 35, parágrafo 156.
 - 2 Ver, dentre outros, BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2000. p. 17-19; MATTEUCCI, Nicola. Verbete “direitos humanos”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. p. 353-4; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 258-60; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 234-5; MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Direitos fundamentais. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2014. Tomo IV. p. 30-2; CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed, Coimbra: Almedina, 2014. p. 384-5.
 - 3 KATROUGALOS, George; O’CONNELL, Paul. Fundamental Social Rights (17 de outubro de 2011). Publicado como “Social and economic rights”. In: TUSHNET, Mark; FLEINER, Thomas; SAUNDERS, Cheryl (eds.). *Routledge Handbook of Constitutional Law*. Oxford: Routledge, 2013, p. 4-5. Chama-se a atenção para o fato de que todas as citações de textos que não estejam redigidos originalmente em português foram feitas pelo autor deste texto, em tradução livre.
 - 4 MATTEUCCI, *op. cit.*, p. 353-4; SARLET; MARINONI; MITIDIERO, *op. cit.*, p. 261-2; MENDES, *op. cit.*, p. 235-6; MIRANDA, *op. cit.*, p. 31-3; CANOTILHO, *op. cit.*, p. 385-6.
 - 5 HOBSBAWM, Eric J. **Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
 - 6 Aqui se faz referência aos chamados *direitos de terceira dimensão*, tal como a proteção ao meio ambiente, que se vincula não apenas ao indivíduo, mas também à coletividade. Acerca de tais direitos, ver SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. O papel do poder Judiciário brasileiro na tutela e efetivação dos direitos (e deveres) socioambientais. In: SILVA, Vasco Pereira da; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.). **Direito público sem fronteiras**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2011.
 - 7 LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 20-2.

- 8 MARTINS, Ana Maria Guerra; ROQUE, Miguel Prata. **A tutela multinível dos direitos fundamentais: a posição do Tribunal Constitucional Português.** Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais Espanhol, Italiano e Português. Santiago de Compostela, Espanha, 16-18 de outubro de 2014, p. 4.
- 9 Acerca do constitucionalismo multinível ver, por todos, PERNICE, Ingolf. *The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action.* Fevereiro de 2009. **Columbia Journal of European Law**, Hanover, v. 15, n. 3, 2009.
- 10 Acresça-se a tais identidades a identidade regional, no caso de Estados federados.
- 11 PERNICE, *op. cit.*, p. 2.
- 12 *Ibidem*, p. 4.
- 13 MARTINS, Ana Maria Guerra. **Manual de direito da União Europeia.** Coimbra: Almedina, 2014. p. 46.
- 14 PEERS, Steve. The EU's accession to the ECHR: the dream becomes a nightmare. **German Law Journal**, Lexington, v. 16, n. 1, p. 215, 2015.
- 15 PERNICE, Ingolf. **Multilevel constitutionalism in the European Union.** Berlin: Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht. 2001. WHI Paper 5/02. p. 5.
- 16 Como foi o caso, em Portugal, do Código dos Contratos Públicos de 2008, que corresponde ao resultado da transposição das Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE – que tratam da contratação pública – para o ordenamento jurídico português. ESTORNINHO, Maria João. **Curso de direito dos contratos públicos: por uma contratação pública sustentável.** Coimbra: Almedina, 2014. p. 288-9.
- 17 PERNICE, *op. cit.*, p. 5.
- 18 PERNICE, Ingolf. **Multilevel constitutionalism in the European Union.** Berlin: Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht. 2001. WHI Paper 5/02. p. 5-6.
- 19 *Ibidem*, p. 8.
- 20 MARTINS, Ana Maria Guerra. **Manual de direito da União Europeia.** Coimbra: Almedina, 2014. p. 42-3.
- 21 DUARTE, Maria Luísa. **União Europeia e direitos fundamentais no espaço da internormatividade.** Lisboa: AAFDL, 2013. p. 437.
- 22 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais (*drittwirkung*), por não ser o objeto de estudo aqui delineado, não será tratada neste texto.
- 23 MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** 9. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 283-4.
- 24 MARTINS, Ana Maria Guerra. **Constitucionalismo europeu e direitos fundamentais após o Tratado de Lisboa.** Estudo elaborado no âmbito das Jornadas sobre o Tratado de Lisboa. 20 de junho de 2010, p. 2-3; MARTINS, Ana Maria Guerra; ROQUE, Miguel Prata. **A tutela multinível dos direitos fundamentais: a posição do Tribunal Constitucional Português.** Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais Espanhol, Italiano e Português. Santiago de Compostela, Espanha, 16-18 de outubro de 2014, p. 19-20; PERNICE, Ingolf. *The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action.* Fevereiro de 2009. **Columbia Journal of European Law**, Hanover, v. 15, n. 3, p. 401, 2009.
- 25 MARTINS, Ana Maria Guerra. **Manual de direito da União Europeia.** Coimbra: Almedina, 2014. p. 456.
- 26 Ainda que não esteja explícito no texto da Carta, destaca-se que “são destinatários da Carta todas as pessoas que estiverem sob a jurisdição dos Estados-membros, salvo quanto aos direitos que, pela sua natureza, deverão ser considerados como estando intrinsecamente ligados à cidadania da União”. É o que afirma QUADROS, Fausto de. **Direito da União Europeia.** Direito constitucional e administrativo da União Europeia. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2013. p. 213. Contudo, o mesmo autor ressalta, à p. 212, que a Carta “está longe de ser a *Bill of Rights* da União”, visto que “para que o fosse, os seus direitos deveriam ser invocáveis na União por todos os cidadãos da União contra qualquer ofensa que contra eles fosse dirigida por qualquer autoridade da União ou dos Estados-membros” – o que, na visão do autor, ainda não ocorre efetivamente.
- 27 MARTINS, Ana Maria Guerra; ROQUE, Miguel Prata. **A tutela multinível dos direitos fundamentais: a posição do Tribunal Constitucional Português.** Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais Espanhol, Italiano e Português. Santiago de Compostela, Espanha, 16-18 de outubro de 2014, p. 23.
- 28 DUARTE, Maria Luísa. **União Europeia e direitos fundamentais no espaço da internormatividade.** Reimpressão da primeira edição de 2006. Lisboa: AAFDL, 2013. p. 153-5.
- 29 PERNICE, Ingolf; KANITZ, Ralf. **Fundamental rights and multilevel constitutionalism in Europe.** Berlin: Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht, 2004. WHI Paper 7/04. p. 7-8.
- 30 MARTINS, Ana Maria Guerra; ROQUE, Miguel Prata. **A tutela multinível dos direitos fundamentais: a posição do Tribunal Constitucional Português.** Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais Espanhol, Italiano e Português. Santiago de Compostela, Espanha, 16-18 de outubro de 2014, p. 30-1.

- 31 Destaca-se que “[e]nquanto a União não aderir à CEDH, nos termos do art. 6.º, n.º 3 [sic], do TUE, os direitos fundamentais nela reconhecidos serão aplicados no âmbito da ordem jurídica da União pela via dos princípios gerais, tal como sucedia até a entrada em vigor do TL [Tratado de Lisboa], e ainda na medida em que seja acolhidos pela CDFUE”. *Ibidem*, p. 23.
- 32 *Ibidem*.
- 33 Vale destacar, contudo, que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), por meio de jurisprudência, deu guarida a outros direitos – de segunda e terceira dimensões – que não estão originalmente previstos na CEDH – tal como o direito a um ambiente saudável – por meio de derivações dos direitos estabelecidos na Convenção – ainda que não de maneira ativista, mas sim como resultado de um consenso desenvolvido ao longo do tempo entre os membros do Conselho da Europa. COSTA, Jean-Paul. On the Legitimacy of the European Court of Human Rights’ Judgments. *European Constitutional Law Review*, United Kingdom, v. 7, n. 2, p. 178, 2011.
- 34 MARTINS, Ana Maria Guerra; ROQUE, Miguel Prata. **A tutela multinível dos direitos fundamentais:** a posição do Tribunal Constitucional Português. Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais Espanhol, Italiano e Português. Santiago de Compostela, Espanha, 16-18 de outubro de 2014. p. 16.
- 35 COSTA, Jean-Paul. On the Legitimacy of the European Court of Human Rights’ Judgments. *European Constitutional Law Review*, United Kingdom, v. 7, n. 2, p. 179, 2011.; GUERRA, Luis López. O sistema europeu de proteção dos direitos humanos. In: GALINDO, George Rodrigo Bandeira; URUEÑA, René; PÉREZ, Aida Torres. **Proteção multinível dos direitos humanos**. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 2014. p. 186.
- 36 COSTA, op. cit., p. 180; GUERRA, op. cit., p. 198-9.
- 37 GUERRA, op. cit., p. 191.
- 38 COSTA, op. cit., p. 180; p. 197.
- 39 MARTINS; ROQUE, op. cit., p. 18.
- 40 A estas ordens jurídicas distintas dá-se o nome de *triângulo europeu*, visto que, em seus vértices, estão as três possibilidades de solução do conflito – a nacional, a europeia e a internacional – e, em seu centro, encontra-se o cidadão – o qual pode se sentir hesitante a respeito de qual deles acionar. Sobre o *triângulo europeu* ver DUARTE, Maria Luísa. **União Europeia e direitos fundamentais no espaço da internormatividade**. Reimpressão da primeira edição de 2006. Lisboa: AAFDL, 2013. p. 431-2; MONIZ, Graça. Vias jurisdicionais para a protecção do ambiente na Europa. **Debater a Europa**, Portugal, n. 9, p. 125-6, jul./dez. 2013. Utilizando uma nomenclatura diferente (“três pilares”) ver PERNICE, Ingolf. The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action. Fevereiro de 2009. *Columbia Journal of European Law*, Hanover, v. 15, n. 3, p. 401-2, 2009,
- 41 Há de se destacar que, no âmbito internacional, existe não apenas a CEDH mas também outros atores, tal como o Tribunal Internacional de Justiça. Desta forma, considerando-se os objetivos deste texto, por *nacional*, deve-se entender os mecanismos internos aos Estados-membros da União Europeia; por *europeu*, deve-se entender os mecanismos próprios da União Europeia e, por *internacional*, deve-se entender os mecanismos relacionados à CEDH e/ou ao TEDH.
- 42 Nesse sentido KOMÁREK, Jan. Why national Constitutional Courts should not embrace EU fundamental rights. *LSE Legal Studies Working Paper*, n. 23, p. 11, 2014.
- 43 MARTINS, Ana Maria Guerra; ROQUE, Miguel Prata. **A tutela multinível dos direitos fundamentais:** a posição do Tribunal Constitucional Português. Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais Espanhol, Italiano e Português. Santiago de Compostela, Espanha, 16-18 de outubro de 2014, p. 34.
- 44 *Ibidem*, p. 34-5. Nesse mesmo sentido, surge o seguinte questionamento: “como explicar a um cidadão que em decorrência de sua situação se encaixar fora do âmbito de atuação do direito da União Europeia sua liberdade não será protegida, enquanto que, se seu problema estivesse dentro desse mesmo âmbito, seus direitos seriam garantidos – ou vice versa?”. PERNICE, Ingolf; KANITZ, Ralf. **Fundamental rights and multilevel constitutionalism in Europe**. Berlin: Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht. Humboldt-Universität zu Berlin, 2004. WHI Paper 7/04. p. 19.
- 45 A expressão original seria *corrida ao fundo do poço*, ou *race to the bottom*, que corresponde à “tendência para os ordenamentos jurídicos mais garantísticos degradarem, progressivamente, o grau de proteção do ‘interesse público’ – e, reflexamente, dos direitos fundamentais da maioria dos seus cidadãos”. Ver a este respeito ROQUE, Miguel Prata. *A dimensão transnacional do direito administrativo*. Uma visão cosmopolita das situações jurídico-administrativas. Lisboa: AAFDL, 2014, p. 633, nota 1852.
- 46 DAMELE, Giovanni; PALLANTE, Francesco. A tutela multinível dos direitos: quantidade é sinónimo de qualidade? In: MARQUES, A.; BARCELOS, P. **Direitos fundamentais e soberania na Europa**. História e atualidade. Lisboa: Instituto de Filosofia da Nova, 2014. No mesmo sentido ver KOMÁREK, Jan. Why

- national Constitutional Courts should not embrace EU fundamental rights. *LSE Legal Studies Working Paper*, n. 23, p. 14-16, 2014.
- 47 DAMELE, Giovanni; PALLANTE, Francesco. A tutela multinível dos direitos: quantidade é sinónimo de qualidade? In: MARQUES, A.; BARCELOS, P. **Direitos fundamentais e soberania na Europa**. História e atualidade. Lisboa: Instituto de Filosofia da Nova, 2014. p. 259-260.
- 48 VERGOTTINI, Giuseppe de. El diálogo entre tribunales. *Teoría y Realidad Constitucional*, Spain, n. 28, p. 345-346, 2011.
- 49 PERNICE, Ingolf. The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action. Fevereiro de 2009. *Columbia Journal of European Law*, Hanover, v. 15, n. 3, p. 402, 2009.
- 50 SILVA, Suzana Tavares da. **Direitos fundamentais na arena global**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011. p. 60-2.
- 51 DUARTE, Maria Luísa. **União Europeia e direitos fundamentais no espaço da internormatividade**. Reimpressão da primeira edição de 2006. Lisboa: AAFDL, 2013. p. 470. Acerca desse tema ver também PERNICE, Ingolf. The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action. Fevereiro de 2009. *Columbia Journal of European Law*, Hanover, v. 15, n. 3, p. 402, 2009.
- 52 DUARTE, op. cit., p. 470; PERNICE, op. cit., p. 404-5.
- 53 GUERRA, Luis López. O sistema europeu de proteção dos direitos humanos. In: GALINDO, George Rodrigo Bandeira; URUÑA, René; PÉREZ, Aida Torres. **Proteção multinível dos direitos humanos**. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 2014. p. 198-9.
- 54 COSTA, Jean-Paul. On the Legitimacy of the European Court of Human Rights' Judgments. *European Constitutional Law Review*, United Kingdom, v. 7, n. 2, p. 182, 2011.
- 55 É importante que se destaque que o Protocolo nº 16 ainda não foi ratificado por todos as Partes Contratantes da CEDH e, portanto, ainda não está em vigor.
- 56 GIANOPOULOS, Christos. Considerations on Protocol No. 16: can the new advisory competence of the European Court of Human Rights breathe new life into the European Convention on Human Rights? *German Law Journal*, Lexington, v. 16, n. 2, p. 342, 2015.
- 57 DAMELE, Giovanni; PALLANTE, Francesco. A tutela multinível dos direitos: quantidade é sinónimo de qualidade? In: MARQUES, A.; BARCELOS, P. **Direitos fundamentais e soberania na Europa**. História e atualidade. Lisboa: Instituto de Filosofia da Nova, 2014. p. 266.
- 58 Por outro lado, o próprio TJUE argumentou que essa uniformidade de interpretação é decorrência dos Tratados, que, por um lado, exigem a aplicação do princípio do primado e, por outro, pressupõem o TJUE como instância uniformizadora do direito da União – inclusive para poder concretizar o princípio do primado, em uma espécie de círculo em que um fato reforça o outro.
- 59 VERGOTTINI, Giuseppe de. El diálogo entre tribunales. *Teoría y Realidad Constitucional*, Spain, n. 28, p. 349, 2011.
- 60 *Ibidem*, p. 358.
- 61 Título do texto que está em: COUNCIL OF EUROPE. The Council of Europe and the European Union: different roles, shared values. Disponível em: <<http://www.coe.int/en/web/portal/european-union>>. Acesso em: 21 ago. 2015.
- 62 MARTINS, Ana Maria Guerra. **Manual de direito da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2014. p. 262.
- 63 DUARTE, Maria Luísa. **União Europeia e direitos fundamentais no espaço da internormatividade**. Reimpressão da primeira edição de 2006. Lisboa: AAFDL, 2013. p. 58.
- 64 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Parecer 2/13...**, op. cit., p. 47.
- 65 *Ibidem*, p. 46-7, parágrafo 258.
- 66 cuja redação é a seguinte: “Os Estados-Membros comprometem-se a não submeter qualquer diferendo relativo à interpretação ou aplicação dos Tratados a um modo de resolução diverso dos que neles estão previstos”.
- 67 cuja redação é a seguinte: “Nenhuma das disposições da presente Convenção será interpretada no sentido de limitar ou prejudicar os direitos do homem e as liberdades fundamentais que tiverem sido reconhecidos de acordo com as leis de qualquer Alta Parte Contratante ou de qualquer outra Convenção em que aquela seja parte”.
- 68 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Parecer 2/13...**, op. cit., p. 39, parágrafo 188.
- 69 Acerca do princípio do primado, ver PERNICE, Ingolf. The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action. Fevereiro de 2009. *Columbia Journal of European Law*, Hanover, v. 15, n. 3, p. 404, 2009. De importância fundamental para a compreensão deste argumento do TJUE é a seguinte frase deste autor: “Como o respeito por este princípio [do primado do direito da União] por todos os Estados-membros e

- pelas autoridades nacionais é uma condição para o funcionamento da União Europeia, nenhuma exceção [à aplicação do princípio em primeiro lugar] é admitida”.
- 70 Cuja redação é a seguinte: “Qualquer Alta Parte Contratante pode submeter ao Tribunal qualquer violação das disposições da Convenção e dos seus protocolos que creia poder ser imputada a outra Alta Parte Contratante.”.
- 71 O princípio da confiança mútua “impõe [...] que cada um dos Estados-Membros considere, salvo em circunstâncias excepcionais, que todos os outros Estados-Membros respeitam o direito da União e, muito em especial, os direitos fundamentais reconhecidos por esse direito”. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Parecer 2/13...**, op. cit., p. 39, parágrafo 191.
- 72 GRAGL, Paul. The reasonableness of jealousy: Opinion 2/13 and EU accession to the ECHR. Versão prévia à publicação. In: BENEDEK, Wolfgang; BENOÎT-ROHMER, Florence; KARL, Wolfram; NOWAK, Manfred (eds.). **European Yearbook on Human Rights**. Viena: Neuer Wissenschaftlicher Verlag GmbH, 2015. p. 2; p. 5; HALBERSTAM, Daniel. “It’s the autonomy, stupid!” A modest defense of opinion 2/13 on EU accession to the ECHR, and the way forward. **German Law Journal**, Lexington, v. 16, n. 1, p. 112, 2015.
- 73 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Parecer 2/13...**, op. cit., p. 40, parágrafos 196-7.
- 74 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Parecer 2/13...**, op. cit., p. 41-2, parágrafos 201-14.
- 75 GRAGL, op. cit., p. 2; p. 5-6; JOHANSEN, Stian Øby. The reinterpretation of TFEU Article 344 in Opinion 2/13 and its potential consequences. **German Law Journal**, Lexington, v. 16, n. 1, p. 170-1, 2015.
- 76 “O mecanismo do corresponsável foi introduzido para «evitar qualquer lacuna no sistema da [CEDH] quanto à participação, à responsabilidade e à oponibilidade», que, tendo em conta as características específicas da União, poderia resultar da sua adesão a esta Convenção. Além disso, este mecanismo tem também por finalidade assegurar que, em conformidade com o que é exigido no art. 1.º, alínea b), do Protocolo n.º 8 UE, os recursos interpostos por Estados terceiros e os recursos interpostos por indivíduos sejam dirigidos corretamente contra os Estados-Membros e/ou a União, conforme o caso”. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Parecer 2/13...**, op. cit., p. 42, parágrafos 215-6.
- 77 GRAGL, Paul. The reasonableness of jealousy: Opinion 2/13 and EU accession to the ECHR. Versão prévia à publicação. In: BENEDEK, Wolfgang; BENOÎT-ROHMER, Florence; KARL, Wolfram; NOWAK, Manfred (eds.). **European Yearbook on Human Rights**. Viena: Neuer Wissenschaftlicher Verlag GmbH, 2015, p. 6.
- 78 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Parecer 2/13...**, op. cit., p. 43, parágrafos 222-5.
- 79 *Ibidem*, p. 43, parágrafos 226-8.
- 80 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Parecer 2/13...**, op. cit., p. 43-4, parágrafos 229-34.
- 81 GRAGL, op. cit., p. 6.
- 82 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Parecer 2/13...**, op. cit., p. 44, parágrafo 237.
- 83 *Ibidem*, p. 44-5, parágrafos 236-48.
- 84 *Ibidem*, p. 46, parágrafo 252.
- 85 *Ibidem*, p. 46, parágrafo 254-6.
- 86 KRENN, Christoph. Autonomy and effectiveness as common concerns: a path to ECHR accession after Opinion 2/13. **German Law Journal**, Lexington, v. 16, n. 1, p. 148, 2015; GRAGL, Paul. The reasonableness of jealousy: Opinion 2/13 and EU accession to the ECHR. Versão prévia à publicação. In: BENEDEK, Wolfgang; BENOÎT-ROHMER, Florence; KARL, Wolfram; NOWAK, Manfred (eds.). **European Yearbook on Human Rights**, Viena: Neuer Wissenschaftlicher Verlag GmbH, 2015. p. 4.
- 87 HALBERSTAM, Daniel. “It’s the autonomy, stupid!” A modest defense of opinion 2/13 on EU accession to the ECHR, and the way forward. **German Law Journal**, Lexington, v. 16, n. 1, p. 107-8, 2015. Neste sentido o autor afirma que “o acesso a um regime específico de direitos [a CEDH] não deve ocorrer às custas da natureza constitucional da ordem jurídica da União Europeia”.
- 88 A autonomia do direito europeu frente a outras ordens jurídicas internacionais está “no coração do TJUE”. LAZOWSKI, Adam; WESSEL, Ramses A. When caveats turn into locks: Opinion 2/13 on accession of the European Union to the ECHR. **German Law Journal**, Lexington, v. 16, n. 1, p. 185, 2015. Ver também KRENN, Christoph. Autonomy and effectiveness as common concerns: a path to ECHR accession after Opinion 2/13. **German Law Journal**, Lexington, v. 16, n. 1, p. 151-4, 2015.
- 89 Dentre outros momentos, destaca-se a importância da autonomia no parágrafo 170 do **Parecer 2/13**, especialmente ao se referir à autonomia na interpretação do grau de proteção dos direitos fundamentais “no quadro da estrutura e dos objetivos da União”. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Parecer 2/13...**, op. cit., p. 37, parágrafo 170.

- 90 LAZOWSKI, Adam; WESSEL, Ramses A. When caveats turn into locks: Opinion 2/13 on accession of the European Union to the ECHR. *German Law Journal*, Lexington, v. 16, n. 1, p. 189, 2015.
- 91 E também da prerrogativa de analisar a divisão de competências entre a União e os Estados-membros, o que não poderia ser feito por um Tribunal externo à União. A esse respeito, ver KRENN, Christoph. Autonomy and effectiveness as common concerns: a path to ECHR accession after Opinion 2/13. *German Law Journal*, Lexington, v. 16, n. 1, p. 151, 2015.
- 92 HALBERSTAM, Daniel. "It's the autonomy, stupid!" A modest defense of opinion 2/13 on EU accession to the ECHR, and the way forward. *German Law Journal*, Lexington, v. 16, n. 1, p. 111, 2015. a pp. 113-4 o autor complementa que "o [T]UE vai mostrar solicitude para os acordos internacionais de direitos humanos apenas na medida em estes acordos e seus vários arranjos institucionais não prejudiquem a arquitetura constitucional da União Europeia".
- 93 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Parecer 2/13...*, op. cit., p. 40, parágrafo 196.
- 94 KRENN, op. cit., p. 160.
- 95 LAZOWSKI, Adam; WESSEL, Ramses A. When caveats turn into locks: Opinion 2/13 on accession of the European Union to the ECHR. *German Law Journal*, Lexington, v. 16, n. 1, p. 191-2, 2015.
- 96 HALBERSTAM, Daniel. "It's the autonomy, stupid!" A modest defense of opinion 2/13 on EU accession to the ECHR, and the way forward. *German Law Journal*, Lexington, v. 16, n. 1, p. 114, 2015.
- 97 GRAGL, Paul. Accession revisited: will fundamental rights protection trump the European Union's legal autonomy? In: BENEDEK, Wolfgang; BENOÎT-ROHMER, Florence; KARL, Wolfram; NOWAK, Manfred (eds.). *European Yearbook on Human Rights*. Viena: Neuer Wissenschaftlicher Verlag GmbH, 2011. p. 98; HALBERSTAM, op. cit., p. 145.
- 98 HALBERSTAM, op. cit., p. 141; LAZOWSKI, Adam; WESSEL, Ramses A. When caveats turn into locks: Opinion 2/13 on accession of the European Union to the ECHR. *German Law Journal*, Lexington, v. 16, n. 1, p. 202-3, 2015.
- 99 LAZOWSKI; WESSEL, op. cit., p. 189-90; p. 204.
- 100 BESSELINK, Leonard F. M. The interaction between the EU Charter of Fundamental Rights, the European Convention on Human Rights (ECHR) and National Constitutions. In: FIDE INSTITUTIONAL REPORT, 25., 2012, Tallinn. *Annals...* Tallinn: Tartu University Press, 2012. p. 1.
- 101 GRAGL, Paul. The reasonableness of jealousy: Opinion 2/13 and EU accession to the ECHR. Versão prévia à publicação. In: BENEDEK, Wolfgang; BENOÎT-ROHMER, Florence; KARL, Wolfram; NOWAK, Manfred (Ed.). *European Yearbook on Human Rights*. Viena: Neuer Wissenschaftlicher Verlag GmbH, 2015. p. 3.
- 102 NANOPOULOS, Eva. Killing two birds with one stone? The Court of Justice's opinion on the EU's accession to the ECHR. *The Cambridge Law Journal*, United Kingdom, v. 74, n. 2, p. 187, 2015.
- 103 Ibidem, p. 187. GRAGL, Paul. The reasonableness of jealousy: Opinion 2/13 and EU accession to the ECHR. Versão prévia à publicação. In: BENEDEK, Wolfgang; BENOÎT-ROHMER, Florence; KARL, Wolfram; NOWAK, Manfred (Ed.). *European Yearbook on Human Rights*. Viena: Neuer Wissenschaftlicher Verlag GmbH, 2015, p. 8.
- 104 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Parecer 2/13...*, op. cit., p. 10, parágrafo 37.
- 105 KOMÁREK, Jan. The place of constitutional courts in the EU. *European Constitutional Law Review*, United Kingdom, v. 9, n. 3, p. 421, 2013.
- 106 PEERS, Steve. *The CJEU and the EU's accession to the ECHR: a clear and present danger to human rights protection*. EU Law Analysis. 2014. 18 de dezembro de 2014, p. 7.
- 107 PEERS, Steve. The EU's accession to the ECHR: the dream becomes a nightmare. *German Law Journal*, Lexington, v. 16, n. 1, p. 221, 2015.
- 108 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Parecer 2/13...*, op. cit., p. 36, parágrafo 168; p. 39, parágrafo 191; p. 40, parágrafo 194; p. 46, parágrafo 258 (Conclusões do Parecer 2/13).
- 109 GRAGL, Paul. The reasonableness of jealousy: Opinion 2/13 and EU accession to the ECHR. Versão prévia à publicação. In: BENEDEK, Wolfgang; BENOÎT-ROHMER, Florence; KARL, Wolfram; NOWAK, Manfred (eds.). *European Yearbook on Human Rights*. Viena: Neuer Wissenschaftlicher Verlag GmbH, 2015. p. 9-10.
- 110 JOHANSEN, Stian Øby. The reinterpretation of TFEU Article 344 in Opinion 2/13 and its potential consequences. *German Law Journal*, Lexington, v. 16, n. 1, p. 172-4, 2015.
- 111 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Parecer 2/13...*, op. cit., p. 41, parágrafo 208.
- 112 GRAGL, Paul. The reasonableness of jealousy: Opinion 2/13 and EU accession to the ECHR. Versão prévia à publicação. In: BENEDEK, Wolfgang; BENOÎT-ROHMER, Florence; KARL, Wolfram; NOWAK,

- Manfred (eds.). **European Yearbook on Human Rights**. Viena: Neuer Wissenschaftlicher Verlag GmbH, 2015. p. 12.
- 113 GRAGL, Paul. Accession revisited: will fundamental rights protection trump the European Union's legal autonomy? In: BENEDEK, Wolfgang; BENOÎT-ROHMER, Florence; KARL, Wolfram; NOWAK, Manfred (eds.). **European Yearbook on Human Rights**. Viena: Neuer Wissenschaftlicher Verlag GmbH, 2011. p. 70. Vale destacar que o TJUE analisou, em seu *Parecer 2/13*, o mecanismo das questões prejudiciais e o do corresponsável nas eventuais petições acerca dos direitos fundamentais em relação ao TEDH. Contudo, fez esta análise tendo-se em conta a autonomia do direito da União e não as eventuais facilidades – ou dificuldades – que poderiam ter os cidadãos no momento de acesso ao TEDH para a defesa de seus direitos fundamentais caso estes viessem a ser infringidos pela própria União.
- 114 Ibidem, p. 2.
- 115 VORKUHLE, Andreas. Protection of human rights in the European Union. Multilevel cooperation on human rights between the European Constitutional Courts. **Our Common Future**, Hannover, 4 de novembro de 2010, p. 3-4.
- 116 Ibidem, p. 4.

THE INEFFICACY OF THE MULTILEVEL PROTECTION OF SOCIAL RIGHTS IN THE EUROPEAN UNION

ABSTRACT

The existence of three separate levels of protection of social rights in the European Union – international, regional and national – leads to the assumption that there are countless advantages in such juridical arrangement. In short, one could affirm that there would be a true complementarity among said systems, since the insufficiencies of one of them could be overcome by another one. However, the system involves risks, especially when considering that such legal orders, because they are distinct and will not always be in harmony, even if they make use of the same concepts. In such sense, the main goal of this article is to analyze some of the risks relating to the multilevel protection of fundamental rights, focusing on social rights. Methodologically, first we analyze the emergence of the multilevel protection of fundamental rights and its theories, so that, afterwards we present the risks of multilevel protection, especially the ones deriving from the lack of judicial dialogue among the courts involved.

Keywords: Multilevel protection. European Union. Social rights. Advisory Opinion 2/13.

Submetido: 6 jun. 2016

Aprovado: 26 jun. 2016

O DIREITO PENAL DO INIMIGO COMO QUEBRA DO ESTADO DE DIREITO: A NORMALIZAÇÃO DO ESTADO DE EXCEÇÃO

André Luís Callegari*
Raul Marques Linhares**

1 Introdução. 2 O Estado de Direito. 3 O direito penal do inimigo: quebra do Estado de Direito e normalização do Estado de Exceção. 4 Conclusão. Referências.

RESUMO

O Estado de Direito é considerado como uma barreira não só formal, mas também material do exercício do poder do Estado, como verdadeira proteção aos direitos e às garantias dos cidadãos. Em relação ao Direito Penal, essa barreira se faz ainda mais importante, considerando-se o perigo dos excessos na aplicação do poder punitivo do Estado. Contudo, algumas propostas doutrinárias se colocam em possível contradição com a lógica da criação de barreiras ao exercício do poder do Estado de Direito, o que acontece com o Direito Penal do inimigo. Por isso, o presente trabalho pretende desenvolver os postulados básicos do Estado de Direito, contrapondo-o ao Estado de exceção, concluindo pela incompatibilidade do Direito Penal do inimigo com esse modelo de Estado. Para tanto, utilizar-se-á de pesquisa bibliográfica para desenvolvimento de cada tema a ser problematizado. Ao final, é possível concluir pela caracterização do Direito Penal do inimigo como um Direito de exceção, incompatível com o modelo de Estado de Direito.

Palavras-chave: Estado de Direito. Estado de Exceção. Direito Penal do inimigo.

* Doutor em Direito pela Universidad Autónoma de Madrid. *Doutor honoris causa* pela Universidad Autónoma de Tlaxcala - México. *Doutor honoris causa* pelo Centro Universitario del Valle de Teotihuacan - México. Realizou estudos de pós-doutorado na Universidad Autónoma de Madrid sob a direção do Prof. Dr. Manuel Cancio Meliá. Professor de Direito Penal nos Cursos de graduação e pós-graduação da Escola de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Advogado Criminalista. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8717437776868647>. E-mail: <callegari@callegariadvogados.com.br>.

** Mestrando em Direito Público no Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Bolsista CAPES-PROEX. Membro do grupo de pesquisa "Sistemas Punitivos", sob a coordenação do prof. Dr. André Luís Callegari. Integrante do projeto de pesquisa "Estado e Política Criminal: a expansão do Direito Penal como forma de combate ao terrorista". Advogado criminalista. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8294267921609931>. E-mail: <raul@ritterlinhares.com.br>.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo apresenta, em seu conteúdo, os resultados parciais do desenvolvimento de parte da primeira fase do projeto de pesquisa intitulado “Um discurso sobre o Direito Penal de exceção: a luta contra o terrorista”, financiado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), órgão brasileiro voltado ao fomento à pesquisa.

Nessa primeira fase do projeto de pesquisa, verificou-se que alguns fenômenos presentes nos estudos político-criminais modernos têm sido apontados como reflexos de uma nova postura social e jurídica em relação à delinquência. Essa postura foi denominada por Jesús-María Silva Sánchez de “expansão do Direito Penal”².

Uma das concepções mais representativas dessa expansão é a teoria do Direito Penal do inimigo, defendida, sobretudo, por Günther Jakobs, que institui uma separação entre classes distintas de pessoas, divididas em cidadãos e inimigos e sujeitas a um tratamento jurídico completamente distinto.

Nesse modelo, o sujeito considerado inimigo é despojado de seus direitos e tratado como mero objeto de inocuidade em prol da defesa da sociedade. Essa lógica, contudo, apresenta íntima relação com aquela presente em estados de exceção, nos quais o poder punitivo estatal não encontra limitação em critérios seguros.

Portanto, com o presente trabalho, pretende-se estabelecer a (in)compatibilidade da racionalidade do Direito Penal do inimigo com o modelo de Estado de Direito atual.

Para tanto, realizar-se-á a construção do sentido do Estado de Direito, com uma passagem pelo surgimento histórico dessa concepção, destacando-se o que se refere especificamente ao Direito Penal, especialmente a concepção material de limitação do poder punitivo do Estado.

Por fim, será abordado o Estado de Exceção e uma possível relação com o Direito Penal do inimigo, para que se possa contrapor esse modelo penal com os postulados do Estado de Direito.

2 O ESTADO DE DIREITO

O signo “Estado de Direito” possui amplas variações de significado no decorrer da história do pensamento político.³ Essa variação de significado é verificada não só temporal, mas também em um plano geográfico, motivo pelo qual J. J. Gomes Canotilho destaca o cuidado necessário ao se igualar os signos *Rechtsstaat* (alemão), *Rule of Law* (britânico) e *État Légal* (francês).⁴

Foi com o *Rechtsstaat* alemão que surgiu, pela primeira vez, no século XIX, a ideia de Estado de Direito. Esse termo foi utilizado pelo autor alemão Carl Th. Welcker, no ano de 1813, período no qual o Estado de Direito significava

o Estado do Direito racional, ou seja, o Estado que realiza princípios racionais em prol da vida em comum dos homens⁵ ou, ainda, a limitação do Estado em benefício da autodeterminação das pessoas.⁶

Esse conceito de Estado de Direito incluía algumas características, dentre as quais a renúncia de todo o caráter transpessoal do Estado, com a priorização do interesse comum das pessoas, ponto de partida e referência do ordenamento jurídico; a atividade estatal voltada à proteção das liberdades individuais e à garantia da possibilidade de desenvolvimento pessoal dos cidadãos; e os princípios racionais utilizados como fundamentos da organização do Estado e regulação da sua atividade, o que implica o reconhecimento dos direitos básicos dos cidadãos (liberdade civil, igualdade jurídica, garantia da propriedade etc.), da independência dos juízes, de um governo constitucionalmente responsável, do domínio da lei e da participação popular no Legislativo.⁷

Ainda, destaca-se a importância da lei⁸ nessa significação de Estado de Direito, a qual é considerada como elemento de vinculação e limitação da atividade estatal.⁹

À medida que se volta a tornar possível a autorrealização individual das pessoas, esse conceito confere importância significativa à garantia da liberdade e da propriedade, configurando-se esse Estado de Direito como marcadamente burguês.¹⁰ Nesse sentido, a Administração apenas poderia intervir em ambos os direitos fundamentais (liberdade e propriedade) quando tal intervenção fosse permitida por lei, aprovada pela representação popular.¹¹

Nesse contexto, tem-se que, em um primeiro momento, a expressão “Estado de Direito” tende a ser identificada com o próprio Estado Liberal, caracterizado pela limitação do poder dos governantes por um conjunto de técnicas e princípios.¹² O Estado de Direito nesse momento histórico, concebido pelo pensamento liberal, estruturou-se como um modelo de proteção de direitos de liberdade por meio da criação de obrigações negativas ao Estado. Desse modo, limita-se o exercício do poder, que esbarra em direitos invioláveis.¹³

Esse modelo de Estado, ao final, realizou uma importante tarefa limitadora do poder soberano do Estado, conforme destaca J. J. Gomes Canotilho: “As ideias do ‘governo de leis e não de homens’, de ‘Estado submetido ao direito’, de ‘constituição como vinculação jurídica do poder’, foram, como vimos, tendencialmente realizadas por institutos como os de *rule of law*, *due process of law*, *Rechtsstaat*, *principe de la légalité*”.¹⁴ Trata-se da primazia da lei sobre a vontade caprichosa de um soberano.¹⁵

Com o colapso do Estado liberal burguês até então dominante, surge o fenômeno conhecido como Estado social, no qual Estado e sociedade não mais são concebidos como sistemas autônomos, passando a se relacionarem intimamente.¹⁶ Esse processo de alteração de perspectiva se deve ao surgimento de novas demandas sociais,¹⁷ bem como ao fato de o modelo originário de Estado de Direito, de caráter liberal (burguês), ter sido considerado incapaz de

oferecer respostas à desigualdade social a qual ele mesmo fomenta. Por isso, desenvolveu-se a concepção de Estado Social de Direito, que não deixa de lado a tutela das liberdades individuais, mas que insere em suas preocupações o desenvolvimento social.¹⁸ Ou seja, o Estado de Direito social é pensado como complemento do Estado de Direito liberal, somando às proibições ao atuar do Estado uma série de obrigações positivas correspondentes aos direitos sociais, que devem ser efetivados pelo Estado.¹⁹

Verifica-se a inserção de um conteúdo material ao Estado de Direito, perspectiva na qual a Constituição deixa de apenas fixar os limites da atuação do Estado, convertendo-se na positivação de valores fundamentais da vida em sociedade.²⁰

Assim, a limitação do poder do Estado por meio do Direito não é estabelecida apenas como mero critério formal ou procedimental, passando a englobar, também, um determinado conteúdo. O Estado de Direito é, além de forma, matéria. Nessa perspectiva,

[...] como meio de ordenação racional, o direito é indissociável da realização da *justiça*, da efectivação de *valores* políticos, económicos, sociais e culturais; como *forma*, ele aponta para a necessidade de garantias jurídico-formais de modo a evitar acções e comportamentos arbitrários e irregulares de poderes públicos.²¹

O Estado “material” de Direito estabelece valores e princípios jurídicos superiores que vinculam o poder estatal, especialmente com a obrigação ao poder público de garantia e realização dos direitos fundamentais.²²

Nesse caminho, abandonado o carácter meramente formal do Estado de Direito, Lenio Luiz Streck defende que, sob a ótica do Estado Democrático de Direito, “[...] o Direito deve ser visto como instrumento de transformação social [...]”.²³

Dessa forma, quando se refere a Estado de Direito, está-se a defender que “[...] as instituições políticas e os aparelhos jurídicos tenham rigorosamente por finalidade a garantia dos direitos subjetivos”.²⁴

Luigi Ferrajoli, fazendo referência a uma concepção de Estado de Direito proposta por Norberto Bobbio, destaca esse modelo como um governo submetido a leis (*sub lege*) ou um governo exercido por meio de leis gerais e abstratas (*per leges*).²⁵

O governo *per leges* é caracterizado pela existência de normas gerais, abstratas e fruto de uma vontade coletiva, a reduzir o risco de exercício desenfreado do poder, servindo de garantia à igualdade (por sua abstração e generalidade) e à liberdade (enquanto fruto da vontade geral). Por sua vez, o governo *sub lege* significa que qualquer poder deva ser conferido (exercido conforme as formalidades legais) ou limitado (não só em relação à forma ou ao procedimento, mas, também, quanto ao conteúdo daquilo que pode dispor) por lei.²⁶

No campo penal, Luigi Ferrajoli conclui que o Estado de Direito possui ambas as acepções:

[...] o poder judicial de apurar e punir os crimes é, por certo, *sub lege* tanto quanto o poder legislativo de defini-los é exercido *per leges*; e o poder legislativo é exercido *per leges* enquanto, por seu turno, está *sub leges*, isto é, está prescrita pela lei constitucional a reserva de lei geral e abstrata em matéria penal.²⁷

O autor não se limita, porém, a uma concepção meramente formal da limitação legal da atuação do Estado, próprio de um “Estado legal”. Além da vinculação legal/formal da atuação estatal (resultado do princípio da legalidade, apontado por Santiago Mir Puig como imposição do Estado de Direito,²⁸ sendo a fonte da legitimação formal do poder), concebe-se uma substancial vinculação dos poderes do Estado com a finalidade de garantia dos direitos fundamentais (fonte de legitimação substancial do poder).²⁹

Nesse mesmo sentido, destaca Norberto Bobbio, no tocante à limitação do poder estatal:

Costuma-se chamar de “constitucionalismo” à teoria e à prática dos limites do poder: pois bem, o constitucionalismo encontra a sua plena expressão nas constituições que estabelecem limites não só formais mas também materiais ao poder político, bem representados pela barreira que os direitos fundamentais, uma vez reconhecidos e juridicamente protegidos, erguem contra a pretensão e a presunção do detentor do poder soberano de submeter à regulamentação todas as ações dos indivíduos e dos grupos.³⁰

Alguns dos princípios inerentes a esse Estado de Direito são elencados por J. J. Gomes Canotilho, quais sejam os princípios da legalidade da administração, da segurança jurídica e da proteção da confiança dos cidadãos, da proibição do excesso, da proteção jurídica e das garantias processuais.³¹

Também nesse sentido, Ernesto Benda estabelece, como elementos essenciais do Estado de Direito, a segurança jurídica, a constituição como norma suprema,³² a vinculação jurídica dos poderes públicos à lei e ao Direito, a divisão dos poderes, a proteção dos direitos fundamentais e a proteção da confiança jurídica.³³

Já especificamente no âmbito do Direito Penal, Enrique Bacigalupo aponta como princípios penais referentes ao Estado de Direito aqueles relacionados à previsibilidade da ação repressiva pelo cidadão e à limitação dessa atuação repressiva estatal, elementos representados pelo princípio da legalidade, pelo princípio da culpabilidade, pelo princípio da proporcionalidade e pela proibição de *bis in idem*.³⁴

Percebe-se, nesse caso, a configuração de critérios materiais a fundamentar os limites e a atuação do Direito Penal em um Estado de Direito. A concepção material do Estado de Direito, aliás, é referida por Hans-Heinrich Jescheck e Thomas Weigend como sendo o indicativo de como o Direito Penal deve ser configurado para que corresponda à figura ideal de Estado justo. Para tanto, os

autores recorrem a balizas como o respeito à dignidade da pessoa, a vinculação da atuação penal à necessidade político-criminal, a proibição de excesso ou o princípio da proporcionalidade, bem como o princípio da igualdade.³⁵

Dessa forma, em um Estado de Direito, outro Direito Penal não pode haver que não um de caráter garantista. As garantias penais e processuais penais são o próprio Estado de Direito, na contenção do poder desmedido e do Estado de polícia.³⁶

3 O DIREITO PENAL DO INIMIGO: QUEBRA DO ESTADO DE DIREITO E NORMALIZAÇÃO DO ESTADO DE EXCEÇÃO

No campo político-criminal, verificou-se, nas últimas décadas, uma transição de debates abolicionistas e reducionistas a discursos expansivos do poder punitivo estatal.³⁷

Diversos são os fatores que propulsionam esse movimento expansivo do Direito Penal na atual sociedade. Dentre eles, Jesús-María Silva-Sánchez aponta o surgimento de novos riscos e interesses passíveis de tutela (novos bens jurídicos), a sensação generalizada de insegurança presente nesse modelo de configuração social (muito relacionado com a atuação dos meios de comunicação), a identificação da maioria da sociedade com a vítima do delito e a falta de preocupação com o delinquente,³⁸ entre outros motivos.³⁹

Abordando especificamente a atuação da mídia, José Luis Díez Ripollés concebe o atual contexto social como um excelente mercado para notícias que causam impacto social, revolta e insegurança.⁴⁰ Nesse sentido, a atual sociedade é, por vezes, qualificada como a “sociedade da insegurança sentida”, o que se origina especialmente em razão da revolução dos meios de comunicação e da dificuldade em se obter informações confiáveis.⁴¹

Com isso, desenvolve-se um anseio social pelo fortalecimento do sentimento de segurança. Como contrapartida, alguns programas de intervenção penal não objetivam propriamente o tratamento do problema da violência, mas se destinam a controlar os sentimentos sociais, passando a imagem à população de que medidas estão sendo tomadas em seu benefício.⁴²

O recurso ao Direito Penal surge, então, como medida instantânea de controle das insatisfações da sociedade no tocante à insegurança, desenvolvendo o que se designou como “Direito Penal simbólico”,⁴³ apontado por Winfried Hassemer como um dos fenômenos da crise do Direito Penal.⁴⁴ Assim, ao procurar se eximir de tarefas próprias de um agente social de bem-estar, o Estado se utiliza apenas de seu aparato repressivo na condução do tratamento do delito.⁴⁵

Com essa tendência à expansão do âmbito de atuação do Direito Penal, verifica-se, por exemplo, um processo de flexibilização dos critérios de imputação e das garantias penais e processuais penais,⁴⁶ características inerentes ao Estado de Direito.⁴⁷ Eugênio Raul Zaffaroni aponta como alguns dos efeitos da raciona-

lidade expansiva do Direito Penal a antecipação das barreiras punitivas aos atos preparatórios, a desproporção das consequências jurídicas, a flexibilização das garantias processuais, a instituição do Direito Penal do autor, a disseminação de tipos penais de perigo abstrato, entre outras características.⁴⁸

O destaque do caráter expansionista do Direito Penal moderno e a maior parte das características mencionadas acima são encontradas na teoria denominada “Direito Penal do inimigo”, defendida e desenvolvida por Günther Jakobs, teoria na qual esse autor realiza a distinção entre pessoas com os *status* de “cidadão” e de “inimigo”, cada qual titular de uma forma peculiar de aplicação do Direito Penal. Para o primeiro (cidadão), todas as garantias do Direito são asseguradas e é preservado o seu *status* de titular de direitos, pois permanece ele sendo considerado um membro da sociedade. Ao inimigo, contudo, são subtraídos direitos e garantias, aplicando-se um Direito Penal distinto, marcado por uma atuação rigorosa, destinada à inocuidade do indivíduo, considerado já um inimigo do Estado.⁴⁹

Esse modelo de Direito Penal, voltado ao inimigo, possui características presentes em um verdadeiro Estado de Exceção, incompatível com o modelo de Estado de Direito. O Direito Penal do inimigo, acima de tudo, caracteriza-se pela transposição, pelo Estado, dos limites impostos a si no exercício do poder punitivo, configurando-se uma prática marcadamente excepcional da punição.

O Estado de Exceção, nesse aspecto, é considerado como a capacidade que se reserva o Estado de ampliação da violência estatal com a suspensão ou, até mesmo, violação da lei, o que pode ocorrer, por exemplo, em “estados de sítio” ou “estados de emergência”. Apesar dessa identificação do Estado de Exceção com as situações pontuais e transitórias mencionadas, nem sempre ele se verifica em momentos excepcionais de perigo à ordem estabelecida. Atualmente, pode-se constatar a presença do Estado de Exceção como “norma” de tratamento de partes específicas da sociedade, como, nos exemplos oferecidos por Pilar Calveiro, os grupos indígenas, os acusados de terrorismo ou de tráfico de drogas etc.,⁵⁰ destacando-se o terrorismo como principal fenômeno propulsor da teoria do Direito Penal do inimigo, verdadeiro Direito Penal excepcional tendente a tornar-se permanente.

Citando um exemplo de Estado de Exceção permanente, Giorgio Agamben aponta o período do Terceiro Reich alemão, no qual Adolf Hitler promulgou, assim que tomou o poder do Estado alemão, o “Decreto para a proteção do povo e do Estado”, suspendendo dispositivos da Constituição de Weimar referentes a liberdades individuais. A medida, a princípio transitória, não foi revogada, e esse Estado de Exceção perdurou por doze anos.⁵¹

Casos como esse constituem Estados de exceção que se ordinariam e se convertem em “exceção perpétua”,⁵² caracterizando-se pela prática da atribuição a parte da sociedade do *status* de excluídos, aqueles que não possuem bens e tutela do Direito ou que, os possuindo, podem ser despojados deles (inclusive da própria vida), classificados por Pilar Calveiro de “prescindíveis-perigosos”.⁵³

Portanto, junto dos limites da atuação do poder estatal (característicos do Estado de Direito), encontram-se espaços de exceção nos quais a proteção legal resta suspensa para dar lugar a diferentes intensidades e formas de violência estatal, legitimadas pela criação de figuras como a de “combatentes inimigos”, os quais devem ser enfrentados em nome da segurança nacional.⁵⁴

Como exemplo desse espaço de exceção Giorgio Agamben menciona o *USA Patriot Act*, promulgado pelo Senado estadunidense, cuja inovação “[...] está em anular radicalmente todo estatuto jurídico do indivíduo, produzindo, dessa forma, um ser juridicamente inominável e inclassificável”.⁵⁵

Nesse sistema de exceção, destacam-se as legislações marcadas pelos ideários de segurança nacional ou segurança cidadã, qualificações que Francisco Muñoz Conde entende serem próprias de Estados autoritários, utilizadas como pretexto para a restrição de direitos fundamentais, declarada essa restrição como necessária para uma maior proteção da paz social.⁵⁶

Dessa forma, a prática da exceção conduz a uma involução no ordenamento punitivo, promovendo a adoção de práticas e institutos penais ultrapassados e incompatíveis com o sistema penal vigente em um Estado de Direito.⁵⁷

No caso do Direito Penal do inimigo, concebe-se um verdadeiro Direito Penal de exceção, caracterizado por Luigi Ferrajoli em dois aspectos: “[...] a legislação de exceção em relação à Constituição e, portanto, a mutação legal das regras do jogo; a jurisdição de exceção, por sua vez degradada em relação à mesma legalidade alterada.”⁵⁸

Pode-se perceber que o Estado de Direito dificilmente admite distinções como a proposta por Günther Jakobs, que criam sujeitos com distintos níveis de respeito e proteção jurídicos, pois as garantias fundamentais próprias do Direito Penal e Direito Processual Penal são irrenunciáveis nesse modelo de Estado de Direito.⁵⁹

Nesse sentido, Francisco Muñoz Conde identifica o Direito Penal do inimigo como um tipo de Direito Penal excepcional violador de princípios próprios do Estado de Direito, como o da legalidade, da proporcionalidade, da culpabilidade e, principalmente, de princípios processuais como o da presunção de inocência e do devido processo legal.⁶⁰

Nesse Direito Penal do inimigo, a lógica do Estado de Direito é sacrificada em prol de medidas destinadas à proteção do Estado a todo custo, não mais havendo a limitação da atuação estatal pelas regras jurídicas ordinárias, ou seja, nos moldes do Direito Penal do inimigo, tem-se um puro Direito de Estado, no qual os interesses do Estado sujeitam do próprio Direito.⁶¹ Nesse sentido, o Direito é o que convém ao Estado em dado momento, sendo o pior possível para seus inimigos.⁶²

Essa “razão de Estado” concebe o próprio Estado como fim, subordinando os meios a serem utilizados (indeterminados e não reguláveis) aos fins políticos.

Nesse caso, os meios jurídicos disponíveis à perseguição dos fins políticos são flexíveis, manipuláveis pelo arbítrio do titular do poder estatal. Ao contrário, o “Estado de direito” surge como teoria voltada à priorização da subordinação dos fins políticos ao respeito aos meios jurídicos disponíveis para tanto, vinculados à limitação legal. Não mais como próprio *fin* fundado em si mesmo, o Estado passa a ser *meio* fundado na tutela de direitos fundamentais das pessoas e sujeito a regras constitucionais rígidas.⁶³

Nesse embate entre “razão de Estado” e “Estado de Direito”, a primeira se apresenta com uma força de legitimação política até mesmo maior do que nos Estados absolutos ou totalitários, conforme entendimento de Luigi Ferrajoli,

[...] seja porque o Estado que a tutela é o Estado valorado como “democrático” ou “constitucional” ou “de direito”, seja porque a mutação dos meios legais é apresentada não já como praxe ordinária de governo, mas como medida excepcional para afrontar o risco da sua eversão. Mas é claro que a contradição se dá em termos: a ruptura das regras do jogo se dá, de fato, neste caso, invocando a tutela das mesmas regras do jogo; O Estado de direito é defendido mediante sua negação.⁶⁴

Há, então, uma mutação da fonte de legitimação externa do Direito Penal, passando essa função (de legitimar o Direito Penal) a ser exercida não mais pelas regras do Estado de Direito, com seus vínculos garantistas, mas pela razão de Estado e sua supremacia ao objetivo de luta contra a criminalidade.⁶⁵

Nesse caminhar, a ânsia de combate ao crime em um Estado de Direito torna possível a implementação de medidas excepcionais, contrárias ao próprio Estado de Direito ao qual visa proteger, instituindo-se um verdadeiro Estado de exceção permanente em relação a determinados tipos de delitos ou a determinadas classes de pessoas, como ocorre, por exemplo, com o delito de terrorismo (ou com o estereótipo “sujeito terrorista”).

Dessa forma, O Direito Penal do inimigo representa um típico Direito de exceção, violador de princípios inerentes ao Estado de Direito e, por isso, inaplicável nesse modelo de Estado, mesmo que sob o pretexto de sua conservação.

4 CONCLUSÃO

Analisando a aplicação do Direito Penal do inimigo aos atos de terrorismo, Francisco Muñoz Conde se questiona, como forma de crítica à normalização da exceção e o risco de que isso alimente novas práticas excepcionais no Direito Penal:

¿Qué pasaría si después de convertirse este Derecho penal del enemigo en realidad habitual y corriente en nuestras democracias, siguen cometándose o incluso se incrementan las acciones terroristas y las respuestas también terroristas del Estado a las mismas? ¿Se reintroducirá la tortura como medio de investigación? ¿se abrirán campos de concentración para los enemigos? ¿se admitirá la

detención policial, sin intervención judicial? ¿se generalizará la aplicación de la pena de muerte y se encargarán de ello Tribunales militares de excepción?⁶⁶

O questionamento de Francisco Muñoz Conde reflete um caminho possível decorrente da introdução do Direito penal excepcional do inimigo no Estado de Direito, com a regularização da exceção e a introdução posterior de medidas ainda mais rigorosas.

Concebendo-se os princípios básicos inerentes ao Estado de Direito e a sua irrenunciabilidade, tem-se que, em matéria penal, esse modelo de Estado não concebe a possibilidade de instituição da distinção de tratamento “amigo/inimigo” proposta por Günther Jakobs, distinção marcada por uma razão de Estado, apenas se admitindo o tratamento “inocente/culpado”. Exceções às regras no Estado de Direito devem ser concebidas sempre como antijurídicas.⁶⁷

Portanto, delimitadas as balizas do Estado de Direito, com as limitações ao exercício do poder punitivo estatal e a obrigatoriedade de preservação dos direitos fundamentais, o Estado de Exceção, representado pelo Direito Penal do inimigo, deve ser tomado como incompatível em quaisquer circunstâncias com o modelo de Estado de Direito.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

ÁLVAREZ CONDE, Enrique. **Curso de Derecho Constitucional: el estado constitucional, el sistema de fuentes, los derechos y libertades**. 3. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1999. v. 1.

BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal y el Estado de Derecho**. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005.

BENDA, Ernesto. El Estado social de Derecho. In: BENDA, Ernesto et al. (Org.). **Manual de Derecho Constitucional**. Tradução de Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 487-559.

BIANCHI, Alberto B. **Dinámica del Estado de Derecho: la seguridad jurídica ante las emergencias**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1996.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Tradução de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2000.

CADEMARTORI, Sergio. **Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista**. 2. ed. Campinas, SP: Millennium Editora, 2006.

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CALVEIRO, Pilar. Estado, Estado de excepción y violencia. **Revista de Ciencias Sociales**. Montevideu, n. 24, ano XXI, p. 95-100, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Expansión del derecho penal y garantías constitucionales. **Revista de Derechos Fundamentales**, Chile, n. 8, p. 45-76, 2012.

COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução história. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de Direito**. História, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 95-198.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **La política criminal en la encrucijada**. Buenos Aires: B de F, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal**: fundamentos, estrutura, política. Organização e revisão de Carlos Eduardo de Oliveira. Tradução de Adriana Beckman Meirelles et al. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Estado de Direito. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do Direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 288-291.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. 7. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco. La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el derecho penal del enemigo. **Revista Ciencia Jurídica**, Chile, n. 1, ano 1, p. 113-142, 2011.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. **La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho penal postmoderno**. Madrid: Editora Iustel, 2007.

RUFFÌA, Paolo Biscaretti di. **Introducción al derecho constitucional comparado**. Las “formas de Estado” y las “formas de gobierno”. Las Constituciones modernas. Tradução de Héctor Fix-Zamudio. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Trad. De Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de Direito**. História, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 3-94.

-
- 1 O presente artigo apresenta em seu conteúdo os resultados parciais do desenvolvimento do projeto de pesquisa intitulado “Um discurso sobre o Direito Penal de exceção: a luta contra o terrorista”, com fomento do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq, aprovado na Chamada Universal 14/2012.
 - 2 SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.
 - 3 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 789. No mesmo sentido: ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de Direito**. História, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 8.
 - 4 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 93.
 - 5 BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Tradução de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2000. p. 19.
 - 6 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 96-97.
 - 7 BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Tradução de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2000. p. 19-20.
 - 8 É essa uma possível resposta ao questionamento histórico retomado por Norberto Bobbio a respeito da relação entre poder e direito: “É melhor o governo das leis ou o governo dos homens?” (BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 95-96).
 - 9 BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Tradução de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2000. p. 23.
 - 10 *Ibid.*, p. 22.
 - 11 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 97.
 - 12 ÁLVAREZ CONDE, Enrique. **Curso de Derecho Constitucional**: el estado constitucional, el sistema de fuentes, los derechos y libertades. 3. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1999. v. 1. p. 93.
 - 13 CADEMARTORI, Sergio. **Estado de Direito e Legitimidade**: uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas: Millennium Editora, 2006. p. 209-210.
 - 14 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 98.
 - 15 BIANCHI, Alberto B. **Dinámica del Estado de Derecho**: la seguridad jurídica ante las emergencias. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1996. p. 81.
 - 16 ÁLVAREZ CONDE, Enrique. **Curso de Derecho Constitucional**: el estado constitucional, el sistema de fuentes, los derechos y libertades. 3. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1999. v. 1. p. 109-110.
 - 17 LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Estado de Direito. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do Direito**. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2006. p. 291.

- 18 BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Tradução de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2000. p. 35-40.
- 19 CADEMARTORI, Sergio. **Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista**. 2. ed. Campinas: Millennium Editora, 2006. p. 210.
- 20 BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Tradução de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2000. p. 40.
- 21 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 244.
- 22 BENDA, Ernesto. El Estado social de Derecho. In: BENDA, Ernesto et al. (Org.). **Manual de Derecho Constitucional**. Tradução de Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 490-491.
- 23 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 43.
- 24 ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de Direito**. História, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 5.
- 25 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 789.
- 26 CADEMARTORI, Sergio. **Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista**. 2. ed. Campinas: Millennium Editora, 2006. p. 11-13.
- 27 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 789.
- 28 MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal: parte general**. 7. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2005. p. 113.
- 29 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 790.
- 30 BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 101.
- 31 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 256-278.
- 32 Na mesma linha defendida por Paolo Biscaretti di Ruffia, para quem o Estado de Direito é caracterizado pela limitação eficaz da atividade governamental por meio de constituições escritas, normalmente classificadas como rígidas, em razão da criação de procedimentos mais complexos para sua alteração. (RUFFIA, Paolo Biscaretti di. **Introducción al derecho constitucional comparado**. Las “formas de Estado” y las “formas de gobierno”. Las Constituciones modernas. Tradução de Héctor Fix-Zamudio. México: Fondo de Cultura Económica, 1996. p. 114-115).
- 33 BENDA, Ernesto. El Estado social de Derecho. In: BENDA, Ernesto et al. (Org.). **Manual de Derecho Constitucional**. Tradução de Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 493-509.
- 34 BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal y el Estado de Derecho**. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005. p. 104.
- 35 JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal: parte general**. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 28-29.
- 36 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Trad. De Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 173.
- 37 *Ibid.*, p. 13.
- 38 O que levou Mirentxu Corcoy Bidasolo a referir a deformação do princípio *in dubio pro reo*, que, para o autor, se manifesta atualmente com ares de *in dubio pro victima*. (CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Expansión del derecho penal y garantías constitucionales. **Revista de Derechos Fundamentales**, Chile, n. 8, p. 46, 2012).
- 39 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001. p. 25-73.
- 40 Díez Ripollés, José Luis. **La política criminal en la encrucijada**. Buenos Aires: B de F, 2007. p. 108.
- 41 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001. p. 33.
- 42 Díez Ripollés, José Luis. **La política criminal en la encrucijada**. Buenos Aires: B de F, 2007. p. 76.

- 43 Entende-se por Direito Penal simbólico a diferença entre as funções as quais a norma penal se declara cumprir e aquelas as quais realmente cumpre, ou seja, conquanto o Direito Penal seja utilizado com a imagem de combate ao crime e como medida de incremento da segurança social (função manifesta ou declarada), apenas se presta (ou se presta predominantemente) ao controle dos sentimentos sociais de insegurança, produzindo momentaneamente uma sensação de segurança (função latente). (HASSEMER, Winfried. **Direito penal**: fundamentos, estrutura, política. Organização e revisão de Carlos Eduardo de Oliveira. Tradução de Adriana Beckman Meirelles et al. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 220-221).
- 44 HASSEMER, Winfried. **Direito penal**: fundamentos, estrutura, política. Organização e revisão de Carlos Eduardo de Oliveira. Tradução de Adriana Beckman Meirelles et al. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 222.
- 45 CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 29.
- 46 PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. **La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho penal post-moderno**. Madrid: Editora Iustel, 2007. p. 308.
- 47 BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal y el Estado de Derecho**. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005. p. 104.
- 48 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 14.
- 49 JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- 50 CALVEIRO, Pilar. Estado, Estado de excepción y violencia. **Revista de Ciencias Sociales**, Montevideú, n. 24, ano XXI, p. 96-97, 2008.
- 51 AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 12-13.
- 52 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 14.
- 53 CALVEIRO, Pilar. Estado, Estado de excepción y violencia. **Revista de Ciencias Sociales**, Montevideú, n. 24, ano XXI, p. 97, 2008.
- 54 *Ibid.*, p. 98.
- 55 AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 12-14.
- 56 MUÑOZ CONDE, Francisco. La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el derecho penal del enemigo. **Revista Ciencia Jurídica**, Chile, n. 1, ano 1, p. 115, 2011.
- 57 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 746.
- 58 *Ibid.*, p. 747.
- 59 MUÑOZ CONDE, Francisco. La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el derecho penal del enemigo. **Revista Ciencia Jurídica**, Chile, ano 1, n. 1, p. 134, 2011.
- 60 *Ibid.*, p. 127.
- 61 Adverte-se, com Francisco Muñoz Conde, que não se sabe se Günther Jakobs, defensor do Direito Penal do inimigo, concordaria com um Direito Penal fundamentado unicamente em uma razão de Estado. Contudo, é possível se chegar à defesa da razão de Estado como fundamentação do Direito Penal se utilizando da lógica de distinção entre cidadão e inimigo. (MUÑOZ CONDE, Francisco. La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el derecho penal del enemigo. **Revista Ciencia Jurídica**, Chile, ano 1, n. 1, p. 135, 2011).
- 62 MUÑOZ CONDE, Francisco. La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el derecho penal del enemigo. **Revista Ciencia Jurídica**, Chile, ano 1, n. 1, p. 134, 2011.
- 63 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 753.
- 64 *Ibid.*, p. 753.
- 65 *Ibid.*, p. 754.

- 66 MUÑOZ CONDE, Francisco. La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el derecho penal del enemigo. *Revista Ciencia Jurídica*, Chile, ano 1, n. 1, p. 139, 2011.
- 67 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 767.

THE CRIMINAL LAW OF THE ENEMY AS AN EXCEPTION TO THE RULE OF LAW: THE STATE OF EMERGENCY AS THE ORDINARY SCENARIO

ABSTRACT

Rule of Law is considered as a barrier – not only formal, but also material - to the exercise of the powers of the State, as a real protection of the rights and guarantees of citizens. In Criminal Law, this barrier is even more important, given the danger of excesses in the application of the punitive power of the State. However, some doctrinal proposals are considered to possibly be in contradiction with the logic of creating barriers to the exercise of the power of the Rule of Law, for instance, the Criminal Law of the Enemy. Therefore, this paper aims at developing the basic principles of the Rule of Law, comparing it to the State of emergency, concluding on the incompatibility of the Criminal Law of the Enemy with such State model. For this purpose, the article makes use of bibliographic research to develop each of the topics to be examined. At the end, it is possible conclude that the Criminal Law of the enemy is an exception incompatible with the Rule of Law.

Keywords: Rule of Law. State of emergency. Criminal Law of the Enemy.

Submetido: 17 fev. 2016
Artigo convidado.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITO À INFORMAÇÃO: OS LIMITES DA ATIVIDADE JORNALÍSTICA SOB A ÓTICA DO STF E DO STJ

Andressa de Bittencourt Vieira Dantas*
Camila Figueiredo Oliveira Gonçalves**

1 Introdução. 2 Limites éticos e legais da atividade jornalística. 2.1 Responsabilidade civil. 2.2 Responsabilidade penal. 2.3 Direito de resposta. 3 A atividade jornalística sob a ótica dos tribunais superiores. 3.1 Colisão de direitos fundamentais. 3.2 Análise jurisprudencial. 3.2.1 Jornalismo em pauta: o mérito da questão. 4 Conclusões. Referências.

RESUMO

Liberdade de expressão e direito à informação são os direitos fundamentais que balizam a atividade jornalística. Por seu caráter relativo, no entanto, podem entrar em rota de colisão com outros direitos, como a honra, a imagem e a privacidade. Este trabalho tem como objetivos, portanto, explicitar os limites éticos legais e as responsabilidades jurídicas atribuíveis a jornalistas e veículos de comunicação em razão do exercício profissional; estudar a regra da proporcionalidade como método de resolução de conflitos entre direitos fundamentais; analisar o entendimento jurisprudencial dos tribunais superiores acerca do conflito entre liberdade de expressão e direito à informação *versus* outros direitos fundamentais e como tais princípios têm sido relativizados. Dessa forma, são analisadas 41 decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça no período entre 30/04/2009 e 30/04/2015, com o intuito de esclarecer quais dos direitos em conflito têm ou não prevalecido nos casos concretos, buscando chegar a uma

* Graduada em Jornalismo pela Universidade Federal do Ceará - UFC; Graduada em Direito pelo Centro Universitário Christus - UNICHRISTUS. Advogada. E-mail: <andressa-bitten@gmail.com>.

** Mestre em Direito Constitucional nas Relações Privadas pela Universidade de Fortaleza (Bolsista Funcap e PROSUP/Capes) (2014). Especialista em Direito Público (2013). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará com distinção acadêmica - Magna Com Laude (2012). Atualmente é Coordenadora de Atividades Complementares e Professora de Direito Civil do Centro Universitário Christus - Unichristus. Tem experiência na área de Direito Civil, atuando, principalmente, nos seguintes temas: Teoria Geral do Direito Privado, Biodireito, Direitos da Personalidade, Responsabilidade Civil, Direito de Família, Direito das Sucessões, Direito Contratual e Direito das Coisas. E-mail: <camilafogoncalves@gmail.com>.

resposta o mais fidedigna possível quanto aos reais limites da atuação jornalística e compreender se o que tem sido julgado tem criado precedentes. A pesquisa é feita de forma quali-quantitativa, descritiva e indutiva. O trabalho justifica-se pelo ineditismo da abordagem da temática e pela carência de estudos acadêmicos que tratem do embate entre liberdade de expressão e direito à informação *versus* outros direitos fundamentais pelo viés empírico. Os resultados buscam auxiliar a reflexão acerca do exercício midiático, avaliando de que forma a atividade jornalística pode servir à sociedade sem cometer atos ilícitos ou abusar de seus direitos balizadores.

Palavras-chave: Liberdade de Expressão. Direito à Informação. Colisão de Direitos Fundamentais. Jurisprudência. Tribunais Superiores.

1 INTRODUÇÃO

A atividade jornalística é balizada por dois importantes direitos fundamentais: a liberdade de expressão e o direito à informação. Tais direitos estão previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que, em seu artigo XIX, garante a todo homem a liberdade de opinião e expressão, incluindo a liberdade de “sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”¹.

Os citados direitos fundamentais também são garantidos pela Constituição Federal de 1988. Como direito inerente à pessoa humana, a liberdade de expressão faz parte do conjunto dos direitos e deveres individuais e coletivos, expresso nos artigos 5º, IV, VIII, IX, e 220, §2º, que garantem a livre manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação; a liberdade de crença religiosa, convicção filosófica ou política; e a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de licença ou censura de natureza política, ideológica e artística.

O direito à informação, por sua vez, faz parte da quarta dimensão dos direitos fundamentais, na definição de Bonavides,² ao lado da democracia e do pluralismo, isto é, ultrapassa o âmbito individual e passa a ter caráter coletivo. Está previsto no art. 5º da Constituição vigente, nos incisos XIV, XXXIII e XXXIV, b, e 220, § 1º, que asseguram o acesso à informação e o resguardo ao sigilo da fonte; o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral; a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal; e a vedação do embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social.

No plano infraconstitucional, a Lei 12.527/11 dispõe sobre o acesso à informação, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da

Costa Rica) – promulgada pelo Decreto nº 678/92 – determina, em seu artigo 13, ser direito de toda pessoa a “liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha”³.

Liberdade de expressão e direito à informação, portanto, direcionam a atividade jornalística para seus objetivos: informar, orientar e proporcionar uma sociedade mais democrática. Contudo, em razão do caráter relativo dos direitos fundamentais, podem entrar em rota de colisão com outros direitos, como a honra, a imagem e a vida privada. Diante do conflito entre prerrogativas constitucionais de importância equivalente, o juiz deve lançar mão da regra da proporcionalidade, a fim de limitar o exercício de um ou de ambos os direitos.

Ademais, é importante notar que, ao passo que tem sua atividade balizada por direitos constitucionalmente previstos, o jornalismo também cumpre um dever – ou, como diriam os pesquisadores da comunicação, exerce uma função em prol da sociedade.

A imprensa livre, como instituição protegida, na sua função informativa, possui um direito-dever, tradicionalmente atribuído aos jornalistas. Assim, tem a prerrogativa de investigar, tratar e transmitir material de interesse público, mas também de informar adequadamente.⁴

Dessa forma, os profissionais da mídia, quando realizam uma investigação jornalística, não podem abusar do direito de informar, mas se utilizar dele – enquanto dever, no sentido deontológico do termo – com vistas à concretização da função social que o jornalismo se propõe a ter.

Cumpra, então, questionar: se a liberdade de expressão e o direito à informação não são direitos absolutos, de que forma o exercício desses direitos é restringido diante da colisão com outros direitos fundamentais? Como se manifestam os limites do exercício midiático para os jornalistas e os veículos de comunicação? E, por fim, qual tem sido a posição dos tribunais superiores nos julgados que envolvem liberdade de expressão e direito à informação *versus* outros direitos fundamentais?

Com o fito de buscar respostas a esses questionamentos, esta pesquisa tem como objetivos: explicitar os limites éticos legais e as responsabilidades jurídicas atribuíveis aos jornalistas e aos veículos de comunicação em razão do exercício profissional; estudar a regra da proporcionalidade – e suas três sub-regras – como método de resolução de conflitos entre direitos fundamentais; analisar o entendimento jurisprudencial dos tribunais superiores acerca do conflito entre liberdade de expressão e direito à informação *versus* outros direitos fundamentais e como tais princípios têm sido relativizados.

O trabalho é feito de forma quali-quantitativa, descritiva e indutiva. São analisadas 41 decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça no período entre 30 de abril de 2009 (data da não recepção

da Lei de Imprensa – Lei nº 5.250/67 – pela ADPF 130) e 30 de abril de 2015, com o intuito de esclarecer quais dos direitos em conflito têm ou não prevalecido nos casos concretos, buscando chegar a uma resposta o mais fidedigna possível quanto aos reais limites da atuação jornalística e compreender se o que tem sido julgado desde 2009 tem criado precedentes, ou seja, fortalecido a previsibilidade das decisões.

A pesquisa justifica-se pelo ineditismo da abordagem da temática e pela carência de estudos acadêmicos que tratem do embate entre liberdade de expressão e direito à informação *versus* outros direitos fundamentais pelo viés empírico. Os resultados encontrados, embora não generalizáveis, auxiliam na reflexão acerca do exercício midiático: até que ponto os profissionais da mídia podem ultrapassar as barreiras legais em nome do interesse público? Os fins justificam os meios? De que forma a atividade jornalística pode servir à sociedade sem cometer atos ilícitos ou abusar da liberdade de expressão e do direito à informação?

2 LIMITES ÉTICOS E LEGAIS DA ATIVIDADE JORNALÍSTICA

Liberdade de expressão e direito à informação são os direitos fundamentais que balizam a atividade jornalística. Embora a efetivação desses direitos esteja garantida pela Constituição Federal de 1988, pela Lei 12.527/11 e pelo Decreto nº 678/92, o modo de atuação e os meios permitidos ou proibidos ao exercício midiático estão mais bem disciplinados no Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros, de 2007, que é o único parâmetro profissional vigente desde a não recepção da Lei de Imprensa (Lei 5.250/67) pela ADPF 130, em abril de 2009. Entretanto, o Código não tem força de lei, apenas servindo para levar à frente a reflexão acerca das formas de realização e abordagem de reportagens, uma vez que os métodos utilizados pelos profissionais podem gerar excessos passíveis de sanções legais.

Assim ocorre, por exemplo, quando os jornalistas lançam mão de identidades falsas, câmeras escondidas ou microfones ocultos para obter informações, o que é expressamente vedado pelo Código de Ética (art. 11, III), “salvo em casos de incontestável interesse público e quando esgotadas todas as outras possibilidades de apuração”.⁵

Esses instrumentos não são dificilmente encontrados em procedimentos de investigação jornalística. No entanto, cabe às normas jurídicas gerais – e não ao Código de Ética – tratar das punições no caso de alguma das condutas praticadas por jornalistas configurar ilícito civil ou penal por violar direitos, como a honra, a imagem, a intimidade, entre outros.

2.1 Responsabilidade civil

Não é incomum jornalistas e veículos de comunicação serem acionados judicialmente para responder pelo exercício da profissão. Quando há excesso

midiático, ou seja, quando a imprensa atua além dos limites éticos e/ou legais, ferindo direitos de outrem, a vítima pode buscar a reparação pelos danos que lhe foram causados, conforme determina a Constituição Federal de 1988 (art. 5º, V e X), o Código Civil de 2002 (arts. 20, 186 e 927) e o Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros (art. 6º, inciso VIII).⁶

Situações assim ocorrem porque, além da liberdade de expressão e do direito à informação, também são considerados direitos fundamentais a vida privada, a honra, a intimidade e a imagem do cidadão, que podem ser alguns dos direitos violados pelo exercício irregular do jornalismo.

No âmbito civil, via de regra, a responsabilidade da imprensa é a subjetiva,⁷ exigindo a existência de dolo ou culpa quando do cometimento do ilícito, podendo ser imputada tanto ao jornalista quanto ao veículo de comunicação, conforme disposto na Súmula 221 do STJ. Ela segue, portanto, os requisitos exigidos pelo artigo 186 do Código Civil: haver ação ou omissão voluntária, dolo ou culpa, violação de direito, danos (ainda que exclusivamente moral) e nexo causal entre a conduta e o resultado.

Em suma, o excesso midiático pode atingir uma gama de direitos fundamentais e da personalidade, fazendo que o ofendido possa buscar a reparação pelos danos causados pela imprensa. A responsabilidade civil dos jornalistas e dos meios de comunicação se dá, prioritariamente, por meio das ações de reparação de danos, tanto morais quanto materiais.⁸

A indenização por danos morais é cabível quando a violação a direito ofende a integridade e a moral do ser humano,⁹ embora também possa resultar em prejuízo ao patrimônio. É violação que atinge a dignidade humana, cujo conceito jurídico, segundo Moraes, seria composto por quatro fundamentos: o direito à igualdade (formal e substancial); a tutela da integridade psicofísica (completo bem estar psicofísico e social); o direito à liberdade (consubstanciada, enquanto liberdade individual, no poder de realizar as próprias escolhas individuais sem interferências, numa perspectiva de privacidade, de intimidade, de vida privada); o direito-dever de solidariedade (conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, sem excluídos ou marginalizados, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa).¹⁰ Na concepção da autora, “todas as situações graves o bastante para gerar a reparação por dano moral devem poder ser reconduzidas a pelo menos um desses quatro princípios”.¹¹ A indenização por danos materiais, por sua vez, é cabível quando há a ofensa ao patrimônio material ou imaterial da vítima. Desdobra-se em danos emergentes e lucros cessantes, assim definidos por Dias:

Os efeitos do ato danoso incidem no patrimônio atual, cuja diminuição ele acarreta. Pode suceder, contudo, que esses efeitos se produzam em relação ao futuro, impedindo ou diminuindo o benefício patrimonial a ser deferido à vítima. Ai estão identificados o dano positivo ou *damnum emergens* e o lucro frustrado ou *lucrum cessans*.¹²

Os danos materiais estão previstos no Código Civil, em seu artigo 402, determinando que “salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

A indenização, cumpre frisar, é uma forma de ressarcimento ou reparação do dano, mas, segundo alguns autores, como Dias, dificilmente alcança o *status quo ante*, sobretudo quando se trata do dano moral. A transformação em valor não significa a restituição da coisa ou da dignidade, quando se trata de ofensa aos direitos fundamentais aqui tratados.

2.2 Responsabilidade penal

A violação ao interesse privado pelo excesso midiático, além da reparação civil, enseja, a depender do caso, a responsabilidade penal, que se manifesta por meio das sanções criminais, muito embora haja autores que defendam que a sanção pelo excesso no exercício da liberdade de expressão se restrinja à esfera cível.¹³ Carvalho sintetiza: “conforme a natureza do interesse violado, varia o modo de reação do ordenamento jurídico”.¹⁴

A responsabilidade penal da imprensa era tutelada pela Lei 5.250/67, que trazia, além de capítulo tipificando as condutas que consistiam em abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e da informação, um capítulo específico elencando os responsáveis para arcar com os efeitos penais desses excessos.

Antes, a responsabilidade no âmbito penal era sucessiva, respondendo, em primeiro lugar, o autor do escrito ou da transmissão incriminada, ou, na ausência deste, o diretor ou redator-chefe do jornal ou da emissora de televisão, conforme determinava o artigo 37. Hoje, devido à responsabilização da pessoa jurídica ser exceção,¹⁵ manifestando-se apenas quanto aos crimes ambientais,¹⁶ somente os jornalistas e, de qualquer forma, colaboradores de veículos de comunicação (ex. colunistas, chargistas, editores) podem ser sancionados se houver a prática de crimes tipicamente previstos no Código Penal.

A responsabilidade penal dos profissionais da imprensa pode-se dar mediante dois tipos de conduta: uma tem a ver com o conteúdo do que é noticiado; a outra se relaciona com os métodos de obtenção das informações.

A primeira hipótese ocorre, sobretudo, quando os jornalistas cometem os crimes contra a honra, previstos no Código Penal sob a forma de calúnia, difamação e injúria (artigos 138 a 145). Já o segundo caso, em que o jornalista pode ser responsabilizado penalmente ocorre quando os métodos de obtenção das informações ferem a legalidade. Acontece, por exemplo, com a utilização da falsa identidade, prevista nos artigos 307 e 308 do Código Penal.

A norma é clara ao determinar que, para haver crime nesse último caso, é necessário que o agente tenha atribuído falsa identidade para si ou para terceiro

com o fito de obter vantagem em proveito próprio ou alheio ou para causar dano. É também considerado crime de falsa identidade quando o agente utiliza, como próprio, passaporte, título de eleitor, caderneta de reservista ou qualquer documento de identificação alheia ou cede a outrem, para que dele se utilize, documento dessa natureza, próprio ou de terceiro.

Outra hipótese que suscita discussões é a utilização de câmeras escondidas e grampos telefônicos. Diferentemente do que se possa imaginar, a escuta telefônica ou ambiental e a gravação clandestina não constituem, em regra, crimes. Tratam-se, nesse caso, de hipóteses permitidas pela lei, tendo em vista que “qualquer pessoa tem o direito de gravar a sua própria conversa, haja ou não conhecimento da parte de seu interlocutor. O que a lei penal veda, tornando ilícita a prova decorrente, é a divulgação da conversa sigilosa, sem justa causa”.¹⁷ No entanto, a utilização de qualquer desses métodos, quando fere a privacidade, constituem ilícitos passíveis de sanções. Trata-se, por exemplo, da interceptação telefônica (também conhecida como interceptação *stricto sensu* ou “grampo”) e da ambiental.¹⁸

É necessário esclarecer que a imputação de qualquer desses crimes a um jornalista deve levar em consideração o processo penal que, em primeiro lugar, analisa a conduta do agente a partir de sua intenção. Tanto a injúria, a difamação, a calúnia, a interceptação telefônica e o crime de falsa identidade são delitos dolosos.

Assim, é no processo judicial, em que se irá aferir se a conduta do jornalista, quando da prática de ilícitos no exercício da profissão, foi conduzida por uma vontade deliberada de causar dano a bem jurídico ou violar a norma positivada.

2.3 Direito de resposta

O direito de resposta é um direito potestativo, extrajudicial, contido no rol de direitos fundamentais e previsto no artigo 5º, inciso V, da Constituição vigente, que dispõe ser “assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

Durante quase sete anos, isto é, desde a não recepção da Lei de Imprensa, em abril de 2009, até novembro de 2015 – quando foi sancionada a Lei 13.188/15, que dispõe sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social –, esse direito foi regido unicamente pela Constituição de 1988, que não prevê detalhamento algum de como pode ser posto em prática, tendo restado à doutrina refletir sobre as possibilidades de concretização e gerando críticas por parte de pesquisadores como Bôaviagem:

O direito de resposta contava com tratamento bem delineado pela revogada Lei de Imprensa, quanto à titularidade, seu conteúdo, seus prazos, sua forma, e as sanções pelo seu não atendimento. A ausência da lei de regência traz um risco, pelo vácuo, e para o

qual alertou o Ministro Gilmar Mendes, qual seja o de habilitar o direito de resposta a construções as mais variadas, exóticas mesmo.¹⁹

A nova lei tem a pretensão de suprir tal vácuo normativo, estipulando novos prazos e condições para o exercício do direito de resposta: aquele que tiver a honra, a intimidade ou a reputação violada pode solicitar diretamente ao veículo de comunicação social, em até 60 dias a contar da publicação da matéria ofensiva ou inverídica, um pedido de retratação. O veículo tem até sete dias para conceder o espaço ao ofendido; caso contrário, o direito de resposta pode ser pleiteado em juízo. Se a decisão judicial for favorável à vítima, em até 10 dias deve ser veiculada a retificação ou resposta do ofendido, conforme as condições fixadas pelo juiz.²⁰

Dessa forma, o exercício do direito de resposta tem como pressuposto o agravo sofrido pelo ofendido – como determina o artigo 5º, inciso V, da CF/88 –, que pode ser interpretado como: (a) informação inverídica; (b) informação ofensiva, independentemente de sua veracidade; (c) apreciação injusta sobre uma pessoa ou coletividade. Oliveira, Falleiros e Mendes destacam que as três hipóteses devem ser consideradas necessariamente sob um ponto de vista objetivo e não do ponto de vista exclusivo do ofendido:

Esses três pressupostos fáticos (ou desdobramentos) englobam simultaneamente o direito individual de ser representado pela mídia da forma como alguém vê a si próprio e o direito metaindividual, cujo titular é toda a sociedade, à informação verdadeira. Além disso, esses pressupostos fáticos não prejudicam o exercício da liberdade de imprensa, uma vez que eles impedem o exercício do direito de resposta sempre que uma informação verdadeira é divulgada no interesse da sociedade ou quando uma crítica sobre uma pessoa ou coletividade não venha a causar desconforto algum, sob um ponto de vista objetivo.²¹

Chehab resume, portanto, o conceito de direito de resposta: “[...] é aquele que possui o ofendido de apresentar sua defesa, versão e argumentos no mesmo veículo de imprensa que o ofendeu, com o mesmo espaço ou horário e com idêntico destaque e sem qualquer custo por isso”.²² O ofendido tanto pode ser pessoa física, jurídica, órgão ou entidade pública.

Schreiber defende as formas não pecuniárias de reparação de danos em detrimento das indenizações, sob o argumento de que aquelas seriam mais eficazes quanto à reparação integral da vítima, enquanto estas, em razão de, muitas vezes, serem fixadas em patamares genéricos, seriam incapazes de desestimular abusos em massa:

A insuficiência da quantia é, não raro, sentida pela vítima como nova afronta à sua dignidade, corroborada pela postura “comercial” muitas vezes adotada, mesmo em salas de audiência, por ofensores habituais e seus prepostos. Daí a conveniência de aduzir ao pagamento medidas de retratação e de publicidade da reparação, que efetivamente compensam o desvalor moral sofrido pela vítima.²³

Diante desse quadro, não é difícil imaginar que o direito de resposta tenha sido menos utilizado em face das indenizações pecuniárias durante o período de vácuo normativo. No entanto, apenas analisando a jurisprudência pátria, será possível concluir como foram julgados os litígios envolvendo o exercício da imprensa entre 2009 e 2015 e, caso haja condenações em razão de violação a direitos fundamentais e da personalidade – como a honra, a imagem, a intimidade e a vida privada –, que condenações são essas: reparação de danos por meio de indenização pecuniária, retratação do jornalista e do veículo ou publicação da resposta dos ofendidos nos meios de comunicação?

3 A ATIVIDADE JORNALÍSTICA SOB A ÓTICA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

O jornalismo, quando se vale da liberdade de expressão e do direito à informação, pode ou não contribuir para o exercício da cidadania e da democracia. Porém, se a intimidade, a privacidade, a honra ou outros direitos constitucionalmente garantidos forem violados em nome de uma função social do jornalismo, é dever do juiz decidir qual desses direitos deve ter seu exercício restringido ou não.

Além disso, quando da busca pela concretização de um dever profissional, os jornalistas podem ultrapassar limites legais e, da mesma forma, violar direitos fundamentais, suscitando questões jurídicas e éticas que balizam a profissão.

Dessa forma, é necessário entender como a atividade midiática tem sido vista pelos tribunais superiores, isto é, diante do conflito entre a liberdade de expressão e o direito à informação em face de outros direitos fundamentais e da personalidade, em que medida o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm restringido o exercício de cada um desses direitos?

3.1 Colisão de direitos fundamentais

A Constituição Federal vigente alberga um rol de direitos fundamentais. Além do art. 5º, que prevê os direitos à igualdade, à liberdade, à propriedade, à intimidade, à vida privada e à livre manifestação do pensamento, por exemplo, outros dispositivos esparsos trazem direitos a mais, como a igualdade tributária (art. 150, II), o meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225) e a comunicação social (art. 220).

Tendo em vista que o conteúdo essencial desses direitos pode ser parcial ou totalmente colidente entre si, é dever do juiz disciplinar a convivência deles em cada caso concreto, determinando a medida de aplicação de cada um. Silva exemplifica: segundo as condições fáticas e jurídicas presentes, a liberdade de expressão é um princípio que deve ser realizado na maior medida possível, “ou seja, a liberdade de poder se exprimir deve ser otimizada. Diante disso, é fácil perceber que essa otimização pode colidir com a otimização do direito à privacidade, que também é um princípio”.²⁴

Isso ocorre porque, segundo Alexy,²⁵ a maioria das normas de direitos fundamentais tem estrutura de princípios²⁶ e é aplicada de forma gradativa, isto é, a partir do momento em que essas normas são consideradas mandamentos de otimização, são realizadas “na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes”²⁷. Em se tratando de princípios, não se pode falar em realização sempre total daquilo que a norma exige; “Ao contrário: em geral, essa realização é apenas parcial. Isso, porque, no caso dos princípios, há uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) *prima facie* e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente”.²⁸

Silva define o conteúdo essencial dos direitos fundamentais como o resultado da relação entre três variáveis: aquilo que é protegido pelas normas de direitos fundamentais; a relação entre o que é protegido e suas possíveis restrições; e a fundamentação tanto do que é protegido como de suas restrições.²⁹ Aquilo que é protegido pelas normas de direitos fundamentais se chama âmbito de proteção. Trata-se do que é protegido *prima facie* pelo direito fundamental, ou seja,

[...] toda ação, estado ou posição jurídica que possua alguma característica que, isoladamente considerada, faça parte do “âmbito temático” de um determinado direito fundamental, deve ser considerada como abrangida por seu âmbito de proteção, **independentemente da consideração de outras variáveis**. A definição é propositalmente aberta, já que é justamente essa abertura que caracteriza a amplitude da proteção. Também a resposta individualizada à mesma questão - o que é protegido *prima facie*? - segue o mesmo caráter aberto. Exemplo: o que é protegido pelo direito à livre manifestação do pensamento (constituição, art. 5º, IV)? Toda e qualquer manifestação de pensamento, não importa o conteúdo (ofensivo ou não), não importa a forma, não importa o local, não importa o dia e o horário. O mesmo vale para todos os direitos fundamentais.³⁰

Quando direitos diferentes entram em rota de colisão, surge a necessidade de restringir o exercício de um ou de ambos. O autor defende a teoria dos princípios como teoria externa, fundamentando que “ao contrário da teoria interna, que pressupõe a existência de apenas um objeto, **o direito e seus limites (imanes)**, a teoria externa divide esse objeto em dois: há, em primeiro lugar, **o direito em si**, e, destacado dele, as suas **restrições**”³¹. O pesquisador conclui que “é principalmente a partir dessa distinção que se pode chegar ao sopesamento como forma de solução das colisões entre direitos fundamentais e [...] à regra da proporcionalidade, com suas três sub-regras - adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito”.³²

Partindo, portanto, do pressuposto de que o conteúdo essencial do direito fundamental não sofre limitações diante da efetividade de um direito colidente, uma vez que apenas o seu exercício é restringido, trata-se de uma perspectiva relativista desse conteúdo, que sugere, entre outras teorias - a depender do autor - que: “[...] toda norma de direito fundamental vale apenas e tão somente

na medida em que ao direito que garanta não seja contraposto um interesse de maior valor”³³. Isto é, a restrição de um direito fundamental por um dispositivo legal, a fim de proteger bens jurídicos mais importantes, não afeta o conteúdo essencial do direito restringido, mesmo que, em alguns casos individuais, desse direito não reste nada.³⁴

É necessário destacar que a decisão do juiz ao restringir um ou outro direito não pode ser feita de forma arbitrária, e sim levando em consideração a devida fundamentação do que é protegido e do que é limitado, pois se trata de uma das variáveis que compõem o fenômeno do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

É claro que um princípio só pode excepcionar a aplicação de outro quando isso for suficientemente fundamentado de um ponto de vista discursivo. Mas efetivamente os discursos de aplicação podem apresentar tal fundamentação. Pelo fato de os princípios não poderem ser contemporaneamente aplicados, não devemos pressupor que a decisão chegue a ferir a integridade do direito. Não é a aplicação contemporânea de todos os princípios que se exige do juiz Hércules, mas a decisão justa.³⁵

Para chegar a um resultado minimamente “justo”, então, o juiz lança mão da regra da proporcionalidade (ou ponderação) e seus três desdobramentos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. O julgador analisa as condições fáticas e jurídicas a fim de sopesar, ou seja, determinar o peso de cada princípio e, conseqüentemente, de que forma serão protegidos ou limitados os direitos fundamentais em questão.

O vocábulo ponderação tem sido usado para designar, de forma genérica, as diversas operações hermenêuticas consistentes em sopesar bens, valores, interesses, normas ou argumentos. Em sentido estrito, a ponderação pode ser definida, de forma esquemática, como a técnica de decisão pela qual o operador jurídico contrapesa, a partir de um juízo dialético, os bens e interesses juridicamente protegidos que se mostrem inconciliáveis no caso concreto, visando a determinar qual deles possui maior peso e, assim, identificar a norma jurídica abstrata que há de prevalecer como fundamento da decisão adotada.³⁶

Silva esclarece que “o objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais”.³⁷ Para aferir se a restrição a um direito é proporcional, o julgador leva em conta a adequação do meio utilizado, que tem a ver com a idoneidade do meio para alcançar o fim almejado por ele.

O meio será adequado, na lição de Dimoulis e Martins,³⁸ se houver “conexão fundada em hipóteses comprovadas sobre a realidade empírica entre o estado de coisas conseguido pela intervenção e o estado de coisas no qual o propósito puder ser considerado realizado”. Assim, “todos os meios empregados

pelo Estado e que não implicarem essa conexão empiricamente comprovável são considerados desproporcionais e, por via de consequência, inconstitucionais”.³⁹ Cumpre destacar, de acordo com Silva, que adequado “não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado”.⁴⁰

Após a análise da adequação, passa-se à análise da necessidade, que, por sua vez, precede a da proporcionalidade em sentido estrito. “A real importância dessa ordem fica patente quando se tem em mente que a aplicação da regra da proporcionalidade **nem sempre implica a análise de todas as suas três sub-regras**. Pode-se dizer que tais sub-regras relacionam-se de forma subsidiária entre si”.⁴¹

Dessa forma, não sendo suficiente a observação da adequação do meio, é também vislumbrado pelo juiz se tal intervenção é necessária, isto é, “dentre todos os meios que permitem alcançar os propósitos lícitos, somente o que gravar o direito fundamental com menor intensidade será o necessário. Todos os demais são desnecessários, sendo desproporcionais”.⁴² Nas palavras de Silva, “um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido”.⁴³

Por fim, o julgador coloca em equação os ônus e as vantagens advindas da relação entre proteger e limitar os direitos colidentes. É a sub-regra da ponderação propriamente dita, “que consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”.⁴⁴ Portanto, uma medida será desproporcional não só quando implique a não realização de um direito fundamental ou quando atinja o núcleo essencial de algum direito, mas quando os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido.⁴⁵

Dessa forma, entende-se proporcional a restrição a um direito que seja adequada, necessária e/ou proporcional em sentido estrito. É preciso analisar, então, de que forma se dá a regra da proporcionalidade na prática.

Silva defende que o método para sopesar direitos deve partir de critérios objetivos.⁴⁶ A ideia de objetividade proposta pelo autor se desdobra em duas variáveis: a possibilidade de controle intersubjetivo e a previsibilidade da decisão. Para tanto, essa divisão parte de três aspectos: metodológico, teórico e institucional.

O aspecto metodológico consiste em fundamentar as relações de preferência, “o que implica a fixação de um escalonamento na relação entre a restrição de um direito e realização de outro”.⁴⁷ O aspecto teórico, por sua vez, “consiste na explicitação de pontos de partida teóricos na argumentação jurídica. [...] O problema principal não está relacionado à análise do caso concreto, mas às premissas teóricas de que se parte para solucioná-lo”.⁴⁸

O autor sugere que sejam indagados, nesse momento, qual é o papel dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico e na aplicação do direito em geral e se há direitos fundamentais mais importantes do que outros e por que.⁴⁹

Se se parte, por exemplo, do pressuposto de que, em um Estado Democrático de Direito, a liberdade de expressão tem, ao menos *prima facie*, uma fundamentalidade maior do que outros direitos, e se essa premissa teórica é fundamentada de forma consistente – o que é perfeitamente possível – há aí um bom começo para um sopesamento e para justificar a decisão no sentido de que alguém pode publicar o que quiser, não importa o conteúdo. [...] A partir dessa premissa teórica, quanto mais livre for o fluxo da comunicação, melhor.⁵⁰

Por fim, o aspecto institucional tem a ver com o respeito a precedentes e o controle social. “Respeito a precedentes pode ser compreendido da seguinte forma: quanto maior for o respeito a decisões judiciais tomadas em casos semelhantes, menor será a liberdade subjetiva do aplicador do direito ao realizar um sopesamento”.⁵¹ Já o controle social tem a ver com o combate às decisões *ad hoc*, que geram imprevisibilidade e insegurança jurídica.

O doutrinador conclui, portanto, que muito embora o sopesamento seja criticado por sugerir irracionalidade, subjetividade do juiz e insegurança jurídica, trata-se, em verdade, de uma técnica que pode (e deve) se valer da objetividade na interpretação do direito, aumentando a possibilidade de controle intersubjetivo e a possibilidade de previsibilidade das decisões.

Tal discussão é necessária ao presente trabalho tendo em vista tratar-se de direitos fundamentais que constantemente se chocam com outros de relevância equivalente. Ao analisar os recentes julgamentos envolvendo conflitos de direitos fundamentais e da personalidade no âmbito do exercício midiático, é necessário compreender que tais decisões não foram feitas ao acaso e sob uma convicção imotivada do juiz, mas que, talvez, o que tem sido julgado desde 2009, quando da revogação da Lei da Imprensa (Lei 5.250/67), tem criado precedentes, ou seja, fortalecido a previsibilidade das decisões.

3.2 Análise jurisprudencial

Analisando os recentes julgados dos tribunais superiores nas lides envolvendo jornalistas ou veículos de comunicação, é possível perceber como a liberdade de expressão e o direito à informação têm sido relativizados diante de outros direitos fundamentais.

Para tanto, foram observadas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal entre 30 de abril de 2009 e 30 de abril de 2015. A seleção dos julgados ocorreu por meio das ferramentas de livre busca de jurisprudência nos sites do STF e STJ. Utilizando as palavras-chave “jornalismo”, “investigação jornalística” e “matéria jornalística”, foram

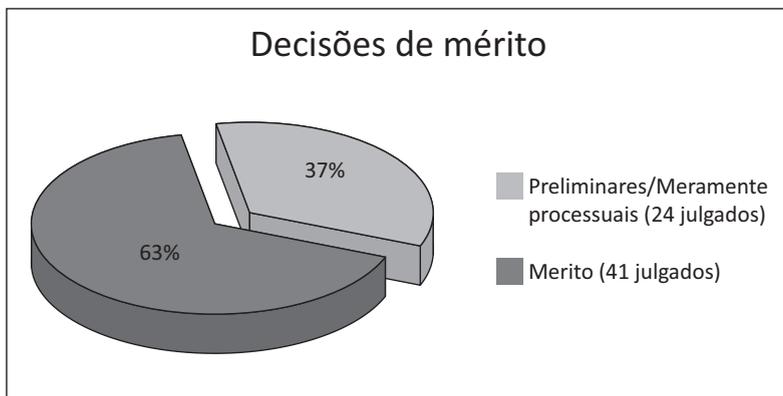
encontradas 256 decisões. Destas, apenas 65 foram filtradas para análise com base nos seguintes critérios:

- Decisões proferidas apenas por STF e STJ;
- Lides das quais jornalistas ou veículos de comunicação não publicitários ocupassem um dos polos da relação jurídica;
- Exclusão de jurisprudências sobre temas que não envolvessem diretamente o exercício da imprensa em confronto com direitos fundamentais, como as decisões que tratam de registro profissional ou matéria trabalhista;
- Apenas jurisprudências que trouxessem casos de responsabilidade civil e penal, bem como de direito de resposta, isto é, excluindo os julgados de matérias trabalhistas, constitucionais, eleitorais, desportivas e outras.

O período analisado compreende a data em que a Lei de Imprensa foi considerada não recepcionada pelo Supremo Tribunal Federal, em 30 de abril de 2009, terminando em 30 de abril de 2015, tendo em vista que delimitar o lapso de seis anos exatos de julgamentos se mostrou o método mais eficaz em prol da organização e da captação das jurisprudências.

Dessa forma, é possível, desde logo, perceber que entre decisões que se encaixam nos parâmetros definidos na pesquisa, 41 julgados apresentam decisões contemplativas de mérito, enquanto 24 tratam de questões preliminares ou meramente processuais (gráfico 1).

Gráfico 1 - Decisões de mérito



Fonte: elaboração própria.

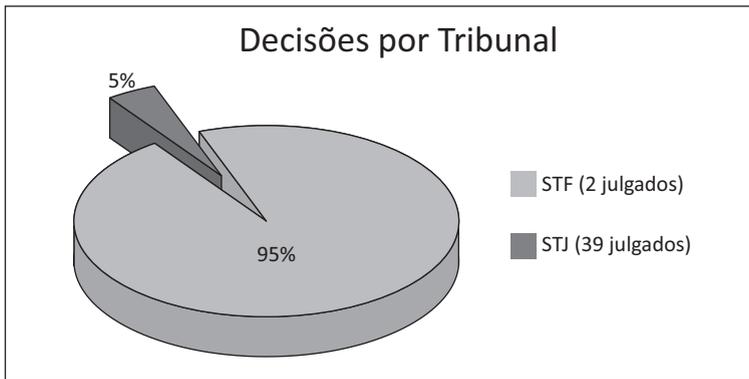
A análise jurisprudencial, portanto, é feita sobre as 41 decisões que versam sobre o mérito da causa.⁵² A metodologia utilizada é a análise quali-quantitativa, descritiva e indutiva.

3.2.1 Jornalismo em pauta: o mérito da questão

A investigação é fase inerente à atividade jornalística. Seja qual for o conteúdo a ser noticiado, é dever dos profissionais de imprensa levar à frente a apuração das informações de forma completa e plural, o mais minuciosamente possível. Quando se trata de temas de visível interesse social, tais como crimes na administração pública, urge que essa investigação seja feita de forma ainda mais responsável, buscando evitar a violação de direitos fundamentais por parte da imprensa.

Analisando as decisões de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, pôde-se constatar que a maioria dos julgados, além de ter sido proferida pelo STJ (gráfico 2), é de natureza cível.

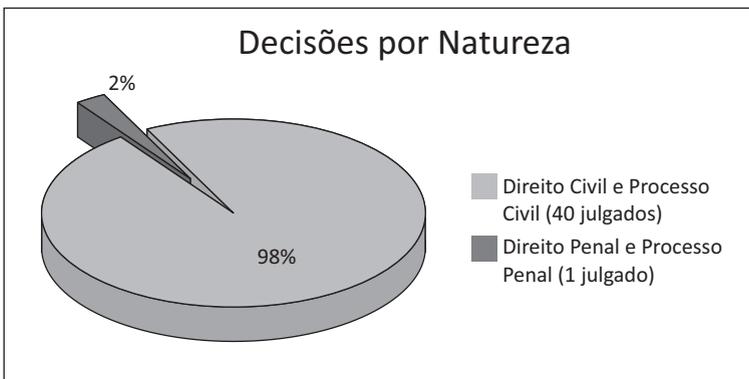
Gráfico 2 - Decisões por tribunal



Fonte: elaboração própria.

Das 41 decisões, 40 são relativas à responsabilidade civil, e apenas uma tem a ver com a responsabilidade penal dos jornalistas (gráfico 3).

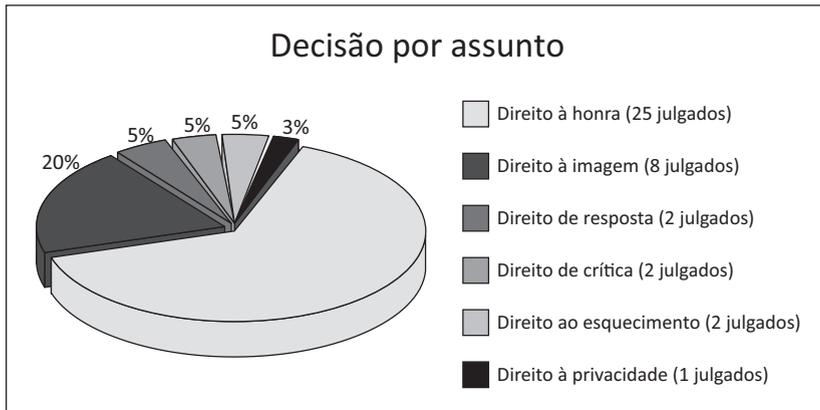
Gráfico 3 - Decisões por natureza



Fonte: elaboração própria.

As ações civis, por sua vez, versam, em sua maior parte, de indenizações por danos morais, tendo em vista a violação do direito à honra causada por profissionais da mídia e/ou veículos de comunicação. Em segundo lugar, estão as indenizações por violação à imagem e, por fim, sete julgados são relativos aos direitos de resposta, de crítica, ao esquecimento e à privacidade (gráfico 4).

Gráfico 4 – Decisões por assunto



Fonte: elaboração própria.

A partir desse último dado, é possível considerar que, de fato, o direito de resposta teve, entre 2009 e 2015, menor utilização face à possibilidade de o ofendido se valer das indenizações pecuniárias.

Os Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento nº 777.203/PR, proferido em 14 de junho de 2011 pelo STF, julgou a favor do jornal *Gazeta do Povo*, do Paraná, ao determinar que a simples reprodução de declaração de outrem não justifica o direito de resposta que, no caso, não foi concedido ao ofendido.⁵³

No Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 27.549/SP, julgado em 6 de dezembro de 2011 pelo STJ,⁵⁴ a decisão foi desfavorável a Juliano Gasparini, jornalista e responsável legal da *Folha de Vinhedo*, empresa paulista que havia impetrado o mandado de segurança a fim de evitar a publicação do direito de resposta no veículo. No caso, o jornalista e um vereador haviam conseguido, por meio de gravação clandestina, a acusação do ex-secretário de negócios jurídicos da Prefeitura de Vinhedo-SP contra um juiz e dois promotores, que estariam favorecendo o prefeito em ações judiciais. Após diversas publicações acusando os membros do Judiciário de integrarem uma rede de corrupção e tráfico de influência, foi movido o pleito de resposta contra o jornalista.⁵⁵ O STJ entendeu que Juliano não demonstrou direito líquido e certo ameaçado, razão pela qual não ter sido possível reformar o acórdão que concedeu o direito de resposta aos ofendidos.

Quanto aos demais casos, que tratam das indenizações, a colisão de direitos fundamentais se manifesta sobretudo entre a dupla liberdade de expressão e o direito à informação versus os direitos à honra e à imagem.

Das 25 lides envolvendo ofensa à honra, 14 condenam jornalistas e/ou veículos de comunicação ao pagamento de indenizações. Entre elas, destacam-se os casos envolvendo autoridades políticas, como no Resp 1.120.971/RJ, julgado pelo STJ em 28 de fevereiro de 2012.⁵⁶ O recorrente tratava-se do ex-presidente da República, Fernando Collor de Mello, que buscou em juízo o ressarcimento por danos morais em razão de matéria publicada na revista *Veja* a qual lhe atribuía a qualidade de “corrupto desvairado”. O tribunal fixou o valor da indenização em R\$ 500.000,00, como desestímulo ao cometimento de injúria, tendo em vista que Collor havia sido absolvido da acusação de corrupção, cumprindo a suspensão de direitos políticos e vindo a ser eleito Senador da República.

No REsp 1.374.177/GO, julgado em 5 de setembro de 2013, o STJ decidiu em favor do deputado federal Sandro Mabel, que foi acusado em matéria jornalística de integrar o rol dos “mensaleiros bons de renda”. No entanto, conforme consta nos autos, Mabel fora absolvido de qualquer envolvimento no escândalo mensalão pelo Conselho de Ética da Câmara dos Deputados em novembro de 2005, quase um ano antes da notícia veiculada em 2006. Não foi, tampouco, denunciado pelo Ministério Público. Diante da ofensa à honra do deputado, o Ministro Luis Felipe Salomão sopesou os direitos fundamentais da seguinte forma:

O direito à informação não elimina as garantias individuais, porém encontra nelas os seus limites, devendo atentar ao dever de veracidade. Tal dever, ao qual estão vinculados os órgãos de imprensa não deve consubstanciar-se dogma absoluto, ou condição peremptoriamente necessária à liberdade de imprensa, mas um compromisso ético com a informação verossímil, o que pode, eventualmente, abarcar informações não totalmente precisas. Não se exigindo, contudo, prova inequívoca da má-fé da publicação. [...] Assim, correto o acórdão estadual quando condenou o jornal, concluindo que a liberdade de informação foi extrapolada, desbordando do dever de informar e noticiar fatos ao adentrar no campo da inviolabilidade da honra do Deputado, incluindo-o como beneficiário de vantagem indevida, mesmo sabedor que este fora absolvido pelo Conselho de Ética da Câmara dos Deputados.⁵⁷

O abuso do direito de informar também restou configurado na hipótese de publicação do nome e da imagem de adolescente morto, atribuindo-lhe autoria de ato infracional, violando o princípio da proteção integral da criança e do adolescente (artigos 143 e 247 do Estatuto da Criança e do Adolescente), julgada no AgRg no REsp 1.354.696/PR,⁵⁸ de 23 de outubro de 2014.

No REsp 713.202/RS, o STJ destacou o exercício irregular da imprensa no caso em que foi reproduzido no jornal gaúcho *Diário Popular* entrevista concedida pela ex-companheira do futebolista e comentarista esportivo Paulo

Roberto Falcão, na qual são proferidas declarações ofensivas à honra dele e imputada, falsamente, conduta criminosa. Assim consta na decisão final, de 1º de outubro de 2009:

Ônus de um mínimo de diligência investigativa não observado pelo órgão de imprensa. Ausência de interesse social em fatos íntimos da vida privada da pessoa, ainda que goze de notoriedade. Credibilidade do jornal que permitiu a ampliação e perpetuação da violação à honorabilidade do autor. Desbordamento do direito/dever de informar. Conduta ilícita. Dano moral configurado.⁵⁹

Tratando-se das indenizações por violação à honra – e, da mesma forma, quanto à violação à imagem –, o valor atribuído ao pagamento por parte dos jornalistas e dos veículos de comunicação não é uniforme entre as condenações. Levando em conta fatores como a capacidade econômica do ofensor e do ofendido, a gravidade do ato, o alcance da ofensa e a extensão do dano, os valores fixados para ressarcimento variam de R\$ 5.000,00 a R\$ 150.000,00 – além dos R\$ 500.000,00 no caso Collor –, o que elucida o fato de estar na mão dos julgadores a tarefa de equalizar a reparação de danos pela regra da proporcionalidade. Diferentemente dos valores a serem pagos pelo ofensor previstos na Lei de Imprensa (Lei 5.250/67), que não poderiam ultrapassar duzentos salários mínimos (art. 52), a importância fixada em juízo atualmente não tem limites máximos nem mínimos.

Os 11 casos absolvendo a mídia da condenação pecuniária contra suposta violação à honra destacam, sobretudo, o agir com responsabilidade e o não abuso do direito de informar. A ausência de cunho ofensivo e de grave ofensa à honra da vítima são motivos para o não reconhecimento do dever de indenizar, como no Agravo de Instrumento nº 1.161.687/SP, julgado em 30 de março de 2011 pelo STJ⁶⁰. O tribunal, no mesmo sentido, entendeu pela improcedência do REsp nº 1.330.028/DF, envolvendo Fábio Luis Lula da Silva, filho do ex-presidente Lula, uma vez que a responsabilidade civil por danos morais exsurge quando a matéria divulgada tem a intenção de injuriar, difamar ou caluniar terceiro, o que não ocorreu no caso, pois a reportagem apenas afirmava que “Lulinha” havia adquirido uma mansão. Nas palavras do Ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva,

As instâncias de origem, soberanas na análise das circunstâncias fáticas da causa, decidiram pela improcedência do pedido indenizatório, firmes no entendimento de que a matéria publicada era de cunho meramente investigativo, que a alcunha já era utilizada pela mídia e que a notícia veiculada encontrava lastro em matérias já anteriormente publicadas por outros veículos de comunicação, revestindo-se, ainda, de interesse público, sem nenhum sensacionalismo ou intromissão na privacidade do autor, não gerando, portanto, direito à indenização.⁶¹

O interesse público é suscitado em outras decisões do STJ, como no REsp 1.268.233/DF, julgado em 15 de março de 2012, o qual elucidou que a repor-

tagem tratando de assunto notório e não voltada à ofensa da honra de terceiros reflete o exercício regular do direito de informar do veículo de imprensa, não configurando hipótese indenizável.⁶²

O direito à informação prevaleceu no julgamento do REsp 1.269.841/SP, de 17 de outubro de 2013. A Ministra Nancy Andrihgi destacou na decisão a não potencialidade ofensiva de matéria jornalística que apontou possível envolvimento ilícito de magistrado com traficantes de drogas e seu consequente afastamento do cargo. A jurista ressaltou que a divulgação de informações deve ser célere e eficaz, satisfazendo verdadeiro interesse público:

A liberdade de informação deve estar atenta ao dever de veracidade, pois a falsidade dos dados divulgados manipula em vez de formar a opinião pública, bem como ao interesse público, pois nem toda informação verdadeira é relevante para o convívio em sociedade. [...] A honra e imagem dos cidadãos não são violados quando se divulgam informações verdadeiras e fidedignas a seu respeito e que, além disso, são do interesse público. [...] O veículo de comunicação exime-se de culpa quando busca fontes fidedignas, quando exerce atividade investigativa, ouve as diversas partes interessadas e afasta quaisquer dúvidas sérias quanto à veracidade do que divulgará.⁶³

O segundo maior número de lides que chegaram aos tribunais superiores trata do direito à imagem. Dos 8 casos, 5 condenam jornalistas e/ou veículos de comunicação pela violação a esse direito. As decisões condenatórias destacam, sobretudo, que “a ofensa ao direito à imagem materializa-se com a mera utilização da imagem sem autorização, ainda que não tenha caráter vexatório ou que não viole a honra ou a intimidade da pessoa, e desde que o conteúdo exibido seja capaz de individualizar o ofendido”,⁶⁴ conforme dispõe a Súmula 403 do STJ.⁶⁵ Assim é o entendimento no AgRg 1.345.989/SP, no REsp 1.005.278/SE e no REsp 794.586/RJ:

Na hipótese, não obstante o direito de informação da empresa de comunicação e o perceptível caráter de interesse público do quadro retratado no programa televisivo, está clara a ofensa ao direito à imagem do recorrido, pela utilização econômica desta, sem a proteção dos recursos de editoração de voz e de imagem para ocultar a pessoa, evitando-se a perfeita identificação do entrevistado, à revelia de autorização expressa deste, o que constitui ato ilícito indenizável. [...] A obrigação de reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não sendo devido exigir-se a prova da existência de prejuízo ou dano. O dano é a própria utilização indevida da imagem.⁶⁶

Por outro lado, os julgados em que o direito à informação prevalece sobre a imagem ressaltam a relativização desse direito quando se tratar de pessoas públicas. No REsp 1.021.688/RJ, julgado em 23 de junho de 2009, a decisão destacou que a exposição de “lado negativo” da figura pública causou simples incômodo ou desconforto, não havendo o que indenizar.⁶⁷

Já no REsp 801.109/DF, julgado em 12 de julho de 2012, foram considerados fatores relevantes para o sopesamento entre a liberdade de expressão e o direito à imagem, pois “tratando-se de imagem de multidão, de pessoa famosa ou ocupante de cargo público, deve ser ponderado se, dadas as circunstâncias, a exposição da imagem é ofensiva à privacidade ou à intimidade do retratado, o que poderia ensejar algum dano patrimonial ou extrapatrimonial”, já que, nessas hipóteses, em regra, há presunção de consentimento do uso da imagem, desde que preservada a vida privada. No caso de ocupante de cargo público, de notória importância social, “fica mais restrito o âmbito de reconhecimento do dano à imagem e sua extensão, mormente quando utilizada a fotografia para ilustrar matéria jornalística pertinente, sem invasão da vida privada do retratado”.⁶⁸ A decisão ainda ressalta que:

A análise relativa à ocorrência de abuso no exercício da liberdade de expressão jornalística a ensejar reparação civil por dano moral a direitos da personalidade depende do exame de cada caso concreto, máxime quando atingida pessoa investida de autoridade pública, pois, em tese, sopesados os valores em conflito, mostra-se recomendável que se dê prevalência à liberdade de informação e de crítica, como preço que se paga por viver num Estado Democrático.⁶⁹

Quanto aos direitos de crítica e ao esquecimento, os tribunais superiores têm entendido prioritariamente em favor dos profissionais da mídia. Dos quatro julgados, apenas um condenou veículo de comunicação ao pagamento de danos morais – no valor de R\$ 50.000,00 – pela apresentação de documentário sobre a Chacina da Candelária 13 anos após o ocorrido. No filme, foram divulgados o nome e a imagem de suspeito indiciado à época dos crimes, que foi absolvido posteriormente. A decisão do REsp 1.334.097/RJ, de 28 de maio de 2013, ressaltou que a publicação do fato histórico, mesmo que fidedigna, reacendeu a desconfiança e o ódio da sociedade, ferindo a paz, o anonimato e a privacidade do ofendido.⁷⁰

Entre os julgados que favoreceram o direito à informação, destaque-se o AgRg no AgIn 705.630/SC, de 22 de março de 2011. O Ministro do STF e relator do caso, Celso de Mello, ao sopesar os direitos fundamentais em questão, ressaltou que a liberdade de imprensa, enquanto projeção das liberdades de comunicação e de manifestação do pensamento, reveste-se de conteúdos, como o direito de informar, o direito de buscar a informação, o direito de opinar e o direito de criticar. A crítica jornalística, portanto, seria amparada pelo interesse social e legitimada de qualificação constitucional e, dirigida às pessoas públicas, “por mais dura e veemente que possa ser, deixa de sofrer, quanto ao seu concreto exercício, as limitações externas que ordinariamente resultam dos direitos de personalidade”, isto é, “a liberdade de crítica qualifica-se como verdadeira excludente anímica, apta a afastar o intuito doloso de ofender”.⁷¹

Por fim, o único julgado envolvendo a responsabilidade penal do jornalista trata de *habeas corpus* para trancamento de ação contra profissional da imprensa

que teria praticado crime contra a honra em face de promotora de justiça. O HC 198.402/BA foi julgado em 22 de novembro de 2011 pelo STJ, que concedeu a ordem em favor do jornalista, denunciado por difamação. Segundo o entendimento da Ministra Laurita Vaz, as condutas imputadas ao profissional não configuram crime, havendo ausência de justa causa para tanto. Ao declarar a atipicidade da conduta do paciente, a Ministra destacou que:

O denunciado agiu dentro do legítimo direito à cidadania, ao exigir das autoridades públicas municipais as providências cabíveis para os problemas publicados. Atuou com o claro intuito de buscar proteção para um interesse transindividual, sem qualquer elemento volitivo que se permita concluir que tinha intenção de macular a honra da funcionária pública.⁷²

Diante da análise dos julgados, além de perceber que a maioria absoluta das ações envolvendo a mídia são de natureza cível, e que as indenizações prevalecem sobre o direito de resposta, é possível visualizar a ausência de julgamentos que envolvam acusações contra jornalistas pela prática dos crimes de calúnia e injúria, bem como de falsa identidade e interceptação telefônica. Esse fato exige, portanto, uma reflexão: os métodos utilizados pelos jornalistas têm respeitado os preceitos do Código de Ética profissional e as vedações do Código Penal e das leis específicas – tais como a Lei de Interceptação Telefônica (Lei 9.296/96) – ou as ações em que há, de fato, denúncias contra jornalistas pela prática desses crimes não cumprem os requisitos de admissibilidade necessários para serem apreciados pelos tribunais superiores, conforme a vedação das Súmulas 7 do STJ⁷³ e 279 do STF?⁷⁴

Mesmo sem esse questionamento ser o foco desta pesquisa, e ainda que não haja uma resposta certa para ele, é necessário fazê-lo, haja vista que, se for considerada a primeira hipótese, pode-se cogitar a possibilidade de um exercício midiático mais próximo da responsabilidade social que a imprensa impõe, uma vez que a análise jurisprudencial mostrou não haver unanimidade no embate entre os direitos fundamentais em questão.

4 CONCLUSÕES

Esta pesquisa teve como objetivo analisar os limites da liberdade de expressão e do direito à informação em face do conflito com outros direitos fundamentais, avaliando, de forma quali-quantitativa, descritiva e indutiva, o entendimento jurisprudencial proferido pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça entre 30 de abril de 2009 (data da não recepção da Lei de Imprensa – Lei nº 5.250/67) e 30 de abril de 2015.

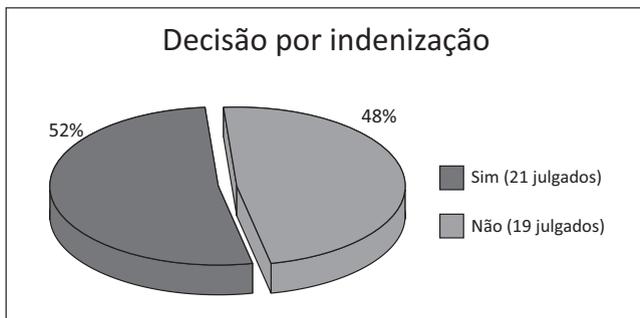
Com base em 41 decisões de mérito analisadas, procurou-se esclarecer quais dos direitos em conflito têm ou não prevalecido nos casos concretos, buscando chegar uma resposta mais próxima da realidade quanto aos reais limites da atuação jornalística e compreender se o que tem sido julgado, desde 2009 tem criado precedentes, ou seja, fortalecido a previsibilidade das decisões.

De um modo geral, as lides envolvendo a liberdade de expressão e o direito à informação versus o direito à honra, à imagem e a outros direitos fundamentais, nas decisões de mérito proferidas pelo STF e pelo STJ, entre 2009 e 2015, revelaram, estatisticamente, que o sopesamento entre tais direitos tem acontecido de forma equilibrada, uma vez que a margem de diferença entre os casos em que prevalecem os direitos à honra, à imagem, à crítica, ao esquecimento, à privacidade e o direito de resposta sobre o direito de informar – surgindo, conseqüentemente, o dever de indenizar por parte da imprensa – não é larga a ponto de se conseguir visualizar uma posição tendente dos tribunais.

Em termos numéricos, das 40 decisões cíveis, 21 condenam a imprensa à indenização por danos morais e materiais em razão de ofensa a direitos fundamentais de terceiros – destacando a vedação dos jornalistas de atuarem de forma indiscriminada, proibindo-os e responsabilizando-os pela ofensa a direitos fundamentais –, enquanto 19 julgados absolvem os jornalistas e os veículos de comunicação em litígio, prevalecendo, nesses casos, a liberdade de expressão e o direito à informação, ressaltando tais princípios como elementos essenciais para suprir o interesse coletivo (gráfico 5). Além disso, o único julgado envolvendo a responsabilidade penal dos jornalistas tratou de habeas corpus para trancamento de ação que foi concedido em favor do profissional da imprensa.

Pela pequena margem de diferença entre as condenatórias e as absolutórias, não se pode concluir que há uma posição tendente dos tribunais, isto é, não se percebeu um fortalecimento da previsibilidade das decisões em nenhum dos dois sentidos especificamente.

Gráfico 5 – Dever de indenizar (Decisões cíveis)



Fonte: elaboração própria.

O equilíbrio dos resultados do sopesamento nos casos concretos se mostra salutar, uma vez que temerária seria a limitação indiscriminada da liberdade de expressão e do direito à informação em detrimento de outros direitos fundamentais, o que submeteria os profissionais da mídia a uma restrita atuação, prejudicando os propósitos da atividade jornalística, como a busca por uma sociedade mais democrática. Por outro lado, a garantia absoluta da liberdade de expressão e do

direito à informação em face dos demais direitos fundamentais acarretaria toda sorte de publicações e veiculações cujo conteúdo se distanciaria da função social que o jornalismo se propõe a ter: a liberdade desmesurada poderia fomentar a corrida pela audiência, o abuso do sensacionalismo e, por consequência, o aumento na violação de direitos fundamentais de outrem, em um círculo vicioso.

Os tribunais superiores seguem um entendimento que se mostra acertado, não adotando uma posição tendenciosa em favor de nenhum dos direitos fundamentais especificamente, mas limitando, fundamentadamente – seja a favor do interesse público, seja contra o abuso no exercício midiático –, a liberdade de expressão e o direito à informação em face de outros princípios a depender do caso concreto.

O que se pode concluir com essa análise é que, de fato, nenhum direito é absoluto, e a Constituição Federal garante a proteção de todos os direitos fundamentais de forma ampla, devendo cada caso ser considerado individualmente, o que eleva aos julgadores a tarefa – e a responsabilidade, no sentido lato do termo – de aferir em que situações os jornalistas terão mais liberdade para poder exercer a atividade e em quais esses profissionais terão o exercício do direito à informação limitado face à prevalência, naquela situação fática, de outros direitos fundamentais.

O jornalismo e sua proposta de trazer à tona fatos de importância social e/ou de difícil acesso ao público tanto pode quanto se deve valer de sua responsabilidade na busca coletiva de mais justiça, sobretudo em se tratando de casos envolvendo políticos, magistrados e particulares que atentem contra a dignidade humana e os interesses sociais. Os profissionais da mídia não podem, entretanto, agir irresponsavelmente, ferindo direitos fundamentais de outrem, em nome de uma função social.

Aos jornalistas cabe o dever de buscar, com base na ética, na legalidade e no respeito à dignidade humana e aos demais direitos fundamentais, a informação justa, correta e plural e lançá-la ao público, com vistas à concretização de suas principais finalidades: informar, orientar e proporcionar uma sociedade mais democrática.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: < <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2015.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Gravações clandestinas e ambientais no processo civil: as provas imorais. **Revista dos tribunais**, São Paulo, ano 92, v. 818, p. 47-64, dez. 2003.

BÔAVIAGEM, Aurélio Agostinho. Responsabilidade Civil da Imprensa. **Revista Duc In Altum** - Caderno de Direito, Recife, v. 3, n. 3, p. 133- 146, jan./jun. 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Responsabilidade civil dos meios de comunicação. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, ano 12, v. 47, p. 153-162, jul./set. 2003.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. O direito ao esquecimento na sociedade da informação. **Revista dos tribunais**, São Paulo, ano 104, v. 952, p. 85-119, fev. 2015.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1950. v. 2.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2012.

FEDERAÇÃO NACIONAL DOS JORNALISTAS (FENAJ). **Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros**. Disponível em: <http://www.fenaj.org.br/federacao/cometica/código_de_etica_dos_jornalistas_brasileiros.pdf>. Acesso em: 13 maio 2015.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: Ensaio sobre o seu modo de aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 36, n. 143, p.191-209, jul./set. 1999.

GÓIS, Veruska Sayonara de. **O direito à informação jornalística**. São Paulo: Intermeios, 2012.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Hierarquização dos direitos fundamentais?. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 9, n. 34. p. 168-183, 2001.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. Os Crimes contra a honra como um atentado à liberdade de expressão. **Revista Jurídica Consulex**, Distrito Federal, v. 11, n. 258, p. 40-43, 15 out. 2007.

OLIVEIRA, Caio Cezar Maia de; FALLEIROS, Carolina Teodoro; MENDES, João Múcio Amado. O direito de resposta e a necessidade de regulamentação adequada no Brasil. **Revista de direito das comunicações**, São Paulo, v. 3, n. 5, p. 113-186, jan./jun. 2012.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RONCAGLIA, Daniel. Judiciário, imprensa e políticos tiram a paz de Vinhedo. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-jul-28/judiciario_imprensa_politicos_tiram_paz_vinhedo>. Acesso em: 7 jul. 2015.

SAKAE, Lucia Reiko. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. **Cadernos de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico**, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 45-57, 2004.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

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

_____. O proporcional e o razoável. **Revista dos tribunais**, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

_____. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). **Direito e interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011. p. 363-380.

_____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 1, p. 607-630, 2003.

1 ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2015.

2 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 571.

3 BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 15 maio 2015.

4 GÓIS, Veruska Sayonara de. **O direito à informação jornalística**. São Paulo: Intermeios, 2012. p.24.

5 FEDERAÇÃO NACIONAL DOS JORNALISTAS (FENAJ). **Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros**. Disponível em: <http://www.fenaj.org.br/federacao/cometica/codigo_de_etica_dos_jornalistas_brasileiros.pdf>. Acesso em: 13 maio 2015.

6 “Art. 6º É dever do jornalista: [...] VIII - respeitar o direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem do cidadão” (FEDERAÇÃO NACIONAL DOS JORNALISTAS (FENAJ). **Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros**. Disponível em: <http://www.fenaj.org.br/federacao/cometica/codigo_de_etica_dos_jornalistas_brasileiros.pdf>. Acesso em: 13 maio 2015.

7 Considerando o aspecto do jornalista como profissional liberal, conforme dispõe o § 4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor: “Art. 14. [...] § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

8 Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 37. São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

9 Schreiber critica o entendimento difundido na doutrina e na jurisprudência pátrias segundo o qual o dano moral consistiria em dor, vexame, sofrimento ou humilhação, argumentando que tal entendimento “tem a flagrante desvantagem de deixar a configuração do dano moral ao sabor de emoções subjetivas da vítima”. Por essa razão, o autor defende o dano moral como “lesão a um atributo da personalidade humana” (SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011, p.16. A V Jornada de Direito Civil sedimentou entendimento, no enunciado 445, no sentido de que “Art. 927: O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento”.

10 MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 87-117.

11 *Ibid.*, p.117.

12 DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1950, v. 2, p. 318-319.

- 13 MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. Os Crimes contra a honra como um atentado à liberdade de expressão. **Revista Jurídica Consulex**, Distrito Federal, ano 11, n. 258, p. 40-43, 15 out. 2007.
- 14 CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Responsabilidade civil dos meios de comunicação. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, ano 12, v. 47, p. 157, jul./set. 2003.
- 15 “O não reconhecimento da responsabilização penal da pessoa jurídica é defendido com fundamento na falta de capacidade de ação e de culpabilidade, considerando-as como características próprias dos seres humanos e não de um ente abstrato” (SAKAE, Lucia Reiko. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. **Cadernos de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico**, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 49, 2004.
- 16 A responsabilização de pessoas jurídicas para os crimes ambientais é uma exceção prevista constitucionalmente, nos termos dos artigos 173, §5º e 225, §3º. Também está prevista na legislação infraconstitucional (Art. 3º, Lei 9.605/98).
- 17 AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Gravações clandestinas e ambientais no processo civil: as provas imorais. **Revista dos tribunais**, São Paulo, ano 92, v. 818, p. 50, dez. 2003.
- 18 A doutrina penalista costuma classificar a interceptação conforme se realize por vias telemáticas ou entre presentes. As formas de interceptação podem ser elencadas como: **interceptação telefônica em sentido estrito** (também conhecida como grampo telefônico, consiste no registro da conversa efetuada por terceiro sem o consentimento dos interlocutores); **escuta telefônica** (captação da conversa com o consentimento de apenas um dos interlocutores); **interceptação ambiental** (registro da conversa entre presentes efetuada por terceiro sem o consentimento dos interlocutores); **escuta ambiental** (registro da conversa entre presentes por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro); **gravação clandestina** (registro da conversa por um dos interlocutores via telefone sem o conhecimento do outro). (AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Gravações clandestinas e ambientais no processo civil: as provas imorais. **Revista dos tribunais**, São Paulo, ano 92, v. 818, p. 49, dez. 2003.
- 19 BÔAVIAGEM, Aurélio Agostinho. Responsabilidade Civil da Imprensa. **Revista Duc In Altum - Caderno de Direito**, vol. 3, nº 3, p. 144-145, jan-jun. 2011,
- 20 BRASIL. **Lei nº 13.188, de 11 de novembro de 2015**. Dispõe sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13188.htm>. Acesso em: 12 mar. 2016.
- 21 OLIVEIRA, Caio Cezar Maia de; FALLEIROS, Carolina Teodoro; MENDES, João Múcio Amado. O direito de resposta e a necessidade de regulamentação adequada no Brasil. **Revista de direito das comunicações**, São Paulo, v. 3, n. 5, p. 134, jan./jun. 2012.
- 22 CHEHAB, Gustavo Carvalho. O direito ao esquecimento na sociedade da informação. **Revista dos tribunais**, São Paulo, ano 104, v. 952, p. 90, fev. 2015.
- 23 SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011, p.79-80.
- 24 SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 1, p. 618, 2003.
- 25 Neste trabalho, adotou-se o posicionamento de Robert Alexy e Virgílio Afonso da Silva quanto à teoria dos direitos fundamentais. Será considerada, então, que se tratam, em sua maior parte, de princípios cuja aplicação ocorre de forma gradativa a partir da regra da proporcionalidade.
- 26 O doutrinador faz o contraponto dos princípios com as regras, cuja diferença reside no fato de estas garantirem “direitos (ou impõem-se deveres) definitivos, ao passo que, no caso dos princípios, são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*. Isso significa que, se um direito é garantido por uma norma que tenha a estrutura de uma regra, esse direito é definitivo e deverá ser realizado totalmente, caso a regra seja aplicável ao caso concreto”, comportando exceções (SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, v. 4, p. 27, 2006.
- 27 *Ibid.*, p. 27.
- 28 “ ”
- 29 *Ibid.*, p. 24.
- 30 *Ibid.*, p. 34-35 (grifos do autor).
- 31 *Ibid.*, p. 38-39 (grifos do autor).
- 32 *Ibid.*, p. 39.
- 33 *Ibid.*, p. 42.
- 34 *Ibid.*, p. 42.

- 35 GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: Ensaio sobre o seu modo de aplicação. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, Ano 36, n. 143, p.199, jul/set. 1999.
- 36 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 200-201.
- 37 SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos tribunais**, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 24, abr. 2002.
- 38 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 194
- 39 Ibid., p. 194.
- 40 SILVA, Virgílio Afonso da., op. cit., p. 36.
- 41 Ibid., p. 34 (grifos do autor).
- 42 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 202.
- 43 SILVA, Virgílio Afonso da., op. cit., p. 38.
- 44 Ibid., p. 40.
- 45 Ibid., p. 41.
- 46 O autor vem destacar a objetividade diante da desconfiança existente acerca do sopesamento. Assim discorre Lopes: “Atualmente, o método sugerido pelo setor da doutrina que admite a dimensão axiológica dos direitos fundamentais é o da ponderação de bens, o qual não é isento de críticas, pois argumenta-se que não constitui um método racional por sujeitar-se ao arbítrio de quem o realiza, provocando o surgimento de um claro subjetivismo e decisionismo jurisprudencial. Talvez a solução contra um modelo arbitrário de ponderação fosse o estabelecimento de um modelo, não de decisão, mas de fundamentação, baseada não em processos psíquicos, mas racionais” (LOPES, Ana Maria D’Ávila. Hierarquização dos direitos fundamentais?. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 9, n. 34. p. 169-170, 2001.
- 47 SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). **Direito e interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011. p.368.
- 48 Ibid., p. 372.
- 49 Ibid., p. 373.
- 50 Ibid., p. 374.
- 51 Ibid., p. 376.
- 52 A análise quali-quantitativa é feita sobre os seguintes julgados: REsp 1.120.971/RJ; REsp 1.374.177/GO; AgRg no REsp 1.354.696/PR; REsp 713.202/RS; AgIn 1.161.687/SP; REsp 1.330.028/DF; REsp 1.268.233/DF; REsp 1.269.841/SP; REsp 1.021.688/RJ; REsp 1.334.097/RJ; AgRg no AgIn 705.630/SC; AgRg no AgIn 1.345.989/SP; REsp 1.005.278/SE; REsp 1.191.875/SE; REsp 1.237.401/PE; AR 4.490/DF; REsp 1.095.385/SP; REsp 1.420.285/MA; REsp 1.263.973/DF; REsp 1.171.331/DF; REsp 1.308.885/RJ; REsp 1.335.153/RJ; REsp 1.235.637/DF; REsp 1.331.098/GO; REsp 645.729/RJ; REsp 680.794/PR; REsp 1.297.567/RJ; REsp 334.827/SP; REsp 980.132/PI; REsp 1.125.355/SP; REsp 984.803/ES; AgRg no AgIn 1.205.445/RJ; AgRg no REsp 977.219/SP; AgRg no AREsp 145.387/SC; RMS 27.549/SP; HC 198.402/BA; REsp 863.993/PB; REsp 801.109/DF; **AI 777.203 ED/PR**; REsp 794.586/RJ; REsp 685.933/DF. Desses, apenas 18 jurisprudências tiveram argumentos explicitados ao longo da pesquisa, tendo em vista a limitação de espaço e por apresentarem conclusões relevantes e representativas quanto aos demais julgados omitidos.
- 53 BRASIL. STF, **AI 777.203 ED/PR**, Rel. Ministra Cármen Lúcia, 1. T., julgado em 14.06.2011, DJe de 30.06.2011. **Emb. decl. no agravo de instrumento 777.2013 Paraná**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624917>>. Acesso em: 14 jul. 2015.
- 54 BRASIL. STJ, RMS 27.549/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, 5. T., julgado em 27.03.2012, DJe de 03.04.2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&Sequencial=1134954&num_registro=200801763718&data=20120403&formato=PDF>. Acesso em: 14 jul. 2015.
- 55 RONCAGLIA, Daniel. Judiciário, imprensa e políticos tiram a paz de Vinhedo. Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-jul-28/judiciario_imprensa_politicos_tiram_paz_vinhedo>. Acesso em: 7 jul. 2015.

- 56 BRASIL. STJ, REsp 1.120.971/RJ, Rel. Ministro Sidnei Beneti, 3. T., julgado em 28.02.2012, DJe de 20.06.2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1124378&num_registro=200801126537&data=20120620&formato=PDF>. Acesso em: 12 jul. 2015.
- 57 BRASIL. STJ, REsp 1.374.177/GO, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4. T., julgado em 05.09.2013, DJe de 28.10.2013, p. 01. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?Componente=ITA&sequencial=1261339&num_registro=201101108512&data=20131028&formato=PDF>. Acesso em: 12 jul. 2015.
- 58 BRASIL. STJ, AgRg no REsp 1.354.696/PR, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 3. T., julgado em 23.10.2014, DJe de 31.10.2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1360501&num_registro=201202394085&data=20141031&formato=PDF>. Acesso em: 12 jul. 2015.
- 59 BRASIL. STJ, REsp 713.202/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4. T., julgado em 1.10.2009, DJe de 3.08.2010, p. 01. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=916753&num_registro=200401845974&data=20100803&formato=PDF>. Acesso em: 12 jul. 2015.
- 60 BRASIL. STJ, AgIn 1.161.687/SP, Rel. Ministro Vasco Della Giustina, julgado em 30.3.2011, DJe de 6.4.2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=14744436&num_registro=200900387720&data=20110406&formato=PDF>. Acesso em: 12 jul. 2015.
- 61 BRASIL. STJ, REsp 1.330.028/DF, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 3. T., julgado em 6.11.2012, DJe de 17.12.2012, p. 01. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1192425&num_registro=201200490545&data=20121217&formato=PDF>. Acesso em: 14 jul. 2015.
- 62 BRASIL. STJ, REsp 1.268.233/DF, Rel. Ministro Massami Uyeda, 3. T., julgado em 15.3.2012, DJe de 24.4.2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1130248&num_registro=201101740122&data=20120424&formato=PDF>. Acesso em: 14 jul. 2015.
- 63 BRASIL. STJ, REsp 1.269.841/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3. T., julgado em 17.10.2013, DJe de 25.10.2013, p. 01. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1274550&num_registro=201101290896&data=20131025&formato=PDF>. Acesso em: 14 jul. 2015.
- 64 BRASIL. STJ, REsp 794.586/RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, 4. T., julgado em 15.03.2012, DJe de 21.3.2012, p. 1. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1131053&num_registro=200501834430&data=20120321&formato=PDF>. Acesso em: 14 jul. 2015.
- 65 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 403**. Independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.
- 66 BRASIL. STJ, REsp 794.586/RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, 4. T., julgado em 15.3.2012, DJe de 21.3.2012, p. 01. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1131053&num_registro=200501834430&data=20120321&formato=PDF>. Acesso em: 14 jul. 2015.
- 67 BRASIL. STJ, REsp 1.021.688/RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda, 3. T., julgado em 26.6.2009, DJe de 1.7.2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=892982&num_registro=200800032440&data=20090701&formato=PDF>. Acesso em: 14 jul. 2015.
- 68 BRASIL. STJ, REsp 801.109/DF, Rel. Ministro Raul Araújo, 4. T., julgado em 12.6.2012, DJe de 12.3.2013, p. 02. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1149023&num_registro=200501951627&data=20130312&formato=PDF>. Acesso em: 14 jul. 2015.
- 69 BRASIL. STJ, REsp 801.109/DF, Rel. Ministro Raul Araújo, 4. T., julgado em 12.06.2012, DJe de 12.3.2013, p. 03. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1149023&num_registro=200501951627&data=20130312&formato=PDF>. Acesso em: 14 jul. 2015.
- 70 BRASIL. STJ, REsp 1.334.097/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4. T., julgado em 28.5.2013, DJe de 10.9.2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1131053&num_registro=200501834430&data=20120321&formato=PDF>. Acesso em: 14 jul. 2015.

te=ITA&sequencial=1239004&num_registro=201201449107&data=20130910&formato=PDF>.
Acesso em: 14 jul. 2015.

- 71 BRASIL. STF, AgRg no AgIn 705.630/SC, Rel. Ministro Celso de Mello, 2. T., julgado em 22.3.2011, DJe de 6.4.2011, p. 2. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=621516>>. Acesso em: 14 jul. 2015.
- 72 BRASIL. STJ, HC 198.402/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, 5. T., julgado em 22.11.2011, DJe de 1.12.2011, p. 1. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1108129&num_registro=201100385497&data=20111201&formato=PDF>. Acesso em: 14 jul. 2015.
- 73 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 7.** A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.
- 74 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 279.** Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

FREEDOM OF EXPRESSION AND THE RIGHT TO INFORMATION: THE LIMITS OF JOURNALISTIC ACTIVITY UNDER THE OPTICS OF THE SUPREME FEDERAL COURT AND THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE

ABSTRACT

Freedom of expression and the right to information are fundamental rights that guide journalistic activity. Due to their relative character, however, they may come into collision with other rights, such as honor, image and privacy. This study aims, therefore, at explaining the legal and ethical limits and the legal liabilities attributable to journalists and media outlets due to professional practice; to study the rule of proportionality as a method of resolving conflicts between fundamental rights; to analyze the higher courts' jurisprudential understanding about the conflict between freedom of expression and the right to information *versus* other fundamental rights and how these principles have been relativized. Thus, 41 decisions rendered by the Supreme Federal Court and the Superior Court of Justice in the period between April 30, 2009 and April 30, 2015 are analyzed in order to clarify which of the conflicting rights have prevailed or not in a particular case, trying to get the most reliable answer about the real limits of journalistic performance and understand if what has been tried has established precedents. The research is based on qualitative and quantitative analysis and is descriptive and inductive. The study is justified by

the originality of the thematic approach and the lack of academic studies dealing with the clash between freedom of expression and the right to information *versus* other fundamental rights through empiricism. The results seek to aid the reflection on media exercise, assessing how journalistic activity can serve society without committing unlawful acts or abusing its underpinning rights.

Keywords: Freedom of expression. Right to information. Collision of fundamental rights. Jurisprudence. Superior Courts.

Submetido: 7 abr. 2016
Aprovado: 23 maio 2016

OBJETIVOS DO MILÊNIO E DEMOCRACIA CONSTRUTIVA: OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

*Carlos Marden Cabral Coutinho**

*Jose Luis Bolzan de Moraes***

1 Introdução. 2 Da democracia representativa à democracia construtiva. 3 Para além da democracia liberal: considerações sobre o caráter democrático dos demais direitos fundamentais. 4 O efeito democratizante dos objetivos do milênio. 5 Conclusão: uma “nova” democracia. Referências.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar como a realização dos Objetivos do Milênio se apresenta como um pressuposto para a construção do Estado Democrático de Direito. Para tanto, apresentar-se-á inicialmente uma discussão a respeito do conceito de democracia, com o intuito de demonstrar que (em pleno século XXI) a democracia não pode mais ser vista como um direito limitado de participação política, devendo ser entendida como a capacidade que cada um tem de construir a própria realidade. A partir de tal conceito, buscar-se-á superar o paradigma da democracia liberal clássica, mediante a exposição da lógica segundo a qual o processo ativo da democracia exige que cada pessoa tenha efetiva capacidade de exercer a sua cidadania, o que depende de que lhe sejam oferecidas uma série de oportunidades essenciais para o seu desenvolvimento.

* Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2000), especialização em Direito (Processo Civil) pela Universidade Federal do Ceará, mestrado em Direito (Ordem Jurídica Constitucional) pela Universidade Federal do Ceará (2007) e Doutorado (Direito Processual) pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas (2014). <carlosmardenc@hotmai.com>.

** Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (1984), mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (1989), doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1995), com estágio “sanduíche” na Universidade de Montpellier I - França e Pós-Doutoramento junto à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Atualmente é professor da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Procurador do Estado do Estado do Rio Grande do Sul, Coordenador de Núcleo de Estudos da Escola Superior da Magistratura, membro do conselho consultivo do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Consultor ad hoc da CAPES, CNPQ, FAPERGS, FAPESC e Università degli studi di Roma Tre e professor convidado da pós-graduação - Università del Salento, Università de Firenze, Universidad de Sevilla e Universidade de Coimbra, coordenador do Grupo Estado e Constituição (CNPq). <bolzan@hotmail.com>.

Nesse contexto, expor-se-á que os Objetivos do Milênio se destacam, na medida em que representam elementos mínimos de condições de uma vida digna, sem os quais se mostra inviável se falar em construção da própria realidade. Por fim, sustentar-se-á que o compromisso com o cumprimento dos Objetivos do Milênio se confunde parcialmente com o compromisso de concretizar o Estado Democrático de Direito, na medida em que representa um passo adequado na ampliação da capacidade de participação efetiva das pessoas que compõem determinada sociedade.

Palavras-chave: Democracia. Perspectiva construtiva. Objetivos do milênio. Função constitutiva.

1 INTRODUÇÃO

Em setembro de 2000, 189 (cento e oitenta e nove) países firmaram uma série de compromissos que passaram a ser conhecidos como Objetivos do Milênio. Segundo a “*Declaração do Milênio*” (celebrada em Nova Iorque), até o final de 2015, os países signatários deveriam atingir 08 (oito) objetivos, os quais são:

- a) erradicar a extrema pobreza e a fome;
- b) atingir o ensino básico universal;
- c) igualdade entre os sexos e a autonomia das mulheres;
- d) reduzir a mortalidade infantil;
- e) melhorar a saúde materna;
- f) combater a AIDS e outras doenças (malária, tuberculose, hanseníase etc.);
- g) garantir a sustentabilidade ambiental e;
- h) estabelecer uma parceria mundial para o desenvolvimento.

Neste ano em que já se esgotou o prazo de cumprimento desses objetivos, apresenta-se o momento para que seja realizado um balanço de quanto se conseguiu avançar na persecução de metas que eram consideradas distantes no fim do século XX, apesar de referentes a áreas que são tidas como essenciais para o desenvolvimento. De uma maneira geral, trata-se de uma oportunidade para que se possa analisar o estágio de desenvolvimento de cada país signatário (especialmente do Brasil), de forma a traçar novos objetivos que visem a promover ainda mais o desenvolvimento que tem marcado o cenário internacional das últimas décadas. Para isso, o presente trabalho pretende oferecer uma contribuição específica no que se refere à questão democrática.

Para tanto, será inicialmente discutido o próprio conceito de democracia, destacando que esse sistema deve ser visto como algo que vai muito além das eleições e mesmo de uma forma de governo, devendo a democracia ser concebida em uma perspectiva construtiva, o que significa que o critério de “democraticidade” de uma sociedade deve estar diretamente vinculado à capacidade que as pessoas têm de construir a própria realidade. Desse modo, amplia-se a percepção de que

a democracia está ligada à elaboração de normas jurídicas, para se entender que existe uma infinidade de normas (de muitas naturezas e dimensões) que regulam a vida das pessoas, motivo pelo qual se deve dar maior atenção à capacidade de ação do indivíduo diante de todo o espectro da realidade e não apenas ao Ordenamento Jurídico (concebido como resultado da atuação estatal).

Partindo da perspectiva construtiva da democracia, será apresentada uma reflexão a respeito da necessidade de que ela seja compreendida muito além da sua concepção liberal. Como será demonstrado, por mais que os direitos fundamentais de primeira dimensão sejam pressupostos do exercício democrático, a ideia de democracia não pode se esgotar neles, sendo indispensável que sofra uma releitura, que permita a absorção dos direitos fundamentais de outras dimensões (notadamente dos chamados direitos sociais). Tal entendimento decorre do fato de que qualquer pretensão de se atribuir a alguém uma real capacidade de construção de sua realidade ultrapassa em muito a simples concessão de liberdade, para incluir um cenário no qual lhe são oferecidos meios para que (co-)configure a realidade como lhe parecer mais adequado.

Uma vez expostas essas premissas, será aplicado o conceito de democracia construtiva aos Objetivos do Milênio, argumentando que o conteúdo da “*Declaração do Milênio*” está relacionado não apenas com o desenvolvimento (em sentido estrito), mas também com a própria pretensão de concretizar o Estado Democrático de Direito. Efetivamente, na medida em que os Objetivos do Milênio tratam das questões que são (em escala planetária) consideradas como as mais sensíveis para o desenvolvimento das nações (e, portanto, para a realização da dignidade da pessoa humana), é inevitável perceber a sua relação com a questão democrática, uma vez que se referem a privações que comprometem severamente a pretensão de atribuir às pessoas a capacidade de construir a própria realidade.

Se o século XX foi marcado pela disputa entre modelos econômicos antagônicos (capitalismo e comunismo), nos quais o Estado deveria optar entre uma perspectiva liberal ou social, o século XXI se inicia a partir de um contexto no qual a dignidade da pessoa humana não pode mais ser concebida mediante uma visão restritiva de direitos fundamentais. De fato, o desafio do novo milênio é encontrar uma forma de efetivar todas as dimensões dos direitos fundamentais em um contexto democrático. Essa pretensão pode mostrar-se de difícil abordagem quando se parte de um conceito clássico de democracia (percebida como participação em um sistema de construção de normas jurídicas), mas passa a ser factível quando se adota o conceito de democracia construtiva, pois a realidade das pessoas passa a interessar em sua totalidade.

Os Objetivos no Milênio chegam ao ano de 2015 em diferentes estágios de cumprimento, motivo pelo qual devem ser objeto de profunda análise crítica. Porém, mais importante do que refletir os avanços conquistados em diferentes áreas dos direitos humanos, o balanço da “*Declaração do Milênio*” deve ser um indicativo de quanto ainda é preciso avançar (e em qual direção) para que se busque o pleno desenvolvimento dos países signatários. Para tanto, acredita-se

que é fundamental compreender o papel constitutivo que os Objetivos do Milênio têm para o Estado Democrático de Direito. Este trabalho pretende ser uma contribuição neste sentido.

2 DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA À DEMOCRACIA CONSTRUTIVA

Surgida na Grécia há cerca de dois mil e quinhentos anos – naquilo que “poderia” ser a época -, a democracia tem uma história cheia de percalços.¹ Em diferentes momentos dos últimos vinte e cinco séculos, a ideia de um governo democrático passou por diversas releituras, alternando momentos de grande prestígio e de enormes resistências, chegando a ser motivo de revoluções e objeto de longo esquecimento.² No século XX, entretanto, especialmente após a II Guerra Mundial, pode-se verificar que a democracia (ao lado do “neo”constitucionalismo) tem experimentado uma fase de destaque, durante a qual permaneceu décadas sendo objeto não apenas de muitos movimentos sociais que buscavam a sua implantação, mas também de inúmeros escritos que procuravam esboçar uma teoria democrática adequada ao século XX.

Continuando a tradição retomada por Alexis de Tocqueville,³ nomes como Hans Kelsen, Raymond Aron e Jürgen Habermas refletiram sobre as características e a funcionalidade da democracia, contribuindo para a releitura da ideia de democracia. De fato, após uma série de contribuições teóricas relevantes, é possível dizer que a democracia chegou ao século XXI com um conceito bem diferente daquele que lhe era atribuído em sua origem grega. Dado o tamanho e a complexidade das sociedades contemporâneas, bem como a consagração da noção de direitos fundamentais (e de constitucionalismo), houve uma convergência teórica em torno do conceito de democracia indireta, que tem como características essenciais a participação (sobretudo eleitoral), a universalidade, a igualdade, a representação e o pluralismo, sem desconsiderarmos os avanços relacionados às fórmulas de participação popular direta.

De maneira sintética, pode-se apontar, em primeiro lugar, que o conceito de participação se incorporou definitivamente ao de democracia. De certo modo, é possível dizer que as ideias sempre estiveram intimamente ligadas (mesmo na democracia grega), porém encontraram uma formulação mais sofisticada na teoria procedimental-discursiva de Jürgen Habermas,⁴ na qual se considera que a democracia consiste na possibilidade de os sujeitos serem autores das normas das quais serão destinatários. Em outras palavras, faz-se uma releitura de todos os movimentos democráticos, identificando entre eles um ponto comum, que é a busca por influenciar a construção do ordenamento jurídico. A história da democracia, portanto, confunde-se com a história da luta para ter participação na gestão do Estado e na elaboração do Ordenamento Jurídico.

Em segundo lugar, pode-se dizer que não é mais concebível se falar em uma democracia nos moldes gregos, na qual o conceito de povo era extremamente

limitado e a participação era baseada na segregação de grandes segmentos da sociedade (como mulher e escravos). Se uma democracia elitizada representou um grande avanço há vinte e cinco séculos, no terceiro milênio não é possível se trabalhar com um conceito de democracia que não seja baseado na universalidade: o conceito de povo tem que ser o mais amplo possível, admitindo-se apenas exceções em casos extremos (como no caso das pessoas abaixo de certa idade). Atualmente, todos os que escrevem sobre democracia partem da ideia básica de que a democracia não pode ser formalmente excludente, deve acolher em seu seio o máximo de pessoas que estejam aptas a participar.

Da mesma forma, considera-se que a igualdade seja uma característica da democracia, nos termos em que passou a ser concebida a partir do século XX. Na verdade, desde que fez o seu clássico diagnóstico sobre a nascente democracia dos Estados Unidos, Alexis de Tocqueville⁵ destacou que a marca distintiva do regime não estava na forma de governo, mas sim na igualdade entre os cidadãos. É possível perceber, então, que, já desde o século XIX, se considera que as ideias de igualdade e de democracia têm andado juntas, sendo consideradas inseparáveis. Em outras palavras, a concepção de democracia (herdada do século passado) traz em si a percepção fundamental de que não é suficiente que o sistema democrático seja universal, mas exige também que o povo seja constituído por indivíduos iguais entre si.

Partindo dessa concepção de democracia como um sistema no qual todas as pessoas são tidas como iguais e devem ter assegurada a sua participação no processo eleitoral, Hans Kelsen⁶ desenvolve seus escritos sobre o tema (no começo do século XX), sustentando que a democracia direta não é compatível com o tamanho e a complexidade das sociedades atuais, motivo pelo qual a representação deve necessariamente ser tida como um elemento essencial de funcionamento do sistema. Segundo Hans Kelsen, a democracia indireta é um sistema essencialmente representativo. Na medida em que não é possível que milhares (ou mesmo milhões) de pessoas participem diretamente de cada decisão, cabe organizar o sistema de forma a que partidos políticos sejam instrumentos de representação de diferentes parcelas do povo.

Por fim, pode-se apontar que a democracia não deve apenas ser representativa, mas também plural. Como explica Raymond Aron⁷, o sistema representativo não serve para que o processo eleitoral revele uma vontade única popular, mas, pelo contrário, serve para que o processo eleitoral acomode as diversas aspirações dos diferentes segmentos que compõem o espectro social. Trata-se de uma considerável mudança no conceito de democracia, que supera a busca da vontade popular, para ser vista como um sistema de acomodação de diferentes interesses. Efetivamente, não é possível sustentar que existe um objetivo comum a ser buscado por toda a sociedade, mas sim uma série de interesses paralelos (e, muitas vezes, contraditórios e antagônicos) que precisam ser coordenados para que seja possível a convivência em uma sociedade organizada.

A partir dessas características essenciais, sumariamente indicadas, é possível delinear o conceito de democracia que restou consagrado após as contribuições teóricas do século XX. Partindo da premissa de que a democracia direta é incompatível com o tamanho e a complexidade das sociedades contemporâneas, a democracia passa a ser concebida como um sistema representativo no qual deve ser assegurada a participação do maior número possível de pessoas (todas elas consideradas iguais entre si), com o objetivo de que o Estado reflita a diversidade de valores existente na sociedade. É nisso que se fala quando se fala em democracia no começo do século XXI. É exatamente isso que modula o discurso sobre o tema e a percepção do fenômeno democrático, de maneira que cumpre investigar a adequação de tal conceito.

Acontece que esse conceito de democracia tem um problema fundamental: ao confundir democracia direta com democracia agórica (na qual as pessoas se reúnem em uma praça para deliberar), conclui equivocadamente que a democracia direta seja incompatível com a realidade social do novo milênio. Por via de consequência, busca no sistema representativo uma forma de manter viva a possibilidade de participação universal (e igualitária), o que acaba por transformar o processo eleitoral em um elemento central da democracia. Como resultado, tem-se uma discussão que se foca sobre como eleger pessoas que possam legislar representando o povo, que tem a sua participação efetiva resumida às eleições ou, quando muito, estendida a alguns modestos instrumentos de democracia direta (como o plebiscito e o referendo).

Essa limitação do conceito de democracia, entretanto, não se mostra necessária. De fato, não há qualquer dúvida quanto à inviabilidade de que decisões sejam tomadas mediante deliberação na qual se reúna toda a população de um país, um estado ou mesmo uma cidade. A tal democracia agórica, se não está permanentemente eliminada da vida social, tem hoje, com certeza, um âmbito bastante limitado de aplicação. Entretanto, essa constatação não implica comprometimento da possibilidade de exercício de uma democracia direta, desde que se esteja atento a duas ponderações:

- a) a participação democrática está diretamente relacionada ao interesse que as pessoas têm no assunto a ser decidido e;
- b) as normas que regulam a vida das pessoas (e de cuja confecção se pretende participar) nem sempre têm caráter jurídico-formal.

Tais observações merecem maior elaboração.

O primeiro problema dessa concepção (formal) de democracia é que ela parte da ideia de que o tamanho e a complexidade das sociedades contemporâneas desfere um golpe fatal em qualquer pretensão de operacionalizar um sistema de democracia direta. Efetivamente, não é de se imaginar que seja possível promover a reunião de todo o povo na praça para fins deliberativos, trata-se de um projeto que deixou de ser factível. Entretanto, essa objeção é apresentada sem que se enfrente uma questão preliminar, qual seja: é realmente necessário

que todo o povo delibere – sobre todas as questões - para que a decisão tenha caráter democrático? Não há dúvida de que a resposta negativa se impõe. Por mais que atualmente a universalidade seja uma característica indissociável da democracia, a exigência para a participação de todos significa a participação de todos os que são interessados.

Ora, quantas questões a serem decididas (ou quantas normas a serem elaboradas) realmente interessam a todas as pessoas que compõem uma comunidade? Com certeza, algumas situações poderão ser mesmo consideradas de interesse geral, no sentido de que a sua regulamentação interessa a todos os indivíduos de determinado grupo. Porém, também é seguro afirmar que essas situações serão excepcionais, ou seja, na esmagadora maioria das vezes, as questões a serem discutidas e regulamentadas interessam a subgrupos da comunidade, os quais podem, sim, ter número suficiente para que seja viável a sua reunião pessoal, bem como o debate e a decisão em caráter direto. Não se trata de definir subgrupos que decidam em nome do grupo completo, mas sim de perceber que cada subgrupo pode decidir aquilo que é de seu interesse exclusivo e que não repercuta sobre interesse de outros grupos ou de toda a comunidade.

Dentro dessa lógica, é possível realizar uma inversão de perspectiva, com o intuito de deslocar o centro de discussão/produção das normas. Na verdade, o que se propõe é que o indivíduo possa refletir sobre as questões (excepcionais, mas certamente existentes) que são de seu interesse exclusivo, tendo reconhecida a sua capacidade de elaborar a norma que lhe pareça mais apropriada. Uma vez que a questão seja de interesse além da esfera individual, então a mesma lógica deve-se aplicar à família, à sociedade comercial, ao condomínio, à associação, ao bairro, à cidade etc. Uma vez que determinado grupo se depare com uma situação que interessa apenas a ele e que não vá gerar efeitos em outro grupo (em outro condomínio, por exemplo), então deve ser-lhe assegurada a possibilidade de regular a questão como melhor convier.

A razão aqui é bastante simples: a inclusão de novas pessoas no processo decisório promove uma inevitável erosão democrática, na medida em que, em grupos maiores, o interessado perde espaço discursivo e poder decisório. Em uma escala máxima, o indivíduo tem plena liberdade para decidir sobre aquilo que diga respeito somente a si mesmo, mas tal influência vai sendo diluída na medida em que os grupos aumentam de número, até que seja inviável a participação direta e se fale em representação. Parece ser certo considerar que esse aumento do grupo (pela inserção de novos interessados) é inevitável, porém deve ser admitido de maneira controlada, tendo em vista esta “erosão” democrática que provoca. Nesse sentido, então, pode-se falar da existência de um princípio da influência exclusiva, segundo o qual os interessados têm direito a que apenas eles próprios participem do debate e da decisão que interessam apenas ao seu subgrupo.

Afinal de contas, por que deveria ser assegurado a alguém o direito de discurso e de voto a respeito de uma questão que não lhe diz respeito de maneira nenhuma? É difícil acreditar que se possa encontrar sustentação teórica para a

pretensão de diluir a participação dos interessados, mediante incremento do grupo com uma parcela de não interessados, até que se chegue em uma situação em que a democracia direta é inviável. O primeiro ponto a ser esclarecido, portanto, é que a democracia indireta só é inviável para grandes grupos e estes só precisam ter influência em decisão que digam respeito a algo que efetivamente interesse a tantas pessoas, que seja impossível reuni-las para deliberação direta.⁸ De maneira geral, entretanto, é possível pensar em uma democracia policêntrica, na qual cada subgrupo social pode ser considerado emissor das normas que hão de regular as questões que lhes dizem respeito exclusivo.

Essa proposição provavelmente pode parecer estranha (ou mesmo desconfortável) à primeira vista. Tal sensação incômoda decorre do fato de que a democracia tem sido usualmente pensada como sendo um sistema de produção de normas jurídicas, por intermédio do Parlamento. Trata-se, então, de uma concepção que parte da premissa de que a democracia se relaciona diretamente com o Estado, enquanto ente emissor de normas que regulam a vida dos cidadãos. Mesmo que se sustente que o povo deve ter maior participação possível no processo, ainda se trata de uma concepção de fundo autoritário, na medida em que centraliza no Estado a produção de normas formais para a regulação das condutas praticadas na sociedade. Como observado há pouco, entretanto, a democracia pode ser policêntrica; nada em sua essência exige que haja apenas um núcleo de produção de normas ou regras de conduta e convívio.

Aqui, exige-se uma reflexão sobre a questão. Pegue-se o indivíduo. Em cada um de seus dias, uma série de condutas é exclusivamente de seu interesse: o horário em que ele resolve dormir; de que se alimenta; se irá ler ou ver televisão; qual roupa vestirá para cada ocasião; que percurso irá seguir entre um local e outro de suas atividades etc. São pequenas questões que interessam a ele e a mais ninguém, de modo que lhe é dada a possibilidade de regular a sua conduta da maneira que melhor entender. Enquanto um sujeito prefere aproveitar mais horas de sono, outro acredita que dormir muito é perda de tempo; enquanto um sujeito prefere ser vegetariano, outro prefere o prazer da carne vermelha; enquanto um sujeito relaxa com literatura, outro prefere ver futebol e um terceiro divide-se entre a televisão e os livros e assim por diante. Em todas essas situações, as decisões tomadas por um dos sujeitos não afeta, de nenhuma maneira, a forma como se dará a conduta do outro.

Pergunta-se, então: o que impede que o sujeito possa estabelecer para si mesmo a norma que bem entender em relação àquela conduta que diz respeito somente a si mesmo? A resposta que se impõe é a seguinte: nada!

A priori, não há motivo para que se estabeleçam limites para a forma como o sujeito regula as suas condutas individuais, salvo naquilo que elas afetam outras pessoas. O que ocorre é que essa conduta intersubjetiva (quando a situação interessa a mais de uma pessoa) acaba por ser a regra quando se vive em sociedade, fazendo que sejam residuais os casos nos quais determinada conduta diz respeito apenas a quem a pratica (assim como também são excepcionais os casos nos quais

as questões interessam a toda a comunidade). Tem-se, então, que a liberdade de conduta do indivíduo se encontra no espectro oposto do fenômeno social, em relação àqueles casos da democracia representativa.

Tal constatação, entretanto, em nada prejudica o raciocínio desenvolvido. A mesma lógica da influência exclusiva pode ser aplicada à medida que os grupos forem crescendo, de forma que se assegure ao casal a possibilidade de ser um centro emissor das normas jurídicas que regula situações que lhe dizem respeito exclusivo (o destino de sua viagem de férias ou o nome que darão ao seu filho, por exemplo).⁹ Da mesma maneira, pode-se estabelecer que o caráter policêntrico da democracia exige que se reconheça cada subgrupo social (como os integrantes de um condomínio de apartamentos, os sócios de determinada empresa ou os moradores de um bairro) como capaz de emitir as normas que irão regular as respectivas condutas nos assuntos de seu interesse exclusivo, sem que se admita a influência/participação de qualquer um que não seja interessado na questão.

Contra tal proposta, certamente se apresentará a objeção de que existe uma diferença de natureza entre a decisão a respeito do destino das férias do casal e aquela consistente em tipificar um crime. Por tal motivo, essa proposta requer a desconstrução da relação íntima que se convencionou estabelecer entre a democracia e a produção de normas jurídicas formais. Apesar da tendência instintiva a restringir o fenômeno democrático à produção de direito, tal limitação não é adequada, visto que não existe nenhuma questão que seja jurídica por natureza. De fato, o que define qual questão será pertinente ao direito é o próprio direito, de maneira que absolutamente qualquer conduta no mundo pode adquirir natureza jurídica, bastando, para tanto, que o legislador resolva regulá-la (vide a Coreia do Norte, na qual existe norma a respeito de qual corte de cabelo é autorizado aos cidadãos).¹⁰

Tem-se, portanto, que não é possível estabelecer um corte ontológico entre o que é jurídico ou não, uma vez que cabe ao próprio Ordenamento Jurídico indicar onde se encontra o seu limite. Na verdade, sustentar uma divisão entre o jurídico e o não jurídico significa olvidar um dos problemas mais relevantes da democracia, qual seja o de saber até onde o direito pode avançar na regulação de condutas. A diferença entre um sistema democrático e um autoritário não se limita apenas a saber se o processo legislativo tem elementos típicos da democracia, mas tem um alcance muito mais amplo, incluindo a definição mesma de se saber o que pode/deve ser submetido ao processo legislativo formal. Essa questão não pode ser respondida pelo conceito clássico de democracia.

Para superar esse dilema e responder devidamente à pergunta, é preciso um novo paradigma, que possibilite compreender que um Estado autoritário não é apenas aquele que emite normas resultantes de um processo legislativo no qual não se assegurou participação popular. Também deve ser considerado autoritário aquele Estado que submete à vontade geral (seja mediante Parlamento ou mesmo plebiscito) uma questão que não diz respeito a todo o povo. No primeiro caso, o elemento autoritário está presente pela exclusão da participação; no segundo caso, por se verificar uma erosão desnecessária da influência democrática dos

destinatários da decisão. Em ambos os casos, existe ofensa frontal ao princípio democrático, à medida que os destinatários das normas sofrem prejuízo na sua capacidade de produção da norma que há de regular a sua conduta. Pode-se dizer que há um “*deficit* democrático” pela falta de participação ou por seu excesso.

Todo esse grupo de constatações exige uma verdadeira releitura do conceito de democracia. Aqui, não é preciso descartar todas as contribuições teóricas acumuladas ao longo dos últimos séculos, basta apenas mudar o foco. Assim como Jürgen Habermas¹¹ percebeu que, em todas as suas fases, a democracia sempre disse respeito à questão da participação da construção de normas, o que se pretende é destacar que, ao longo de toda a sua história, o máximo denominador comum do ideal democrático sempre foi a busca para que as pessoas tenham o máximo possível de influência na definição das normas que hão de regular as próprias condutas. Em outras palavras, democracia pode ser redefinida como sendo a capacidade de cada um de construir a própria realidade, o que significa que uma sociedade será tão mais democrática quanto maior for a capacidade que cada um tem de construir a realidade em que está inserido.

Como afirmado, essa mudança de foco não implica contestação de todas as teorias consolidadas sobre a democracia, mas sim a busca de encontrar um ponto de convergência entre elas, bem como com a realidade do novo milênio. De plano, já é possível perceber que a mudança de paradigma promove um deslocamento do centro gravitacional da democracia, que deixa de ser a produção estatal de normas, para ser a realidade individual de cada integrante do povo. Há uma inversão da lógica democrática, fazendo que a democracia direta passe a ser a regra. De acordo com essa lógica, o sistema representativo continua a ser indispensável (uma vez que muitas situações ainda serão objeto de deliberação indireta), mas ele deixa de ser elemento central, para ser um elemento, entre outros, do sistema.

Como é de se imaginar, essa mudança de foco vai exigir uma releitura não apenas da discussão a respeito da democracia representativa, mas de todo o fenômeno democrático, exigindo novas reflexões que vão desde a investigação de quem tem legitimidade democrática para decidir cada questão até mudanças estruturais profundas nos sistemas e processos eleitorais e/ou legislativos. Tais aprofundamentos, entretanto, escapam ao objeto do presente trabalho, motivo pelo qual os tópicos seguintes se limitarão a investigar qual o papel que a chamada democracia construtiva reserva para os direitos sociais, bem como analisar de que forma esse novo conceito pode acomodar os Objetivos do Milênio, reservando-lhes o papel de destaque que eles têm para o desenvolvimento.

3 PARA ALÉM DA DEMOCRACIA LIBERAL: CONSIDERAÇÕES SOBRE O CARÁTER DEMOCRÁTICO DOS DEMAIS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme exposto, o conceito de democracia usualmente trabalhado no final do século XX e no início do século XXI apresenta um *deficit* teórico em decorrência

da percepção míope que tem em relação ao tipo de normas que são relevantes para vida das pessoas, o que faz que atribua exagerada importância à questão da representação, olvidando a análise de inúmeras normas de caráter mais concreto e que podem ser construídas de maneira direta (pelo cidadão ou pelos pequenos grupos). Trata-se de um equívoco cuja relevância não pode ser superestimada, tendo em vista que contamina todos os aspectos do debate a respeito da democracia, na medida em que concentra o discurso em um assunto periférico (o sistema representativo) e ignora o elemento central do sistema: a possibilidade de contribuir diretamente para a elaboração de normas, sem necessidade de representação.

Tal problema não pode ser resolvido no interior desse paradigma, tendo em vista que a concepção clássica de democracia parte do pressuposto equivocado de que a democracia direta é impraticável. Exige-se, portanto, utilização de um novo paradigma, que possibilite entender o fenômeno democrático como sendo algo que diz respeito a todas as normas que regulam a vida da pessoa e não apenas às normas jurídicas oriundas (em regra) do Parlamento. A proposta da democracia construtiva pretende atender a exatamente essa necessidade, visto que concebe a democracia como a capacidade que cada um tem de construir a própria realidade, assim considerada a regulação de condutas não apenas por normas jurídicas, mas também sociais e mesmo individuais. Porém, existe outro ganho sistêmico da mudança de paradigma que se propõe, qual seja, a possibilidade de permitir que a democracia dialogue com todas as dimensões dos direitos fundamentais.¹² Explica-se.

Quando se toma a concepção clássica de democracia (exposta no tópico anterior), existe uma relação direta que se estabelece entre ela e os direitos fundamentais de primeira dimensão, a saber, os direitos políticos e de liberdade. Efetivamente, não há como questionar a ligação estreita e umbilical que existe entre a democracia e o direito de votar e de ser votado, por exemplo. Da mesma maneira, nos últimos dois séculos, pode-se dizer que se tratou exaustivamente da relação da democracia com direitos como liberdade de expressão, liberdade de associação, liberdade de ir e vir etc. Não é à toa que se usa normalmente o adjetivo liberal para qualificar a democracia, uma vez que ela se concentra prioritariamente nos direitos fundamentais de algum modo relacionados à liberdade.

Destaque-se que não se está aqui a dizer que os teóricos da democracia sejam avessos aos demais direitos fundamentais. Certamente não o são. O que acontece é que tais direitos fundamentais de outras dimensões simplesmente não são considerados como sendo relevantes para a discussão da questão democrática. De fato, se a democracia é concebida apenas como o direito de participar politicamente do processo eleitoral em condições iguais às dos demais, então o foco vai se concentrar essencialmente nos direitos fundamentais de primeira geração, uma vez que a democracia assume um caráter extremamente formal. As normas serão democráticas desde que oriundas de processos que tenham assegurado participação mediante discurso. Não há, portanto, necessidade de investigar o grau de efetividade dos demais direitos fundamentais. Trata-se de uma questão paralela e alheia à busca de uma sociedade mais democrática.

Essa é uma limitação extremamente grave da teoria democrática, o que faz que o termo democracia liberal seja visto mesmo como pejorativo. O problema, entretanto, não é intrínseco à democracia e só se apresenta porque (mais uma vez) se parte de um conceito equivocado do fenômeno. A partir do momento em que se adota a perspectiva construtiva e se passa a medir o quão democrática é uma sociedade a partir do grau de capacidade de cada um para construir a própria realidade, então passa a ser fácil superar o problema, promovendo a compatibilização da democracia com todas as dimensões dos direitos fundamentais. Não se trata de dizer que a democracia construtiva não seja liberal, pois não há dúvida de que o seja, na medida em que os direitos políticos e de liberdade lhe são essenciais. Porém, ela transcende os limites típicos da democracia liberal, exigindo outras dimensões dos direitos fundamentais em sua constituição.

A questão se põe nos seguintes termos: a perspectiva construtiva amplia o foco de interesse da democracia, fazendo que sejam relevantes não apenas as normas jurídicas (normalmente oriundas do Parlamento), mas também toda e qualquer norma que venha a regular a conduta do indivíduo em qualquer aspecto da sua vida. Uma vez que se recusa que existam aspectos da vida que sejam afeitos ao direito (enquanto outros não seriam), então cada pessoa está quase integralmente sujeita a inúmeras normas que disciplinam a sua conduta, motivo pelo qual ela tem interesse direto em influenciar na confecção delas. Em uma situação normal, cada um vai tentar ter o máximo de influência possível na construção da própria realidade, o que se dá mediante a elaboração (o mais direta possível) de normas que lhe tenham como destinatário.

Sendo assim, como se tem uma perspectiva holística da regulação de conduta do indivíduo, então não há como deixar de lado alguns grupos de direitos fundamentais, para se concentrar apenas naqueles que dizem respeito à liberdade e ao exercício político. Ora, por mais que os direitos fundamentais de primeira dimensão sejam elementos básicos da democracia construtiva, a própria forma como ela é concebida exige que as outras dimensões dos direitos fundamentais também se apresentem como sendo de nível constitutivo, uma vez que ninguém vai efetivamente construir a própria realidade de maneira livre se lhe forem dadas apenas condições formais para tanto. Uma breve digressão nas outras dimensões dos direitos fundamentais será suficiente para mostrar como elas se relacionam com a democracia construtiva, de modo a tornar impossível a desconexão dos conceitos.

De uma forma resumida, pode-se dizer que a doutrina reconhece que, além dos direitos políticos e de liberdade, existem as seguintes dimensões dos direitos fundamentais:

- a) segunda (consistente nos direitos sociais como saúde, educação, moradia, segurança etc.);
- b) terceira (consistente nos direitos coletivos/difusos como o meio ambiente, o desenvolvimento, o patrimônio histórico, artístico e cultural etc.);
- c) quarta (consistente nos direitos de universalidade como a informação, o pluralismo, a democracia etc.) e;

- d) quinta (consistente no direito à paz, como pressuposto para a viabilidade da concretização das demais dimensões).

Apesar de a classificação ter um evidente caráter didático, ainda assim tem importância ilustrativa para que se perceba a forma como se tem admitido ou não a conexão dos diversos direitos fundamentais com a democracia.

Um primeiro indício dessa distorção pode ser constatado pelo simples fato de a democracia em si ser considerada como um direito fundamental de quarta geração, ou seja, como se ela pudesse ser assegurada independentemente da concretização dos demais direitos fundamentais de outras ou mesma dimensão. Essa percepção equivocada só é possível porque se entende que a democracia seja o direito de participar ativamente da vida política e do sistema eleitoral, prioritariamente mediante um sistema representativo, no qual todas as pessoas capazes sejam consideradas iguais. Por mais complexa e relevante que se mostre esse conceito, ele praticamente se esgota dentro da primeira dimensão dos direitos fundamentais, porque historicamente não passa de uma reeleitura atualizada daquela democracia concebida no fim do século XVIII e no começo do século XIX, quando a dignidade da pessoa humana era relacionada exclusivamente com os direitos políticos e de liberdade.

Efetivamente, se o paradigma adotado for o da democracia indireta/representativa, o que se pode querer mais do que um Estado que assegure liberdade (de crença, associação, manifestação, expressão etc.) e direitos políticos? Por mais que se defenda a existência e a concretização das outras dimensões dos direitos fundamentais, tratar-se-á inevitavelmente de uma discussão paralela, não relacionada com a democracia. De fato, talvez seja até possível estabelecer uma conexão entre a educação, por exemplo, e a democracia. Entretanto, como estabelecer uma relação entre a democracia e o fato de uma determinada pessoa não viver em um local no qual se sinta segura ou o fato de ela não ter onde morar? Como se relacionar o direito ao meio ambiente ou a cultura com uma democracia concebida como sistema/processo eleitoral? Em que termos interessa ao debate democrático a existência de paz em um determinado território?

Por mais relevantes que sejam as questões relacionadas a tais direitos fundamentais, elas não podem ser seguramente transpostas para o debate sobre democracia, porque o conceito liberal de democracia representativa/indireta não possui fundamentos que comportem discutir todas as dimensões dos direitos fundamentais. Para que seja possível compatibilizar todos os direitos fundamentais com a questão democrática, é preciso um novo paradigma (que seja mais abrangente do que aquele focado no sistema eleitoral-representativo) capaz de revelar o fato de que a democracia diz respeito não apenas às normas jurídicas, mas a todas as normas que regulam a conduta das pessoas em todos os âmbitos de sua vida. Tal ganho sistêmico é possível mediante adoção da perspectiva construtiva, que concebe a democracia como capacidade para cada um construir a própria realidade.

Funciona da seguinte maneira: a partir do momento em que se transcende o limite estrito das normas jurídicas, passa-se a entender que a capacidade de construir a realidade em regra acontece de maneira direta e só excepcionalmente de maneira indireta e/ou representativa. Nesse contexto, passa a ser objeto de interesse do debate democrático todas as decisões que o ser humano toma em seu cotidiano, desde o corte de cabelo que escolhe até as regras do condomínio, passando pelo destino das férias da família. Sozinho ou com seus pares cointeressados na questão, cada pessoa está permanentemente envolvida na elaboração de regras que hão de regular a sua conduta, motivo pelo qual deve lhe ser assegurado o máximo possível de influência em sua construção. Toda e qualquer limitação indevida e desnecessária da liberdade do indivíduo implica erosão democrática, visto que o impede de construir a sua própria realidade.

O diferencial dessa perspectiva é que a liberdade não precisa ser concebida apenas de maneira formal, assim entendida uma perspectiva negativa, segundo a qual outras pessoas (ou o Estado) não devem impedir que o ser humano se comporte da maneira que entende devida. Como a liberdade aqui é para construir a própria realidade, então não há como dissociar a sua efetividade da existência de todos os meios que são pertinentes à referida construção. Sendo assim, pode-se, de imediato, estabelecer uma relação de dependência entre a democracia e todos os direitos fundamentais, uma vez que as suas variadas dimensões revelam apenas novas perspectivas da dignidade da pessoa humana. Para muito além dos direitos fundamentais de primeira dimensão, a democracia vai se relacionar com direitos que podem ser sociais, coletivos ou de qualquer natureza, porque, no fim das contas, assim como ela, todos dizem respeito à dignidade da pessoa humana.

Aqui a democracia se aproxima do conceito de desenvolvimento como liberdade apresentado por Amartya Sen,¹³ segundo o qual desenvolvimento é a capacidade que as pessoas têm para levar a vida que elas têm razão para valorizar. Da mesma forma, democracia é a capacidade para cada um (co-)construir a realidade da maneira que parecer mais adequada aos interessados. Entretanto, como se pode imaginar que alguém tenha essa capacidade, se não gozar de saúde ou tiver recebido educação básica? Como imaginar que alguém possa construir a própria realidade se vive em um ambiente no qual não lhe é garantida a segurança? Além disso, que tipo de capacidade construtiva é reservada àquele que vive na rua, pois não tem uma moradia na qual possa encontrar abrigo permanente? Não há como separar os direitos fundamentais sociais do conceito de democracia construtiva, porque eles dizem respeito a elementos mínimos para que alguém tenha capacidade de influir na própria realidade.

A mesma lógica pode ser aplicada aos direitos fundamentais de terceira, quarta ou quinta geração. Se o meio ambiente pode parecer algo com pouca (ou mesmo nenhuma) relação com a democracia representativa, a realidade é completamente outra quando se trata da democracia construtiva, pois fica evidente que o meio ambiente é essencial para estabelecer limites dentro dos quais a pessoa pode construir a própria realidade. Assim também, é fácil estabelecer como a

democracia construtiva se relaciona, por exemplo, com o direito à informação, requisito fundamental para que a pessoa esteja consciente de todos os elementos envolvidos em qualquer decisão que tome e venha a impactar futuramente na própria vida. Mesmo o direito à paz pode ser enquadrado dentro do esquema teórico da democracia construtiva, na medida em que um quadro de guerra transtorna de tal maneira os mais diversos aspectos cotidianos, que impõe severas limitações à capacidade que qualquer um possa ter de influenciar o estabelecimento das normas que entende mais pertinentes para regular a própria vida.

Diante dessas observações, fica claro o ganho sistêmico decorrente da mudança de paradigma representada pela substituição do conceito de democracia representativa (ou mesmo participativa) pelo conceito de democracia construtiva. Uma vez ampliado o objeto de interesse da democracia (para incluir todos os aspectos da vida da pessoa que podem ser regulados por normais pessoais, grupais, sociais ou estatais), o desafio de construir a própria realidade passa não apenas pela efetivação dos direitos políticos e de liberdade, mas também pela concretização de todas as dimensões dos direitos fundamentais.¹⁴ Isso acontece porque a democracia também deve ser estudada sob uma perspectiva que a perceba como uma manifestação legítima da busca de cada um por uma vida repleta de dignidade.

4 O EFEITO DEMOCRATIZANTE DOS OBJETIVOS DO MILÊNIO

A inadequação da teoria democrática mais difundida vai além do problema de foco: consistente em isolar o aspecto jurídico dos demais aspectos das vidas das pessoas, fazendo que a produção de normas jurídicas (e consequentemente o sistema representativo) assumam um papel central que promove uma inevitável distorção na concepção de democracia. Efetivamente, conforme demonstrado no tópico anterior, mesmo uma releitura da democracia que favoreça o seu aspecto direto (privilegiando iniciativa de lei, plebiscito e referendo, por exemplo), ainda se encontra contaminada pela concepção limitada da representação, fazendo a democracia seja vista exclusivamente sob uma perspectiva liberal, que esgota o seu objeto mediante otimização da efetividade dos chamados direitos fundamentais de primeira dimensão.

Esse problema, entretanto, pode ser não apenas afastado (ou evitado), mas efetivamente superado pela concepção de democracia construtiva. De fato, a partir do momento em que se muda o paradigma democrático e se passa a entender que uma sociedade é tão mais democrática quanto maior for a capacidade que seus membros têm de construir a própria realidade, não há qualquer óbice à compatibilização entre os direitos fundamentais de quaisquer dimensão e o conceito de democracia. Especificamente no que diz respeito aos direitos sociais, a questão vai além da mera convergência entre os temas, para implicar mesmo que se entende que tais direitos fundamentais são pressupostos da democracia construtiva. Afinal, quem pode ter capacidade de construir a própria realidade, se não tiver saúde, educação, segurança e moradia?¹⁵

Essa mesma lógica deve ser aplicada aos 08 (oito) Objetivos do Milênio:

- a) erradicar a extrema pobreza e a fome;
- b) atingir o ensino básico universal;
- c) igualdade entre os sexos e a autonomia das mulheres;
- d) reduzir a mortalidade infantil;
- e) melhorar a saúde materna;
- f) combater a AIDS e outras doenças (malária, tuberculose, hanseníase etc.);
- g) garantir a sustentabilidade ambiental; e
- h) estabelecer uma parceria mundial para o desenvolvimento.

A pequena lista de metas elaborada pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento não deve ser vista exclusivamente sob o aspecto social, mas também como uma forma de incremento democrático, visto que esgotá-la implica diretamente no aumento da capacidade das pessoas para construir a própria realidade, motivo pelo qual é pertinente uma análise de como alguns desses objetivos se relacionam com a questão democrática.

Em primeiro lugar, coloca-se como Objetivo do Milênio a erradicação da pobreza e da fome. A importância de tal objetivo dispensa maiores comentários, na medida em que a pobreza extrema e a fome comprometem a própria existência do ser humano, com repercussão direta sobre todos os seus direitos fundamentais. Especificamente no que toca à questão democrática, o comprometimento da capacidade também é avassalador, porque é evidente que aquele que não tem condições de atender às suas necessidades mais básicas jamais irá apresentar-se como um ser político, no sentido de ter atuação proativa na esfera pública, buscando fazer prevalecer o seu discurso sobre as normas das quais eventualmente virá a ser destinatário. A situação de extrema pobreza e fome compromete a experiência da cidadania e a viabilidade de qualquer forma de democracia.

Essa constatação, entretanto, assume uma versão ainda mais drástica quando se utiliza o conceito de democracia construtiva, porque o foco muda e a questão democrática passa a englobar todos os aspectos da vida da pessoa, reconhecendo que normas não jurídicas também são relevantes e exigem que sua formação se dê da maneira adequada. Sendo assim, a exclusão provocada pela fome e pela pobreza é ainda mais significativa, pois aquele que se vê assolado por esses problemas estará não apenas impedido de contribuir para a construção do Ordenamento Jurídico, mas também para construir a própria realidade, a própria vida. No nível mais fundamental possível, a pobreza extrema e a fome impedem qualquer tipo de influência democrática, fazendo que a pessoa necessitada seja dependente da vontade alheia em cada pequeno aspecto de sua vida, sob pena de perecer.

Quanto à questão do pericínio, cumpre destacar que também foi convenicionado como Objetivo do Milênio o intuito de reduzir em dois terços a mortalidade de crianças até os 05 (cinco) anos de idade. Normalmente, dada a sua falta de capacidade para a atuação política, as crianças são entendidas como excluídas das discussões a respeito da democracia, o que pode parecer uma

postura natural para a teoria clássica da democracia, mas não é compatível com a perspectiva da democracia construtiva. Como é evidente, se a democracia é concebida como capacidade para a construção da própria realidade, não cabe excluir nem mesmo as crianças de seu objeto de análise. A uma, porque mesmo as crianças (que não podem participar ativamente da política) têm alguma esfera de autonomia na qual sua vontade prevalece. A duas, porque sobreviver é um pressuposto para o exercício de qualquer direito, incluindo aqueles considerados típicos da democracia.

Outros Objetivos do Milênio relacionados com a questão são aqueles consistentes em melhorar a saúde materna (incluindo a redução em três quartos da mortalidade materna e o acesso universal à saúde reprodutiva) e combater (reduzindo ou eliminando) doenças graves, assim consideradas a AIDS, a malária, a tuberculose e a hanseníase. Mais uma vez, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento assume a postura de privilegiar o combate a problemas relacionados com a sobrevivência e com a saúde, demonstrando o entendimento de que uma vida saudável é pressuposto para que se fale em dignidade de qualquer pessoa. Da mesma forma, trata-se também de questões relacionadas com a democracia, na medida em que a capacidade de construir a própria realidade depende essencialmente de que a pessoa esteja viva e com saúde.

Aqui, cabe uma reflexão. A mudança de paradigma representada pela democracia construtiva tem o efeito claro de deslocar a questão da representação (e da formação de normas jurídicas) para a periferia do processo democrático, mas é preciso destacar que isso implica deslocamento de outros tipos de normas (principalmente aquelas referentes à regulação de situações que dizem respeito somente ao indivíduo ou ao grupo) para o centro gravitacional do fenômeno democrático. Com essa mudança, a questão da saúde ganha uma relevância extrema, porque passa a trazer severas limitações à possibilidade de cada indivíduo construir a própria realidade, na medida em que não tem saúde para tanto. Uma democracia que entenda o indivíduo como integralmente envolvido com influência normativa (dos diversos aspectos de sua vida) tem necessariamente que se preocupar com a pessoa em caráter integral.

Sendo assim, tem-se aqui um conjunto de metas voltadas para o atendimento das necessidades mais básicas do ser humano. Os Objetivos do Milênio aqui apontados demonstram a preocupação da Organização das Nações Unidas (ONU) com o fato de que as pessoas devem ter condições mínimas de sobrevivência, partindo-se da ideia de que as pessoas devem não apenas sobreviver, mas fazê-lo sem estarem submetidas à fome e à extrema pobreza. Tais questões se relacionam de maneira muito clara com a capacidade das pessoas para construir a própria realidade e, portanto, com a democracia de perspectiva construtiva. Qualquer sociedade que se pretenda democrática deve assegurar que seus cidadãos tenham o substrato essencial da dignidade da pessoa humana, para que se possa, a partir de então, atribuir-lhes formas de empoderamento, objetivando potencializar a sua capacidade de influir no mundo à sua volta.

Aparece, ainda, como Objetivo do Milênio a universalização do ensino básico, ou seja, que todas as pessoas tenham acesso ao ensino primário. Não há como superestimar a relação entre educação e democracia, principalmente em um mundo em que o próprio Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento reconhece que a meta não será atingida, “*devido ao lento ritmo de expansão educacional e também por conta das significativas disparidades ainda existentes, principalmente em prejuízo das meninas e das crianças das zonas rurais*”. Especificamente no Brasil, “*a percentagem de jovens de 15 a 24 anos com pelo menos seis anos completos de estudo passou de 59,9% em 1990, para 84% em 2012*”.¹⁶ Assim, apesar dos inegáveis avanços no sentido da universalização do acesso ao ensino básico, a realidade é de que não está no horizonte o dia em que todas as pessoas terão acesso a tal direito fundamental.

Mesmo quando se trabalha com a concepção clássica de democracia (liberal), é muito estreita a dependência que a atuação democrática tem da educação, visto que a atuação política depende, se não formalmente, pelo menos materialmente de uma condição educacional mínima que viabilize uma adequada condição de mundo. Partindo-se do analfabetismo até a erudição, existe um amplo espectro de nível intelectual no qual cada pessoa pode estar localizada. Se, por um lado, é certo que a correlação entre educação e atuação política comporta exceções, por outro é evidente que, em regra, o avanço no espectro educacional vai implicar avanço no exercício da cidadania, uma vez que as pessoas com maiores níveis educacionais tendem a ser mais cientes de seus direitos e, portanto, mais dispostas a defender seus pontos de vista na esfera pública.

Tal relação entre educação e democracia adquire uma intensidade várias vezes maior quando se adota uma perspectiva construtiva, uma vez que vários outros aspectos da vida da pessoa (além do político) passam a ser relevantes. Uma pessoa submetida a uma severa limitação em seu grau de educação, provavelmente vai experimentar uma severa limitação em sua capacidade de construir a própria realidade, a começar pela perspectiva profissional-financeira que lhe será oferecida. Qualquer que seja a importância que uma pessoa específica dê à questão financeira, é inegável que a capacidade da pessoa de construir a própria realidade sempre terá algum grau de vinculação com o seu rendimento periódico, uma vez que a construção da realidade passa inevitavelmente pela aquisição de bens que custam alguma quantidade de dinheiro.

Para além da questão financeira, entretanto, a educação está relacionada com inúmeros outros aspectos da vida da pessoa, senão com todos. Especificamente no que diz respeito aos procedimentos tipicamente democráticos, pode-se apontar, por exemplo, que uma educação deficiente irá impedir (ou dificultar seriamente) que a pessoa possa se colocar como elemento ativo da esfera pública, na medida em que não terá a devida capacidade de expor seus argumentos, bem como de compreender os argumentos dos demais. Em uma democracia que se apresenta como discursiva em todos os seus níveis, a educação será relevante em todos os momentos e em especial naqueles em que a realidade precisar ser

construída em conjunto com outros interessados. Desse modo, buscar a universalização da educação básica significa buscar uma melhoria da democraticidade de qualquer sociedade, notadamente quando se adota a perspectiva construtiva.

Também está elencado como Objetivo do Milênio é a igualdade entre os sexos e a autonomia das mulheres, o que se mostra fundamental mesmo para a concepção usual de democracia, segundo a qual a igualdade é uma marca fundamental. Efetivamente, como se expôs no tópico inicial, desde Alexis de Tocqueville que a democracia passou a trazer em si a igualdade como elemento constitutivo: trata-se de um sistema voltado para a construção de normas a partir da deliberação livre dos interessados que são tidos como iguais. Essa igualdade naturalmente não se aplica apenas aos homens entre si, mas também às mulheres, sendo inadmissível a discriminação de gênero. Destaque-se que essa percepção se mostra convergente também com outro fundamento da democracia clássica, qual seja, a universalidade. Qualquer concepção de democracia no século XXI exige que as mulheres sejam não apenas incluídas no processo democrático, como também que sejam tratadas com igualdade.

Porém, quando se muda o paradigma democrático e passa-se a adotar a perspectiva construtiva, a coisa muda completamente de dimensão. Nesse momento, já não é mais satisfatório um tratamento das mulheres baseado em uma igualdade formal, segundo a qual elas têm direito de voto e (eventualmente) podem ocupar cargos públicos eletivos. A partir do ponto em que se investiga a capacidade que determinada sociedade reserva às mulheres para construir a própria realidade, então a autonomia das mulheres adquire relevância e passa a fazer parte da equação democrática. Sob essa ótica, fica evidente a necessidade de que a mulher seja reconhecida como um ser plenamente dotado de autonomia, o que significa reconhecer que ela tem capacidade total de fazer as próprias escolhas, bem como responder pelas consequências delas.

Sendo assim, não é apenas a exclusão política das mulheres que vai interessar a democracia, mas sim uma análise do seu papel em determinada sociedade. Sem dúvida, existe um ganho democrático quando uma sociedade reconhece os direitos políticos das mulheres (como aconteceu em quase todo o Ocidente na primeira metade do século XX), entretanto a questão democrática não se esgota aí. Isso ocorre porque não se pode falar em democracia quando as mulheres permanecem vítimas de outros tipos de discriminação, como a proibição de frequentar a escola, dirigir, sair à rua sem o marido ou escolher a própria roupa. Independentemente do regime político que adote, uma sociedade que apresente tais características é essencialmente autoritária, na medida em que se verificam severas restrições à capacidade das mulheres de construir a própria realidade.

Consta ainda como Objetivo do Milênio o projeto de garantir a sustentabilidade ambiental, o que se traduz na intenção de:

- a) integrar os princípios do desenvolvimento sustentável nas políticas e programas nacionais e reverter a perda de recursos ambientais;

- b) reduzir significativamente a perda da diversidade biológica;
- c) reduzir pela metade a proporção da população sem acesso permanente à água potável e ao esgotamento sanitário e;
- d) alcançar uma melhoria significativa na vida da população urbana que vive em bairros degradados.

De maneira geral, portanto, o sétimo objetivo do milênio consiste em uma política ambiental que não apenas proteja o meio ambiente em si, mas se preocupe em oferecer às pessoas um meio ambiente saudável para que possam viver a sua vida com dignidade.

A existência de um meio ambiente que é mantido de maneira sustentável pode ser relacionada diretamente com a democracia construtiva, como se pode perceber das especificações apresentadas pelo próprio Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Em uma situação ordinária, a capacidade das pessoas de construir a própria realidade está diretamente vinculada ao meio ambiente no qual elas vivem, motivo pelo qual faz sentido sugerir que ele seja explorado de maneira sustentável, inclusive no que se refere à manutenção da diversidade biológica e à preservação dos recursos ambientais. De forma mais expressiva, percebe-se que pode haver sérias limitações à capacidade construtiva das pessoas, se elas vivem em um ambiente no qual não lhes é assegurado o acesso à água potável ou a ao esgotamento sanitário adequado.

Não é à toa, portanto, que a garantia da sustentabilidade ambiental compreende expressamente o objetivo de alcançar uma melhoria significativa na vida da população urbana que vive em bairros degradados. As pessoas são, em muitos níveis de sua existência, diretamente afetadas pelo meio ambiente em que vivem. Sendo assim, faz sentido que exista uma preocupação efetiva com a preservação do meio ambiente, bem como que essa questão seja relacionada com a democracia construtiva. A partir do momento em que se trabalha com o paradigma de que as pessoas devem ter o máximo de influência possível na construção da própria realidade, então o meio ambiente sustentável passa a ser uma questão primordial a ser abordada e enfrentada com seriedade, na busca de assegurar uma maior autonomia.

Por fim, tem-se como Objetivo do Milênio o estabelecimento de uma parceria global para o desenvolvimento, consistente em:

- a) avançar no desenvolvimento de um sistema comercial e financeiro aberto, baseado em regras, previsível e não discriminatório;
- b) atender as necessidades especiais dos países menos desenvolvidos (como a redução da dívida externa);
- c) atender as necessidades especiais dos países sem acesso ao mar e dos pequenos Estados insulares em desenvolvimento;
- d) tratar globalmente o problema da dívida dos países em desenvolvimento, de modo a torná-la sustentável a longo prazo;

- e) formular e executar estratégias para que os jovens dos países em desenvolvimento obtenham um trabalho digno e produtivo;
- f) proporcionar, nos países em desenvolvimento, o acesso a medicamentos essenciais a preços acessíveis e;
- g) tornar acessíveis os benefícios das novas tecnologias, em especial aquelas relacionadas à informação e à comunicação.

De uma maneira geral, pode-se dizer que o oitavo Objetivo do Milênio se relaciona com a pretensão de diminuir o subdesenvolvimento no mundo, o que faz que ele se relacione com muitos dos outros objetivos. Seu foco não é exatamente combater um problema específico ou promover um direito humano em especial, mas sim assegurar toda uma classe de vantagens para os países em desenvolvimento, para que eles possam desenvolver-se com maior velocidade. Como é óbvio, uma meta como essa tem um alcance gigantesco, na medida em que bilhões de pessoas moram em países considerados em desenvolvimento, ou seja, o Objetivo (final) do Milênio é fazer que os avanços civilizatórios não estejam reservados a quem vive nos países desenvolvidos, mas também possa ser objeto de fruição por uma parcela mais significativa da população mundial.

Em outras palavras, o que se pretende é universalizar o desenvolvimento. Como não perceber de plano a relação existente entre esse objetivo e o conceito de democracia construtiva? Atualmente, bilhões de pessoas vivem em países cujo estágio de desenvolvimento lhes impõe severas restrições de diversas naturezas, o que limita a sua capacidade de construir a própria realidade, seja mediante falta de informação, seja pela inexistência de uma colocação decente no mercado de trabalho. Coordenar um esforço global para a aceleração do desenvolvimento dos países em estágio mais atrasado é um objetivo essencialmente democrático, visto que versa sobre o aumento do empoderamento das pessoas que moram nesses países e verão no (eventual) desenvolvimento uma mudança real da sua capacidade construtiva.

Como é possível ver, então, a partir de uma perspectiva construtiva, os Objetivos do Milênio relacionam-se diretamente com a questão democrática, apresentando-se mesmo como pressupostos de um Estado que pretenda ostentar essa característica. Efetivamente, após um período de 25 (vinte e cinco) anos (que se estende de 1990 a 2015), ainda que todas as metas estabelecidas não tenham sido plenamente atingidas, é fato que se caminhou de maneira significativa no sentido de um mundo no qual as pessoas têm mais capacidade de construir a própria realidade, mediante a promoção de direitos fundamentais que lhes garantem maior influência sobre o mundo no qual vivem. Por tal motivo, é fundamental ressaltar sempre a conexão existente entre a democracia e todas as dimensões dos direitos sociais, para que se perceba que uma democracia exclusivamente representativa/indireta não passa de uma ficção, sem poder transformador sobre a vida das pessoas.

5 CONCLUSÃO: UMA “NOVA” DEMOCRACIA

Durante os últimos 25 (vinte e cinco) séculos, o conceito de democracia passou por uma série de inúmeras mudanças, até se consolidar na segunda metade do século XX como um sistema no qual todas as pessoas que compõem uma sociedade têm o direito de manifestar seu pluralismo, mediante um processo partidário-eleitoral no qual lhes é assegurada a igualdade. Algumas décadas atrás, tratava-se de uma conquista sem precedentes, que finalmente consagrava as propostas veiculadas pelas revoluções liberais dos séculos anteriores. A maior prova do avanço de tal tecnologia de governo é o fato de que até hoje dezenas de países ainda se encontram à margem dessa contribuição teórica, buscando implementar uma democracia funcional, enquanto se veem submetidos a governos autoritários e ditatoriais.

Transposto o limiar do terceiro milênio, entretanto, a conquista se apresenta como ultrapassada. Se não em razão de sua inadequação, certamente em razão de sua insuficiência. Efetivamente, em pleno século XXI, deve ser tido como superado um conceito de democracia essencialmente liberal, que se concentra em um procedimento formal modulado pelos direitos fundamentais de primeira dimensão e proporciona uma democracia limitada à participação indireta e representativa. A realidade atual exige mais. Exige uma democracia que amplie, de maneira, significativa a participação das pessoas, sendo, na medida do possível, direta. Ademais, exige uma democracia que seja capaz de dialogar com todas as dimensões dos direitos fundamentais, que hoje são universalmente consideradas como elementos constitutivos da ideia de dignidade da pessoa humana.

Uma vez que a democracia clássica não se mostra apta a comportar a inclusão de tais contribuições teóricas, propõe-se o conceito de democracia construtiva, como novo paradigma, que parte da ideia de que o nível de democracia de uma sociedade deve ser medido pela capacidade que as pessoas têm de construir a própria realidade. Trata-se de uma alternativa apta a dialogar com a complexidade que se apresenta no século XXI, sem desconsiderar que a representação continua a ser um instrumento de funcionalidade do sistema, embora tenha perdido o seu papel de centralidade. Mediante a adoção desse novo conceito, faz-se possível a recepção de todas as dimensões dos direitos fundamentais, pois o objeto de interesse da democracia construtiva é significativamente mais amplo do que o da democracia clássica, abrangendo todos os aspectos da vida das pessoas.

A partir da adoção desse novo paradigma, passa a ser possível trabalhar os Objetivos do Milênio sob a perspectiva democrática, na medida em que não podem mais ser vistos como questões sem qualquer relação com o debate democrático. De fato, à medida que se passa a conceber a democracia como a capacidade de cada um para influir na construção da própria realidade, então fica evidente que os Objetivos do Milênio interessam diretamente à democracia. As metas estabelecidas pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento são formas de aumentar a inclusão de bilhões de pessoas no desenvolvimento, o que impacta diretamente no espectro de possibilidades que elas passam a ter na

própria vida. Promover empoderamento das pessoas é promover a sua capacidade construtiva e, portanto, a democracia.

No século XXI, não é mais admissível que se trabalhe com uma democracia liberal, que privilegie a igualdade formal em detrimento da realidade. O desafio do novo milênio é encontrar um paradigma que se mostra capaz de refletir a convergência que todas as dimensões dos direitos fundamentais têm, enquanto perspectivas complementares da dignidade da pessoa humana. Acredita-se que essa compatibilização pode ser efetivada no âmbito da democracia, desde que se adote uma perspectiva construtiva, capaz de trabalhar com as pessoas como seres holísticos que efetivamente são. É imperativo compreender que os Objetivos do Milênio e a democracia fazem parte de uma mesma realidade que diz respeito a aspectos essenciais da vida das pessoas, motivo pelo qual devem ser encarados como abordagens complementares do desenvolvimento. Este trabalho é uma contribuição nesse sentido.

REFERÊNCIAS

- ARON, Raymond. **Democracia y totalitarismo**. Barcelona: Editora Seix Barral, 1968.
- GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**. São Paulo: Editora 34, 2003.
- KELSEN, Hans. **A democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- OBER, Josiah. **Origins of democracy in Ancient Greece**. Los Angeles: University of California Press, 2006.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. **Da democracia da América**. São João do Estoril: Príncipeia, 2007.

-
- 1 OBER, Josiah. **Origins of democracy in Ancient Greece**. Los Angeles: University of California Press, 2006.
 - 2 GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
 - 3 TOCQUEVILLE, Alexis de. **Da democracia da América**. São João do Estoril: Príncipeia, 2007.
 - 4 HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
 - 5 TOCQUEVILLE, Alexis de. op. cit.
 - 6 KELSEN, Hans. **A democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
 - 7 ARON, Raymond. **Democracia y totalitarismo**. Barcelona: Editora Seix Barral, 1968.
 - 8 Deve-se ter presente que, até aqui, não se está considerando as possibilidades de uma participação direta viabilizada por meios eletrônicos, como sugerido por alguns.

- 9 Quanto ao último exemplo, certamente é possível abrir uma discussão a respeito da necessidade de se restringir a liberdade dos pais de colocar em seus filhos de maneira que seja considerada vexatória. Sem prejuízo de se admitir eventual limitação, é possível afirmar com segurança que, na esmagadora maioria dos casos, a escolha dos nomes dos filhos é uma mera questão de gosto dos pais, sem que ninguém mais tenha interesse legítimo em interferir na definição.
- 10 Aqui deve ficar clara que a definição daquilo que será objeto de regulação acontece efetivamente na esfera política, sendo o direito o meio utilizado para viabilizar a intervenção. A própria questão de estabelecer o que tem relevância jurídica é uma operação que acontece numa zona de penumbra entre a política e o direito.
- 11 HABERMAS, Jürgen. op. cit.
- 12 No presente trabalho, faz-se a opção por usar o termo “dimensão” e não “geração” para se referir a cada grupo de direitos fundamentais. Tal opção se deve ao fato de que a expressão mais consagrada (gerações) pode levar a uma confusão consistente em se pensar que os direitos de geração mais recente superam os direitos das gerações anteriores, como foi pensado, por exemplo, nos estados comunistas, cuja prevalência dos direitos sociais implicava restrição das liberdades civis e políticas. O termo dimensão, entretanto, parece mais preciso, na medida em que cada novo grupo de direitos fundamentais que surge acaba por redimensionar o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo este um ponto de convergência no qual se impõe a convivência harmônica de todos os direitos fundamentais, em um entendimento compatível como Estado Democrático de Direito.
- 13 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- 14 Eventualmente é possível verificar que os debates a respeito da democracia acabam por resvalar nos direitos fundamentais de todas as dimensões (indo além dos direitos civis e políticos). Notadamente depois da II Guerra Mundial, o século XX foi marcado por uma preocupação constante de que limites meramente formais dessem margem para condutas arbitrárias e afrontosas aos direitos humanos. Os limites de tais abordagens, entretanto, ficam apenas tangencialmente relacionados com a democracia, caso ela seja entendida sob a perspectiva representativa. A mudança para uma perspectiva construtiva possibilita uma interação muito mais profunda entre a democracia e todas as dimensões dos direitos fundamentais, que passam a ser entendidos como seus elementos constitutivos.
- 15 HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**. São Paulo: Editora 34, 2003.
- 16 As informações sobre a realização de cada um dos pontos foram retiradas do endereço <http://www.pnud.org.br/Docs/5_RelatorioNacionalAcompanhamentoODM.pdf>, no qual consta o documento “*Objetivos de Desenvolvimento do Milênio: Relatório Nacional de Acompanhamento*”.

MILLENNIUM DEVELOPMENT GOALS AND CONSTRUCTIVE DEMOCRACY: FUNDAMENTAL RIGHTS AS CONSTITUTIVE ELEMENTS OF THE DEMOCRATIC RULE OF LAW

ABSTRACT

This paper aims at demonstrating how the achievement of the Millennium Development Goals is a precondition for the construction of the Democratic Rule of Law. This involves initially presenting a discussion on the concept of democracy, in order to demonstrate that it can no longer, in the 21st century, be viewed merely as a limited right of political participation and that it should be understood as the ability that one has to build their own reality. From this concept, the article seeks to overcome the paradigm of

classical liberal democracy, through the discussion of the idea according to which the active process of democracy requires that every person has the effective capacity to exercise their citizenship, which relies upon them being offered a number of opportunities that are essential to their development. In this context, the article states that the Millennium Development Goals stand out, because they represent minimum elements for the conditions for a dignified life, without which it is impossible to speak of the construction of one's own reality. Finally, the article argues that the commitment to achieving the Millennium Development Goals reflects partly the commitment to implement the Democratic Rule of Law, in that it is an appropriate step in the expansion of the capacity for effective participation of the people that make up a given society.

Keywords: Democracy. Constructive Perspective. Millennium Development Goals. Constitutive Function.

Submetido: 19 out. 2015

Aprovado: 13 maio 2016

O ENSINO MÉDIO COMO PARCELA DO DIREITO AO MÍNIMO EXISTENCIAL¹

*Daniel Wunder Hachem**

*Alan Bonat***

1 Introdução. 2 O regime jurídico dos direitos fundamentais na constituição de 1988 e a sua incidência sobre o direito à educação. 3 O direito ao mínimo existencial: definição e estrutura normativa. 4 A pretensão jurídica de acesso ao ensino médio: elemento integrante do mínimo existencial ou parcela do direito fundamental à educação que ultrapassa o seu núcleo essencial?. 5 O poder judiciário e a pretensão de acesso ao ensino médio: análise da jurisprudência do STF e do TJRS. 6 Considerações finais. Referências.

RESUMO

Este artigo tem por objetivo analisar se o ensino médio, terceira etapa da educação básica, integra o direito ao mínimo existencial. Para tanto, são analisadas a estrutura normativa e o regime de proteção do direito fundamental à educação. Na sequência, apresenta-se uma definição do direito ao mínimo existencial, identificando que a sua estrutura normativa é de regra, insuscetível ao sopesamento. Após, tendo em vista a necessidade de definição do conteúdo do mínimo existencial, são analisadas distintas correntes a respeito de quais posições do direito fundamental à educação integram aquele direito, concluindo-se que de acordo com a Constituição brasileira de 1988, as finalidades e a relevância do ensino médio tornam essa

1 Artigo resultante de pesquisa realizada no marco do Projeto “Desenvolvimento e direitos fundamentais econômicos”, desenvolvida no NUPED – Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-PR, com missão científica à Universidad Carlos III de Madrid para apresentação dos resultados financiada pela Chamada Pública nº 17/2014-Fundação Araucária/CAPES.

* Professor dos Cursos de Graduação em Direito e dos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e da Universidade Federal do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Vice-Líder do NUPED – Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano do PPGD-PUCPR. Diretor Acadêmico do NINC - Núcleo de Investigações Constitucionais do PPGD-UFPR. Coordenador Executivo, pelo Brasil, da Rede Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo. Membro do Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo e da Asociación de Derecho Público del Mercosur. Advogado. Site: <www.danielhachem.com>. E-mail: <danielhachem@gmail.com>.

** Mestrando em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR. Especialista em Direito e Processo Tributário pela Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDCONST. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Curitiba-PR, Brasil. E-mail: <bonat.alan@gmail.com>.

etapa da educação imprescindível para a garantia da dignidade da pessoa humana. Ao final, o artigo examina o entendimento do Poder Judiciário, a partir de julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, a respeito do ensino médio como parcela do mínimo existencial.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Direitos sociais. Mínimo Existencial. Educação Básica. Ensino Médio.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal prescreve, no artigo 3º, objetivos a serem perseguidos pela República Federativa do Brasil, como a construção de uma sociedade justa, a busca pelo desenvolvimento nacional, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos. A educação é um importante meio para a persecução de tais metas constitucionais, tendo sido, por essa razão, elevada à condição de direito fundamental dos cidadãos no art. 6º do texto constitucional.

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 59/2009, foi alterada a amplitude dos deveres estatais no tocante à promoção da educação, passando a abranger todos os níveis da educação básica, quais sejam, a educação infantil, a educação fundamental e o ensino médio. Tais alterações reforçaram a importância do direito fundamental à educação ao aumentar as incumbências estatais voltadas à sua máxima realização.

Porém, além de ostentar um caráter instrumental em relação ao atingimento dos objetivos fundamentais da República (por ser um mecanismo necessário para alcançá-los), a educação possui uma importância intrínseca, na medida em que se encontra intimamente relacionada à dignidade da pessoa humana, pois permite que os indivíduos desenvolvam sua personalidade com autonomia e exerçam também outros direitos fundamentais, como as liberdades de comunicação, expressão e manifestação do pensamento, por exemplo. Portanto, é necessário que sejam asseguradas aos indivíduos ao menos as condições materiais para desfrutar dos níveis básicos da educação, permitindo-lhes com isso uma vida com dignidade.

Desse modo, o objetivo do presente artigo é analisar se o acesso ao ensino médio constitui uma condição necessária para garantir uma existência minimamente digna aos indivíduos, ou seja, se esta etapa da educação básica integra o direito ao mínimo existencial, ou se o ensino médio consiste em parcela do direito fundamental à educação que extrapola o conteúdo do mínimo existencial.

Para tanto, inicialmente serão delineadas as premissas que orientam este trabalho, identificando a estrutura normativa e o regime de proteção do direito à educação, na sua condição de direito fundamental. Após, buscar-se-á estabelecer uma definição sobre o direito ao mínimo existencial, comparando a estrutura normativa desse direito com a estrutura dos demais direitos fundamentais e

demonstrando a necessidade de que esse direito apresente um conteúdo determinado. Em seguida, o estudo examinará se a pretensão de acesso ao ensino médio integra o mínimo existencial, a partir das finalidades específicas dessa etapa da educação. Com este propósito, será empreendida pesquisa eminentemente interdisciplinar, com o escopo de examinar qual é a real compreensão acerca das funções e da relevância do ensino médio para o desenvolvimento dos indivíduos. Por fim, será apresentado estudo jurisprudencial, com o intuito de averiguar qual o posicionamento do Poder Judiciário sobre a inclusão ou não do ensino médio como componente do mínimo existencial.

2 O REGIME JURÍDICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A SUA INCIDÊNCIA SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO

O direito à educação é caracterizado no ordenamento jurídico brasileiro como um direito fundamental social, consoante se depreende do art. 6º da Constituição Federal. Para uma adequada compreensão do mencionado direito fundamental, é necessário ter em mente a complexidade da estrutura normativa que tutela o direito à educação, bem como do regime jurídico de proteção desse direito. Além disso, faz-se também importante diferenciar o *direito fundamental como um todo* e as *pretensões jurídicas* que dele decorrem. Desse modo, a proposta deste tópico é delinear essas características peculiares aos direitos fundamentais, indicando as premissas sobre as quais se apoiará este estudo.

A Constituição Federal prescreve, em seu art. 1º, que o Estado brasileiro é um Estado Democrático de Direito, e que um de seus fundamentos é a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF). Como consequência, os direitos fundamentais ostentam uma posição privilegiada no sistema normativo pátrio, uma vez que em maior ou menor medida decorrem da dignidade da pessoa e são essenciais para assegurar aos cidadãos uma existência livre e igualitária.¹ Por essa razão, os direitos fundamentais integram o núcleo da Constituição material, juntamente com a “definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder”².

Tendo em vista a relevância dos direitos fundamentais nos Estados Democráticos de Direito contemporâneos, eles reclamam uma proteção mais vigorosa do sistema normativo, razão pela qual Constituições como a brasileira atribuem aos direitos dotados de *jusfundamentalidade* um regime jurídico especial. Essa condição peculiar – a *jusfundamentalidade* – visa a assegurar uma normatividade reforçada aos direitos fundamentais em relação às demais normas do ordenamento jurídico.³

A fundamentalidade formal se manifesta nos seguintes aspectos: (i) as normas de direitos fundamentais encontram-se no patamar mais elevado do ordenamento jurídico, tornando inválidas as disposições inferiores que lhes forem contrárias; (ii) como normas constitucionais, sua modificação requer

um procedimento mais gravoso, sujeitando-se a limites formais de alteração; (iii) os direitos fundamentais representam limites materiais à reforma do texto constitucional; e (iv) são normas que representam parâmetros materiais de escolhas, decisões, ações e controles dos Poderes Públicos (Executivo, Legislativo e Judiciário).⁴

Neste ponto, importa destacar dois traços característicos deste regime jurídico especial, que distingue os direitos fundamentais dos demais direitos estabelecidos na Constituição Federal, quais sejam, a aplicabilidade imediata e a condição de cláusulas pétreas.

A aplicabilidade imediata é determinada pelo art. 5º, § 1º, da CF, e tem o condão de estabelecer que todas as disposições que consagram direitos e garantias fundamentais vinculam diretamente os Poderes Públicos.⁵ Isto significa que os direitos fundamentais produzem efeitos jurídicos imediatos, independentemente da sua regulamentação pelo legislador infraconstitucional, sendo possível que o titular do respectivo direito – a depender da pretensão jurídica em questão – possa exigí-lo administrativa ou judicialmente, ainda que com fundamento exclusivo na norma constitucional.⁶ No Direito brasileiro, essa aplicabilidade imediata é característica de todos os direitos fundamentais, não sendo exclusiva dos chamados “direitos de liberdade”,⁷ já que a própria redação do art. 5º, §1º faz alusão a “normas definidoras de direitos e garantias fundamentais”, não estabelecendo nenhuma restrição.⁸

A segunda particularidade diz respeito à qualificação dos direitos fundamentais como cláusulas pétreas, em face do que prescreve o artigo 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, o qual veda que seja “objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) os direitos e garantias individuais”. Trata-se de um limite material à reforma constitucional e que abrange também os direitos sociais, pois, tanto quanto os ditos “direitos individuais”, eles integram a essência da ordem constitucional brasileira, de modo que a supressão dos direitos sociais implicaria também uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, limite material implícito à reforma do texto constitucional.⁹

Já a fundamentalidade material significa “que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade”¹⁰. Assim, é possível reconhecer direitos como fundamentais em razão do seu conteúdo e importância, mesmo que estabelecidos fora do catálogo formal dos direitos fundamentais (Título II da Constituição Federal) ou não explicitamente prescritos pela CF.¹¹ Essa consequência da fundamentalidade material é expressamente reconhecida pelo artigo 5º, § 2º, da Constituição brasileira, o qual preceitua que “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”. Ademais, a esses direitos materialmente fundamentais aplica-se também o regime jurídico referente à fundamentalidade formal.

Delineado o regime jurídico de proteção dos direitos fundamentais, impende analisar a estrutura das normas que tutelam estes direitos, a partir da dupla dimensão e das múltiplas funções dos direitos fundamentais.

No tocante à dupla dimensão, a norma que tutela o direito fundamental pode ser visualizada sob a perspectiva do titular do bem jurídico ou do objeto por ela tutelado. Na primeira, denominada dimensão subjetiva, a norma confere ao seu titular uma posição jurídica subjetiva, possibilitando assim que ele exija (administrativa ou judicialmente) determinada prestação do Poder Público destinatário da norma.¹² É dizer, sob essa perspectiva, a norma de direito fundamental confere ao titular um “leque de possibilidades, que se encontram condicionadas à conformação concreta da norma que o consagra”¹³.

Por outro lado, a dimensão objetiva está relacionada aos deveres impostos ao Estado para que este resguarde e promova o direito fundamental tutelado sem a necessidade de que o titular o reclame. Assim, incumbe ao Poder Público criar condições reais e efetivas de fruição daquele bem jurídico pelos cidadãos, nos planos fático e jurídico, protegendo o titular do direito contra violações por parte do próprio Estado e de outros particulares, bem como criando estruturas que possibilitem o acesso a tais bens jurídicos fundamentais pelos cidadãos. Neste sentido, de acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais representa uma “ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais”.¹⁴

A partir da conjugação dessa dupla dimensão das normas que tutelam os direitos fundamentais, pode-se observar tanto a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, como a distinção entre o direito fundamental completo (ou “direito fundamental como um todo”¹⁵) e as diferentes pretensões jurídicas que ele reúne.¹⁶

Segundo Robert Alexy, um “direito fundamental completo é um feixe de posições de direitos fundamentais”, e cada uma destas posições contempla funções de respeito, proteção e promoção, conferindo diferentes pretensões aos seus titulares e impondo deveres distintos ao Poder Público.¹⁷ Tais funções podem ser classificadas, inicialmente, em função de *defesa* e função de *prestação*. A função de *prestação*, por sua vez, é dividida em função de *prestação fática* e função de *prestação normativa*, e esta última é subdividida em função de proteção e função de organização e procedimento.¹⁸

A função de *defesa* impõe um dever de respeito ao bem jurídico fundamental, obrigando o Estado a abster-se e proibindo-o de praticar atos que violem o respectivo direito, ao passo que a função *prestacional* dirige ao Estado o dever de adotar medidas positivas para possibilitar o exercício do direito fundamental pelo seu titular.¹⁹ Esse aspecto prestacional exige que o Poder Público crie os “pressupostos fáticos e jurídicos necessários para o exercício dos direitos”, podendo “se apresentar de variadas formas, conforme a natureza da prestação exigida pela norma de direito fundamental”.²⁰

A função prestacional *fática* confere ao titular do direito fundamental a possibilidade de reivindicar em face do Poder Público algo que o cidadão poderia obter de outros particulares se dispusesse de recursos financeiros suficientes e se houvesse uma oferta disponível no mercado.²¹ Por outro lado, a função de prestação *normativa* diz respeito ao direito à elaboração de normas que resguardem determinados bens jurídicos nas hipóteses de eventuais violações por ações de terceiros, o que corresponde à função de *proteção*; ou ao direito à criação, pelo Poder Público, de organizações e procedimentos que auxiliem na promoção e na proteção dos direitos fundamentais (função de *organização* e de *procedimento*).

A partir da dupla dimensão (subjéctiva e objectiva) e da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, é possível estabelecer a distinção entre o direito fundamental à educação como um todo e as pretensões jurídicas que decorrem desse direito, as quais podem ser consideradas, cada qual, um direito fundamental em sentido estrito. Isso porque, se analisada a norma *como um todo*, a partir do conjunto de pretensões jurídicas por ela asseguradas, trata-se de um *direito fundamental em sentido amplo*; se tomada apenas uma das *pretensões jurídicas* dela emanadas, de forma isolada, cuida-se de um *direito fundamental em sentido estrito* (ou *posição de direito fundamental*).²²

Dessa forma, se considerado o direito fundamental à educação em sentido amplo, ele engloba diversas pretensões jurídicas específicas, tais como: (i) a liberdade de aprender e ensinar, sendo defesa a imposição de métodos educacionais pelo Estado (*função de defesa*); (ii) a prestação de atendimento educacional especializado aos deficientes (*função de prestação fática*); (iii) a criação de órgãos e pessoas jurídicas que ofereçam gratuitamente o serviço público de educação (*função de organização*); (iv) a regulamentação de como se dará o acesso igualitário aos estabelecimentos públicos de ensino, tais como as universidades (*função de procedimento*); (v) a criação de normas que definam critérios de padrão de qualidade, bem como a sua fiscalização pelo órgão competente, para impedir que a exploração dessa atividade pelos particulares seja realizada abaixo dos níveis adequados (*função de proteção*). Nos exemplos citados, cada uma dessas pretensões jurídicas pode ser identificada em um dispositivo específico da Constituição Federal (art. 206, I, II, IV, VII e art. 208, III).

Isto posto, salienta-se que o presente artigo dedicará as próximas páginas não ao direito à educação em sentido amplo, mas especificamente à pretensão jurídica de acesso ao ensino médio (terceira etapa da educação básica), a fim de analisar se essa posição de direito fundamental integra ou não o mínimo existencial.

3 O DIREITO AO MÍNIMO EXISTENCIAL: DEFINIÇÃO E ESTRUTURA NORMATIVA

Em razão da estrutura normativa complexa das normas que tutelam os direitos fundamentais (dupla dimensão – subjéctiva e objectiva – e multifuncionalidade), incumbe ao Poder Público criar as condições fáticas e jurídicas

para a realização destes direitos, observando os deveres de respeito, proteção e promoção. Essa atuação estatal deve ser orientada à satisfação maximizada de todos os direitos fundamentais, promovendo assim de maneira otimizada a dignidade da pessoa humana.²³ Isso porque o Estado e os seus aparatos devem ser compreendidos como um meio, cujo fim é proporcionar o bem-estar dos cidadãos por meio da plena fruição dos direitos fundamentais.²⁴

Em que pese a existência de tais deveres, na realidade fática, nem sempre os Poderes Públicos logram atender eficazmente aos comandos constitucionais, razão pela qual, conforme a intensidade da proteção e da promoção dos direitos fundamentais empreendidas pelo Estado, a dignidade da pessoa humana pode ser promovida em maior ou menor grau. Ainda que possa haver divergências quanto ao conteúdo e à extensão do princípio da dignidade humana, entende a doutrina ser “possível identificar uma linha abaixo da qual não há dignidade”.²⁵ É dizer, existe um conjunto de condições mínimas necessárias para que os cidadãos tenham uma existência minimamente digna, que engloba tanto condições de liberdade (por exemplo, liberdade de manifestação do pensamento), quanto condições materiais, as quais pressupõem prestações normativas e fáticas.²⁶ Convencionou-se denominar esse conjunto de condições mínimas para uma existência digna de *direito ao mínimo existencial*, o qual corresponde ao núcleo material do princípio da dignidade da pessoa humana.²⁷

No tocante às condições materiais, de acordo com Daniel Sarmiento, o direito ao mínimo existencial ostenta duas dimensões, uma negativa e uma positiva. Em sua vertente negativa, ele impõe um limite à prática de atos pelo Estado que tolham as condições materiais imprescindíveis para uma vida digna. Por outro lado, a dimensão positiva do direito ao mínimo existencial envolve um conjunto essencial de direitos prestacionais, incumbindo ao Poder Público fornecer essas condições materiais mínimas aos cidadãos.²⁸ Note-se que o Poder Público não deve se limitar a fornecer as prestações que componham o mínimo existencial; este deve ser compreendido como um piso mínimo dos direitos fundamentais a ser promovido pelo Estado.²⁹

Ademais, ressalta-se que o direito ao mínimo existencial, como “conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade”,³⁰ não se limita ao fornecimento de prestações que garantam a mera sobrevivência física dos indivíduos, o que corresponderia ao chamado “mínimo vital”. O direito ao mínimo existencial compreende também prestações que possibilitem ao indivíduo usufruir de outros direitos fundamentais, desenvolver sua personalidade e participar das deliberações públicas. Ou seja, o mínimo existencial engloba um mínimo vital e, para além deste, também um mínimo sociocultural.³¹

A partir da análise do direito ao mínimo existencial sob a perspectiva positiva, o Poder Público encontra-se vinculado ao dever de fornecimento das condições materiais que permitam uma existência minimamente digna. Em caso de eventual violação ao mínimo existencial pela prática de atos omissivos, é pos-

sível que o titular da pretensão jurídica postule judicialmente a condenação do Poder Público ao oferecimento de determinada prestação. Essa justiciabilidade dos direitos fundamentais não se restringe à parcela desses direitos que integra o núcleo do princípio da dignidade humana,³² mas em razão da destacada importância do direito ao mínimo existencial, este apresenta estrutura normativa de regra, diferentemente da estrutura de princípio que, usualmente, apresentam os direitos fundamentais.

Segundo Robert Alexy, a diferença entre regras e princípios, espécies do gênero norma, é uma diferença de estruturas normativas (diferença qualitativa). Os princípios são ordens *prima facie* de decidir, pois determinam que algo seja realizado na maior medida possível, considerando-se as possibilidades fáticas e jurídicas existentes e, portanto, podem ser satisfeitos em graus diferentes. Sua aplicação, em casos de colisão, ocorre pela forma de ponderação. Por outro lado, as regras expressam ordens definitivas de decidir: se for válida e a situação fática analisada se amoldar à hipótese de incidência nela descrita, a regra se aplica em sua totalidade, não admitindo satisfação em graus distintos e não se sujeitando à ponderação.³³

Por ostentar a natureza de regra, a norma que tutela o direito ao mínimo existencial deve ser aplicada por subsunção, razão pela qual a exigibilidade judicial do referido direito não está sujeita a ponderações.³⁴ Isso porque a construção do mínimo existencial, ao precisar as condições materiais mínimas para resguardar o núcleo do princípio da dignidade, já é fruto de ponderação entre outros direitos fundamentais e demais normas constitucionais, o que significa que o mínimo existencial é um direito definitivo.³⁵

Duas consequências podem ser inferidas a partir da compreensão do mínimo existencial como um direito definitivo: (a) como não está sujeito à ponderação, sua justiciabilidade também não está subordinada à reserva do possível; e (b) para que o conceito seja útil, seu conteúdo deve ser previamente identificado a partir de um rol constitucional preferencial, não sendo adequado supor que a sua identificação se dará de forma totalmente variável e aleatória em cada caso concreto.

(a) A teoria da reserva do possível, apesar de no Brasil ser usualmente associada somente à capacidade financeira do Estado (uma reserva do financeiramente possível), na verdade diz respeito à razoabilidade de uma pretensão individual em face de interesses coletivos, ostentando três dimensões: (i) dimensão negativa, que corresponde especificamente à razoabilidade da pretensão; (ii) dimensão fática, a qual diz respeito à insuficiência de recursos fáticos para a satisfação de uma pretensão; e (iii) dimensão jurídica, que diz respeito à indisponibilidade e incapacidade jurídica para se dispor de recursos existentes, cujo exemplo mais comum é a inexistência de previsão de determinada despesa na lei orçamentária.³⁶ Ocorre que em nenhuma dessas três dimensões o argumento da reserva do possível é oponível ao direito ao mínimo existencial.

Em relação à (i) *razoabilidade*, tendo em vista que o mínimo existencial engloba apenas as prestações necessárias para prover uma vida minimamente digna (e não aquelas necessárias à satisfação integral e maximizada dos direitos fundamentais sociais), qualquer pretensão albergada pelo direito ao mínimo existencial será razoável por se tratar de um patamar mínimo e imprescindível. A problemática, aqui, é identificar se a pretensão em questão de fato integra o mínimo existencial, pois se tudo puder ser incluído nesse direito de acordo com o caso concreto, a afirmação acima perde o sentido, o que corrobora a necessidade de que esse direito tenha seu conteúdo bem delineado e identificável previamente a partir de pautas constitucionais prioritárias.³⁷

Em relação à (ii) *dimensão fática* da reserva do possível, Mônia Clarissa Hennig Leal e Iuri Bolesina aduzem que é possível sujeitar o mínimo existencial à reserva do possível quando a escassez for natural (pura) e comprovada, pois neste caso não “haverá o que ser feito para solucionar o atendimento do mínimo existencial ou o seu atendimento parcial”. Contudo, apontam duas ressalvas. Inicialmente, uma escassez quase-natural não pode ser oposta ao mínimo existencial, pois ela poderia ser solucionada por ações do Estado e/ou da sociedade de incentivo ao suprimento da escassez. Além disso, afirmam que uma situação de escassez financeira fática é praticamente impossível, tendo em vista que as possibilidades de crédito e de extração de dinheiro público, pelo Estado, são praticamente ilimitadas.³⁸

Apesar de tais argumentos, entende-se aqui que os recursos financeiros do Estado não são ilimitados, pois é possível que em sociedades com baixo índice de desenvolvimento humano e econômico o atendimento ao mínimo existencial de todos os que necessitam implique insuficiência de recursos para atender todas as necessidades. Contudo, justamente em um cenário como este o mínimo existencial deve ter uma proteção reforçada, haja vista que se há insuficiência de recursos para garantir as condições mínimas para uma vida digna aos cidadãos de uma determinada sociedade é porque houve eleição equivocada na ordem de prioridades de emprego dos recursos públicos, de sorte que mesmo essa dimensão fática não retira a natureza de regra do direito ao mínimo existencial e tampouco prejudica sua justiciabilidade.³⁹

Em relação à (iii) *dimensão jurídica* da reserva do possível, ela não inviabiliza a justiciabilidade do mínimo existencial e tampouco afasta sua natureza de regra. Existindo recursos financeiros para que o Poder Público assegure as condições materiais mínimas aos cidadãos, tais recursos devem ser utilizados para tanto. Se não houve previsão orçamentária para assegurar estas condições materiais mínimas, ou se tais valores foram destinados para outros fins, novamente houve equívoco na escolha da alocação dos recursos públicos diante de uma prioridade máxima fixada na Constituição Federal.

Portanto, são sempre exigíveis judicialmente as condições materiais (sejam prestações normativas ou fáticas) destinadas à realização das parcelas

dos direitos fundamentais que compõem o mínimo existencial, não podendo ser oposto a esta exigibilidade o argumento da reserva do possível.

(b) No tocante ao conteúdo do mínimo existencial, certamente não há como supor que se trate de um conceito absolutamente estático, permanente no tempo e no espaço, formado por um conjunto imutável de direitos que todos os indivíduos já necessitaram, necessitam e sempre necessitarão em qualquer momento histórico e em qualquer realidade social. O seu conteúdo será distinto conforme o contexto histórico de cada povo, em cada Estado,⁴⁰ pois as “condições necessárias à existência digna variam de acordo com o tempo e espaço, o desenvolvimento econômico, social e cultural de cada sociedade”.⁴¹

Isso não significa, contudo, que o conteúdo do direito ao mínimo existencial seja totalmente variável em cada caso concreto, passível de identificação em cada situação pelo Poder Judiciário, a partir das necessidades individuais de quem postula determinada prestação. Em que pese haja significativa parcela da doutrina que sustente tal posição,⁴² entende-se mais adequado traçar, à luz das prioridades estabelecidas pela Constituição Federal, um conteúdo concreto deste direito previamente identificável, uma vez que aceitar um conceito completamente aberto de mínimo existencial, suscetível a variações indiscriminadas da sua especificação ao sabor do intérprete, a depender do caso concreto, prejudica a funcionalidade operacional do instituto.

A problemática de um conceito indeterminado e amplo reside na possibilidade de se enquadrar no direito ao mínimo existencial diversas pretensões que extrapolam as condições mínimas para uma existência digna ou de se afirmar que determinadas posições jurídicas essenciais não se encontram por ele abrangidas, confundindo-se assim o conceito de *dignidade da pessoa humana* com o de *mínimo existencial*. Se o conteúdo desse último só pudesse ser identificado pelo juiz no caso concreto, bastaria que o magistrado invocasse o princípio da *dignidade da pessoa humana* e afirmasse que o seu conteúdo foi violado, sendo despendendo falar em “mínimo existencial”. A razão pela qual a doutrina e a jurisprudência brasileiras importaram essa categoria do Direito alemão foi justamente para tentar identificar um núcleo material da dignidade da pessoa humana insuscetível de ponderação e restrição, como forma de fortalecer esse princípio e evitar o seu afastamento nas situações concretas. Sem especificar com precisão o conteúdo concreto desse direito de antemão, sua funcionalidade perde todo o valor, pois ele acaba sendo deixado à mercê de manipulações argumentativas sobre o seu conteúdo em cada caso.

Mas não é só. Admitir que a identificação do conteúdo do mínimo existencial deva ser feita a partir das necessidades dos indivíduos em cada caso concreto possibilitaria que fossem criadas distinções sobre as condições mínimas para uma existência digna de maneira anti-isonômica. Tal entendimento não resiste a uma interpretação sistemática do texto constitucional, pois permitiria um tratamento desigual a cidadãos que se encontram em situações idênticas, contrariando o direito fundamental à igualdade (art. 5º, *caput* da CF) e a previsão do art. 5º, XLI, segundo a qual “a lei punirá qualquer discriminação

atentatória aos direitos e liberdades fundamentais”. Por essa razão, entende-se necessário que seja delineado um conteúdo do direito ao mínimo existencial, o que pode ser feito identificando-se na ordem constitucional de cada Estado, em determinado momento histórico, quais são as condições essenciais para que todos os cidadãos possam usufruir de uma vida minimamente digna.

Desse modo, visando a contribuir para a definição do conteúdo do direito ao mínimo existencial em matéria de educação no Direito Constitucional brasileiro contemporâneo, buscar-se-á, no próximo tópico, examinar quais das pretensões jurídicas de acesso aos diferentes níveis da educação básica integram o mínimo existencial, por serem imprescindíveis para que os cidadãos tenham uma vida minimamente digna.

4 A PRETENSÃO JURÍDICA DE ACESSO AO ENSINO MÉDIO: ELEMENTO INTEGRANTE DO MÍNIMO EXISTENCIAL OU PARCELA DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO QUE ULTRAPASSA O SEU NÚCLEO ESSENCIAL?

O direito fundamental à educação é previsto de forma bastante detalhada na Constituição Federal, a qual começa por enunciá-lo entre os direitos sociais em seu art. 6º. Em relação às competências legislativas para disciplinar a matéria, o constituinte conferiu à União Federal a prerrogativa para legislar sobre o tema definindo as diretrizes e bases da educação nacional (art. 22, XXIV) e atribuiu competência concorrente a todos os entes federativos para legislar sobre o assunto (art. 24, IX). Quanto às competências administrativas para a implementação do direito em questão, a Constituição impõe a todos os entes da federação o dever de proporcionar os meios de acesso dos cidadãos à educação, nos termos do art. 23, V.

No “Título VIII – Da Ordem Social”, o texto constitucional especificou de forma significativa o conteúdo do direito fundamental à educação entre os artigos 205 e 214. Tais dispositivos são regulamentados pela legislação infraconstitucional, essencialmente pela Lei nº 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB). Importante ressaltar neste ponto que as normas infraconstitucionais que se destinam a regulamentar e delinear os contornos do direito fundamental à educação também integram o seu conteúdo, razão pela qual se pode dizer que o conteúdo das normas que tutelam o referido direito é formado pela interpretação extraída da conjugação de enunciados constitucionais e infraconstitucionais, o que é bem explicado por Jorge Reis Novais.

Segundo o autor, as relações entre direitos fundamentais, Constituição e lei são complexas, existindo entre estas duas últimas uma espécie de circularidade, pois “se é certo que o legislador se encontra diretamente vinculado à observância dos direitos fundamentais, em contrapartida, o acesso aos bens objecto da protecção jusfundamental depende muitas vezes, e decisivamente, da actividade criadora ou conformadora do Estado e, particularmente, do legislador”.⁴³

Dessa forma, se a norma extraída exclusivamente dos enunciados constitucionais for aberta, ela permitirá somente a identificação daquilo que, a princípio (*prima facie*), está contido ou excluído do âmbito de proteção do direito fundamental. Nessa hipótese, quando há a edição de uma lei acrescentando novas condições e restrições, ou esclarecendo o conteúdo do respectivo direito fundamental, essa disposição infraconstitucional altera a própria norma de direito fundamental. Por conseguinte, as normas infraconstitucionais compõem, em conjunto com as normas constitucionais que as regulamentam, uma unidade sistemática entre “direito da constituição” e “direito da lei”, o que resulta na jusfundamentalidade também das normas legais.⁴⁴

Depreende-se do art. 205 da Constituição Federal que a educação é um direito de todos e um dever do Estado e da família, tendo como objetivo assegurar ao cidadão seu pleno desenvolvimento, seu preparo para o exercício da cidadania e a sua qualificação para o trabalho. Os deveres estatais em relação à educação são determinados pelo art. 208, dentre os quais merece atenção o inciso I, o qual determina que o Poder Público garanta a “educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria”, mas sem estabelecer os níveis educacionais que compõem a chamada “educação básica”. Tendo em vista essa indeterminação do dispositivo constitucional, extrai-se a definição da “educação básica” do artigo 21, I, da Lei nº 9.394/1996, segundo o qual a educação básica compreende três níveis de educação: (i) educação infantil; (ii) ensino fundamental; e (iii) ensino médio.

Observa-se que inciso I, do art. 208, acima mencionado, foi modificado pela Emenda Constitucional nº 59/2009, pois, anteriormente à sua promulgação, o Estado tinha o dever de garantir a todos somente o acesso ao ensino fundamental, cabendo-lhe, em relação ao ensino médio, promover o acesso de forma progressiva.⁴⁵ Essa alteração foi importante, porquanto realiza o compromisso do Estado brasileiro de implementar progressivamente a educação “secundária”,⁴⁶ assumido quando da adesão ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (o qual foi introduzido no ordenamento jurídico interno pelo Decreto nº 591/1992).

A partir dessa breve exposição sobre os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais acerca da educação básica, uma primeira questão a ser enfrentada é: o direito fundamental à educação integra o mínimo existencial? Não há maiores dificuldades em responder essa indagação, na medida em que há certo consenso de que, na sistemática constitucional brasileira, sem algum nível de educação não há como os indivíduos terem uma vida minimamente digna.⁴⁷ Porém, se é certo que o direito fundamental à educação compõe o mínimo existencial, não se pode afirmar que todo o seu conteúdo, em sua máxima extensão, faz parte desse mínimo. Não é o direito fundamental à educação “como um todo” que faz parte do mínimo existencial, mas apenas aquelas parcelas – posições ou pretensões jurídicas fundamentais – dele decorrentes, que se

mostrem efetivamente imprescindíveis para que o indivíduo possua condições materiais mínimas de viver com dignidade.

Tome-se como exemplo o acesso às universidades (educação superior). Ele faz parte do direito fundamental à educação e está assegurado no art. 208, V da Constituição, quando prevê que é dever do Estado com a educação a garantia de “*acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um*”. Seria demasiado, no entanto, afirmar que sem um diploma de ensino superior seria impossível viver de forma *minimamente digna* no Brasil. É evidente que quanto mais elevada a formação do cidadão, melhores posições sociais a pessoa poderá galgar, ampliando as possibilidades de se viver de forma digna, mas quando se trata do direito ao *mínimo* existencial, está-se analisando quais condições são realmente indispensáveis para se viver com um *mínimo* de dignidade. Logo, o acesso à educação superior consiste em uma posição jurídica assegurada pelo direito fundamental à educação, ostentando assim caráter *jusfundamental* e gozando do regime jurídico aplicável a tais direitos, mas não integra, todavia, o conteúdo do direito ao mínimo existencial.

É possível encontrar ao menos duas correntes distintas sobre quais etapas da educação integram o direito ao mínimo existencial. A primeira sustenta que somente as pretensões de acesso à educação infantil e ao ensino fundamental integram o mínimo existencial, ao passo que a segunda defende que o direito ao mínimo existencial alberga o acesso a todos os níveis da educação básica, incluindo o ensino médio.

A maior parte dos autores filia-se à primeira corrente, entendendo que somente os dois primeiros níveis da educação básica (educação infantil e ensino fundamental) integram o direito ao mínimo existencial, de sorte que o ensino médio estaria enquadrado como uma parcela do direito fundamental social à educação que extrapola o conteúdo do mínimo existencial. É o caso de Cláudio Pereira de Souza Neto, Elaine Ferreira de Souza, Felipe de Melo Fonte, Caio Ramon Guimarães de Oliveira, Iuri Bolesina e Mônia Clarissa Hennig Leal, Erinaldo Ferreira do Carmo e Enivaldo Carvalho da Rocha.⁴⁸ Faz-se necessária aqui uma observação: apesar de todas as obras consultadas terem sido publicadas após 2010 (e, portanto, posteriormente à promulgação da EC nº 59/2009), alguns dos autores citados, ao aduzirem que somente a educação infantil e fundamental integram o mínimo existencial para concluir que o Estado teria a obrigatoriedade de garantir apenas estes níveis da educação básica, tomam como referência a redação do art. 208, I da CF anterior à promulgação da referida Emenda Constitucional.⁴⁹

É preciso observar que, após a promulgação da EC nº 59/2009, não há que se falar em dever do Estado em assegurar exclusivamente a educação fundamental e a educação infantil. A Constituição Federal prevê expressamente a necessidade de que seja garantido o acesso a todos os níveis da educação básica, independentemente de se associar tal dever estatal ao mínimo existencial, afinal, em momento algum o texto constitucional se refere ao mínimo existencial ou

o utiliza como condição de exigibilidade judicial de prestações estatais ligadas a direitos sociais. Em outras palavras: *não há fundamento jurídico para supor que incumbe ao Estado proporcionar aos cidadãos somente as parcelas dos direitos sociais que integram o mínimo existencial, pois o conteúdo de tais direitos, disciplinado pela Constituição Federal, impõe claramente deveres ao Poder Público que extrapolam o mínimo existencial.*

Ademais, apesar de realmente não ser indigno exercer qualquer profissão que não exija “conhecimentos construídos no ensino médio”, tal afirmação é insuficiente para excluir a terceira etapa da educação básica do mínimo existencial, pois restringe a finalidade do ensino médio à qualificação profissional, deixando de avaliar se o ensino médio é uma condição imprescindível para que os cidadãos possam desenvolver plenamente suas personalidades, participar das decisões públicas, usufruir de outros direitos fundamentais e, conseqüentemente, ter uma existência minimamente digna.

Sob outra perspectiva, Ana Paula de Barcellos e Guilherme Piccina expressam concordância com a segunda corrente antes mencionada, qual seja, aquela que defende que todas as etapas da educação básica como um todo (educação infantil, educação fundamental e ensino médio) compõem o mínimo existencial.⁵⁰

O argumento principal apresentado por Ana Paula de Barcellos é a própria alteração introduzida pela EC nº 59/2009: tendo em vista que o poder reformador impôs ao Estado o dever constitucional de garantir a educação básica como um todo, esta passaria a integrar o mínimo existencial.⁵¹ Em um segundo momento, a autora busca fundamentar a inclusão do ensino médio no mínimo existencial a partir de elementos infraconstitucionais, especificamente as Leis nº 10.172/2001 e nº 11.096/2005, e o Decreto nº 6.096/2007. Tais diplomas normativos infraconstitucionais preveem, em síntese, a ampliação do acesso ao ensino superior. Como a Constituição Federal prescreve como prioridade, em matéria de educação, a promoção da educação básica, a partir do momento em que o Poder Legislativo reconheceu a possibilidade de “investir de forma relevante na expansão do ensino superior” seria possível concluir, segundo Barcellos, que a educação básica (e, portanto, o ensino médio) já está sendo promovida de forma adequada e satisfatória pelo Poder Público. Isso porque – afirma a autora – “não faria sentido, considerando o sistema constitucional, que o Poder Público pudesse investir em níveis superiores de ensino e não se pudesse exigir dele o fornecimento do ensino básico, descrito pela Constituição como obrigatório”.⁵²

Apesar de os argumentos acima expostos avançarem na construção do direito ao mínimo existencial, são necessárias duas considerações sobre eles. No tocante à alteração promovida pela EC nº 59/2009, repise-se que, se considerado isoladamente, o fato de a Constituição Federal determinar ao Estado o dever de assegurar o acesso à educação básica não é suficiente para afirmar que o mínimo existencial alberga o referido direito. Afinal, o critério para saber se

determinada prestação integral ou não o mínimo existencial não é a existência ou não de dever constitucional imposto ao Estado para fornecer tal prestação. Há incumbências estatais que, embora decorram de comandos constitucionais expressos e sejam de cumprimento obrigatório, não fazem parte do direito ao mínimo existencial. Logo, essa correlação entre *existir exigência constitucional de fornecimento de acesso ao ensino médio* (inserida pela EC nº 59/2009) e *o acesso ao ensino médio integrar o mínimo existencial por conta disso* não faz sentido.

Por outro lado, apesar de se concordar com as afirmações de Ana Paula de Barcellos de que o acesso ao ensino médio é exigível judicialmente (pois o dever estatal de proporcioná-lo foi claramente imposto pela nova redação constitucional) e de que as políticas públicas de fomento ao ensino superior são um indicativo da importância do ensino médio no ordenamento jurídico brasileiro, não é possível concluir que essa etapa da educação básica esteja sendo oferecida adequadamente aos cidadãos. Pelo contrário, depreende-se de pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, que, em 2011, apenas 50% dos jovens de 15 a 17 anos frequentava o ensino médio, e a taxa média de abandono escolar precoce representava aproximadamente 32% (trinta e dois por cento) das pessoas entre 18 e 24 anos.⁵³

Desse modo, entende-se mais adequada a proposta apresentada por Guilherme Piccina, a qual busca fundamentar a educação básica como componente do mínimo existencial a partir das finalidades da educação na sistemática constitucional. Nesse sentido, segundo o autor, a educação básica tem como objetivos: assegurar ao cidadão seu pleno desenvolvimento, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (art. 205); garantir “a cada pessoa o desenvolvimento das capacidades e aptidões físicas, morais e intelectuais”, as quais estão relacionadas ao núcleo material do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); permitir que cada pessoa participe das decisões públicas, proporcionando-lhe assim a cidadania (art. 1º, II); e servir como instrumento para realizar os objetivos constitucionais de promoção do bem de todos, erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III e IV).⁵⁴

Considerando essas finalidades da educação (em sentido amplo) como ponto de partida, é possível analisar a função desempenhada pelo ensino médio a partir dos objetivos específicos atribuídos a essa etapa da educação básica. É dizer, se o ensino médio for necessário para atingir os objetivos acima mencionados, ele será imprescindível para garantir aos cidadãos uma vida minimamente digna e, portanto, integrará o mínimo existencial.

O artigo 35, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional,⁵⁵ atribui quatro finalidades ao ensino médio: (i) consolidar e aprofundar os conhecimentos adquiridos pelo cidadão no ensino fundamental, de modo que ele possa prosseguir com seus estudos; (ii) oferecer as condições básicas para o trabalho e para a cidadania do educando; (iii) permitir o aprimoramento do cidadão como pessoa humana, proporcionando a formação ética, o desenvolvimento

da autonomia intelectual e o desenvolvimento do pensamento crítico; e (iv) possibilitar ao educando a percepção “dos fundamentos científico-tecnológicos dos processos produtivos”, visando à integração entre teoria e prática.

Entre tais objetivos, destaca-se inicialmente o reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, de que somente no ensino médio o educando será preparado para o exercício da cidadania, salientando-se a importância desta etapa da educação básica dentro dos objetivos gerais da educação na sistemática constitucional brasileira (art. 205, da CF). Isso porque, de acordo com a LDB, não há qualquer menção à preparação para a cidadania como fins da educação infantil⁵⁶ ou do ensino fundamental.⁵⁷ Desse modo, verifica-se uma intrínseca relação entre o ensino médio e a cidadania, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, II, CF).

Nessa linha, pesquisa empírica coordenada por Miriam Abramovay e Mary Garcia Castro sobre as finalidades do ensino médio na sociedade brasileira elucida bem a importância dessa etapa da educação básica. Na mencionada investigação, foram entrevistados docentes e estudantes do ensino médio em diversos Estados membros da federação brasileira, com o escopo de examinar qual a relevância do ensino médio para os indivíduos. Um dos grupos de professores entrevistados atribuiu ao ensino médio a finalidade de proporcionar aos cidadãos uma “formação consciente para que saibam pensar, saibam fazer, saibam tomar atitudes diante da realidade”. Já um grupo de estudantes afirmou que somente com o acesso ao ensino médio é possível “formar cidadãos decentes, que saibam seus direitos e seus deveres”.⁵⁸

Um segundo aspecto a ser destacado é a necessidade do ensino médio como meio para que os cidadãos possam usufruir de outros direitos fundamentais. Por exemplo, o exercício de inúmeros direitos de liberdade, como a liberdade de informação ou de expressão, o direito ao voto ou o acesso igualitário a serviços públicos requer um mínimo de educação. Além disso, diversos direitos sociais, como os direitos à escolha de profissão, a desfrutar de benefícios do progresso científico e de receber educação superior só podem ser efetivamente exercitados após o indivíduo ter atingido certo patamar de educação. Nesse contexto, o ensino médio tem um papel substancial, uma vez que somente com o acesso a essa etapa da educação básica o cidadão poderá desenvolver sua autonomia intelectual e seu pensamento crítico e, assim, efetivamente usufruir de outros direitos fundamentais. É dizer, o ensino médio confere ao indivíduo uma real capacidade de escolha.⁵⁹

Outro fator a ser considerado no tocante aos fins estabelecidos ao ensino médio diz respeito à importância da compreensão dos fundamentos tecnológicos e científicos dos processos produtivos pelos cidadãos. Considerando-se as constantes mudanças socioeconômicas, tecnológicas e culturais da contemporaneidade, como consequência do “novo modelo de globalização das sociedades atuais, baseado na flexibilização e na integração dos processos de trabalho”, é necessário que os cidadãos adquiram conhecimentos técnicos, mas também

desenvolvam habilidades: (i) cognitivas, como a “capacidade de abstração, de raciocínio, de domínio de símbolos e de linguagem matemática para a leitura de modelos e antecipação de problemas, aleatórios e imprevistos”; e (ii) comportamentais, por exemplo, as capacidades de decisão, de cooperação, de responsabilidade que permitam a visualização das relações de mercado. Essas habilidades, tanto cognitivas, quanto comportamentais, só são plenamente desenvolvidas no ensino médio.⁶⁰

E ainda como consequência dessas contínuas transformações, o mercado de trabalho atual reclama uma “educação mais sólida” dos indivíduos, de modo que eles estejam aptos a “transitar entre situações de emprego diversas, diante das crescentes demandas por qualificação”. Para tanto, há necessidade de uma “formação continuada de competências”, possibilitando que os cidadãos desenvolvam uma capacidade de aprendizado contínuo a fim de que se insiram e se mantenham em um “mercado de trabalho em constante mutação”. Destarte, tal capacidade de aprendizado contínuo é desenvolvida essencialmente no ensino médio.⁶¹

Então, a partir das finalidades específicas do ensino médio na sistemática constitucional brasileira, depreende-se que esta etapa da educação básica é imprescindível para garantir aos cidadãos uma vida minimamente digna e, por conseguinte, toda a educação básica integra o mínimo existencial. Sem o ensino médio, nenhum dos objetivos da educação delineados no art. 205 da Constituição Federal poderá ser efetivamente atingido, na medida em que a educação tem por escopo: (i) desenvolver habilidades cognitivas e comportamentais do cidadão, contribuindo assim para o seu desenvolvimento pessoal; (ii) preparar os cidadãos para a cidadania; e (iii) qualificar o indivíduo para o trabalho, permitindo-lhe o desenvolvimento de autonomia intelectual e de pensamento crítico, bem como possibilitando a sua inserção e manutenção no mercado de trabalho.

Sendo assim, a posição mais acertada à luz do sistema constitucional brasileira parece ser aquela que compreende que o ensino médio consiste em posição jurídica que integra o direito ao mínimo existencial. Por consequência, a pretensão de acesso ao ensino médio é plenamente exigível pelas vias administrativa e judicial e – por fazer parte do mínimo existencial – sua proteção constitucional decorre de norma com estrutura de *regra*, razão pela qual sua tutela deverá ser assegurada pelo Estado de forma definitiva, sem que lhe possam ser opostos argumentos contrários aptos a afastar a sua implementação.

5 O PODER JUDICIÁRIO E A PRETENSÃO DE ACESSO AO ENSINO MÉDIO: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO STF E DO TJRS

Tendo em vista que a pretensão de acesso a todas as etapas da educação básica integra o mínimo existencial, o Poder Público tem o dever de fornecer as prestações normativas e fáticas para a realização desse direito fundamental (em

sentido estrito). Em caso de eventual violação, seja por ação ou omissão estatal, é possível que o titular do referido direito postule-o judicialmente.

Assim, especificamente em relação à função de prestação fática do direito em questão, o cidadão poderá postular o acesso a uma vaga da rede pública de ensino ou, na impossibilidade de serem oferecidas as vagas por inexistência de condições fáticas, como a falta de estruturas físicas ou de professores, é cabível a condenação do Poder Público em arcar com os custos de uma escola da rede privada de ensino, conforme determina o artigo 213, § 1º, da Constituição Federal.⁶² Ademais, nessa hipótese concorda-se com Ana Paula de Barcellos acerca da necessidade de que no caso concreto sejam observados os princípios da razoabilidade e da isonomia, devendo a escola privada apresentar padrão e custos similares às escolas da rede pública.⁶³

Diante de tais considerações, pretende-se neste tópico fazer uma breve análise do entendimento do Poder Judiciário acerca da justiciabilidade da pretensão de acesso ao ensino médio, verificando se a jurisprudência considera essa etapa da educação básica como um componente do mínimo existencial. Para tanto, foram feitos dois recortes metodológicos. Primeiro, demarcou-se temporalmente a pesquisa às decisões proferidas a partir de 01/01/2010, em razão da alteração do art. 208, I, da CF, promovida pela Emenda Constitucional nº 59/2009. Em segundo lugar, delimitou-se a pesquisa às decisões proferidas: (a) pelo Supremo Tribunal Federal, por se tratar do órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, responsável por dar a última palavra a respeito da interpretação constitucional; e (b) pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por se tratar de um dos tribunais com mais farta jurisprudência a respeito do assunto.

(a) No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a pesquisa com os parâmetros “mínimo e existencial” encontrou 10 decisões, entre as quais somente o acórdão proferido no ARE nº 639.377 tinha como objeto o direito fundamental à educação.⁶⁴ Em um segundo momento, utilizando-se os termos “ensino e médio” foram encontradas 18 decisões, as quais abordavam pretensões bastante distintas, como por exemplo a imunidade tributária de instituições de ensino de língua estrangeira⁶⁵ e a possibilidade de utilização do sistema de cotas para ingresso no ensino superior.⁶⁶ Entre as decisões encontradas, importa para o presente artigo a proferida no ARE nº 858.084.⁶⁷

Em relação à primeira decisão mencionada, proferida pelo STF no ARE nº 639.377, a pretensão postulada judicialmente dizia respeito à educação infantil, e tinha o objetivo de obrigar o Município de São Paulo a promover a matrícula de criança de até cinco anos em creche e em pré-escola em unidade da rede pública de ensino municipal. Apesar de não versar sobre acesso ao ensino médio, destaca-se essa decisão porque o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a educação infantil integra o mínimo existencial, bem como reafirmou a possibilidade de limitação desse direito pela reserva do possível.⁶⁸

No tocante à decisão proferida no ARE nº 858.084, não houve um aprofundamento acerca da pretensão de acesso às etapas da educação básica, uma vez que foi somente desprovido o Agravo interposto pelo Estado do Maranhão. Entretanto, depreende-se da ementa que o STF reconheceu a obrigação do Estado em fornecer as prestações necessárias para garantir o acesso ao ensino fundamental e ao ensino médio, mas sem relacionar essas etapas da educação básica ao mínimo existencial.

Desse modo, infere-se que não foi possível localizar qualquer decisão do Supremo Tribunal Federal tratando do direito de acesso ao ensino médio como condição indispensável para que os indivíduos tenham uma vida minimamente digna.

(b) Em pesquisa jurisprudencial pelo sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, foram encontradas 2 decisões utilizando os termos “mínimo existencial” e “ensino”, mas nenhuma útil para o trabalho.

Na sequência, foi realizada busca com os termos “vaga”, “ensino médio” e “rede pública”, a qual localizou 13 decisões. Após a análise dessas decisões, constatou-se que 7 tratavam sobre alguma pretensão jurídica de acesso ao ensino médio, sendo possível a classificação das referidas decisões em 3 grupos: (b.1) pretensão de acesso ao ensino médio em escola da rede pública; (b.2) pretensão de acesso à escola específica da rede pública de ensino; e (b.3) pretensão de acesso ao ensino médio na modalidade EJA – ensino supletivo.

(b.1) Duas decisões versaram sobre a pretensão de acesso à escola da rede pública de ensino.⁶⁹ Em ambos os casos, postulou-se a condenação do Estado membro a garantir o acesso de adolescente ao ensino médio em escola da rede pública estadual. O Tribunal de Justiça concedeu a prestação postulada nas duas ocasiões, mantendo as sentenças de primeiro grau que determinaram ao Estado a disponibilização de vaga para o estudante. Contudo, depreende-se que nenhuma das decisões aprofundou o debate acerca do direito de acesso ao ensino médio como componente do mínimo existencial, limitando-se a afirmar o dever do Estado em assegurar o acesso às três etapas da educação básica.

Tais ações merecem ainda outra observação. Infere-se que se trata de duas Ações Cíveis Públicas promovidas pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, postulando uma vaga em escola da rede pública estadual exclusivamente em favor de um estudante. Na medida em que foi constatada a insuficiência de vagas, seria possível e adequado o ajuizamento de uma ação coletiva, com o intuito, por exemplo, de se assegurar a pretensão de acesso ao ensino médio não somente aos indivíduos que tiveram acesso ao Judiciário, ou também para se resguardar a segurança jurídica (evitando-se decisões conflitantes) e a economia processual (impedindo a proliferação de múltiplos processos individuais com objetos idênticos, com a ressalva de que foram encontradas no TJ/RS somente duas ações postulando vaga no ensino médio em escola da rede pública).⁷⁰

(b.2) No segundo grupo, foram encontradas três decisões sobre a pretensão de acesso à escola específica da rede pública de ensino.⁷¹ Veja-se que nesses casos não havia falta de vaga; pelo contrário, todos os estudantes estavam devidamente matriculados em uma escola da rede pública de ensino estadual ou municipal. As três decisões negaram essa pretensão específica, ressaltando que não restou comprovado qualquer prejuízo aos indivíduos em estarem matriculados em escola diversa daquela pela qual tinham preferência.

Ainda, especificamente na AC nº 70043068014, o cidadão postulava a vaga em outra escola sob o fundamento de que a escola na qual estava matriculado não era a mais próxima de sua residência e, ante a inexistência de “ônibus no horário necessário para o retorno da escola” precisava caminhar até sua residência. Contudo, como foi comprovado no referido processo que o Poder Público municipal oferecia transporte escolar, a pretensão foi negada.

Nessas três decisões foi acertado o posicionamento do Tribunal de Justiça estadual, haja vista que houve o oferecimento de vaga e de transporte escolar pelo Poder Público, não sendo constatado nenhum prejuízo ou dano aos estudantes. Entretanto, novamente não se verificou qualquer manifestação do tribunal acerca do ensino médio como componente do mínimo existencial.

(b.3) No terceiro grupo, foram localizadas duas decisões⁷² sobre a pretensão de matrícula de estudantes com idade inferior a 18 (dezoito) anos em ensino médio supletivo, destinado aos jovens e adultos “que não tiveram acesso ou continuidade de estudos no ensino fundamental e ensino médio na idade própria”, nos termos dos artigos 37 e 38, da LDB.

As duas decisões concederam a pretensão postulada judicialmente, embora com fundamentos distintos. Na AC nº 70059017327, o TJ/RS entendeu que não há qualquer impedimento à matrícula de adolescentes com menos de 18 (dezoito) anos de idade em curso supletivo, sendo vedado somente que o estudante realize os exames de conclusão do ensino médio antes de atingida a maioridade civil.

Já na AC nº 70056225956, foi ressaltado que “apenas os alunos com 18 anos completos poderão se matricular na modalidade EJA”, devendo adolescentes com menos de 18 (dezoito) anos de idade cursar a “modalidade regular de ensino”. Contudo, como anteriormente havia sido concedida liminar determinando a matrícula do adolescente no ensino médio supletivo e a decisão foi confirmada pela sentença de primeiro grau, a decisão do tribunal manteve a sentença com o fim de não serem causados prejuízos ao estudante, “porquanto seria obrigado a repetir os conteúdos e atividades já realizadas, podendo servir de estímulo ao abandono do curso”.

Referidas decisões são relevantes na medida em que buscam realizar, em última análise, a universalização do ensino médio, prevista pelo art. 208, II da CF. Porém, nos votos não foi abordado o direito ao mínimo existencial, limitando-se a Corte a afirmar que a educação básica é um direito fundamental social.

Pela pesquisa realizada, conclui-se que não houve manifestação do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul sobre o ensino médio como parcela do mínimo existencial, em que pese tenha havido, em ambos os casos, reconhecimento da exigibilidade judicial dessa etapa da educação básica.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à educação é, na sistemática constitucional brasileira, um direito fundamental, afetado pelo regime jurídico especial de proteção desses direitos e, portanto, dotado de aplicabilidade imediata e revestido da condição de cláusula pétrea. E a partir da complexa estrutura normativa que tutela o referido direito, é possível identificar posições jusfundamentais dele decorrentes que, se analisadas isoladamente, podem ser classificadas como direitos fundamentais em sentido estrito, entre as quais se destaca a pretensão de acesso aos três níveis da educação básica (educação infantil, ensino fundamental e ensino médio).

Além disso, existem algumas condições materiais que têm a finalidade de garantir aos indivíduos uma vida minimamente digna, o chamado “mínimo existencial”, que corresponde ao núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, a fim de garantir a funcionalidade do direito ao mínimo existencial, referido direito apresenta uma estrutura normativa de regra e, por conseguinte, reclama a definição de um conteúdo específico para que sua incidência possa ocorrer de forma definitiva. Entre os direitos sociais que integram esse conteúdo destaca-se a educação, mais especificamente algumas das posições jusfundamentais compreendidas pelo direito fundamental à educação em sentido amplo.

No tocante a essas posições de direito fundamental, também denominadas de direitos fundamentais em sentido estrito, o acesso ao ensino médio deve ser considerado como integrante do mínimo existencial, pois somente nessa etapa da educação básica os indivíduos desenvolvem plenamente sua personalidade, suas habilidades cognitivas e comportamentais, sua autonomia intelectual, bem como são preparados para a cidadania e qualificados para o trabalho.

Contudo, em que pese reconhecer-se a pretensão de acesso ao ensino médio como integrante do direito ao mínimo existencial, não foi possível encontrar qualquer manifestação do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul neste sentido, embora se possa afirmar que ambos os tribunais, mesmo não fazendo qualquer correlação entre o ensino médio e o mínimo existencial, admitem que o acesso ao ensino médio consiste em prestação estatal ligada ao direito fundamental à educação plenamente exigível pela via judicial.

REFERÊNCIAS

- ABRAMOVAY, Miriam; CASTRO, Mary Garcia. (Coord.). **Ensino médio: múltiplas vozes**. Brasília: UNESCO, 2003.
- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- _____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e Direito Administrativo. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, v. 1, n. 2, p. 247-254, jul./dic. 2014.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Interesse Público - IP**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jul./set. 2001. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=51416>>. Acesso em: 12 ago. 2015.
- BELÉM, Bruno Moraes Faria Monteiro. A reserva do financiamento possível no conteúdo normativo dos direitos sociais e o constitucionalismo de cooperação. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 229-247, jul./set. 2011.
- BITENCOURT, Caroline Müller. A reserva do possível no contexto da realidade constitucional brasileira e sua aplicabilidade em relação às políticas públicas e aos direitos sociais. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, jan./mar. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=107639>>. Acesso em: 12 ago. 2015.
- BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- BOLESINA, Iuri; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **O mínimo existencial e o controle de Políticas Públicas: análise de sua operacionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça**. Curitiba: Multideia, 2013.
- BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. **Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira: 2012**. Rio de Janeiro: IBGE, 2012. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv62715.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Segundo Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 242.283. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Segunda Turma, julgado em 21.09.2010, DJe-190, divulgado em 07.10.2010, publicado em 08.10.2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.377. Relator Ministro Celso de Mello. Segunda Turma, julgado em 23.08.2011, DJe-177, divulgado em 14.09.2011, publicado em 15.09.2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 858.084. Relator Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma, julgado em 14.04.2015, DJe-083, divulgado em 05.05.2015, publicado em 06.05.2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 597.285. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno, julgado em 09.05.2012, DJe-053, divulgado em 17.03.2014, publicado em 18.03.2014.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70043068014, 7ª Câmara Cível, Desembargador Relator Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 29.06.2011.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo Interno no Agravo de Instrumento nº 70065336521, 7ª Câmara Cível, Decisão monocrática proferida pelo Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 24.06.2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70059017327, 8ª Câmara Cível, Desembargador Relator Rui Portanova, julgado em 24.04.2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70056225956, Desembargador Relator Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 23.10.2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70039736830, 3ª Câmara Cível, Desembargador Relator Nelson Antônio Monteiro Pacheco, julgado em 20.11.2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70064537442, 7ª Câmara Cível, Decisão monocrática proferida pelo Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 10.06.2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70051360154, 7ª Câmara Cível, Decisão monocrática proferida pelo Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 08.11.2012.

CALIENDO, Paulo. **Direito tributário**: três modos de pensar a tributação: elementos para uma teoria sistemática do direito tributário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARBONELL, Miguel. Los derechos sociales: elementos para una lectura en clave normativa. In: ESPINOZA DE LOS MONTEROS, Javier; ORÓÑEZ, Jorge. **Los derechos sociales en el Estado Constitucional**. México: Tirant lo Blanch México, 2013. p. 199-231.

CARMO, Erinaldo Ferreira; ROCHA, Enivaldo Carvalho da. A educação como direito universal. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 12, n. 45, p. 137-148, abr./jun. 2014.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Controle de Constitucionalidade e a Efetividade dos Direitos Fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 385-393.

FERREIRA, Vera Maria. A mudança possível e necessária para o ensino médio. In: AZEVEDO, José Clóvis de; REIS, Jonas Tarcísio (Org.). **O ensino médio e os desafios da experiência: movimentos da prática**. São Paulo: Moderna, 2014. p. 135-154.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a Sociedade Civil para além do bem e do mal**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GARCIA, Sandra Regina de Oliveira. Ensino médio e educação profissional: breve histórico a partir da LDBEN nº 9394/96. In: AZEVEDO, José Clóvis de; REIS, Jonas Tarcísio (Org.). **O ensino médio e os desafios da experiência: movimentos da prática**. São Paulo: Moderna, 2014. p. 45-60.

HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)**, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 340-399, jan./jul. 2013.

_____. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)**, Curitiba, v. 14, n. 14.1, p. 618-688, ago./dez. 2013.

_____. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 205-240.

_____. Mínimo existencial y derechos económicos y sociales: distinciones y puntos de contacto a la luz de la doctrina y jurisprudencia brasileñas. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fé - Argentina, v. 1, n. 1, p. 93-138, ene./jun. 2014.

_____. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. 2014. 614 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

HERRÁN, Carlos; NEUBAUER, Rose (Coord.). **Melhores práticas em escolas de ensino médio no Brasil**. Brasília: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, 2010.

KUENZER, Acácia Zeneida. O ensino médio no plano nacional de educação 2011-2020: superando a década perdida? **Educação & Sociedade**, Campinas, v. 31, n. 112, p. 851-873, jul./set. 2010.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 123-140, set./dez. 2014.

LOPES, Soraya Santos. O direito ao mínimo existencial no caso concreto. **Interesse Público - IP**, Belo Horizonte, ano 14, n. 74, jul./ago. 2012. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDlexibepdf.aspx?tipoConteudo=Normal&vw=S&pdiCntd=81189&idPublicacao=16>>. Acesso em: 12 ago. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MOZETIC, Vinicius Almada; FRANCESCHINA, Aline de Oliveira Mendes de Medeiros. A dimensão fundamental ecológica da dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 161-179, jan./jun. 2014.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. La cláusula del Estado Social y los derechos fundamentales sociales. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fé - Argentina, v. 2, n. 1, p. 155-183, ene./jun. 2015.

NEUBAUER, Rose (Coord.). Ensino médio no Brasil: uma análise de melhores práticas e de políticas públicas. **Revista brasileira de estudos pedagógicos**, Brasília, v. 92, n. 230, p. 11-33, abr./jan. 2011.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Uma ideia de Constituição. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 111-145, jan./abr. 2014.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NOWAK, Manfred. 14. The right to education. In: EIDE, Asbjorn; KRAUSE, Catarina; ROSAS, Allan. **Economic, social and cultural rights**. 2th ed. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2001. p. 245-271.

OLIVEIRA, Caio Ramon Guimarães de. Teoria do mínimo existencial como fundamento do Estado Democrático de Direito: um diálogo na busca de uma existência digna. **Revista Direito e Liberdade**, Natal-RN, v. 14, n. 2, p. 11-32, jul./dez. 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA - UNESCO. **Reforma da educação secundária: rumo à convergência entre a aquisição de conhecimento e o desenvolvimento de habilidade**. Brasília: UNESCO, 2008.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. 2006. 378f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

PANSIERI, Flávio. **Eficácia e vinculação dos direitos sociais: reflexões a partir do direito à moradia**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PICCINA, Guilherme Krahenbuhl Silveira Fontes. **A efetividade do direito à educação básica na perspectiva do mínimo existencial na Constituição Federal**. 2010. 215f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

RODRIGUES, Daniel dos Santos. A defesa judicial dos direitos sociais prestacionais a partir da teoria dos direitos humanos de Amartya Sen. **A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 8, n. 34, out./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56003>>. Acesso em: 12 ago. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. Os direitos fundamentais como “cláusulas pétreas”. **Interesse Público - IP**, Belo Horizonte, n. 17, ano 5, jan./fev. 2003. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=51060>>. Acesso em: 12 ago. 2015.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista da Defensoria Pública**, ano 1, n. 1, p. 179-234, jul./dez. 2008.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.) **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2010. p. 553-599.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizado por Nagib Salibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA, Mônica Ribeiro. Juventudes e ensino médio: possibilidades diante das novas DCN. In: AZEVEDO, José Clóvis de; REIS, Jonas Tarcísio (Org.). **O ensino médio e os desafios da experiência: movimentos da prática**. São Paulo: Moderna, 2014. p. 61-75.

SOARES, Hector Cury. O controle de constitucionalidade das políticas públicas no Brasil e a importação de modelos de controle de constitucionalidade pela Constituição de 1988. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 121-150, jan./jun. 2011.

SOUZA, Elaine Ferreira de. **Direito à educação: requisito para o desenvolvimento do país**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.) **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2010. p. 515-551.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.) **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. 2. tir. Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2010. p. 313-339.

TOYODA, Hisashi. A apologia dos direitos humanos e a razão perversa do capitalismo: do sujeito de direito à falácia das garantias. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 333-366, jul./dez. 2010.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 4, v. 2, p. 539-568, jul./dez. 2008.

-
- 1 SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizado por Nagib Salibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 743. Sobre a relevância dos direitos fundamentais como elemento essencial nas Constituições, ver: NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Uma ideia de Constituição. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 1, n. 1, jan./abr. 2014, p. 115-117.
 - 2 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 58. Neste sentido, ver: MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 4. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 468-469; MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. La cláusula del Estado Social y los derechos fundamentales sociales. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, v. 2, n. 1, ene./jun. 2015, p. 156.
 - 3 SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais como “cláusulas pétreas”. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, n. 17, ano 5, jan./fev. 2003. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=51060>>. Acesso em: 12 ago. 2015.
 - 4 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia... , op. cit.**, p. 74-75. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 378-379.
 - 5 HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Fe-

- lipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 206.
- 6 RODRIGUES, Daniel dos Santos. A defesa judicial dos direitos sociais prestacionais a partir da teoria dos direitos humanos de Amartya Sen. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 8, n. 34, out./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56003>>. Acesso em: 12 ago. 2015.
 - 7 BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 154.
 - 8 As diferenças que podem existir em relação à aplicabilidade imediata dizem respeito à função defensiva (impositiva de uma abstenção estatal) ou prestacional (impositiva de uma prestação estatal positiva) de cada direito fundamental, seja ele um direito de liberdade ou um direito social, já que todos eles possuem, simultaneamente, múltiplas funções. A função defensiva não é exclusividade dos direitos de liberdade, nem a função prestacional é exclusiva dos direitos sociais. Para um aprofundamento do tema, e com exemplos, ver: HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. 2014. 614 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. p. 129-156.
 - 9 SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais..., *op. cit.*, s.n.
 - 10 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional...**, *op. cit.*, p. 379.
 - 11 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, *op. cit.*, p. 68.
 - 12 HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)**, Curitiba, v. 14, n. 14.1, p. 618-688, ago./dez. 2013. p. 632. Mônia Clarissa Hennig Leal ressalta a importância do Judiciário para concretização dos direitos fundamentais quando houver eventual ação ou omissão do Executivo ou do Legislativo implicarem violação destes direitos. Cf.: LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Derechos Humanos e jurisdicção constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 1, n. 3, set./dez. 2014, p. 126-128.
 - 13 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, *op. cit.*, p. 152.
 - 14 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, *op. cit.*, p. 146. Semelhante é o posicionamento de Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, para quem o Estado deve criar as condições necessárias para permitir a todos os cidadãos o exercício dos direitos fundamentais. Cf.: MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. *Lâ cláusula...*, *op. cit.*, p. 163. Já Romeu Felipe Bacellar Filho atenta para a necessidade de uma Administração Pública “protetora, que desempenha atividades administrativas para promoção e efetivação dos direitos fundamentais”. Cf.: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e Direito Administrativo*. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fé - Argentina, v. 1, n. 2, jul./dic. 2014, p. 248.
 - 15 Estas terminologias são utilizadas por Robert Alexy. Na versão traduzida para o português foi utilizada a expressão “direito fundamental completo”, ao passo que na versão traduzida para o espanhol foi empregada a expressão “derecho fundamental como un todo”. Cf.: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2014, *passim*; ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, *passim*.
 - 16 HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa...**, *op. cit.*, p. 32-33. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, *op. cit.*, p. 155-156.
 - 17 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos...**, *op. cit.*, p. 249.
 - 18 ALEXY, Rober. **Teoria dos direitos...**, *op. cit.*, p. 196-203; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, *op. cit.*, p. 167.
 - 19 CARBONELL, Miguel. Los derechos sociales: elementos para una lectura en clave normativa. In: ESPINOZA DE LOS MONTEROS, Javier; ORÓÑEZ, Jorge. **Los derechos sociales en el Estado Constitucional**. México: Tirant lo Blanch México, 2013. p. 220.
 - 20 HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa...**, *op. cit.*, p. 131.
 - 21 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos...**, *op. cit.*, p. 442.
 - 22 Em sentido similar: BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 81-82.
 - 23 CALIENDO, Paulo. **Direito tributário: três modos de pensar a tributação – elementos para uma teoria sistemática do direito tributário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 25; GABARDO, Emerson.

- Interesse público e subsidiariedade:** o Estado e a Sociedade Civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 331.
- 24 BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:** o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 31; CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Controle de Constitucionalidade e a Efetividade dos Direitos Fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 388.
- 25 HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais..., *op. cit.*, p. 211. Neste sentido, Ana Paula de Barcellos afirma que não é possível precisar toda a extensão e todos os efeitos que decorrem do princípio da dignidade da pessoa humana, mas somente um conteúdo mínimo. Cf: BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica...**, *op. cit.*, p. 242.
- 26 BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica...**, *op. cit.*, p. 299; TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.) **Direitos sociais:** fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. 2. tir. Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2010. p. 315-316.
- 27 BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica...**, *op. cit.*, p. 247.
- 28 SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.) **Direitos sociais:** fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. 2. tir. Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2010. p. 576. Essa dupla dimensão também é afirmada por Eurico Bitencourt Neto. Cf: BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito...**, *op. cit.*, p. 124-126. Como exemplos da dimensão negativa, Ricardo Lobo Torres menciona a proibição de tributação das condições mínimas para uma existência digna. Cf: TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial..., *op. cit.*, p.314.
- 29 HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)**, Curitiba, v. 13, n. 13, jan./jul. 2013, p. 356-369.
- 30 BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). Belo Horizonte, **Interesse Público - IP**, ano 3, n. 11, jul./ set. 2001. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=51416>>. Acesso em: 12 ago. 2015.
- 31 BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica...**, *op. cit.*, p. 247; HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial y derechos económicos y sociales: distinciones y puntos de contacto a la luz de la doctrina y jurisprudencia brasileñas. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fé - Argentina, v. 1, n. 1, ene./jun. 2014, p. 101-102; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, *op. cit.*, p. 320. Já Vinicius Almada Mozetic e Aline Oliveira Mendes de Medeiros Franceschina vão além e sustentam a existência de uma dimensão ecológica integrando o cerne da dignidade da pessoa humana, de modo que o meio ambiente deve ser considerado um “fator indispensável para a sadia qualidade da existência”. Cf.: MOZETIC, Vinicius Almada; FRANCESCHINA, Aline de Oliveira Mendes de Medeiros. A dimensão fundamental ecológica da dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 5, n. 1, jan./jun. 2014, p. 172.
- 32 Conforme exposto no tópico I, entende-se que todos os direitos fundamentais são dotados de aplicabilidade imediata e, portanto, podem ser exigidos administrativa ou judicialmente.
- 33 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos...**, *op. cit.*, p. 90-91.
- 34 Conforme Jorge Reis Novais, as três reservas que afetam os direitos fundamentais são: (i) reserva geral imamente da ponderação, no tocante aos deveres estatais de respeito e de prestação; (ii) reserva do politicamente adequado ou oportuno no tocante aos deveres de proteção e promoção, pois a Administração possui legitimidade e discricionariedade para escolher qual a melhor alternativa a ser adotada; e (iii) reserva do financeiramente possível em relação à faceta prestacional dos direitos fundamentais. Cf: NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais:** teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 152.
- 35 BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica...**, *op. cit.*, p. 243; OLIVEIRA, Caio Ramon Guimarães de. Teoria do mínimo existencial como fundamento do Estado Democrático de Direito: um diálogo na busca de uma existência digna. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 14, n. 2, jul./dez. 2012, p. 19-20; HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais..., *op. cit.*, p. 364-365.
- 36 BOLESINA, Iuri; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **O mínimo existencial e o controle de Políticas Públicas:** análise de sua operacionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior

- Tribunal de Justiça. Curitiba: Multideia, 2013. 89-93. Sobre a distinção entre reserva do possível como “teoria dos custos” e como “critério de razoabilidade” na jurisprudência brasileira, ver: BITENCOURT, Caroline Müller. A reserva do possível no contexto da realidade constitucional brasileira e sua aplicabilidade em relação às políticas públicas e aos direitos sociais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, jan./mar. 2014.
- 37 BOLESINA, Iuri; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **O mínimo existencial...**, *op. cit.*, p. 98. Veja-se que para os autores é necessário ponderar a razoabilidade e proporcionalidade de uma pretensão a partir das singularidades do caso concreto. Contudo, os autores citam como exemplo as ações judiciais que postulam medicamentos de alto custo. Como não é objeto desse artigo discorrer acerca do direito à saúde, registra-se concordância com o posicionamento de Ana Paula de Barcellos, para quem a determinação do mínimo existencial no tocante à saúde cinge-se à saúde básica. Cf: BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica...**, *op. cit.*, p. 320-337.
- 38 BOLESINA, Iuri; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **O mínimo existencial...**, *op. cit.*, p. 99.
- 39 Em sentido contrário, entendendo que a reserva do financeiramente possível (dimensão fática) pode limitar a exigibilidade do direito ao mínimo existencial, ver: SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista da Defensoria Pública**, ano 1, n. 1, jul./dez. 2008, p. 198; SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais..., *op. cit.*, p. 5578-579.
- 40 Robert Alexy exemplifica a variação no tempo do conteúdo do mínimo existencial em um mesmo país, ao afirmar que “sob a Constituição alemã, o que importa é o mínimo existencial relativo, ou seja, aquilo que sob as condições de cada momento na República Federal da Alemanha seja considerado como mínimo existencial”. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos...**, *op. cit.*, p. 427-428. Já Hisashi Toyoda, em análise histórica crítica sobre o surgimento dos direitos humanos como um produto do capitalismo, salienta que a “ideia de direitos inerentes à condição humana é em si mesma produto do pensamento em determinado momento e em um contexto sociocultural específico, e como tal pode ser interpretada à luz de um processo histórico, de uma realidade objetiva”. Cf: TOYODA, Hisashi. A apologia dos direitos humanos e a razão perversa do capitalismo: do sujeito de direito à falácia das garantias. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 1, n. 2, jul./dez. 2010, p. 348.
- 41 BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito...**, *op. cit.*, p. 119.
- 42 BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito...**, *op. cit.*, p. 119. É também o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo, segundo os quais há necessidade de se avaliar as necessidades de cada pessoa (e, se for o caso, de seu núcleo familiar) para se identificar o que compõe o mínimo existencial. Cf.: SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível..., *op. cit.*, p. 198. Na mesma linha, Ana Carolina Lopes Olsen aduz que o “mínimo existencial, como a porção nuclear do direito fundamental necessária à sobrevivência com dignidade do seu titular, pode ser identificado em cada caso concreto”. Cf.: OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. 2006. 378f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006. p. 354.
- 43 NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...**, *op. cit.*, p. 159.
- 44 NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...**, *op. cit.*, p. 160-176. Neste sentido, ver também: HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa...**, *op. cit.*, p. 142-144 e 155-156.
- 45 A redação original do art. 208, I prescrevia que o Estado tinha o dever de garantir o “ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria”. E antes da EC nº 59/2009, o referido inciso havia sido alterado pela EC nº 14/1996 e tinha a seguinte redação: “I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria”.
- 46 A expressão “educação secundária” não é utilizada pela Constituição Federal ou pela LDB. Por esta razão, salienta-se que a educação secundária compreende os quatro últimos anos do ensino fundamental e o ensino médio. Cf: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA – UNESCO. **Reforma da educação secundária**: rumo à convergência entre a aquisição de conhecimento e o desenvolvimento de habilidade. Brasília: UNESCO, 2008. p. 11.
- 47 BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica...**, *op. cit.*, *passim*; BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos..., *op. cit.*, s.n.; BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito...**, *op. cit.*, *passim*; CARMO, Erinaldo Ferreira; ROCHA, Enivaldo Carvalho da. A educação como direito universal. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 12, n. 45, abr./jun. 2014, p. 142; HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial y derechos..., *op. cit.*, *passim*; LOPES, Soraya Santos. O direito ao

- mínimo existencial no caso concreto. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 14, n. 74, jul./ago. 2012. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDIexibepdf.aspx?tipoConteudo=Normal&vw=S&pdicntd=81189&idPublicacao=16>>. Acesso em: 12 ago. 2015; PANSIERI, Flávio. **Eficácia e vinculação dos direitos sociais**: reflexões a partir do direito à moradia. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 55; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, *op. cit.*, p. 322; TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial..., *op. cit.*, 330.
- 48 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.) **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. 2. tir. Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2010. p. 538; SOUZA, Elaine Ferreira de. **Direito à educação**: requisito para o desenvolvimento do país. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 26; FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 211-213; OLIVEIRA, Caio Ramon Guimarães de. Teoria do mínimo existencial..., *op. cit.*, p. 30; BOLESINA, Iuri; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **O mínimo existencial...**, *op. cit.*, passim; CARMO, Erinaldo Ferreira; ROCHA, Erivaldo Carvalho da. A educação..., *op. cit.*, p. 145.
- 49 É o caso de Cláudio Pereira de Souza Neto, Elaine Ferreira de Souza e Felipe de Melo Fonte, citados na nota anterior. No caso de Cláudio Pereira de Souza Neto, no entanto, é preciso fazer um esclarecimento: o autor, embora entenda que o mínimo existencial em matéria de educação engloba apenas o acesso até o ensino fundamental, sustenta que o acesso ao ensino médio também é exigível judicialmente, ainda que não integre o mínimo existencial. Isso porque, de acordo com a sua posição teórica, a exigibilidade judicial dos direitos sociais não se limita às suas parcelas que integram o mínimo existencial: tais direitos seriam sindicáveis perante o Poder Judiciário em relação a todas as prestações necessárias para proporcionar as condições procedimentais da deliberação pública democrática. De acordo com o seu entendimento, o acesso ao ensino médio, ainda que não consista em uma prestação imprescindível para se viver de forma minimamente digna, revela-se uma condição indispensável para a participação nas instâncias de deliberação pública. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos..., *op. cit.*, p. 537-546.
- 50 BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica...**, *op. cit.*, p. 303-319; PICCINA, Guilherme Krahenbuhl Silveira Fontes. **A efetividade do direito à educação básica na perspectiva do mínimo existencial na Constituição Federal**. 2010. 215f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 150-162.
- 51 BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica...**, *op. cit.*, p. 304-307.
- 52 *Ibidem*, p. 308-309.
- 53 BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. **Síntese de indicadores sociais**: uma análise das condições de vida da população brasileira: 2012. Rio de Janeiro: IBGE, 2012, p. 115-116. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv62715.pdf>>. Acesso em 23 ago. 2015. Também neste sentido, Acácia Zeneida Kuenzer demonstra que o número de matrículas de jovens e adultos no ensino médio decresceu no período compreendido entre 2000 e 2010. Cf.: KUENZER, Acácia Zeneida. O ensino médio no plano nacional de educação 2011-2020: superando a década perdida? **Educação & Sociedade**, Campinas, v. 31, n. 112, p. 854-862, jul./set. 2010. Já Sandra Regina de Oliveira Garcia atenta para a carente oferta de acesso ao ensino médio no período noturno, o que prejudica o acesso a este nível da educação básica. Cf.: GARCIA, Sandra Regina de Oliveira. Ensino médio e educação profissional: breve histórico a partir da LDBEN nº 9394/96. In: AZEVEDO, José Clóvis de; REIS, Jonas Tarcísio (Org.). **O ensino médio e os desafios da experiência**: movimentos da prática. São Paulo: Moderna, 2014. p. 52-53.
- 54 PICCINA, Guilherme Krahenbuhl Silveira Fontes. **A efetividade do direito...**, *op. cit.*, p. 151-152.
- 55 Lei nº 9.394/1996. Art. 35. O ensino médio, etapa final da educação básica, com duração mínima de três anos, terá como finalidades: I - a consolidação e o aprofundamento dos conhecimentos adquiridos no ensino fundamental, possibilitando o prosseguimento de estudos; II - a preparação básica para o trabalho e a cidadania do educando, para continuar aprendendo, de modo a ser capaz de se adaptar com flexibilidade a novas condições de ocupação ou aperfeiçoamento posteriores; III - o aprimoramento do educando como pessoa humana, incluindo a formação ética e o desenvolvimento da autonomia intelectual e do pensamento crítico; IV - a compreensão dos fundamentos científico-tecnológicos dos processos produtivos, relacionando a teoria com a prática, no ensino de cada disciplina.
- 56 Lei nº 9.394/1996. Art. 29. A educação infantil, primeira etapa da educação básica, tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança de até 5 (cinco) anos, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade.

- 57 Lei nº 9.394/1996. Art. 32. O ensino fundamental obrigatório, com duração de 9 (nove) anos, gratuito na escola pública, iniciando-se aos 6 (seis) anos de idade, terá por objetivo a formação básica do cidadão, mediante: I - o desenvolvimento da capacidade de aprender, tendo como meios básicos o pleno domínio da leitura, da escrita e do cálculo; II - a compreensão do ambiente natural e social, do sistema político, da tecnologia, das artes e dos valores em que se fundamenta a sociedade; III - o desenvolvimento da capacidade de aprendizagem, tendo em vista a aquisição de conhecimentos e habilidades e a formação de atitudes e valores; IV - o fortalecimento dos vínculos de família, dos laços de solidariedade humana e de tolerância recíproca em que se assenta a vida social.
- 58 ABRAMOVAY, Miriam; CASTRO, Mary Garcia. (Coord.). **Ensino médio: múltiplas vozes**. Brasília: UNESCO, 2003. p. 162-163.
- 59 NOWAK, Manfred. 14. The right to education. In: EIDE, Asbjorn; KRAUSE, Catarina; ROSAS, Allan. **Economic, social and cultural rights**. 2th ed. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2001. p. 245-253. Semelhante é o posicionamento de Vera Maria Ferreira, para quem a educação básica deve ser concebida como um processo que viabiliza ao cidadão a possibilidade de optar pelas “escolhas mais qualificadas, tanto do ponto de vista individual quanto do coletivo”. Cf.: FERREIRA, Vera Maria. A mudança possível e necessária para o ensino médio. In: AZEVEDO, José Clóvis de; REIS, Jonas Tarcísio (Org.). **O ensino médio e os desafios da experiência: movimentos da prática**. São Paulo: Moderna, 2014. p. 139.
- 60 NEUBAUER, Rose (Coord.). Ensino médio no Brasil: uma análise de melhores práticas e de políticas públicas. **Revista brasileira de estudos pedagógicos**, Brasília, v. 92, n. 230, p. 12 abr./jan. 2011. Também neste sentido, ver: SILVA, Mônica Ribeiro. Juventudes e ensino médio: possibilidades diante das novas DCN. In: AZEVEDO, José Clóvis de; REIS, Jonas Tarcísio (Org.). **O ensino médio e os desafios da experiência: movimentos da prática**. São Paulo: Moderna, 2014. p. 62-65.
- 61 HERRÁN, Carlos; NEUBAUER, Rose (Coord.). **Melhores práticas em escolas de ensino médio no Brasil**. Brasília: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, 2010. p. 34. Já Miriam Abramovay e Mary Garcia Castro afirmam que no atual contexto histórico internacional e nacional, o qual demanda “uma maior e mais sofisticada escolaridade”, é imperativo o acesso ao ensino médio. Cf.: ABRAMOVAY, Miriam; CASTRO, Mary Garcia. (Coord.). **Ensino médio...**, *op. cit.*, p. 152.
- 62 HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial y derechos..., *op. cit.*, p. 110.
- 63 BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia...**, *op. cit.*, p. 312.
- 64 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.377. Relator Ministro Celso de Mello. Segunda Turma, julgado em 23.08.2011, DJe-177, divulgado em 14.09.2011, publicado em 15.09.2011.
- 65 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segundo Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 242.283. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Segunda Turma, julgado em 21.09.2010, DJe-190, divulgado em 07.10.2010, publicado em 08.10.2010.
- 66 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 597.285. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno, julgado em 09.05.2012, DJe-053, divulgado em 17.03.2014, publicado em 18.03.2014.
- 67 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 858.084. Relator Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma, julgado em 14.04.2015, DJe-083, divulgado em 05.05.2015, publicado em 06.05.2015.
- 68 Em estudo jurisprudencial realizado em 2008, Daniel Wei Liang Wang havia demonstrado o entendimento do STF em relação à educação infantil como componente do mínimo existencial. Ainda, o autor destacou que a Suprema Corte se limitava a condenar o Poder Público a dar acesso a uma vaga em creche e pré-escola, porém sem uma análise mais detida acerca do tema da reserva do possível. Cf.: WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 4, v. 2, p. 552-558, jul./dez. 2008.
- 69 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70064537442, 7ª Câmara Cível, Decisão monocrática proferida pelo Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 10.06.2015; BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70051360154, 7ª Câmara Cível, Decisão monocrática proferida pelo Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 08.11.2012.
- 70 Acerca do controle de políticas públicas em ações coletivas, ver: SOARES, Hector Cury. O controle de constitucionalidade das políticas públicas no Brasil e a importação de modelos de controle de constitucionalidade pela Constituição de 1988. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 121-150, jan./jun. 2011.

- 71 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo Interno no Agravo de Instrumento nº 70065336521, 7ª Câmara Cível, Decisão monocrática proferida pelo Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 24.06.2015; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70039736830, 3ª Câmara Cível, Desembargador Relator Nelson Antônio Monteiro Pacheco, julgado em 20.11.2014; BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70043068014, 7ª Câmara Cível, Desembargador Relator Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 29.06.2011.
- 72 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70059017327, 8ª Câmara Cível, Desembargador Relator Rui Portanova, julgado em 24.04.2014; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70056225956, Desembargador Relator Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 23.10.2013.

HIGH SCHOOL EDUCATION AS PART OF THE RIGHT TO THE EXISTENTIAL MINIMUM

ABSTRACT

This article aims to analyze whether high school education, the third stage of basic education, is part of the right to the existential minimum. To that purpose, the paper analyzes the normative structure and the system of protection of the fundamental right to education. Afterwards, it presents a definition of the right to the existential minimum, identifying that its normative structure is one of rules, thus unsusceptible to balancing. Then, in view of the need to define the content of the existential minimum, the paper analyzes different theories regarding which positions of the fundamental right to education are a part of the existential minimum, concluding that, according to the Brazilian Constitution, the purposes and relevance of high school education make this stage of education essential to ensuring the dignity of the human person. Finally, the article examines the understanding of the Judiciary, through decisions by the Brazilian Supreme Court and by the Court of Justice of the State of Rio Grande do Sul, regarding high school education as part of the existential minimum.

Keywords: Fundamental rights. Social rights. Existential minimum. Basic education. High school education.

Submetido: 10 jun. 2016

Aprovado: 28 jun. 2016

A DIMENSÃO DEMOCRÁTICA DO DEVER DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMO CONCRETIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Frederico Montedonio Rego*

1 Introdução. 2 De onde vem a legitimidade democrática do Poder Judiciário?. 3 Pontos de convergência entre as trajetórias da democracia e do dever de motivação das decisões judiciais. 3.1 Os triunfos da democracia e do dever de motivação das decisões judiciais. 3.2 Os usos simbólicos da democracia e da motivação das decisões judiciais. 4 Algumas ideias-chave da democracia e sua relação com o dever de fundamentação das decisões judiciais. 4.1 Igualdade e soberania popular. 4.2 Publicidade. 4.3 Participação. 4.4 Estado de Direito. 4.5 Deliberação. 5 O artigo 489 do NCPC como concretização da Constituição de 1988. 6 Conclusão. Referências.

RESUMO

O atual debate sobre os “novos” requisitos para a fundamentação das decisões judiciais, previstos no artigo 489 do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), embora particularmente acirrado no contexto de uma sociedade brasileira hiperjudicializada, perde relevância ao se constatar que a maior parte daquelas exigências decorre da própria natureza de um regime que se pretende democrático. Depois de analisar sucintamente a fonte da legitimidade democrática do Poder Judiciário, o estudo traça um breve paralelo entre as trajetórias históricas da democracia e da fundamentação das decisões judiciais, ambas marcadas por triunfos e usos simbólicos. Em seguida, o dever de motivação das decisões judiciais é associado com alguns conceitos-chave da democracia, como igualdade e soberania popular, publicidade, participação, Estado de Direito e deliberação. À vista disso, o novo dispositivo processual pode ser apresentado em boa medida, como uma concretização daquilo que já poderia ser extraído da Constituição de 1988. A conclusão aponta para a validade do dispositivo, num esforço de aprofundamento da democracia que, embora disputada por teorias agregativas, deliberativas e agonistas, continua sendo a utopia do século XXI.

Palavras-chave: Democracia. Decisão judicial. Motivação. Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015). Constituição de 1988.

* Juiz Federal Substituto. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Mestrando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. <fmontedonio@gmail.com> .

1 INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015, doravante referido como “NCPC”) vem provocando intensos debates na academia e nos tribunais, particularmente quanto à fundamentação ou à motivação das decisões judiciais. Dispõe o art. 489 do NCPC:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

Processualistas em geral vêm aplaudindo o dispositivo: seria “uma nova forma não só de decidir no processo, mas de pensar e de ensinar o direito”¹, além de se tratar de um preceito adequado aos problemas existentes na realidade judicial brasileira:

O regramento estabelecido pelo novo Código de Processo Civil também está em sintonia com as necessidades da prática judiciária. A crise decisória, decorrente do excesso de litigiosidade, da falta de estrutura em vários níveis do Judiciário e da ausência de fundamentação adequada faz com que o legislador aumente o rigor no cumprimento do art. 93, IX, da CF/1988, tanto para

evitar decisões arbitrárias ou insuficientemente motivadas, quanto para ampliar a legitimação social da jurisdição.²

Por outro lado, juízes criticam: em março de 2015, entidades como a Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, a Associação dos Juizes Federais do Brasil – AJUFE e a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA pediram à Presidência da República que vetasse boa parte do dispositivo (no que não foram atendidas).

Essa última associação sustentou que a nova disciplina é incompatível com a independência funcional dos juizes e com a garantia da razoável duração do processo. A necessidade de refutação de todas as razões apresentadas nos autos pelas partes nos autos, “ainda quando sejam argumentos de caráter sucessivo ou mesmo contraditórios entre si (...), tendo o juiz caminhado por uma linha lógica de decisão que obviamente exclui os outros argumentos, é exigir do agente público sobretrabalho inútil”. O dispositivo seria ainda inconstitucional por “restringir desarrazoadamente o conceito constitucional de fundamentação”, bem como porque “[o] Poder Legislativo não pode ditar ao Poder Judiciário como deve interpretar a Constituição”. Por fim, em tempos de peticionamento eletrônico de massa, a exigência de “enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” seria uma “utopia totalitária”³.

Pode parecer estranho associar o dever de fundamentação das decisões judiciais a algum tipo de totalitarismo, isto é, de regime em que o Estado pretende controlar todos os aspectos da vida das pessoas, reduzindo-lhes drasticamente a liberdade. A fim de manter uma relação de plena dominação, regimes totalitários não admitem contestação: justamente por isso, são opacos e não tornam públicas as razões de seus atos. Já a motivação consiste numa atividade argumentativa em que se procura oferecer as razões – e refutar as contrarrazões – que sustentam a tomada de uma decisão, e não de outra possível, razões essas acessíveis aos destinatários, que poderão concordar ou discordar precisamente porque estão informados dos seus fundamentos. Numa democracia – isto é, num regime essencialmente caracterizado pela soberania popular e pelo respeito aos direitos dos cidadãos – exige-se que o poder político preste contas de seus atos e dê satisfações aos seus titulares sobre o seu modo de exercício.

Em verdade, a veemência das associações de magistrados contra o novo dispositivo parece estar mais ligada à hiperjudicialização da sociedade brasileira. O último relatório “Justiça em Números”⁴, do Conselho Nacional de Justiça, estimou que o País encerraria o ano de 2014 com cerca de 71,2 milhões de processos em estoque, pouco mais de 4.200 processos para cada um dos 16.927 juizes em atividade. A “taxa de congestionamento” em 2014 foi de 71,4%, a significar que, de cada 100 processos que tramitaram naquele ano, pouco menos de 29 foram baixados. Porém, os juizes brasileiros não podem ser considerados improdutivos: pelo contrário, segundo o CNJ, são em geral muito mais operosos que seus colegas europeus⁵.

Nesse ambiente, exigir mais requisitos para a fundamentação das decisões – sob pena de nulidade –, além de despertar uma resistência comum em contextos de mudança cultural, é uma providência vista pelas associações de magistrados como incompatível com a alta demanda numérica de decisões, o que agravaria ainda mais o quadro de acúmulo de processos. Sintomaticamente, a jurisprudência corrente do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que “O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão” (AI 791.292 QO-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 23/6/2010), ou que “O Órgão Julgador não está obrigado a rebater pormenorizadamente todos os argumentos apresentados pela parte, bastando que motive o julgado com as razões que entendeu suficientes à formação do seu convencimento” (SS 4.836 AgR-ED, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 07/10/2015), como se o juiz não precisasse explicar por que considerou insuficientes os argumentos que deixou de rebater.

Por outro lado, o Judiciário não é criticado apenas pela morosidade, mas também porque:

- a) textos genéricos e previamente elaborados (“modelos”) são largamente utilizados para decidir casos enquadrados como semelhantes, muitas vezes, sem análise das particularidades de cada um, ou das questões jurídicas especificamente suscitadas em cada processo, que poderiam conduzir a uma solução diferente e;
- b) paralelamente, situações idênticas podem ser decididas de forma diametralmente oposta por juízes distintos (ou, como, às vezes ocorre, pelo mesmo juiz), em nome da independência funcional e do “princípio do livre convencimento motivado”, e em prejuízo a um ideal de coerência e isonomia.

A hiperjudicialização e a morosidade da justiça no Brasil são fenômenos muito complexos, e não se pretende aqui estudar todas as suas causas. O tema da motivação das decisões, porém, é parte da crise do Judiciário. Mais do que objeto de uma simples contenda entre juízes e advogados, a fundamentação das decisões judiciais já estava, mesmo antes da edição do NCPC, no centro das preocupações de todos aqueles que se ocupam da racionalidade e da legitimidade do discurso jurídico, entendido como forma de exercício do poder. Nesse contexto, perdem relevância as discussões sobre a conveniência do novo dispositivo processual, já que – como o presente estudo pretende demonstrar – a entrega de uma prestação jurisdicional com motivação completa é uma *exigência* do regime democrático.

A democracia e a motivação das decisões judiciais são temas vastíssimos, impassíveis de tratamento analítico nos limites deste pequeno trabalho. Pretende-se aqui apenas relacionar ambas as ideias, expondo algumas das justificativas democráticas do dever de fundamentação das decisões judiciais. Serão tomados por base a Constituição de 1988 e o NCPC, cujos preceitos sobre motivação não

serão dissecados um a um, mas considerados à luz do sentido geral que os anima. Finalizada esta introdução (item 1), o trabalho analisará sucintamente a fonte da legitimidade democrática do Judiciário (item 2), relacionará a motivação das decisões judiciais com uma brevíssima trajetória da democracia (item 3) e com algumas de suas ideias-chave geralmente aceitas (item 4): igualdade e soberania popular (4.1), publicidade (4.2), participação (4.3), Estado de Direito (4.4) e deliberação (4.5). Assim, boa parte das exigências de fundamentação previstas no NCPC podem ser apresentadas como concretizações da Constituição de 1988 (item 5), o que se mostrará antes da conclusão (item 6).

2 DE ONDE VEM A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO?

No Brasil, uma lei federal precisa ser aprovada pela maioria dos 513 Deputados e dos 81 Senadores, além de sancionada pelo Presidente da República. Todos esses agentes são eleitos com milhões de votos e ocupam mandatos temporários, mas, para afastar a aplicação da mesma lei, basta a decisão de um único juiz: um agente não eleito, que ocupa um cargo vitalício, veste-se de toga e escreve coisas incompreensíveis para a maioria das pessoas.

A legitimidade democrática do Judiciário é um tema amplamente debatido no mundo, especialmente nos Estados Unidos, onde há verdadeira “obsessão acadêmica”⁶ em discutir se agentes não eleitos podem ou não invalidar decisões de representantes escolhidos por voto popular, a conhecida “dificuldade contra-majoritária”⁷. À vista disso, eleger juízes pode parecer uma ideia democrática: tanto que, em certo grau, é o que ocorre em 38 dos 50 Estados norte-americanos⁸, mas basta um exemplo para revelar as dificuldades desse modelo.

No ano de 2010, algumas propagandas televisivas tentaram persuadir os cidadãos do Estado americano de Illinois antes de uma eleição judicial. Numa delas, três homens atrás das grades, com os rostos encobertos por sombras, confessam terem praticado diversos crimes bárbaros. Em comum, entre eles, o fato de terem sido condenados judicialmente por maioria, com o voto contrário de um mesmo juiz. Uma voz feminina narra que tal juiz escolhe defender os direitos dos criminosos muito mais que qualquer outro magistrado, e, ao final, pede que os eleitores votem contra a sua recondução ao cargo. No anúncio seguinte, o juiz em pessoa se defende: rodeado por seus concidadãos num café local, ele se diz atacado por propagandas falsas, custeadas por grandes corporações financeiras, e afirma que policiais, promotores e veículos de comunicação apoiam sua candidatura, por ser “duro com o crime”⁹.

A necessidade de um candidato a juiz angariar votos e captar recursos em troca de promessas gera problemas tão evidentes que não é difícil entender a razão pela qual esse sistema constitui uma excentricidade estadunidense: pode ser difícil manter a imparcialidade quando se trata de julgar um doador de campanha, contrariar o clamor público para absolver um acusado por falta

de provas, ou tomar decisões em matérias moralmente polêmicas. “Se os americanos começarem a pensar que juízes são políticos de toga, nossa democracia está encrocada”, disse Sandra Day O’Connor, juíza aposentada da Suprema Corte dos EUA¹⁰, mas, embora quase nenhuma democracia do mundo eleja seus juízes, pode restar uma sensação incômoda quando se conclui que o poder de invalidar leis torna o Judiciário, na melhor das hipóteses, um mal necessário, uma exceção institucional, uma ilha cercada de democracia por todos os lados. Ou talvez a democracia não se limite a realizar eleições.

Não se concebe que o desenho institucional de uma democracia compreenda um poder estruturalmente não democrático. Tradicionalmente, a possibilidade de o Judiciário contrariar as maiorias de ocasião é justificada pela natureza predominantemente jurídica, e não política, de sua atividade. Juízes resguardam a observância das regras do jogo, previamente estabelecidas. Embora seja possível alterar as regras, existem limites para tais modificações, expressos em normas jurídicas de hierarquia superior. A Constituição é o repositório dessas normas supremas, elas próprias são resultado da mais simbólica e solene das deliberações majoritárias. Trata-se do momento da fundação jurídica de um Estado, do ato essencial que lhe confere identidade, com pretensões duradouras. Muito se discute acerca do que justificaria a vinculação das maiorias de hoje às do passado, havendo desde quem considere que isso significaria um ilegítimo “governo dos mortos sobre os vivos”¹¹, até quem explique essas limitações a partir da ideia de “pré-compromisso”¹². Mais modernamente, o papel contra-majoritário do Judiciário é justificado pela função de garantia das condições materiais e procedimentais de funcionamento da democracia, especialmente os direitos fundamentais^{13,14}.

Assim, o que explica que a investidura dos juízes em geral não dependa de eleições é a função própria que o Judiciário desempenha, como um árbitro da legalidade que, segundo Ronald Dworkin, deve estar pronto para fazer valer os direitos como “trunfos” contra a maioria¹⁵. É a própria democracia que exige condições para que os juízes atuem de forma independente e imparcial, repelindo assim a necessidade de campanhas eleitorais.

O princípio majoritário, embora constitua uma ideia essencial da democracia, não a esgota. Diversos conceitos democráticos, a serem vistos abaixo, exigem que os juízes não se orientem segundo uma lógica da maioria, como se fossem representantes do ideário predominante entre os habitantes da comarca. A democracia, porém, não se manifesta apenas protegendo a investidura dos juízes de disputas políticas: a fonte da sua legitimidade democrática reside menos na forma pela qual chegam ao cargo e mais no modo pelo qual o exercem¹⁶. E a melhor forma de aferir esse modo de exercício é a motivação das decisões.

Sendo a jurisdição uma atividade predominantemente jurídica, e não política, a motivação das decisões é o que permite aferir a legitimidade da atuação judicial, servindo não apenas para vinculá-la à legalidade (entendida como “capacidade de demonstrar conexão com o sistema jurídico”¹⁷) – re-

conduzindo a decisão, assim, a uma escolha majoritária –, mas também para “condicionar o próprio conteúdo da decisão, na medida em que a necessidade de apresentar à opinião pública um discurso racional e coerente impõe determinado tipo de comportamento mental ao juiz no momento mesmo em que realiza as opções decisórias”¹⁸.

Para comprovar a existência de uma relação entre a democracia e o dever de fundamentação das decisões judiciais, será útil traçar um breve paralelo entre as trajetórias históricas de ambas as ideias, a fim de verificar eventuais pontos de convergência entre elas¹⁹.

3 PONTOS DE CONVERGÊNCIA ENTRE AS TRAJETÓRIAS DA DEMOCRACIA E DO DEVER DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

A análise das trajetórias da democracia e do dever de motivação das decisões judiciais revela se tratar de ideias que, embora tenham se sagrado vencedoras historicamente (item 3.1), por vezes ainda são usadas com caráter meramente simbólico (item 3.2).

3.1 Os triunfos da democracia e do dever de motivação das decisões judiciais

Há pelo menos 2.500, anos a democracia é objeto de debates e experiências políticas, desde o regime instituído na cidade grega de Atenas, em 507 a.C., como demonstra a etimologia da palavra (em grego: *demos* significa povo; *kratos*, governo). É interessante constatar que, cerca de cem anos antes do advento da democracia ateniense, talvez como um ato preparatório, as normas jurídicas assumiram a forma escrita, a fim de minimizar os violentos conflitos de então. Por volta de 600 a.C., Drácon e depois Sólon assumiram a tarefa de consolidar os enunciados normativos que todos conheciam. Embora tenha ficado famoso pelo rigor excessivo das leis *draconianas*, “a obra essencial de Drácon foi exigir que os juízes tornassem publicamente conhecidos os argumentos que legitimavam suas sentenças”²⁰.

Tal como a democracia, a motivação das decisões judiciais não possui uma história linear. Regimes mais ou menos democráticos foram erguidos e derrubados em vários lugares e épocas, demorando às vezes muitos séculos para serem reconstruídos. Na Grécia Antiga, eram discutidos seriamente os prós e contras da democracia em comparação com outros regimes, como a aristocracia e a monarquia. Hoje, ao menos no mundo ocidental, não há mais lugar para esse debate, o que não impede ninguém de ironizar a democracia²¹.

Já a fundamentação das decisões judiciais, antes de voltar a ser um dever, chegou a ser uma prática desaconselhada. Bártolo, considerado o maior jurista da Idade Média, dizia que “o juiz não era obrigado a exprimir a causa de decidir, de modo a não arriscar a nulidade de uma sentença dada com um fundamento errado, a qual, omitido o fundamento, poderia ser tida como válida”²². Na Europa

continental, a obrigação de motivar decisões se generaliza no final do século XVIII, a partir do ideal democrático francês de conter o arbítrio dos juizes²³.

Depois disso, a motivação das decisões judiciais constituiu traço comum a quase todas as grandes codificações processuais do século XIX, e adquiriu assento constitucional em diversos países²⁴. No Brasil, além de antecedentes remotos nas Ordenações Filipinas, a exigência de fundamentação das decisões judiciais já tinha sido contemplada em diversos Códigos de Processo Civil estaduais no início do século XX²⁵, mas, só com a *redemocratização* do País, a garantia assumiu caráter constitucional (CF/1988, art. 93, IX²⁶).

No final do século XX, a democracia, ou pelo menos a ideia de democracia, emergiu como a utopia triunfante sobre as experiências autoritárias precedentes. Com a iminente queda da União Soviética, houve quem anunciasse a vitória da democracia liberal como “o fim da história”, no sentido de que finalmente havia se atingido a “forma final de governo humano”²⁷. Ainda que se possa discordar do que se entende por democracia, é inegável o sucesso do *ideal democrático*, ao menos enquanto *slogan*, como se verá no próximo tópico.

3.2 Os usos simbólicos da democracia e da motivação das decisões judiciais

O triunfo da democracia foi tamanho que até mesmo regimes autoritários reivindicam-no para si. Um exemplo eloquente pode ser visto na Península Coreana, dividida depois da II Guerra pelas potências aliadas. Em 1950, as duas Coreias – uma apoiada pelos EUA, a outra pela URSS – iniciaram uma guerra que durou três anos, deixou mais de um milhão de mortos e não foi capaz de remover a divisão da península em dois Estados. Um desses países chama-se República Popular *Democrática* da Coreia. O outro, apenas República da Coreia.

O lado autointitulado democrático segue um regime unipartidário e é governado há três gerações pela mesma família. O culto à personalidade dos governantes é tal que, em 2012, uma jovem de 14 anos morreu afogada tentando salvar retratos dos dois últimos líderes da nação em uma enchente²⁸. Um relatório da ONU elaborado em 2014 atestou que no país “Há uma negação quase completa do direito à liberdade de pensamento, consciência e religião, bem como dos direitos de liberdade de opinião, expressão, informação e associação”²⁹, além de outras violações: campos de concentração, abortos forçados, tortura, perseguições políticas, desaparecimentos. A ficção de Kafka poderia bem descrever esse regime³⁰, pois não se exigem *decisões judiciais fundamentadas para prender pessoas: as prisões ocorrem sem controle judicial, por ordem da promotoria, sem que os detidos sejam informados sobre os motivos da prisão na maioria dos casos*³¹. Segundo o relatório, “[a] gravidade, escala e natureza dessas violações revelam um Estado que não tem nenhum paralelo no mundo contemporâneo”³². Entre as 167 nações classificadas conforme o “índice de democracia” da revista *The Economist*, o país ocupa o último lugar, com 1,08 pontos de 10,00 possíveis³³.

Já a República da Coreia, cujo nome não ostenta adjetivações democráticas, é de fato uma democracia multipartidária, em que o Chefe de Estado é eleito por voto popular direto para um mandato de cinco anos. Trata-se de um dos países mais desenvolvidos do mundo, com uma economia dinâmica, industrializada e inovadora. A educação é prioritária, tanto que o país foi o primeiro do mundo a equipar todas as escolas primárias e secundárias com internet de banda larga³⁴. O art. 12 da Constituição nacional prevê que *toda pessoa deve ser informada dos motivos de sua prisão, e que ninguém será preso sem ordem judicial* (salvo em casos de flagrante, risco de fuga ou destruição de provas, casos em que se deve obter um mandado judicial *a posteriori*³⁵). No ranking do “índice de democracia” acima referido, o país ocupa o 22º lugar, com 8,06 pontos, sendo considerado uma “democracia plena”³⁶.

A par de constituir uma evidência da relação existente entre uma democracia efetiva e a fundamentação das decisões judiciais, a discrepância entre a Coreia do Norte (a “democrática”) e a Coreia do Sul evidencia um fenômeno mais amplo: o uso simbólico³⁷ do nome da democracia como uma fachada pretensamente legitimadora de regimes autoritários. Não se trata de uma particularidade coreana: o país situado do lado oriental do muro de Berlim chamava-se oficialmente “República Democrática Alemã”, onde se praticava censura. No Brasil, até hoje os círculos militares comemoram, no dia 31 de março, o aniversário da “Revolução Democrática de 1964”³⁸, quando foi instalada a Ditadura Militar. Cerca de 30 anos depois do fim desse regime autoritário, o Brasil soma 7,12 pontos e ocupa a 45ª posição na escala democrática mencionada acima, sendo considerado uma “democracia imperfeita”³⁹.

Como se percebe, o consenso teórico em torno do ideal de democracia é hoje tão forte que mesmo regimes autoritários jogam com as palavras para situar-se ao seu abrigo, não importa o quão distantes estejam de uma efetiva prática democrática. E, como visto, a obrigação de motivar as decisões judiciais também se sagrou como uma ideia vencedora e amplamente difundida. Mas, assim como a democracia, a fundamentação também pode assumir caráter meramente simbólico, dando aparência de legitimidade a atos autoritários.

Ao menos em matéria penal, o STF com frequência, corrige decisões com esse tipo de problema: *e.g.*, no HC 108.518, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j., em 6/9/2011, concedeu a ordem para revogar um decreto de prisão preventiva “lastreado, tão-somente, em suposições e fundamentos genéricos que serviriam para qualquer acusado em qualquer processo por tráfico de drogas. Tanto que a decisão é a mesma para os dois corréus, no entanto, a corré encontra-se respondendo ao processo em liberdade”. Decisões genéricas são apenas nominalmente fundamentadas, cumprindo o mesmo papel de embalagens servíveis para qualquer produto objeto de propaganda enganosa: não se entrega o prometido (uma prestação jurisdicional individualizada), mas um simulacro que o consumidor de justiça será obrigado a engolir. Há aqui um ranço de juspositivismo formal, que prega a suficiência da forma e a irrelevância do conteúdo. A validade da

decisão dependeria apenas da forma escrita e da competência da autoridade prolatora, e não da substância da motivação.

Não se pretende sustentar que o dever de motivação das decisões judiciais somente exista ou tenha existido em democracias, mas os pontos de convergência entre as trajetórias de ambas as ideias, traçadas acima em linhas bastante gerais, não parecem ser meras coincidências históricas. Isso porque o dever de fundamentação das decisões judiciais possui forte relação com algumas das ideias-chave da democracia, como se passa a expor.

4 ALGUMAS IDEIAS-CHAVE DA DEMOCRACIA E SUA RELAÇÃO COM O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Sem a pretensão de ser exaustivo ou de trabalhar sobre um modelo supostamente ideal, as ideias-chave da democracia a serem aqui examinadas são: igualdade e soberania popular (4.1), publicidade (4.2), participação (4.3) Estado de Direito (4.4) e deliberação (4.5).

4.1 Igualdade e soberania popular

A igualdade entre as pessoas é uma das principais ideias-força da democracia, uma premissa indispensável a todas as teorias democráticas. Robert Dahl, demonstrando a profundidade das raízes igualitárias desse regime, afirma que é provável ter existido alguma forma de democracia em governos tribais antes da história registrada, entre grupos homogêneos, que não sofressem interferência externa e se vissem como iguais, dando origem a uma *lógica da igualdade* que constituiria um impulso para a participação democrática⁴⁰.

Não se trata, evidentemente, de afirmar uma igualdade empírica, negando as perceptíveis diferenças existentes entre as pessoas, no que diz respeito a seus atributos físicos, capacidades intelectuais, idade etc., o que Rousseau chamou de “desigualdade natural ou física”, mas de neutralizar a “desigualdade moral ou política”, isto é, a que depende de “uma espécie de convenção”, pela qual se atribuem “diferentes privilégios que alguns usufruem em prejuízo dos outros, como serem mais ricos, mais reverenciados e mais poderosos do que eles, ou mesmo em se fazerem obedecer por eles”⁴¹. Segundo Dworkin, significa tratar todas as pessoas como merecedoras de “igual respeito e consideração”⁴², *apesar de suas diferenças*.

Embora essa noção ainda seja bastante vaga, é impressionante constatar que, ao longo dos séculos, proclamações de igualdade permaneceram indiferentes a situações odiosas, absolutamente intoleráveis aos olhos de hoje. Basta lembrar que a escravidão perdurou no Brasil até 1888, embora a Constituição de 1824 previsse uma cláusula de igualdade (art. 179, XIII), e que a discriminação racial era oficialmente admitida nos EUA até 1954, quando a decisão do caso *Brown vs. Board of Education* reverteu o precedente de *Plessy vs. Ferguson*.

A trajetória da igualdade é talvez tão acidentada quanto a da democracia. No plano das ideias, porém, um desenvolvimento decisivo da igualdade resultou na teoria da soberania popular. O conceito de soberania foi desenvolvido por Jean Bodin, no século XVI, para justificar a doutrina do direito divino dos reis e o poder absoluto do monarca. Nos dois séculos seguintes, pensadores como Hobbes, Locke e Rousseau transferem a soberania de lugar ao fundamentar diferentes teorias contratualistas, em que a fonte do poder político residiria num pacto ou contrato social, e a legitimidade de seu exercício dependeria, em alguma medida, do consentimento dos governados. Historicamente, essa ideia assumiu diversas formulações, tais como a de Rousseau (“O povo submetido às leis deve ser o autor delas”)⁴³ e a consta no art. 1º, p. único, da CF/1988: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Ninguém que exerce o poder, portanto, pode considerar estar acima do povo, titular da soberania. Os agentes políticos são, em verdade, mandatários do povo, exercem o poder em seu nome e devem prestar contas desse exercício. O poder jurisdicional, como forma de manifestação do poder político, não escapa a essa lógica. Embora esteja numa posição de autoridade, o juiz é um mandatário de poder político que deve satisfações aos seus mandantes: ele deve explicações ao impor coercitivamente uma solução e não outra. E, por excelência, a forma de prestação de contas desse poder aos seus titulares – os jurisdicionados – é a fundamentação das decisões judiciais. Em larga medida, motivar é responder, e deixar de responder a uma pessoa significa deixar de tratá-la com “igual respeito e consideração”. A posição de autoridade que o juiz ocupa no processo não o dispensa, mas, em verdade, exige-lhe dar satisfações, num regime que se pretende marcado pela igualdade entre as pessoas.

Nesse sentido, Rainer Forst chega a sustentar que o direito a receber justificativas é o mais básico dos direitos humanos, como base do respeito devido a todas as pessoas⁴⁴:

Essa é, assim, a reivindicação mais básica e universal de todo ser humano, que outros seres humanos e estados não podem rejeitar: o *direito a justificativa*, o direito de ser respeitado como pessoa moral que é autônoma ao menos no sentido de que ele ou ela não podem ser tratados de certa maneira para a qual não se possa fornecer razões adequadas.⁴⁵

Em síntese: se a parte vencida numa lide não tiver expressamente analisadas e refutadas todas as razões apresentadas no contexto de uma postulação defensável, isso significa que ela foi tratada com menos respeito e consideração do que a parte vencedora. Assim, fundamentar uma decisão judicial significa levar a sério os argumentos apresentados tanto pela parte vencedora quanto pela vencida, tratando-as como merecedoras de igual respeito e consideração não apenas entre si, mas também em relação ao agente que profere a decisão.

4.2 Publicidade

Não basta que o juiz tenha efetivamente considerado todas as razões apresentadas pelas partes: é preciso que essa análise seja *exposta*, a fim de que possa ser submetida ao escrutínio não apenas dos diretamente envolvidos no processo, mas de toda a sociedade política. Se todo o poder é do público, não é possível omitir do público o modo pelo qual foi exercido.

A publicidade é um componente indissociável da democracia. A associação entre ambas as ideias pode ser evidenciada pela origem da palavra república (em latim: *res* significa coisa; *publica*, do povo): embora hoje a expressão seja usada para designar uma forma de Estado contraposta à monarquia (caracterizada pelo acesso hereditário ao poder), o sentido original do termo consistia essencialmente na democracia praticada pelos romanos⁴⁶. Entre nós, a publicidade é um princípio geral da Administração (CF, art. 37, *caput*) e, não à toa, o dever de fundamentação das decisões judiciais está expresso no mesmo dispositivo que prevê o princípio geral da publicidade nos julgamentos do Poder Judiciário (CF, art. 93, IX). O que está em causa aqui, porém, são as razões jurídicas das decisões, e não as de natureza diversa⁴⁷.

Em obra clássica sobre o tema, Michele Taruffo identificou que a motivação das decisões judiciais não é importante apenas para as partes do processo e a instância recursal competente para revisá-la – o que chamou de função *endoprocessual* do dever de fundamentação –, mas também para a sociedade como um todo, já que permite o controle da forma pela qual o poder jurisdicional é exercido. Esta última função, classificada como *extraprocessual*, “pode ser compreendida somente no contexto das garantias fundamentais da administração da justiça, típicas do Estado democrático moderno”. Prossegue o autor:

Essa segunda função é estreitamente conexa com o conceito democrático do exercício de poder, segundo o qual quem exercita um poder deve justificar o modo pelo qual o faz, submetendo-se, portanto, a um *controle externo difuso* das razões pelas quais o exercitou daquele determinado modo. Nesse sentido, o dever de motivação constitucionalmente garantido assume um *valor político fundamental*: é o instrumento por meio do qual a sociedade se coloca em condições de conhecer e de analisar as razões pelas quais o poder jurisdicional é exercitado, de modo determinado, no caso concreto. Trata-se de um valor político *em si*, já que o controle do exercício do poder é a base da soberania da sociedade, que assim é posta em condições de exercê-lo. Trata-se também de um valor político *instrumental*, já que através do controle sobre a motivação é possível verificar se outros princípios fundamentais foram realizados, como o da legalidade e o da imparcialidade na administração da justiça, típicos do moderno Estado de Direito.

[...]

De qualquer forma, e malgrado as dificuldades, parece evidente que existe uma conexão direta entre o dever de motivação e o caráter democrático do sistema político e do sistema jurisdicional.⁴⁸

A exigência democrática de publicidade, portanto, prende-se à transparência de que devem ser dotados os julgamentos, o que só pode ser atingido pela exposição de seus motivos.

4.3 Participação

É da essência da democracia a ideia de que as pessoas potencialmente afetadas por uma decisão devem ter a oportunidade de participar de seu processo de formulação. Uma decisão autoritária não toma – nem quer tomar – conhecimento do que seus destinatários pensam a respeito. Enquanto os autoritarismos em geral excluem, alienam e tratam as pessoas como objetos, as verdadeiras democracias incluem, convidam e tratam as pessoas como sujeitos.

Na antiguidade grega e romana, a democracia era exercida de forma direta: os cidadãos compareciam pessoalmente às assembleias, deliberavam e votavam. Com o aumento da população e da área geográfica ocupada pelas sociedades políticas em geral, essa participação direta foi se tornando impraticável. Daí é que surge, modernamente, a ideia de representação política: se os cidadãos não podem se fazer pessoalmente presentes, devem eleger representantes que falarão por eles. A representação política, portanto, foi a maneira encontrada de viabilizar, de alguma forma, a democracia em grande escala.

Nos vinte e cinco séculos de experiência democrática, porém, apenas na última hora é que a cidadania foi expandida para toda a população adulta de uma sociedade. Até então, a cidadania – aqui entendida como a capacidade de participar diretamente da vida política ou de eleger representantes – era privilégio de poucos, em geral homens livres e ricos. Escravos, pobres e mulheres eram excluídos sem que isso suscitasse perplexidade. A lógica do princípio majoritário, segundo a qual o voto de cada pessoa tem o mesmo valor, não foi implantada sem grande esforço para a derrubada de diversas categorias de voto censitário. O sufrágio se universaliza no ocidente somente no século XX, incorporando-se de tal forma à paisagem política que hoje é quase inconcebível imaginar que uma sociedade possa ter se considerado verdadeiramente democrática sem esses predicados. A democracia passa a ser caracterizada por uma disputa competitiva pelos votos da maior quantidade possível de eleitores, a fim de formar um governo (concepção agregativa ou elitista da democracia)⁴⁹.

O processo judicial não é um dos espaços em que se possa votar, pois, como visto, decisões judiciais não seguem uma lógica majoritária. Ainda assim, trata-se de decisões que afetam a vida das pessoas, o que, por si só, justifica a participação dos potenciais afetados. Daí a inspiração democrática da garantia processual do contraditório, prevista no art. 5º, LV, da Constituição, a exigir que cada parte possa conhecer as razões formuladas pela parte contrária, oferecer

contra-argumentos e ter suas manifestações efetivamente levadas em conta na formação da convicção judicial que lastreará a decisão. Assim, por conter uma dimensão acentuadamente participativa, o processo judicial é um espaço democrático. Trata-se de uma participação direta – as partes falam diretamente ao juiz em depoimentos pessoais, audiências de conciliação etc. –, ou mediada por representantes (advogados), escolhidos segundo a confiança individual de cada parte e cujos mandatos podem ser revogados a qualquer tempo.

É conhecida a máxima segundo a qual a coisa julgada é “lei entre as partes”, ou, na terminologia processual, tem “força de lei” (CPC/1973, art. 468; NCPC, art. 503). Se isso é certo e o povo deve ser o autor das leis a que é submetido (Rousseau), não é possível que as razões oferecidas pelas partes sejam desconsideradas no momento da prolação da sentença. Essa consideração deve ser demonstrada na fundamentação da decisão. Nesse sentido, a motivação das decisões judiciais corresponde a um exercício de “microdemocracia”, em que devem ser consideradas as razões apresentadas individualmente por pessoa, e não apenas por grandes grupos de interesse politicamente mobilizados. Ensinam Marinoni *et al.*:

Bastava ao órgão jurisdicional, para ter considerada como motivada sua decisão, *demonstrar quais as razões que fundavam o dispositivo*. Bastava a *não contradição* entre as proposições constantes da sentença. Partia-se de um critério *intrínseco* para aferição da completude do dever de motivação.

Ocorre que entendimento dessa ordem *encontra-se em total descompasso com a nova visão a respeito do direito ao contraditório*. Se contraditório significa direito de influir (arts. 7º, 9º e 10), é pouco mais do que evidente que tem de ter como contrapartida *dever de debate – dever de consulta, de diálogo, de consideração*. Como é de fácil intuição, *não é possível aferir se a influência foi efetiva se não há dever judicial de rebate aos fundamentos levantados pelas partes*. Daí a razão pela qual não basta o critério da não contradição: além de não ser contraditória, a fundamentação tem a sua completude pautada também por um *critério extrínseco* – a consideração pelos argumentos desenvolvidos pelas partes em suas manifestações processuais.⁵⁰

A ligação da fundamentação das decisões judiciais com o contraditório é, assim, evidente. A motivação é um momento de *validação* da participação das partes, no sentido de reconhecimento de sua legitimidade, de sua aptidão para produzir efeitos, e, portanto, de que se trata de uma provocação merecedora de resposta, ainda que essa resposta consista na exposição do motivo pelo qual o mérito do argumento não foi enfrentado. Por ela pode-se aferir exatamente em que extensão foi dada às partes a possibilidade de influir na formação da decisão. Não se busca aqui convencer os litigantes do acerto do julgamento, mas apenas prestar-lhes contas. Não por outra razão, a par de reforçar a garantia da motivação em seu art. 489, o NCPC também fortaleceu o contraditório, ampliando o grau de participação democrática no processo, ao prever: “O juiz não pode

decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício” (art. 10).

4.4 Estado de direito

O Estado de Direito é um arranjo institucional em que todos os membros da sociedade política – governantes e governados – estão *igualmente* submetidos ao império da lei. Essa figura moderna, estruturada depois da queda das monarquias absolutistas – em que o poder e o direito se confundiam na figura do príncipe –, representou para o ideário democrático da igualdade um desenvolvimento importantíssimo, pois “implicou a possibilidade de uma oposição ao poder, fundada sobre o direito”⁵¹. E o processo judicial constitui uma das possíveis formas de exercitar essa oposição, cuja efetividade só poderá ser aferida a partir da fundamentação da respectiva decisão, em que se delimitará o alcance do direito aplicável. Por garantir a legalidade, a motivação é uma “garantia inerente ao estado de direito”⁵², estado que “não está autorizado a interferir em nossa esfera pessoal sem *justificar* sua interferência”⁵³.

Esse direito decorreria das deliberações majoritárias tomadas pelos representantes do povo. Tal lógica sustentava a ideia de que a comunidade política seria capaz de se autogovernar, pois submetida apenas às leis por ela próprias editadas. Seguindo a teoria de Rousseau, finalmente se teria obtido a “liberdade moral, a única que torna o homem verdadeiro senhor de si, porquanto o impulso do mero apetite é a escravidão, e a obediência à lei que se prescreveu a si mesmo é liberdade”⁵⁴. Como se sabe, não foi bem assim que tudo se passou: sem limites materiais às deliberações majoritárias, o Estado de Direito assistiu impassível à tirania da maioria. Na Alemanha da década de 1930, o Nazismo chegou ao poder pela via democrática e, dentro da legalidade, cometeu o maior genocídio do século, assassinando em massa cerca de seis milhões de judeus durante a II Guerra Mundial.

O horror do holocausto levou o Estado de Direito a se reinventar. Era necessário instituir limites às maiorias para salvar a própria democracia, já que exterminar minorias definitivamente não é tratá-las com igual respeito e consideração. José Saramago assim captou a questão: “O grande problema do nosso sistema democrático é que permite fazer coisas nada democráticas democraticamente”. Esse paradoxo foi resolvido pelo constitucionalismo do pós-guerra: em todo o mundo ocidental, foram editadas novas Constituições rígidas, contendo declarações de direitos que representavam limitações não apenas de forma, mas também de conteúdo às maiorias. Para Luigi Ferrajoli, essa é a dimensão substancial da democracia, em contraste com o seu aspecto apenas formal (consistente na tomada de decisões políticas pelo princípio majoritário). Referindo-se a tais Constituições, o mencionado autor afirma que “a [sua] rigidez ata as mãos das gerações presentes para impedir que sejam por estas amputadas as mãos das gerações futuras”⁵⁵.

O aprofundamento das implicações democráticas da ideia de Estado de Direito levou a crescer um qualificativo em seu próprio nome: o Estado *Democrático* de Direito pretende ser um novo paradigma, em que a soberania popular convive com os direitos fundamentais. O efetivo respeito a tais direitos passa a ser uma marca da democracia, já que os regimes totalitários, por definição, não podem assegurá-los sem desnaturar-se enquanto tais. A dinâmica resultante do respeito a tais direitos resulta numa sociedade que pensa por si própria e discute abertamente os seus rumos, encarando as divergências como algo natural. O confronto de ideias nada mais é do que parte do processo dialético de construção de soluções: essa dimensão naturalmente conflitiva é enfatizada pela concepção agonista de democracia⁵⁶.

Nesse contexto, a motivação das decisões judiciais adquire papel fundamental, pois o processo judicial é justamente uma das arenas públicas em que ocorre o conflito de ideias natural ao regime democrático. O processo de reflexão que se desenvolve em tal sede é vital para o desenvolvimento do próprio direito, pois, ao construir soluções argumentativas para problemas reais, os sujeitos do processo testam constantemente o direito posto, revelando suas forças e fraquezas e contribuindo para seu aperfeiçoamento. Referindo-se aos direitos numa democracia, diz Lefort que “sua formulação contém a exigência de sua reformulação ou que os direitos adquiridos são necessariamente chamados a sustentar direitos novos”⁵⁷.

A Constituição brasileira de 1988 insere-se nesse movimento e consagra o *Estado Democrático de Direito* logo no *caput* de seu art. 1º. O renovado papel das Constituições e a preocupação com a garantia dos direitos fundamentais abriu o direito para uma reaproximação com a moral, da qual havia se afastado por força do positivismo jurídico. No atual momento da teoria jurídica, denominado de “pós-positivismo”, a natureza mais aberta das normas constitucionais enseja o debate sobre a força normativa dos princípios, reabilita a razão prática e a teoria da argumentação⁵⁸. Paralelamente, avanços tecnológicos aumentam espantosamente a velocidade e o volume de circulação de pessoas, de ideias e de mercadorias por todo o planeta. Novos problemas surgem, novas maneiras de ver o mundo ganham voz. Num mundo cada vez mais complexo e plural, o direito é cada vez menos determinado.

Nesse contexto, o Judiciário adquire poder e relevância. Ao contrário do que se supunha, o direito não se encontra pronto e acabado na lei: a norma passa a ser entendida como o resultado, e não o objeto da interpretação. O juiz, portanto, é coparticipante no processo de criação do direito⁵⁹. Não sendo unívoco, o direito oferece diversas possibilidades interpretativas, e a contrapartida dessa indeterminação é precisamente a motivação que justifica a escolha do caminho adotado⁶⁰. Como afirma Ana Paula de Barcellos:

(...) a utilização intensiva pelos enunciados constitucionais e legais de princípios de princípios e conceitos abertos ou indeterminados, entre outros mecanismos, transfere ao Judiciário contemporâneo

um amplo poder na definição do que é, afinal, o direito. Sob pena de serem acusadas de puramente arbitrárias e ilegítimas em um Estado democrático de direito, as escolhas do intérprete nesse ambiente demandam justificativas.⁶¹

Assim, mais do que uma garantia da legalidade – o que já justificaria um papel de destaque –, a motivação das decisões judiciais num Estado Democrático de Direito é condição indispensável à legitimidade, racionalidade e controlabilidade da atuação do Poder Judiciário.

4.5 Deliberação

A história da democracia, vista rapidamente nos tópicos anteriores, revela as insuficiências do princípio majoritário, ou mesmo a sua inadequação para a tomada de certos tipos de decisão num Estado Democrático de Direito. Sem descuidar da sua dimensão formal ou representativa (regra da maioria), nem do seu caráter substancial ou constitucional (proteção aos direitos), entre os desenvolvimentos mais recentes da teoria democrática está o reforço da sua dimensão deliberativa. Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

(...) a política majoritária, conduzida por representantes eleitos, é um componente vital para a democracia. Mas a democracia é muito mais do que a mera expressão numérica de uma maior quantidade de votos. Para além desse aspecto puramente formal, ela possui uma dimensão substantiva, que abrange a preservação de valores e direitos fundamentais. A essas duas dimensões – formal e substantiva – soma-se, ainda, uma dimensão deliberativa, feita de debate público, argumentos e persuasão. A democracia contemporânea, portanto, exige votos, direitos e razões.⁶²

A ideia de deliberação democrática não parece ser propriamente nova, como se vê na famosa oração fúnebre de Péricles, um dos líderes militares da democracia de Atenas: “decidimos as questões públicas por nós mesmos, ou pelo menos nos esforçamos por compreendê-las claramente, na crença de que não é o debate que é empecilho à ação, e sim o fato de não se estar esclarecido pelo debate antes de chegar a hora da ação”⁶³. A novidade reside na ênfase conferida à dimensão deliberativa da democracia, contraposta à importância dada à sua dimensão agregativa, como ensina Claudio Pereira de Souza Neto:

A democracia deliberativa surge, nas duas últimas décadas do século XX, como alternativa às teorias da democracia então predominantes, as quais a reduzem a um processo de agregação de interesses particulares, cujo objetivo seria a escolha das elites governantes. Em oposição a essas teorias “agregativas” e “elitistas”, a democracia deliberativa repousa na compreensão de que o processo democrático não pode se restringir à prerrogativa popular de eleger representantes. A experiência histórica demonstra que, assim concebida, pode ser amesquinhada e manipulada. A democracia deve envolver, além da escolha de representantes, também

a possibilidade de deliberar publicamente sobre as questões a serem decididas. A troca de argumentos e contra-argumentos racionaliza e legitima a gestão da res pública. Se determinada proposta política logra superar a crítica formulada pelos demais participantes da deliberação, pode ser considerada, pelo menos *prima facie*, legítima e racional. Mas para que essa função se realize, a deliberação deve se dar em um contexto aberto, livre e igualitário. Todos devem poder participar. A participação deve ocorrer livre de qualquer coerção física ou moral. Todos devem ter, de fato, iguais possibilidades e capacidades para influenciar e persuadir. Esses pressupostos de uma deliberação justa e eficiente são institucionalizados através do estado de direito, que é, entendido, portanto, como condição, requisito ou pressuposto da democracia. De fato, não há verdadeira democracia sem respeito aos direitos fundamentais. Quando as cortes constitucionais os garantem contra a vontade da maioria ou diante da sua inércia, não estão violando o princípio democrático, mas estabelecendo as condições para sua plena realização.⁶⁴

Sem que haja espaço aqui para discorrer sobre as diferentes vertentes substancialistas e procedimentalistas da teoria da democracia deliberativa, será feita a um dos pensadores mais representativo dessa linha, Jürgen Habermas, apenas uma menção sumária que não faz jus à sofisticação de sua teoria. Para Habermas, há uma relação de implicação recíproca entre a autonomia privada (direitos humanos) e a autonomia pública (soberania popular), que, assim, guardariam um nexo interno ou seriam “co-originárias”. Isso porque a observância dos direitos, notadamente os de liberdade e igualdade, seria condição necessária para uma deliberação verdadeiramente democrática, em que os participantes possam argumentar e contra-argumentar persuasivamente na esfera pública, de modo a construir consensos a partir da força das melhores razões. A vontade decorrente da soberania popular, assim, pressupõe que os participantes do seu processo de formação sejam tratados como livres e iguais.

Habermas formula um “princípio geral do discurso”, segundo o qual “São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”⁶⁵. A projeção jurídica desse princípio, fonte de legitimidade das normas jurídicas, é o “princípio da democracia”⁶⁶. Assim, enfatiza-se a dimensão deliberativa da democracia como fonte de legitimidade do direito produzido.

O processo judicial tem uma dimensão deliberativa bastante evidente. Depois do oferecimento de razões e contrarrazões, a motivação da decisão ao final proferida permitirá aferir não apenas a racionalidade da resposta judicial, mas a efetividade da deliberação antes ocorrida e o respeito aos direitos das partes. Considerando que tais direitos são uma dimensão essencial da democracia, a motivação que lhes serve de garantia coloca a função do Judiciário como uma “representação argumentativa ou discursiva do povo”⁶⁷. Portanto, a elaboração de uma decisão judicial articulada e responsiva às razões ofereci-

das pelas partes é uma exigência básica da democracia, especialmente em sua dimensão deliberativa.

Vistas essas cinco ideias-chave da democracia, passa-se a analisar a compatibilidade das regras estabelecidas pelo art. 489 do NCPC com a Constituição de 1988.

5 O ARTIGO 489 DO NCPC COMO CONCRETIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

À luz da exposição acima, em que se procurou relacionar – ainda que brevemente – a democracia e o dever de fundamentação das decisões judiciais, dos pontos de vista histórico e conceitual, parece evidente que o art. 489 constitui um aprofundamento das exigências democráticas constantes da Constituição de 1988. Os incisos I, II e III do *caput* do dispositivo se referem aos mesmos elementos da sentença previstos no art. 458 do CPC/1973 (relatório, fundamentação e dispositivo), enquanto o § 3º traz uma regra geral de interpretação da decisão judicial, a partir do princípio da boa-fé. Os §§ 1º e 2º despertam aqui maior interesse.

Como se nota, boa parte desses preceitos do NCPC já poderia ser extraída diretamente do texto constitucional de 1988: ou será que, por exemplo, a fundamentação de uma decisão judicial antes podia ser genérica a ponto de “invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão” (NCPC, art. 489, § 1º, III)⁶⁸? Essa exigência de especificidade da motivação também se manifesta nos incisos I, II, V e VI do art. 489, § 1º, do NCPC: invocar fórmulas vazias, ainda que se trate de preceitos legais, conceitos jurídicos, súmulas ou precedentes, sem relacioná-los ao caso, equivale a um simulacro de fundamentação. No inciso VI, destaca-se a utilização da motivação como reforço do pretendido caráter vinculante dos precedentes. Sem problematizar a possibilidade de atribuir tal força aos precedentes por lei – tomando tal dado, ao contrário, como premissa –, parece fora de dúvida que a decisão judicial, para assumir uma motivação específica, não poderá deixar de seguir um precedente invocado caso não o justifique pela existência de distinção ou pela superação do entendimento.

Da mesma forma, o inciso IV pretende tornar efetiva a participação das partes no processo, como decorrência do princípio constitucional do contraditório. Antes mesmo do advento do NCPC a doutrina já sustentava esse entendimento:

(...) incumbe ao órgão judicial pronunciar-se sobre “as questões de fato e de direito” relevantes para o julgamento, sem que lhe seja lícito discriminar, manifestando-se a respeito de alguma(s) e silenciando acerca de outra(s). Não tem ele, por outro lado, o dever de expressar sua convicção acerca de todos os argumentos utilizados pelas partes, por mais impertinentes e irrelevantes que sejam; mas, salvo quando totalmente óbvia, há de declarar a razão pela qual assim os considerou.⁶⁹

Como se vê, ao contrário do que sustentou a ANAMATRA (v. item 1, acima), não há necessidade de o juiz analisar argumentos que tenham ficado prejudicados numa linha lógica de raciocínio, nem de julgar a procedência ou improcedência de razões de reforço, incapazes de trazer mais proveito à parte que as formulou. Se, numa ação de responsabilidade civil, o réu alega: (a) prescrição da pretensão do autor; (b) ausência de nexo de causalidade entre a conduta e o dano; e (c) exorbitância do valor do pedido, tais defesas devem ser analisadas sucessivamente, pois a resolução de cada uma delas condiciona a análise das seguintes. Caso o juiz acolha a defesa (a), os argumentos (b) e (c) ficam prejudicados: não faz sentido discutir o nexo de causalidade ou o valor da indenização se a pretensão indenizatória está prescrita. Caso o juiz não acolha a exceção (a), deverá passar ao argumento (b): se acolhê-la, fica prejudicada a análise da tese (c), pois não há lógica em discutir o *quantum* indenizatório se reconhecido que o réu não causou o dano e não pode ser por ele responsabilizado. Por fim, se não acolhidos as razões (a) e (b), o juiz deve analisar a tese defensiva (c)⁷⁰.

Não é possível, porém, que o juiz acolha a tese (c) e condene o réu a pagar um valor menor que o pedido na inicial, sem analisar (a) ou (b), e dizer que considera isso “suficiente para embasar a sua decisão”. Caso o juiz não enfrente todos os argumentos contrários à solução encontrada, ele deve explicar, ainda que sumariamente, por que os considerou irrelevantes (isto é, incapazes de alterar suas conclusões). Isso porque, se for reconhecida ao juiz “a faculdade de silenciar os motivos por que concede ou rejeita a proteção na forma pleiteada, nenhuma certeza pode haver de que o mecanismo assecuratório está funcionando corretamente, está de veras preenchendo a finalidade para a qual foi criado”⁷¹.

O próprio dispositivo é claro ao dispor que a obrigatoriedade recai sobre a análise dos argumentos “capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”, sendo, por isso, relevantes. Mas a ausência de refutação, ou mesmo de menção – ainda que sumária –, sobre os motivos pelos quais um determinado argumento seria supostamente irrelevante para a solução da causa pode escamotear uma preferência ou viés do julgador, comprometendo a imparcialidade. É a observação que faz Ana Paula de Barcellos, em trabalho sugestivamente intitulado de “Voltando ao básico”, que nem sequer tinha em vista o advento do NCPC:

É fácil perceber que, se um dispositivo – relevante para o caso – for ignorado pelo intérprete, os elementos que sugerem uma solução contrária à que a disposição ignorada indicaria assumirão um peso artificialmente maior ao longo da argumentação. Além disso, as razões pelas quais o intérprete considerou determinado dispositivo irrelevante para o caso não são necessariamente óbvias e devem ser explicitadas.⁷²

Também não há aqui uma “restrição ao conceito constitucional de fundamentação”. É certo que, como visto, ao interpretar o art. 93, IX, da CF, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o juiz não estaria obrigado a enfrentar

todos os argumentos deduzidos pelas partes, mas apenas os que entendesse bastantes para embasar sua decisão. O NCPC, portanto, parece uma clara reação a tal jurisprudência⁷³, mas não isso ofende o art. 93, IX. Ao contrário: há um reforço da referida norma constitucional⁷⁴, bem como da garantia do contraditório (art. 5º, LV), e, em última análise, do próprio Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*).

Não há ainda violação à “independência funcional dos juízes” ou à separação de Poderes, porque o Legislativo estaria dizendo como o Judiciário deve interpretar a Constituição. Como visto, a atividade jurisdicional é predominantemente jurídica e não política. Se isso é certo e as normas devem ser primariamente produzidas pelo Legislativo, que também é vinculado pela Constituição, segue-se que o Legislativo pode sim adotar uma interpretação constitucional que vinculará o Judiciário na sua tarefa de aplicar a lei, salvo, em nosso sistema, se a referida interpretação estiver em manifesto desacordo com a Constituição, o que não é o caso. A independência dos juízes não os coloca acima da lei: sua independência serve precisamente para que possam aplicar a lei sem constrangimentos indevidos.

O art. 489, § 2º, do NCPC disciplina como se deve dar a fundamentação em casos de ponderação de normas. A própria possibilidade de ponderar normas é polêmica, assim como os respectivos métodos. Mas, tomando tal *possibilidade* como premissa, de fato o juiz não poderá ponderar dizendo apenas: “sopesando-se a norma x e a norma y, chega-se ao resultado z”: deve ele tornar explícito o seu *modus operandi*, qualquer que ele seja. O Código não impõe a ponderação, nem um de seus métodos: prevê apenas que eles devem ser revelados⁷⁵.

Não se deve ignorar “o sem-número de obstáculos enfrentados pelo juiz para cumprir o dever de motivar adequadamente (número reduzido de juízes, grande quantidade de demandas repetidas etc.)”⁷⁶. Mas vícios de fundamentação resultam numa prestação jurisdicional defeituosa, provocando problemas como o aumento da duração dos processos (em razão da anulação de decisões), a multiplicação de conflitos (pelo não enfrentamento adequado das questões jurídicas neles veiculadas, o que perpetua dúvidas) e mesmo sérias dúvidas sobre a legitimidade das decisões (pela falta de clareza na exposição de seu raciocínio). Assim, embora demande um trabalho “adicional” em cada sentença individualmente considerada, o reforço da exigência de motivação das decisões judiciais talvez possa melhorar a qualidade da resposta judicial e atenuar o quadro de congestionamento de processos em longo prazo. Isso é especialmente verdadeiro quanto aos precedentes lavrados pelos Tribunais Superiores:

Da mesma forma não se ignora o volume de processos submetidos também às cortes superiores brasileiras. Entretanto, o argumento de que não se poderia investir o tempo necessário para motivar adequadamente uma decisão que terá o status de precedente não parece fazer muito sentido. Se nem mesmo os precedentes podem ser motivados por conta do volume de processos, há realmente

algo de muito errado com o sistema. De qualquer modo, a tensão volume – tempo – motivação parece um equívoco, além de outras razões, pelo fato de que a deficiência na motivação dará inevitavelmente ensejo a novas discussões que acabarão por resultar em mais processos, dirigidos a essas mesmas cortes.⁷⁷

Por todas essas razões, o cumprimento adequado do dever de fundamentação das decisões judiciais não pode ser visto como possível agravante da crise do Poder Judiciário, mas como parte da sua solução. Com a possível ressalva do caráter pretensamente vinculante dos precedentes, as exigências previstas no art. 489 do NCPC já decorrem da própria natureza de um regime que se pretende democrático, pois, numa democracia, não se concebe que o poder político – aí incluído o poder jurisdicional – possa ser exercido sem o oferecimento de uma justificativa completa, transparente, que trate os seus mandatários com igual respeito e consideração, legítima a participação de cada um e construa a solução que lhes será imposta a partir de um processo deliberativo, em que a força do melhor argumento seja determinante.

6 CONCLUSÃO

Segundo Jeremy Bentham, “boas decisões são aquelas para as quais boas razões podem ser dadas”⁷⁸. Embora a democracia ainda seja disputada por distintas teorias, trata-se de uma ideia vencedora, cuja prática deve ser aprofundada, assim como o dever de motivação das decisões judiciais. À luz da democracia e sua história, o art. 489 do NCPC perde seu ar de novidade, mas ganha sentido como reação a dificuldades presentes. Hoje, tanto quanto ontem, o juiz que deixa de cumprir essa obrigação em grau satisfatório potencialmente não trata as partes com igual respeito e consideração, exerce seu poder de forma opaca, pode ser acusado de parcialidade e viola direitos (no mínimo processuais, além do possível direito material da parte vencida). Assim, uma das formas de medir uma democracia é verificar em que extensão um determinado regime considera o dever de motivação das decisões dos seus juízes.

Motivar é um exercício democrático: significa ouvir e responder, validando a participação das partes. Os problemas relacionados ao acúmulo de processos não devem ser resolvidos com sacrifício da higidez do dever de fundamentação, cuja completude opera em benefício da qualidade da prestação jurisdicional e, em longo prazo, pode reduzir a demanda por julgamentos, pela diminuição do risco de decisões anuladas e pela maior segurança que confere ao sistema. Sem prejuízo disso, cabe exigir que também as partes tenham o ônus de justificar adequadamente suas pretensões, ao citar dispositivos, súmulas e precedentes, o que se justifica à luz do dever de cooperação (NCPC, art. 6º). Um bom tema para outro estudo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre T. Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. Voltando ao básico. Precedentes, uniformidade, coerência e isonomia. Algumas reflexões sobre o dever de motivação. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. v. 2. p. 143-165.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, p. 23-50, 2015.

BENTHAM, Jeremy. **The works of Jeremy Bentham**. Edimburgh: William Tate, 1843. v. 6. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/titles/bentham-the-works-of-jeremy-bentham-vol-6>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Precedentes e dever de motivação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 241, p. 413-438, mar. 2015.

CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das idéias políticas**. Tradução de Carlos N. Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1985.

DAHL, Robert A. **On democracy**. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. Tradução de Alexander Araújo de Souza et al. São Paulo: RT, 2015.

FORST, Rainer. The basic right to justification: toward a constructivist conception of human rights. **Constellations**, Oxford, v. 6, n. 1, 1999. Disponível em: <http://spocri.unimc.it/it/site-news/eventi/seminars-justice-citizenship-and-economic-development/4.%20Seminar%20May%207_%20recommended%20reading_%20Forst.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2016

FUKUYAMA, Francis. **O fim da história e o último homem**. Tradução de Aulyde Soares Rodrigues. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A garantia da motivação das decisões judiciais na Constituição de 1988. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). **Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 59-83.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

HELLMAN, Renê Francisco. Sobre como será difícil julgar com o novo Código de Processo Civil (PLC 8.046/2010): do prêt-à-porter à alta costura decisória. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 239, p. 97-103, 2015.

HESPANHA, António Manuel Hespanha, Os sentidos da motivação das sentenças na literatura jurídica pré-moderna. In: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (Org.). **O dever de fundamentação no novo CPC: análises em torno do artigo 489**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 27-38.

LEFORT, Claude. **A invenção democrática: os limites do totalitarismo**. 2. ed. Tradução de Isabel Marva Loureiro. São Paulo: Brasiliense, 1987.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de direito processual civil**. São Paulo: RT, 2015. v. 2.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito. **Revista brasileira de direito processual**, Rio de Janeiro, v. 16, p. 111-125, 1978.

_____. Prueba y motivación de la sentencia. In: _____. **Temas de direito processual civil: oitava série**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 107-115.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V: arts. 476 a 565**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MOUFFE, Chantal. Radical democracy: modern or post-modern? In: BLAUG, Ricardo; SCHWARZMANTEL, John (Ed.). **Democracy: a reader**. New York: Columbia University Press, 2001. p. 526-529.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **O contrato social**. Tradução de Antonio P. Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SARMENTO, Daniel (Coord.). O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 113-146.

SCHUMPETER, Joseph A. Capitalism, socialism and democracy. In: BLAUG, Ricardo; SCHWARZMANTEL, John (Ed.). **Democracy: a reader**. New York: Columbia University Press, 2001. p. 92-95.

SILVA, Beclate Oliveira. Decisão judicial não fundamentada no projeto do novo CPC: nas sendas da linguagem. In: FREIRE, Alexandre et al. (Org.). **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 189-204.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Constitucionalismo democrático e governo das razões: estudos de direito constitucional contemporâneo**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011.

TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons Brasil, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.

TUCÍDIDES. **História da guerra do Peloponeso**. Tradução de Mário da Gama Kury. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni (Org.). Colisão entre normas, ponderação e o parágrafo segundo do artigo 489 do NCP. In: _____; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (Org.). **O dever de fundamentação no novo CPC: análises em torno do artigo 489**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 341-357.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Peculiaridades da fundamentação das decisões judiciais no Brasil - a nova regra nem é assim tão nova. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Desvendando o novo CPC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 157-166.

1 HELLMAN, 2015, p. 1.

2 CAMBI; HELLMAN, 2015, p. 10

3 Íntegra da nota da ANAMATRA. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-09/legislador-nao-restringir-conceito-fundamentacao-anamatra>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

4 Íntegra do relatório. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco/es/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

5 A informação consta do “Estudo comparado sobre recursos, litigiosidade e produtividade: a prestação jurisdicional no contexto internacional”. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/relat_estudo_comp_inter.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2016. Trata-se de levantamento comparativo feito pelo CNJ em 2011, segundo o qual os juizes brasileiros proferem em média 1.616 sentenças por ano, contra a média de 959 dos juizes italianos, 689 dos espanhóis e 397 dos portugueses, entre outros.

6 A expressão é de FRIEDMAN, Barry. **The history of the countermajoritarian difficulty, part one: the road to judicial supremacy**. 1998. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=60449>. Acesso em: 21 fev. 2016.

7 A expressão foi cunhada por BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. New Haven: Yale University Press, 1962.

8 Levantamento disponível em: <http://www.justiceatstake.org/issues/state_court_issues/index.cfm>. Acesso em: 21 fev. 2016.

- 9 Trata-se do juiz Thomas L. Kilbride, que disputou – e venceu – a eleição por um novo mandato de dez anos na Suprema Corte do Estado americano de Illinois. Os dois anúncios podem ser vistos em sequência (2m50s a 3m51s), e estão disponíveis em: <<https://www.youtube.com/watch?v=9HxaGFrViOE>>. Acesso em 21 fev. 2016. Embora não enfrentasse concorrentes, a recondução dependia de pelo menos 60% (sessenta por cento) de votos a favor. A oposição à candidatura reuniu cerca de US\$ 600.000,00 (seiscentos mil dólares) angariados entre médicos, hospitais e companhias de seguros, insatisfeitos com um voto do juiz que invalidou uma lei limitativa do valor dos danos punitivos por erros médicos e danos pessoais. O movimento em favor do candidato reuniu cerca de US\$ 3.000.000,00 (três milhões de dólares), arrecadados pelo partido democrata, sindicatos e advogados, tornando a campanha a segunda mais cara da história dos EUA para a recondução de um magistrado. Eis algumas notícias publicadas sobre o assunto, todas acessadas em 21 fev. 2016: <<http://www.npr.org/templates/story/story.php?storyId=130810189>>, <http://articles.chicagotribune.com/2010-10-21/news/ct-met-kilbride-court-ads-20101021_1_jury-awards-campaign-ad-illinois-judges-association>.
- 10 Matéria jornalística disponível em: <<http://www.politico.com/magazine/story/2014/09/elected-judges-110397?o=1>>. Acesso em: 21 fev. 2016. Tradução livre. No original: “If Americans start thinking of judges as politicians in robes, our democracy is in trouble”.
- 11 Nesse sentido: WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Orford: Oxford University Press, 1999.
- 12 Para essa linha de pensamento, as normas constitucionais refletiriam consensos tão importantes que deveriam ser imunizadas contra tentações de mudança, especialmente fortes em momentos de crise. Jon Elster invoca a mitologia grega, utilizando a imagem de Ulisses, que se acorrenta ao mastro do navio para não sucumbir ao canto das sereias (**Ulysses and the sirens**, 1979; **Ulysses unbound**, 2000). Stephen Holmes refere-se ao caráter vinculante das deliberações tomadas em momentos de sobriedade para evitar erros em momentos de embriaguez: personificando a metáfora em Pedro (“Peter”), a Constituição seria Pedro sóbrio (“Peter sober”) e o eleitorado seria Pedro bêbado (“Peter drunk”) (**Passions and constraint: on the theory of liberal democracy**, 1995).
- 13 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 424-425. Para uma formulação de parâmetros de atuação do Poder Judiciário numa democracia. MENDONÇA, Eduardo. **A democracia das massas e a democracia das pessoas: uma reflexão sobre a dificuldade contramajoritária**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.
- 14 Registre-se a existência de posições críticas, segundo as quais o grau de proteção dos direitos das minorias é substancialmente o mesmo em democracias dotadas ou não de controle de constitucionalidade, e que – pior ainda –, as Cortes Constitucionais podem subverter a democracia: é o que afirma Ian Shapiro, referindo-se ao caso americano, em que a Suprema Corte equiparou o dinheiro à liberdade de expressão, inclusive para pessoas jurídicas, permitindo gastos virtualmente ilimitados em campanhas eleitorais, o que desequilibra as disputas (In: DAHL, 2015, p. ix, xiii e 200-208). O debate, porém, foge dos limites deste trabalho, que – partindo da premissa de um Poder Judiciário estabelecido e independente – centra esforços em analisar as exigências democráticas do dever de fundamentação das decisões judiciais.
- 15 DWORKIN, 1977, p. 11.
- 16 “É que a legitimação democrática dos membros do Judiciário – que não resulta da investidura no cargo por eleição –, deriva do modo pelo qual é exercida a sua função” (GOMES FILHO, 2009, p. 60).
- 17 BARCELLOS, 2014, p. 149.
- 18 GOMES FILHO, *op. cit.*, p. 60.
- 19 Segundo Michele Taruffo, não é possível “nem mesmo dar uma explicação unitária ao problema no plano histórico-político, tendo em conta a diferença das finalidades que os diferentes legisladores parecem ter perseguido ao impor ao juiz civil o dever de motivar suas próprias decisões” (TARUFFO, 2015, p. 276). José Carlos Barbosa Moreira concorda e acrescenta que “Parece inviável qualquer tentativa de filiar a um princípio inspirador comum a emergência da regra nos muitos países em que ela se impôs” (MOREIRA, 1978, p. 114). A ideia a ser aqui desenvolvida é a de que o ideal democrático – ou ao menos algumas de suas projeções – inspirou ou foi favorecido de algum modo pela instituição do dever de motivação das decisões judiciais, seja permitindo um maior controle social da atividade jurisdicional (função extraprocessual), seja viabilizando uma maior participação das partes no processo (função endoprocessual).
- 20 CHÂTELET; DUHAMEL; PISIER-KOUCHNER, 1985, p. 14.
- 21 Entre as muitas definições espirituosas de democracia formuladas ao longo da história, destacam-se as do estadista britânico Winston Churchill (“A democracia é a pior forma de governo, salvo todas as demais formas que têm sido experimentadas de tempos em tempos” – tradução livre) e do humorista

- brasileiro Millôr Fernandes (“Democracia é quando eu mando em você. Ditadura é quando você manda em mim”; ou “A diferença entre uma democracia e um país totalitário é que numa democracia – faça a sua pesquisa! – ninguém vive satisfeito”).
- 22 HESPANHA, 2015, p. 30.
- 23 TARUFFO, 2015, p. 280-281.
- 24 MOREIRA, 1978, p. 111-112. O autor cita Itália, Bélgica, Grécia, Colômbia, Haiti, México e Peru.
- 25 MOREIRA, 1978, p. 113-114.
- 26 CF/1988, art. 93, IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. A regra é repetida pelo art. 11 do NCPC.
- 27 FUKUYAMA, 1992, p. 11.
- 28 Matéria jornalística disponível em: <<http://en.people.cn/90777/7859315.html>>. Acesso em: 21 fev. 2016.
- 29 Notícia disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14255&LangID=E>>. Acesso em: 21 fev. 2016. Tradução livre. No original: “There is an almost complete denial of the right to freedom of thought, conscience and religion, as well as of the rights to freedom of opinion, expression, information and association”.
- 30 Sua clássica obra *O processo* (1925) começa com a prisão do protagonista, Josef K. Indagado sobre o motivo da prisão, o agente responsável retruca: “Não fomos incumbidos de dizê-lo. Vá para o seu quarto e espere. O procedimento acaba de ser iniciado e o senhor ficará sabendo de tudo no devido tempo. Ultrapasso os limites do meu encargo quando me dirijo com tanta amabilidade ao senhor” (tradução de Modesto Carone, 2005, p. 7-8).
- 31 V. itens 694 e 695 do relatório, em inglês. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/CoIDPRK/Report/A.HRC.25.CRP.1_ENG.doc>. Acesso em: 21 fev. 2016.
- 32 Notícia disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14255&LangID=E>>. Acesso em: 21 fev. 2016. Tradução livre. No original: “The gravity, scale and nature of these violations reveal a State that does not have any parallel in the contemporary world”.
- 33 O índice leva em conta cinco variáveis: processo eleitoral e pluralismo; liberdades civis; funcionamento do governo; participação política; e cultura política. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/%C3%8Dndice_de_Democracia>. Acesso em: 21 fev. 2016.
- 34 Informação disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Coreia_do_Sul>. Acesso em: 21 fev. 2016.
- 35 O texto da referida Constituição (em inglês) está disponível em: <http://korea.assembly.go.kr/res/low_01_read.jsp>. Acesso em 21 fev. 2016.
- 36 Informação disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/%C3%8Dndice_de_Democracia>. Acesso em: 21 fev. 2016.
- 37 A expressão aqui é usada para designar a maior importância atribuída à função latente de uma palavra do que à sua função manifesta. Sobre o tema, v. NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**, 2011.
- 38 Pronunciamento disponível em: <<http://clubemilitar.com.br/comemoracao-do-51o-aniversario-da-revolucao-democratica-de-31-de-marco-grupo-araucaria-brasil-acima-de-tudo/>>. Acesso em: 21 fev. 2016.
- 39 Informação disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/%C3%8Dndice_de_Democracia>. Acesso em: 21 fev. 2016.
- 40 DAHL, 2015, p. 10.
- 41 ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. 1999, p. 159.
- 42 DWORKIN, 1977, p. 180.
- 43 ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. 1999, p. 48.
- 44 Essa ideia pode fundamentar a exigência de justificativas em relação a todos os atos estatais, não apenas as decisões judiciais e administrativas, mas também quanto às próprias leis elaboradas pelo parlamento. Para uma defesa dessa tese, v. BARCELLOS, Ana Paula de. **Direito constitucional a um devido procedimento na elaboração normativa: direito a justificativa**. 2015. Tese aprovada no âmbito do concurso para professor titular de direito constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, mimeografada).

- 45 FORST, 1999, p. 40 (grifo do autor). Tradução livre. No original: “This is thus the most universal and basic claim of every human being, which other human beings or states cannot reject: *the right to justification*, the right to be respected as a moral person who is autonomous at least in the sense that he or she must not be treated in any manner for which adequate reasons cannot be provided”).
- 46 DAHL, 2015, p. 13, 16 e 17.
- 47 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 412.
- 48 TARUFFO, 2015, p. 21 e 23 (introdução à edição brasileira – grifo do autor).
- 49 Para Joseph A. Schumpeter, “o método democrático é o arranjo institucional para tomar decisões políticas em que os indivíduos adquirem o poder de decidir por meio de uma disputa competitiva pelos votos das pessoas” (*Capitalism, socialism and democracy*. In: BLAUG; SCHWARTZMANTEL [eds.], 2001, p. 92). Tradução livre. No original: “the democratic method is that institutional arrangement for arriving at political decisions in which individuals acquire the power to decide by means of a competitive struggle for the people’s vote”.
- 50 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 445 (grifo do autor).
- 51 LEFORT, 1987, p. 56.
- 52 MOREIRA, 1978, p. 111-125.
- 53 MOREIRA, 2004, p. 107. Tradução livre (grifo nosso). No original: “El Estado de Derecho no está autorizado para interferir en nuestra esfera personal sin justificar su interferencia”.
- 54 ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. 1999, p. 26.
- 55 FERRAJOLI, 2015, p. 70.
- 56 “Relações de autoridade e poder não podem desaparecer completamente, e é importante abandonar o mito de uma sociedade transparente, reconciliada consigo mesma, pois esse tipo de fantasia leva ao totalitarismo. O projeto de uma democracia radical e plural, pelo contrário, requer a existência de multiplicidade, de pluralidade, e de conflito, e vê neles a razão de ser da política” (MOUFFE, Chantal. *Radical democracy: modern or post-modern?* In: BLAUG; SCHWARTZMANTEL [eds.] 2001, p. 527). Tradução livre. No original: “Relations of authority and power cannot completely disappear, and it is important to abandon the myth of a transparent society, reconciled with itself, for that kind of fantasy leads to totalitarianism. A project of radical and plural democracy, on the contrary, requires the existence of multiplicity, of plurality, and of conflict, and sees in them the *raison d’être* of politics”.
- 57 LEFORT, 1987, p. 55-56. Prossegue o autor: “(...) o Estado democrático excede os limites tradicionalmente atribuídos ao Estado de direito. Experimentar direitos que ainda não lhe estão incorporados, é o teatro de uma contestação cujo objeto não se reduz à conservação de um pacto tacitamente estabelecido, mas que se forma a partir de focos que o poder não pode dominar inteiramente. Da legitimação da greve ou dos sindicatos ao direito relativo ao trabalho ou à segurança social, desenvolveu-se assim sobre a base dos direitos do homem toda uma história que transgredia as fronteiras nas quais o Estado pretendia se definir, uma história que continua aberta”.
- 58 BARROSO, **Curso de direito constitucional contemporâneo**, 2015, p. 283.
- 59 “Nessa vertente da interpretação como concretização, situa-se, também, a denominada ‘metódica estruturante’, de Friedrich Müller, cuja proposta consiste, igualmente, em conciliar a perspectiva normativa com a sociológica. Müller parte da distinção entre texto (enunciado normativo) e norma, identificada esta como o ponto de chegada e não de partida do processo interpretativo. A norma jurídica resulta da conjugação do programa normativo com o âmbito normativo. O *programa normativo* consiste nas possibilidades de sentido do texto, estabelecidas de acordo com os recursos tradicionais da interpretação jurídica. Já o âmbito normativo se identifica com a parcela da realidade social dentro da qual se coloca o problema a resolver, de onde o intérprete extrairá os componentes fáticos e axiológicos que irão influenciar sua decisão. Este é o espaço da argumentação tópica, da busca da melhor solução para o caso concreto, tendo como limite as possibilidades contidas no programa normativo. Esse modelo metodológico procura harmonizar o pensamento tópico-problemático com o primado da norma” (BARROSO, **Curso de direito constitucional contemporâneo**, 2015, p. 314-315. V. também p. 345).
- 60 Tal contrapartida, porém, nem sempre vem sendo observada. Nesse sentido: “Seria uma profunda injustiça com a teoria neoconstitucionalista acusá-la de promover o decisionismo ou de defender a tomada de decisões judiciais puramente emotivas, sem lastro em argumentação racional sólida. Pelo contrário, como foi destacado acima, um dos eixos centrais do pensamento neoconstitucional é a reabilitação da racionalidade prática no âmbito jurídico, com a articulação de complexas teorias da argumentação, que demandam muito dos intérpretes e sobretudo dos juizes em matéria de fundamentação de suas decisões. Porém, a prática judiciária brasileira recepcionou apenas parcialmente as teorias jurídicas de corte pós-

- positivista, e, aqui, a valorização dos princípios e da ponderação não tem sido muitas vezes acompanhada do necessário cuidado com a justificação das decisões” (SARMENTO, 2009, p. 139).
- 61 BARCELLOS, 2014, p. 148.
- 62 A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, número especial, p. 25-26, 2015.
- 63 TUCÍDIDES, 1987, p. 110-111.
- 64 SOUZA NETO, 2011, p. 3-4.
- 65 HABERMAS, 2003, p. 142.
- 66 HABERMAS, 2003, p. 145.
- 67 ALEXY, 2014, p. 318-320, com análise de críticas de Habermas sobre a extensão do papel do Judiciário. V. ainda BARROSO, A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, número especial, p. 40-41, 2015.
- 68 Nesse sentido: “A lei projetada considera não motivada a decisão ‘vestidinho preto’, que se prestaria a justificar qualquer *decisum*: como, por exemplo, ‘concedo a liminar porque presentes os seus pressupostos’. A fundamentação deve ser expressa e especificamente relacionada ao caso concreto que está sendo resolvido. Como afirmar que esta regras já não está no sistema, independentemente de sua formulação expressa?” (WAMBIER, 2015, p. 162).
- 69 MOREIRA, 2010, p. 555.
- 70 “Ai, pois, está o cerne da questão: para *acolher* o pedido do autor, o juiz não precisa analisar todos os fundamentos da demanda, mas necessariamente precisa analisar todos os fundamentos da defesa do réu; já para *negar* o pedido do autor, o magistrado não precisa analisar todos os fundamentos da defesa, mas precisa analisar todos os fundamentos da demanda” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 336 - grifos dos autores).
- 71 MOREIRA, 1978, p. 118.
- 72 BARCELLOS, 2014, p. 153 e 154.
- 73 Nesse sentido, THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 1045.
- 74 Nesse sentido: SILVA, 2013, p. 197.
- 75 Nesse sentido: VASCONCELLOS, 2015, p. 341-354.
- 76 BARCELLOS, 2014, p. 152.
- 77 BARCELLOS, 2014, p. 155.
- 78 BENTHAM, 1838-1843, p. 583. Tradução livre. No original: “good decisions are such decisions for which good reasons can be given”.

THE DEMOCRATIC DIMENSION OF THE DUTY TO MOTIVATE JUDICIAL DECISIONS: THE NEW BRAZILIAN CODE OF CIVIL PROCEDURE AS FOLLOW-UP THE 1988 CONSTITUTION

ABSTRACT

The ongoing debate about the “new” requirements to motivate judicial decisions, provided for in article 489 of the new Brazilian Code of Civil Procedure (Law nº 13.105/2015), although particularly fierce in the context of a Brazilian society greatly accustomed to resorting to the Judiciary, loses relevance when one realizes that most of said stipulations derive from the very nature of a regime that intends to be democratic. After a succinct analysis about the source of the democratic legitimacy of the Judiciary, the study draws a brief parallel between the historical tracks of democracy and the reasoning of judicial decisions, both

featuring triumphs and symbolical uses. Afterwards, the duty to motivate judicial decisions is associated to some key concepts of democracy, such as equality and popular sovereignty, publicity, participation, rule of law and deliberation. In this sense, the new procedural provision can be largely presented as a follow-up of what could already be extracted from the Brazilian Constitution of 1988. The conclusion points to the validity of the provision, in an effort to deepen democracy, which, although disputed by aggregative, deliberative and agonistic theories, remains utopic in the 21st century.

Keywords: Democracy. Judicial decision. Motivation. New Brazilian Code of Civil Procedure (Law nº 13.105/2015). Brazilian Constitution of 1988.

Submetido: 28 fev. 2016
Aprovado: 13 maio 2016

LIBERALISMO À MODA BRASILEIRA: O VELHO PROBLEMA DO CAPITALISMO POLITICAMENTE ORIENTADO

Lenio Luiz Streck*
Danilo Pereira Lima**

“São estes os meus sentimentos e jamais concederei aos homens vis maiores honras que as merecidas tão-somente pelos justos. Só quem quiser o bem de Tebas há de ter a minha estima em vida e mesmo após a morte”.
Creonte (Sófocles, 1996, p. 204)

1 Introdução. 2 O pensamento liberal e as limitações do Estado. 3 O BNDES e as distorções do liberalismo brasileiro. 4. Considerações Finais. Referências.

RESUMO

O trabalho procura atacar os efeitos do Estado patrimonialista sobre a sociedade civil, ao destacar os prejuízos que esse modelo de dominação tradicional causa numa sociedade democrática. É um modelo que não consegue distinguir muito bem a esfera pública da esfera privada, comprometendo o funcionamento de uma República, já que os negócios privados se apoiam excessivamente em “parcerias” com Estado. Enfrentar o patrimonialismo é fazer que o liberalismo brasileiro tenha outro caráter, mais coerente com a democracia, com o constitucionalismo e com o livre desenvolvimento da sociedade civil. Essas questões serão abordadas neste artigo, com o intuito de realizar uma reflexão sobre o funcionamento do Estado brasileiro; a recepção que este fez do liberalismo; e as possibilidades de se instituir um regime republicano em terras brasileiras.

Palavras-chave: Liberalismo. Estamento. Patrimonialismo. Sociedade civil. Estado.

* Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos (RS). Doutor e Pós-Doutor em Direito; Ex-Procurador de Justiça (MP/RS). Presidente de Honra do Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ). <lenio@unisinos.br>.

** Professor de Teoria Geral do Estado. Doutorando e Mestre em Direito Público pela Unisinos/RS. Bolsista Capes/Prosup. Membro do Grupo “Dasein – Núcleo de Estudos Hermenêuticos” (Unisinos). <danilopldireito@gmail.com>.

1 INTRODUÇÃO

No ensaio *Raízes do Brasil*, escrito na década de 1930, Sérgio Buarque de Holanda enfrentou a concepção tradicional de Robert Filmer de que o Estado seria uma extensão da organização familiar, ao apontar que “não existe entre o círculo familiar e o Estado, uma gradação, mas antes uma descontinuidade e até oposição.”¹ Para sustentar esse posicionamento, Buarque de Holanda fez uma leitura original da tragédia *Antígona*, de Sófocles, ao apresentar Creonte como defensor dos interesses da comunidade política em oposição aos interesses familiares de Antígona. Nesse sentido, os dois personagens principais da tragédia apresentaram conceitos opostos de *nomos* (norma, lei). Enquanto Antígona sobrepôs o interesse familiar às leis da pólis; Creonte evocou os valores públicos da comunidade política em oposição aos interesses privatistas e afirmou que, “[...] se qualquer um tiver mais consideração por um de seus amigos que pela pátria, esse homem eu desprezarei.”² Assim, para o autor de *Raízes do Brasil*, “Creonte encarna a noção *abstrata, impessoal da Cidade em luta contra essa realidade concreta e tangível que é a família.*”³ Ou seja, Creonte nos ensina a importância do fortalecimento das instituições públicas para a formação e a preservação de um regime democrático, com um Estado despersonalizado.

Sem dúvida alguma, a originalidade deste ensaio foi fundamental para nos ajudar a compreender os muitos problemas oriundos de um país em formação, ao analisar, de uma forma diferenciada,

[...] as vicissitudes da construção de uma sociedade urbana a partir de experiências de vida associativa ilhadas no particularismo dos ‘grupos primários’, isto é, do círculo das relações imediatas e diretas, de pessoa a pessoa, como na família.⁴

Surgiu, assim, a tese do homem cordial, apresentada por Sérgio Buarque de Holanda como um verdadeiro obstáculo para a modernização do Brasil. De acordo com ele, a permanência da herança colonial impediria o predomínio da racionalidade na vida pública, já que esta se encontraria sempre sufocada pela visão afetiva própria da personalidade dos brasileiros, que, no caso, estariam menos propensos a utilizar a razão abstrata do que a paixão na condução dos assuntos de Estado. Ao mesmo tempo, o predomínio dessa visão afetiva também seria responsável pela formação de regimes políticos violentos e arbitrários, erguidos completamente fora da legalidade constitucional. Desse modo, “o desafio proposto para o futuro será exatamente o de substituir o personalismo, que fundamenta as oligarquias, pela racionalidade da vida pública, que pode fundamentar a democracia.”⁵

O texto de Sérgio Buarque de Holanda é fundamental para a crítica do poder personalista predominante na política brasileira. Seu ensaio é considerado um clássico do pensamento político nacional. No entanto, as posições defendidas pelo autor pecam numa questão que, mais tarde, o próprio Sérgio Buarque de Holanda iria rever no conjunto de sua obra: a tentativa de analisar as características psicológicas peculiares do povo brasileiro por meio da tese do

homem cordial. É como se houvesse uma essência fundante responsável pela formação de um caráter particular do povo brasileiro.

Foi para romper com esse modo de abordar os problemas do Brasil, que Dante Moreira Leite defendeu a sua tese de doutorado, em 1954, com o título de *Caráter nacional brasileiro: estudo de ideologias e estereótipos*. Nessa pesquisa, Dante procurou enfrentar os estereótipos presentes nos conceitos subjacentes ao caráter nacional, que aparecem em importantes autores do pensamento social brasileiro, como Alberto Torres, Oliveira Viana, Alfredo Ellis, Paulo Prado, Gilberto Freyre e Sérgio Buarque de Holanda, para citarmos apenas alguns dos autores analisados na obra. Para Dante, a psicologia do povo brasileiro pode ser considerada como o eixo principal dessa tradição intelectual, abordada criticamente a partir da psicologia social contemporânea⁶.

Apesar de Sérgio Buarque de Holanda dar relevância para aspectos importantes da vida social brasileira, seu ensaio permaneceu preso à ideia de características psicológicas nacionais que determinam a formação particular de um povo. *Dessa maneira*, ao demonstrar a inexistência de qualquer prova científica capaz de afirmar que um povo possa ter características psicológicas inexistentes em outro, Dante evidenciou a fragilidade da tese do homem cordial sustentada em *Raízes do Brasil*. É principalmente nesse aspecto que se encontram as contradições do ensaio clássico de Sérgio Buarque de Holanda, “[...] que continua válido, não por sua teoria global, mas por algumas observações parciais e reconstruções históricas de alguns episódios e de alguns aspectos da vida brasileira.”⁷

Por outro lado, em 1958, Faoro produziu um longo ensaio a respeito da formação do patronato político brasileiro, que propiciou um novo manejo dos diversos conceitos que Max Weber utilizava para analisar a realidade europeia. Diferentemente de Sérgio Buarque de Holanda, Faoro procurou explicar que as origens dos diversos problemas existentes na realidade política brasileira não estavam na personalidade particular de um povo, mas sim em outros elementos político-institucionais que tiveram seu nascedouro no século XIV, durante a formação do Estado português.⁸ Nesse sentido, os desvios que aconteciam na esfera pública deixaram de ser explicados como uma característica do caráter do povo brasileiro, para serem analisados como uma questão relacionada à estrutura de poder que os portugueses implantaram durante a colonização e que, após a chegada da família real em 1808, proporcionou a formação de uma dispendiosa máquina administrativa criada fundamentalmente para contemplar os membros mais seletos da aristocracia portuguesa,⁹ que, depois de abandonarem seus cargos e suas propriedades para fugirem do exército de Napoleão, continuaram a apoiar-se no erário público para sustentar a boa vida e os antigos privilégios possuídos na metrópole¹⁰.

A interpretação de Faoro toma como traço dominante da história do Brasil a tutela autoritária da sociedade pelo Estado. Para ele, essa situação contrariava a análise marxista¹¹, ao demonstrar que o Estado não agia de maneira

mais autônoma somente em momentos históricos excepcionais, numa situação em que as classes sociais alcançavam maior equilíbrio político. Por outro lado, a maneira como Faoro compreende a formação do Brasil também se coloca numa posição antagônica à tradição privatista sustentada por Oliveira Viana e Nestor Duarte, que, no caso, davam uma maior ênfase no poder dos grandes proprietários territoriais frente ao Estado. Segundo Faoro, as experiências políticas de Portugal e do Brasil haviam desmentido essas teses, proporcionando o nascimento de um Estado independente e autônomo, que se coloca sempre acima da própria nação. Em todos os períodos históricos, o estamento se comportaria como verdadeiro árbitro da sociedade. Assim, de acordo com Bernardo Ricupero e Gabriela Nunes, “[...] o maior problema do Brasil não é para Faoro a falta de poder do Estado, mas justamente o oposto: o poder estatal oprimindo a nação.”¹²

Dessa forma, para Faoro, o Estado brasileiro foi formado por um estamento patrimonialista adequado ao modelo tradicional de dominação política, capaz de se amoldar a todos os momentos de transição e perpetuar um controle político no qual o exercício do poder não é uma função pública, mas simplesmente objeto de apropriação de interesses privados. Segundo ele, esse estamento burocrático jamais correspondeu àquela burocracia moderna, como um aparelhamento neutro, constituído em carreira administrativa e que sempre deve atuar com padrões bem assentados de racionalidade e legalidade.¹³ Para Faoro, o estamento burocrático encontra-se posicionado acima dos demais setores da sociedade brasileira, dedicando-se unicamente a tomar conta dos cargos oferecidos pela administração pública e sempre se posicionando no melhor lugar para a defesa de interesses meramente privados, já que, para esse “nobre” setor, o público e o privado nunca estão separados.

Esse modelo de organização do Estado gerou uma forma particular de desenvolvimento econômico, chamada por Faoro de capitalismo politicamente orientado. Nele, os riscos da atividade privada, que deveriam ocorrer no âmbito do funcionamento normal do mercado, não se estabelecem inteiramente por causa da própria sociedade civil, conforme o posicionamento do pensamento liberal. Ao contrário, no Brasil, é o Estado que se coloca como principal patrocinador dos negócios privados, assumindo uma postura nada republicana. Assim, “a trama entre Estado e burocracia, por um lado, e sociedade civil, classes e mercado pelo outro é mais complexa, sendo difícil admitir uma autonomia tão forte entre um dos dois polos do binômio.”¹⁴

Dessa forma, a partir da atuação do Banco Nacional de Desenvolvimento (BNDES), o presente artigo pretende analisar as incoerências da elite política brasileira na recepção do pensamento liberal. Seria mesmo liberal a maneira como o importante banco estatal distribui ou investe seus recursos na atividade privada? O liberalismo brasileiro estaria contraditoriamente fundamentado numa atuação forte do Estado em negócios privados? E mais, a aplicação desses recursos segue algum critério constitucional e republicano exigido por um Estado Democrático de Direito? Estes e outros questionamentos serão abordados nos

próximos tópicos, com o intuito de realizar uma reflexão sobre o funcionamento do Estado brasileiro; a recepção que este fez do liberalismo; e as possibilidades de se instituir um regime republicano em terras brasileiras.

2 O PENSAMENTO LIBERAL E AS LIMITAÇÕES DO ESTADO

A modernidade inaugurou uma nova organização política por meio da criação do Estado. Essa mudança teve como consequência a ruptura com as formas anteriores de estabelecimento do poder político, ainda envolvidas em fundamentações teológicas e na pessoalidade do governante¹⁵. A partir da modernidade, tornou-se necessário separar a política da religião; superar a fragmentação do poder político, presente no medievo; e afastar o controle pessoal das instituições políticas, conforme a teoria dos dois corpos do rei, começou a realizar no contexto inglês¹⁶. Nasceu, assim, o Estado.

Seu aparecimento ocorreu primeiramente como Estado absolutista, ao apresentar uma resposta aos diversos problemas e contradições oriundas da desintegração da sociedade feudal. Durante a Idade Média, o feudalismo se destacou como uma unidade orgânica de economia e dominação política, baseado em uma cadeia de domínios parcelares na qual o exercício do poder político se encontrava completamente fragmentado. Não havia Estado, apenas a Igreja possuía certa unidade institucional, o que acabou favorecendo seu domínio político¹⁷. As relações sociais, entre os membros da aristocracia, eram marcadas essencialmente pelo dever de vassalagem e de serviço militar, exercidas diretamente pelos senhores feudais. A aristocracia não trabalhava diretamente em suas terras e se dedicava exclusivamente às atividades militares; enquanto, do outro lado, o servo estava ligado permanentemente à terra, sendo obrigado a trabalhar alguns dias da semana apenas para pagar as obrigações devidas ao seu senhor.

No início da Idade Moderna, essas relações sociais se desestruturaram completamente, colocando em crise toda a estrutura política, econômica e social do feudalismo. Segundo Nicola Matteucci, essa crise do complexo modelo de organização feudal foi motivada por distintos fatores: o crescimento econômico, que favoreceu o nascimento das novas classes sociais e o rompimento com o estático equilíbrio da sociedade estamental; a nova cultura humanista, que passou a situar o indivíduo no centro do mundo, tornando-o insensível diante de uma ordem social natural correspondente a uma ordem celeste; e o surgimento do Estado, que se afirmou como uma máquina construída racionalmente¹⁸.

Nesse sentido, o Estado absolutista veio para superar a ultrapassada estrutura social e política do medievo, colocando-se em um nível superior em comparação com qualquer instituição existente naquela época, já que a monopolização do poder político e da força militar permitiu uma maior uniformidade legislativa e administrativa frente às várias formas particularistas de exercício do poder¹⁹. Com a formação de um moderno quadro burocrático e um exército regular, o Estado absolutista se transformou no único sujeito político com ca-

pacidade para regular o comportamento dos indivíduos e das forças sociais, ao oferecer melhores condições para a pacificação interna e externa²⁰.

É importante destacar que a transição do medievo para a idade moderna não ocorreu de maneira tranquila. No século XVI, a ordem estabelecida pelo feudalismo entrou em plena decadência, e o fim da unidade da Igreja Católica, a partir da reforma protestante, acabou por agravar ainda mais o quadro de extrema violência desse período. Diversas facções religiosas passaram a se digladiar, deixando a sociedade em uma anarquia generalizada de guerras civis, duelos e assassinatos. De acordo com Reinhart Koselleck, “[...] a pluralização da *Ecclesia Sancta* foi um fermento para a depravação de tudo o que antes era coeso: famílias, estamentos, países e povos.”²¹

A instabilidade social, criada pelos partidos religiosos e pelas igrejas intolerantes, exigia uma solução capaz de apaziguar essas lutas. Somente um poder político e militar, colocado acima das opiniões dos súditos, teria condições reais para pacificar os homens. Desse modo, a solução elaborada pelos teóricos do Estado absolutista ocorreu no sentido de romper com a prevalência de qualquer facção religiosa sobre os interesses estatais, ao exigir a submissão dos diferentes partidos religiosos a uma única autoridade soberana, já que, tanto no plano interno, quanto no plano externo, o Estado não reconheceria nenhuma instância superior a sua própria ordem. Desse modo, Nicola Matteucci afirma que,

En el quinientos, sin embargo, la paz social no se identifica ya con la recta administración de la justicia por el rey, sino con la necesidad de superar una guerra civil surgida por motivos religiosos. Era necesaria la primacía de la política y del Estado (una unidad superior y neutral), y del orden mundano que éste representaba, sobre sectas religiosas intolerantes que provocaban desordenes en nombre de la primacía de la religión; se necesitaba crear un campo de acción racional en el que todo – de la religión a la economía – fuese juzgado con base en la utilidad del Estado, con base en un frío cálculo racional de las consecuencias de cada acción.²²

Assim, diante das pressões do novo ambiente social, as mudanças políticas acabaram por conduzir o Estado a uma incipiente racionalização, motivado principalmente pela grande insuficiência dos velhos instrumentos políticos para satisfazer as novas demandas diplomáticas, militares e financeiras. A formação dos exércitos regulares exigiu maiores recursos, já que os Estados se transformaram em verdadeiras máquinas de guerra. Era uma situação que exigia um sistema fiscal muito mais eficiente e organizado. Desse modo, a construção de uma estrutura burocrática para realizar a tributação entre os súditos e arrecadar maiores recursos financeiros foi fundamental para a cobertura das novas despesas militares.

Foi nesse ambiente político conturbado que Thomas Hobbes apresentou o *Leviatã* (1651), obra fundamental para o desenvolvimento da filosofia política na modernidade. Nela, o Estado foi apresentado como produto da razão²³,

construído artificialmente pelos indivíduos para preservar o maior bem existente entre eles, que é a vida, pois, segundo Hobbes,

[...] durante o tempo em que os homens vivem sem um poder comum capaz de os manter a todos em respeito, eles se encontram naquela condição a que se chama guerra; e uma guerra que é de todos os homens contra todos os homens.²⁴

Ao contrário de Aristóteles, a sociedade política hobbesiana não foi apresentada como uma organização natural, mas sim como fruto de um pacto voluntário entre os homens.²⁵

Por meio desse contrato, os homens naturais deveriam se constituir em sociedade política, ao transferir ao soberano o direito de exercer todo o poder. Para isso, Hobbes propôs a formação de uma sociedade política com um poder soberano indivisível e integral, já que o surgimento de um governo misto, com o poder exercido de maneira fragmentada, poderia colocar em risco a existência do Estado. Para que o poder soberano tivesse condições de se impor, ele defendeu que a realização do pacto deveria ocorrer apenas entre os homens naturais, deixando unicamente de fora aquele que mais tarde ficaria encarregado de exercer o poder soberano.

Por esse motivo, todos os indivíduos deveriam abrir mão de seus respectivos direitos naturais, pois a preservação de uma pequena parte deles colocaria em risco a paz e a segurança oferecidas pelo Estado. Assim, com a formação da sociedade política, a liberdade de todos os súditos deveria ser transferida imediatamente para o Estado, instituído como detentor de todo poder necessário para impedir a guerra entre os indivíduos. Diante do constante perigo da violência generalizada, o Estado foi elaborado para pacificar as relações humanas, por meio da atuação de um poder soberano colocado acima das contradições políticas e religiosas daquele tempo tão conturbado. Dessa forma, segundo Thomas Hobbes:

[...] pela arte é criado aquele grande *Leviatã* a que se chama *Estado*, ou *Cidade* (em latim *Civitas*), que não é senão um homem artificial, embora de maior estatura e força do que o homem natural, para cuja proteção e defesa foi projetado. É no qual a *soberania* é uma alma artificial, pois dá vida e movimento ao corpo inteiro; [...] a *justiça* e as *leis*, uma *razão* e uma *vontade* artificiais; a *concordância* é a *saúde*; a *sedição* é a *doença*; e a *guerra civil* é a *morte*.²⁶

Portanto, a teoria hobbesiana se preocupou essencialmente com a antítese existente entre a unidade em torno de um único poder soberano e a anarquia social, presente nos lugares onde o poder se encontrava completamente fragmentado. O risco da dissolução da autoridade e a fragmentação política apareciam como questões prejudiciais para a boa formação do Estado. Em concordância com Hobbes, apenas a constituição de um poder comum, capaz de monopolizar o uso da força, teria condição de salvar os homens de sua destruição, já que, somente com a criação do *Leviatã*, o homem encontraria sua necessária proteção.

Dessa forma, se, num primeiro momento, a preocupação da teoria política moderna se concentrou no problema do estabelecimento da organização estatal; logo depois, os teóricos liberais colocaram em evidência o problema da limitação do poder político, exercido no âmbito do Estado. E isso, de acordo com o pensamento liberal, deveria passar necessariamente pela separação entre Estado e sociedade civil, pois o poder político não estava autorizado a interferir em todos os âmbitos da vida privada. Assim, é possível perceber a origem histórica dessa corrente de pensamento na luta política dos ingleses contra Jaime II, que resultou na Revolução Gloriosa de 1688 e na supremacia do Parlamento. Segundo Merquior, “os objetivos dos vencedores da Revolução Gloriosa eram tolerância religiosa e governo constitucional. Ambos tornaram-se pilares do sistema liberal, espalhando-se com o tempo pelo ocidente.”²⁷

O projeto de um governo limitado, por meio de uma aliança entre a lei e a liberdade, foi visto por diversos intelectuais dos séculos XVII e XVIII como o ideal para o estabelecimento de uma sociedade mais próspera. Teóricos, como John Locke e Montesquieu, procuraram criar fórmulas institucionais tanto para a limitação da autoridade quanto para uma divisão equilibrada do poder, sendo mais tarde recepcionados com sucesso pelos pais fundadores da democracia estadunidense. Todos eles acreditavam que, somente por esse caminho, as liberdades individuais estariam asseguradas contra qualquer investida autoritária do Estado.

Contudo, é importante destacar que as conquistas liberais, originárias de um poder político limitado, restringiram-se, num primeiro momento, apenas a uma elite composta por homens brancos e proprietários²⁸. Desse processo estavam excluídos os negros, transformados em escravos; os brancos pobres, envolvidos numa jornada extenuante de trabalho; e as mulheres, limitadas apenas aos afazeres domésticos e impedidas de qualquer participação política. O sufrágio universal era visto com enorme desconfiança pelos donos do capital, que há pouco haviam superado o poder da aristocracia, mas, ao mesmo tempo, afastavam-se das classes populares com enorme receio.²⁹ O medo das massas, propagado pela burguesia, fez que o liberalismo, num primeiro momento, ficasse restrito apenas a cidadãos prósperos, seguindo o posicionamento que Benjamin Constant havia denominado de “*le juste milieu*.”³⁰

Mesmo diante dessas contradições, é inegável que o pensamento liberal ofereceu uma grande contribuição para o controle constitucional do poder político, ao elaborar mecanismos institucionais formidáveis para a formação do Estado de Direito. Nesse sentido, em oposição ao argumento hobbesiano, de que os indivíduos somente encontrariam uma vida pacífica por meio de um Estado absoluto, Locke apresentou sua objeção em defesa de uma monarquia constitucional, ao rechaçar a ideia de um Estado presente em todas as esferas da vida social. Segundo David Held, “para Locke, la actividad política es instrumental; garantiza el marco o las condiciones para la libertad, de modo que los fines privados de los individuos puedan ser realizados en la sociedad civil.”³¹ Com isso, o governo passa a depender do consentimento e da confiança dos indivíduos que, no caso, não abririam mão

de seus direitos naturais, com exceção de um, o direito de elaborar e fazer cumprir as leis. Este deveria ser transferido ao controle do Estado.³²

Diante do desenvolvimento do capitalismo comercial e das novas reivindicações do pensamento liberal, contrapostas ao Estado absolutista de Hobbes, surge a necessidade de separação entre poder político e sociedade civil, ou seja, a esfera de atuação do Estado deve se restringir à criação e à defesa de uma estrutura política, que permita aos cidadãos desenvolver suas vidas particulares e suas atividades econômicas, livres do perigo da violência e das interferências indevidas do *Leviatã*. Assim, de acordo com David Held:

La idea de la libertad frente a una autoridad política envolvente ('libertad negativa', tal como ha sido llamada) conformó el ataque a partir de finales del siglo XVI contra los antiguos regímenes de Europa y fue el complemento perfecto para la creciente sociedad de mercado, ya que la libertad de mercado implicaba, en la práctica, dejar que fueran las inciativas privadas en la producción, distribución e intercambio las que determinaran las circunstancias de la vida de las personas.³³

Na análise que Marx realiza do capitalismo, a delimitação do papel da sociedade civil fica bem clara quando o autor demonstra que, nesse âmbito, deveriam se concentrar as relações econômicas, sendo estas independentes ou, até mesmo, contrapostas à esfera das relações da sociedade política.³⁴ De acordo com Bobbio,

[...] tanto a “sociedade natural” dos jusnaturalistas, quanto a “sociedade civil” de Marx indicam a esfera das relações econômicas intersubjetivas de indivíduo a indivíduo, ambos independentes, abstratamente iguais, contraposta à esfera das relações políticas, que são relações de domínio.³⁵

Assim, para Marx, a origem e o funcionamento da sociedade civil deveriam ser buscados sempre na economia política.

Nesse sentido, o aparecimento da sociedade civil representou o início do processo de diferenciação entre Estado e sociedade na modernidade, ao expressar as transformações econômicas e políticas pelas quais vinham passando a Europa e os Estados Unidos, respectivamente nos séculos XVII e XVIII. Para o pensamento liberal, essa separação foi fundamental para o fomento da liberdade burguesa e do progresso capitalista. Na verdade, o pensamento liberal estava corrigindo o antigo erro presente na tradução latina de “político” como “social”, já que, desde os gregos, a esfera privada da organização familiar estava colocada em oposição à organização política da pólis. Segundo Arendt,

Esta substituição inconsciente do social pelo político revela até que ponto a concepção original grega de política havia sido esquecida. Para tanto, é significativo, mas não conclusivo, que a palavra ‘social’ seja de origem romana, sem qualquer equivalente na língua ou no pensamento grego.³⁶

Entre os gregos, a associação política se opunha à associação privada, cujo centro era constituído pela esfera doméstica. O cidadão da pólis considerava a política – desenvolvida na Assembleia – como a sua principal atividade e colocava a vida privada numa posição inferior, já que aquilo que era comum (*koinon*) era superior ao que lhe era próprio (*idion*). Dessa forma, tudo aquilo que havia sido construído com base na organização familiar, como o culto à deusa Héstia, teve de ceder lugar ao domínio do político, como o culto à religião olímpica. Outro exemplo de separação entre o doméstico e o público pode ser observado na posição que os gregos mantinham em relação ao trabalho manual, já que tudo que estivesse relacionado com a manutenção do indivíduo – o econômico – também estava colocado fora dos assuntos políticos. Assim, ao afirmar que o homem era um animal político (*bios politikos*), Aristóteles não estava meramente sustentando a sociabilidade biológica dos homens, presente também em outras espécies de animais; na verdade, o filósofo procurou demonstrar que o homem grego estava completamente envolvido com as questões de sua comunidade política, ou seja, a pólis, e que os assuntos privados não estavam presentes no domínio público.³⁷

Com um sentido específico diferente dos gregos, o pensamento liberal também separou o poder político da atividade econômica, resguardando a esfera privada de qualquer interferência indevida por parte do Estado. De acordo com essa corrente, caberia ao *Leviatã* oferecer segurança à propriedade e deixar que a iniciativa privada, por meio de sua própria conta e risco, cuidasse de seus negócios, ciente de que, no sistema capitalista, o imponderável em qualquer investimento é parte integrante das relações econômicas. Para os grandes cânones do liberalismo – como Adam Smith, em seu livro *A riqueza das nações* – o empresário não deve enxergar o poder político como seu principal parceiro nos negócios. Assim, para eles, o Estado teria apenas a responsabilidade de garantir a todos, “[...] em condições de plena liberdade, o direito de lutar pelos seus interesses como melhor entender.”³⁸ Contudo, no Brasil, o pensamento liberal tomou outro caráter...

3 O BNDES E AS DISTORÇÕES DO LIBERALISMO BRASILEIRO

Diferentemente das formulações teóricas do pensamento liberal, presentes nos contextos europeu e estadunidense, no Brasil, o liberalismo tomou um rumo completamente diverso, ao colocar o Estado na posição de principal parceiro e “incentivador” da iniciativa privada. De acordo com esse liberalismo *sui generis*, o Estado se coloca como o maior patrocinador das empresas privadas, com a condição de que estas, de alguma forma, estejam associadas ao estamento burocrático. Esse modelo patrimonialista de dominação do Estado, analisado primeiramente por Faoro³⁹, é responsável por aquilo que ele chamou de “a viagem redonda”⁴⁰ no estabelecimento e no desenvolvimento das instituições políticas brasileiras, dando a impressão de que, apesar das grandes mudanças, sempre voltamos ao mesmo lugar, submetidos a uma camada governante burocrática que se sobrepõe a uma débil sociedade civil. Segundo ele,

Essa circunstância, se observada, retira a estranheza de, num salto às vezes secular, reencontrar-se o espectador com a reprise de um espetáculo já visto e que deveria estar arquivado nos anais dos cronistas.⁴¹

Nesse sentido, as classes sociais não seriam o fator determinante das relações políticas e sociais; pelo contrário, o antagonismo preponderante no Brasil se encontra na oposição entre governantes e governados, estando os últimos debilitados diante de uma ordem política autocrática. Reconhecido como um subtipo da dominação tradicional, presente na sociologia weberiana, Faoro demonstra que, diferentemente da dominação racional legal – que tem como base a racionalidade formal –, o patrimonialismo se apoia numa racionalidade material, na qual predomina a ação burocrática no sentido de regulamentar e ordenar a economia.⁴² Assim, segundo Faoro:

A racionalidade formal [...] coincide com o capitalismo, no qual se levam em conta, no seu funcionamento, a calculabilidade e a previsibilidade das ações sociais. A dominação patrimonial, ao contrário, por incompatível com a igualdade jurídica e as garantias institucionais contra o arbítrio, torna o indivíduo dependente do poder que lhe dita, pela definição de valores, a conduta. Aponta, em consequência, para um sistema autocrático, que, em lugar de se desenvolver segundo uma ordem em que a sociedade é autônoma, afirma a dependência ao poder da autoridade.⁴³

O Brasil tem características dos dois tipos de dominação, o que faz que a ordem patrimonialista se esconda por debaixo de uma estrutura nominalmente racional-burocrática. Com raízes na revolução de Avis – em Portugal –, o Estado patrimonialista brasileiro, formado após o processo de independência, também tomou emprestado alguns elementos do mundo capitalista inglês, por exemplo, o liberalismo. Contudo, o que acabou predominando foi o modelo tradicional de dominação política, com a sociedade civil constantemente submetida às imposições vindas de cima; uma característica institucional que explica a dificuldade do Brasil, ao longo de sua história, de recepcionar os mecanismos constitucionais de limitação do poder.

Faoro destaca que o patrimonialismo não está presente em qualquer forma de intervenção estatal na economia. Para que exista o patrimonialismo, é necessário que a empresa privada desenvolva suas atividades sempre na dependência do “patrocínio” do poder público, no sentido de que “a empresa é, dessa forma, uma iniciativa particular viável por meio da dádiva pública, obtida por meios legais ou ilícitos.”⁴⁴ Dessa forma, o liberalismo gerado pelo Estado patrimonialista se apresenta com graves incongruências, tendo dificuldade para limitar a esfera de atuação do poder público e, ao mesmo tempo, separar o que pertence à comunidade política de interesses meramente privados.

Nessas circunstâncias, uma análise das instituições políticas brasileiras, a partir da sociedade civil de Hegel, acaba por ocultar o domínio do Estado sobre

a sociedade e tem dificuldade para compreender a excessiva dependência do empresário em relação ao estamento, que, no caso, controla o poder público. Ao contrário do referencial teórico marxista⁴⁵, a estrutura econômica e a luta de classes não são suficientes para a compreensão da formação e do funcionamento do Estado patrimonialista. No Brasil, é a organização política que se sobrepõe à sociedade civil. Assim, com o aparelho administrativo nas mãos do governante e de seu quadro burocrático, os recursos públicos são distribuídos para um seletivo grupo de empresários, sem que o Estado apresente qualquer consideração pelos parâmetros constitucionais. As relações se desenvolvem apenas com base no compadrio.

O personalismo nas relações públicas é um aspecto importante para a compreensão do Estado patrimonial, que, por meio do estamento burocrático, concede “favores” ao empresariado a partir do erário público. No entanto, a pessoalidade presente no patrimonialismo de Faoro, não é a mesma do patriarcalismo presente em diversos intérpretes do Brasil, como é o caso de Gilberto Freyre⁴⁶. Se, no caso do patrimonialismo, a dificuldade em separar a esfera pública da esfera privada está associada à atuação do corpo político-burocrático, que, diuturnamente, se apropria da máquina pública; no caso do patriarcalismo, a apropriação do público pelo privado ocorre a partir do núcleo familiar. Com isso, a compreensão do liberalismo no Brasil toma sentidos bem diferentes. Enquanto, no patriarcalismo, as instituições liberais não passam de mera ficção; no patrimonialismo, ocorre a penetração de um liberalismo muito peculiar, que, embora desfigurado, está presente no funcionamento de algumas instituições.⁴⁷ É aquilo que o presente trabalho denominou de um liberalismo à moda brasileira.

É por isso que o pensamento conservador sempre enxergou no Estado a solução para os problemas brasileiros. Em Oliveira Viana, o Estado forte é apresentado como resposta ao controle do poder político pelos clãs, que, no caso, estavam ligados ao latifúndio e eram responsáveis pela fragmentação do poder estatal.⁴⁸ Contudo, Faoro tomou caminho totalmente diverso em *Os donos do poder*. Ao destacar e analisar o papel do patrimonialismo na formação das instituições políticas brasileiras, ele demonstrou que o Estado não pode ser considerado como um “bem em si mesmo” para o desenvolvimento das relações econômicas e sociais. A presença excessiva do poder político, na sociedade civil, deve ser visto como um entrave considerável para o estabelecimento de um regime constitucional. Os exemplos da ditadura Vargas (1930-1945) e da ditadura civil-militar (1964-1985) confirmam essa tese. Nesses dois casos, uma concepção autoritária do Estado serviu para levar à frente uma modernização completamente desconectada com o constitucionalismo. Por isso, para Fernando Henrique, “[...] a predominância burocrático-estatal mais leva água ao moinho do conservadorismo tradicional do que representa um avanço na democratização das instituições e da sociedade.”⁴⁹

Nesse sentido, uma análise das relações do BNDES junto ao empresariado é fundamental para a compreensão do tipo de liberalismo gerado pelo Estado patrimonialista brasileiro. O Banco estatal tem sido o principal parceiro e pa-

trocinador de setores da iniciativa privada mais próximos dos círculos de poder, instalados em Brasília. E isso independe da coloração partidária do governo. Tanto nas administrações lideradas pelo PSDB, como também nas do PT, são encontrados fartos exemplos de “incentivo” estatal para o desenvolvimento de algumas empresas, pois, em concordância com Faoro,

Todos os gatos se tornam pardos, apesar das distinções, com a ascensão do poder político. Fora do poder, o conservador namora a ideologia liberal. No poder, o liberal manifesta-se com a inabalável fé dos convertidos.⁵⁰

Assim, esse liberalismo distorcido, presente na atuação do Banco estatal, pode ser observado em duas situações específicas: a participação do BNDES no processo de privatização realizado pelo governo do presidente Fernando Henrique Cardoso (1994-2002); e as relações do Banco estatal com a empresa Friboi durante os governos do presidente Luis Inácio Lula da Silva (2002-2010) e da presidente Dilma Rousseff (2010-2014).

No primeiro caso, o Programa Nacional de Desestatização, criado pelo governo do PSDB, foi responsável pela implementação do ideário neoliberal no Brasil; com o detalhe importante de que a compra das empresas estatais acabou sendo realizada por meio do financiamento de um Banco estatal, o BNDES. Foi por meio do próprio Estado que o neoliberalismo aportou em terras brasileiras, contrariando completamente o programa de privatizações implementado pelo governo de Margaret Thatcher, na Inglaterra. Os leilões, organizados pelo governo brasileiro, se transformaram em negócios altamente lucrativos para as empresas privadas interessadas em adquirir as empresas públicas, já que estas primeiramente recebiam investimentos do governo, para depois serem vendidas a um preço muito baixo, via financiamento do BNDES.

No processo de privatização do setor de telecomunicação foi anunciado pelo governo FHC que as estatais haviam sido vendidas por R\$ 22,2 bilhões, o que, na época, pareceu um excelente negócio para o Estado. Contudo, o que o governo não deixou claro foi que o erário público recebeu apenas R\$ 8,8 bilhões, ou 40% daquele valor, sem considerar que metade da entrada foi financiada pelo BNDES, nos casos em que o comprador era uma empresa nacional ou apenas fizesse parte do consórcio.⁵¹ Como se não bastasse todo esse apoio do Estado, antes do anúncio das privatizações, o governo já havia aumentado as tarifas de diversos serviços públicos, entre eles, a telefonia, com um reajuste de 500% a partir de novembro de 1995.⁵²

E a “parceria” do Estado com a iniciativa privada não ficou apenas no financiamento do BNDES para a compra das estatais. As empresas compradoras receberam mais apoio do Estado para administrar seus novos negócios. Para cumprir o acordo feito com o governo, no sentido de ampliar os investimentos nas antigas empresas públicas, as empresas privadas receberam empréstimos bilionários do BNDES. Nesse sentido, após constantes problemas no fornecimento de energia elétrica no estado do Rio de Janeiro, o Banco estatal garantiu

a Light um empréstimo de R\$ 730 milhões. A Companhia Siderúrgica Nacional recebeu o montante de R\$ 1,1 bilhão do Banco.⁵³ Dessa forma, onde os neoliberais defenderam menos Estado surgiu mais Estado, um verdadeiro paradoxo para os defensores da privatização no Brasil.

A mesma postura do BNDES pode ser observada nos governos do PT. Mudam-se os partidos, mas a lógica de desenvolvimento econômico, do capitalismo politicamente orientado continua a funcionar como um verdadeiro guia para as ações do Banco. Empréstimos e investimentos feitos sem nenhum critério objetivo, mas apenas com base em relações personalistas desenvolvidas entre setores da iniciativa privada e membros do estamento burocrático, continuam a acontecer abertamente nos círculos de poder em Brasília. Essa é a melhor maneira para se compreender a rápida ascensão da empresa Friboi no cenário nacional. Pelo visto, o segredo do seu crescimento está na sua proximidade com os governos Lula e Dilma.

Um frigorífico nascido no interior de Goiás e completamente desconhecido até a década passada, atualmente se encontra entre as maiores empresas privadas do Brasil, com um faturamento equivalente a R\$ 9 bilhões em 2013. O que, para muitos, poderia ser interpretado como resultado do empreendedorismo da família Batista, na verdade, oculta mais um exemplo de sucesso empresarial por meio de uma grande parceria com a máquina pública. Incluída entre os “campeões nacionais” pelo BNDES – uma “política pública” que beneficia grandes empresas –, parcela considerável da República continua sem saber que tipo de benefício alcançará por meio de tal investimento.

Nos últimos anos, o BNDES injetou R\$ 8,1 bilhões na empresa, por meio de capitalização, transformando-se em sua sócia com 24 % das ações. Com tamanho investimento, a Friboi gastou R\$ 13,5 bilhões em aquisições, incorporações ou arrendamentos, no Brasil e no exterior. Com isso, as ações da empresa obtiveram em 2013 um crescimento 24 vezes maior do que havia sido alcançado em 2006. Sua receita passou a ocupar o segundo lugar entre as maiores empresas privadas no Brasil, ficando atrás apenas da Companhia Vale do Rio Doce.⁵⁴ A empresa da família Batista pode ser considerada um exemplo de sucesso econômico via Estado. Ascensão alcançada por meio do velho capitalismo politicamente orientado.

Esses dois exemplos ilustram muito bem o modelo de desenvolvimento capitalista predominante no Brasil, fruto de um Estado patrimonialista que subvenciona empresas próximas ao estamento burocrático. Nesse sentido, o segredo do sucesso, alcançado por alguns setores da iniciativa privada, se encontra sempre interligado ao Estado. Isso ajuda a compreender as desventuras do liberalismo pátrio, continuamente vacilante na defesa de um Estado de direito capaz de limitar as atividades do governo. Por isso, segundo Faoro, “um liberal, entre nós, está sempre pronto a se refugiar na fortaleza conservadora, quando em risco os privilégios de uma classe.”⁵⁵ Ao ligarem-se confortavelmente à máquina pública, preferem não arriscar suas regalias. O Estado patrimonialista se comporta como sucedâneo da sociedade civil. E quando surge a possibilidade

de sua superação, com a promulgação de uma Constituição democrática, a história se repete como tragédia, com o reaparecimento do velho capitalismo politicamente orientado. Assim, apesar das grandes transformações institucionais após a redemocratização, de alguma maneira, sentimos que voltamos ao mesmo ponto. Aí estão os meandros e as sutilezas do liberalismo à moda brasileira.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A *Teoria do medalhão*, de Machado de Assis, é um conto que nos ajuda a compreender as incongruências do liberalismo brasileiro. Nesse texto, o pai explica a Janjão o caminho e as atitudes que este deveria assumir para alcançar as posições sociais mais promissoras, expondo os ensinamentos daquilo que ele chamaria de teoria do medalhão. Uma das regras, segundo ele, era evitar qualquer consistência teórica nas opiniões políticas. De acordo com a sua teoria, “uma vez entrado na carreira, deves pôr todo o cuidado nas ideias que houveres de nutrir para uso alheio e próprio. O melhor será não as ter absolutamente [...]”⁵⁶ Assim, Janjão deveria evitar qualquer coerência ideológica, não assumindo posições políticas que se fechasse completamente em relação a outros grupos. Sobre a participação do filho em partidos políticos, o pai advertiu, “podes pertencer a qualquer partido, liberal ou conservador, republicano ou ultramontano, com a cláusula única de não ligar nenhuma ideia especial a esses vocábulos [...]”⁵⁷ Ou seja, deveria ser conservador ou liberal conforme as conveniências do momento.

Esses ensinamentos fizeram muito sucesso entre os liberais brasileiros, ao ponto de encontrarmos, no Império, setores do parlamento que, apenas nas aparências, incorporavam as posições políticas mais avançadas da Europa, mas, no cotidiano, estavam sempre prontos a defender uma monarquia despótica, o trabalho escravo e o esmagamento da sociedade civil pelo Estado. Com o aparecimento da República, o liberalismo não deixou de ser apenas um verniz entre os políticos. Esteve bem distante da realidade nacional diante dos golpes de Estado – contra o comunismo e em defesa da democracia –, da falta de compromisso com a defesa do constitucionalismo e, mais uma vez, da presença de parcerias nada republicanas dos grandes empresários com o Estado. Assim, em vez de um liberalismo crítico em relação ao autoritarismo estatal, o que predominou foi um liberalismo completamente destoante do que estava sendo construído pelos teóricos europeus e estadunidenses.

Esse é o resultado da formação e da permanência de um Estado patrimonialista, que, obviamente, se encontra deslocado em relação a temas muito caros ao pensamento liberal, como a defesa da democracia, da sociedade civil e dos limites constitucionais ao exercício do poder. A continuação de um modelo de dominação tradicional, tão bem analisando por Faoro, em *Os donos do poder*, tem dificultado a aplicação das ideias liberais no Brasil. Se, em alguns aspectos, como no caso do estabelecimento de um regime constitucional, o Brasil alcançou certo avanço, com a formação de instituições políticas relativamente estáveis após 1988; por outro lado, a parceria entre grandes empresários e estamento

burocrático – sempre em detrimento da República – continua sendo um grave obstáculo para o cumprimento das promessas constitucionais do Estado Democrático de Direito.

É como se, no Brasil, houvesse um Estado pródigo somente para alguns grupos econômicos, sempre patrocinados, em seus negócios privados, pelo erário público. Contudo, no momento em que esse mesmo Estado deveria servir ao conjunto da comunidade, realizando as políticas públicas previstas pela Constituição, os recursos desaparecem. Dessa forma, para um setor da sociedade, o Estado se transforma num Oasis; para outro, o Estado se transforma num peso insuportável, ao ponto de prejudicar o livre desenvolvimento das pessoas.

A incoerência do liberalismo brasileiro está no modelo peculiar de capitalismo gerado pelo Estado patrimonialista. É o capitalismo politicamente orientado. Nesse modelo de desenvolvimento, a iniciativa privada somente alcança o sucesso econômico por meio do patrocínio estatal, garantido por intermédio do estamento burocrático. O Estado é sempre a fonte segura para qualquer tipo de investimento privado. Os recursos públicos são instrumentalizados em benefício de empresários que não conseguem manter seu próprio negócio longe da máquina pública. Para estes, sem a ajuda do Estado, não existe crescimento econômico possível.

No entanto, superar o modelo patrimonialista não é o mesmo que defender a indiferença do Estado com relação ao mercado. O liberalismo não sustenta, necessariamente, uma completa ausência do Estado em assuntos econômicos. Em correntes significativas do pensamento liberal – como é o caso de Faoro –, existe uma defesa muito clara em favor da intervenção política para regulamentar o mercado e impedir que o capital tome conta de tudo. Inclusive, a excessiva desregulamentação da economia foi a maior responsável pela crise que afetou a Europa e os Estados Unidos nos últimos anos. Num período de domínio do capital financeiro, seria temerário defender um mercado livre de qualquer regulamentação política.

A problemática relação entre Estado e iniciativa privada não tem relação com as discussões sobre a regulamentação política do mercado; mas sim com o patrocínio que os empresários sempre recebem do poder público para poder desenvolver seus próprios negócios. Não existe empreendedorismo no Brasil. Por trás do sucesso de algumas empresas, sempre está o Estado, por meio do BNDES. Esse é o caso da Friboi, um frigorífico que até a década anterior era completamente desconhecido e que, de repente, desponta entre as maiores empresas privadas do país. Os apressados poderiam imaginar que o sucesso da empresa estaria relacionado apenas com a competência de seus proprietários, no entanto uma rápida investigação é capaz de demonstrar que a Friboi é mais um caso de sucesso empresarial alcançado pelas mãos do Estado.

Outro caso interessante foi o recente processo de privatização aplicado pelos neoliberais brasileiros. Aqueles que deveriam demonstrar a maior ojeriza

em relação à intervenção do Estado na economia caíram num grande paradoxo. O BNDES financiou a compra da maior parte das empresas estatais, ou seja, no momento da redução do Estado, apoiaram-se no próprio Estado, ao colocarem um Banco público na posição de patrocinador das privatizações. Uma experiência única numa corrente de pensamento que tem horror ao Estado.

Nesse sentido, ao criticar as incoerências do liberalismo brasileiro, o trabalho procurou atacar os efeitos do Estado patrimonialista sobre a sociedade civil, ao destacar os prejuízos que esse modelo de dominação tradicional causa numa sociedade democrática. É um modelo que não consegue distinguir muito bem a esfera pública da esfera privada, comprometendo o funcionamento de uma República, já que os negócios privados não deveriam se apoiar excessivamente no Estado. A comunidade brasileira, por exemplo, não recebeu nenhum ganho pelas parcerias realizadas entre o BNDES e as empresas privadas, seja no caso das privatizações, ou no caso da Friboi. Desse modo, o advento da Constituição de 1988 pode significar um importante mecanismo de combate à resistência dos velhos estamentos que continuam presentes na sociedade e no aparelho de Estado. Assim, enfrentar o Estado patrimonialista é fazer que o liberalismo brasileiro tenha outro caráter, mais coerente com a democracia, com o constitucionalismo e com o livre desenvolvimento da sociedade civil.

REFERÊNCIAS

- ANDERSON, Perry. **Linhagens do Estado absolutista**. São Paulo: Brasiliense, 2004.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- ASSIS, Machado de. Teoria do medalhão. In: _____. **Papéis avulsos**. São Paulo: Penguin & Companhia das Letras, 2009.
- BARROCAL, André. **A carne não é fraca: a meteórica ascensão da Friboi e da família Batista, outra prova do capitalismo à brasileira**. 2014. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/revista/803/a-carne-nao-e-fraca-9831.html>>. Acesso em: 25 ago. 2014.
- BERCOVICI, Gilberto. A Constituição invertida: a Suprema Corte americana no combate à ampliação da democracia. **Lua Nova**, São Paulo, n. 89, p. 107-134, 2013.
- BERMAN, Harold. **Direito e Revolução: a formação da tradição jurídica ocidental**. São Leopoldo: Unisinos, 2006.
- BIONDI, Aloysio. **O Brasil privatizado: um balanço do desmonte do Estado**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2000.
- BOBBIO, Norberto. Sociedade Civil. In: _____.; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000. v. 2.

CARDOSO, Fernando Henrique. **Pensadores que inventaram o Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

CARVALHO, José Murilo de. **A construção da Ordem**: a elite política imperial; Teatro de Sombras: a política imperial. 2. ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 1996.

CREVELD, Martin Van. **The rise and decline of the state**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

FAORO, Raymundo. A aventura liberal numa ordem patrimonialista. **Revista USP**, São Paulo, n. 17, p. 14-29, 1993.

_____. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

_____. Prefácio. In: NOGUEIRA, Marco Aurélio. **As desventuras do liberalismo**: Joaquim Nabuco, a Monarquia e a República. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984.

FREYRE, Gilberto. **Casa grande e senzala**: formação da família brasileira sob o regime de economia patriarcal. Rio de Janeiro: Record, 2001.

HELD, David. **Modelos de democracia**. Madrid: Alianza Editorial, 2006.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

KANTOROWIKCZ, Ernst Hartwig. **Os dois corpos do rei**: um estudo sobre teologia política medieval. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

KOSELLECK, Reinhart. **Crítica e crise**: uma contribuição a patogênese do mundo burguês. Rio de Janeiro: Eduerj: Contraponto, 1999.

LEITE, Dante Moreira. **O caráter nacional brasileiro: história de uma ideologia**. 3. ed. São Paulo, Pioneira, 1976.

LOCKE, John. **The second treatise of government**. New York: The Liberal Arts, 1952.

LOSURDO, Domenico. **Contra-história do liberalismo**. Aparecida: Ideias & Letras, 2006.

MARX, Karl. **Contribuição à crítica da economia política**. São Paulo: Martins Fontes, 1983.

_____. **O 18 de brumário de Luís Bonaparte**. São Paulo: Boitempo, 2011.

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**: historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998.

MERQUIOR, José Guilherme. **As ideias e as formas**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1981.

_____. **O liberalismo: antigo e moderno**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.

NUNES, Avelãs. **As voltas que o mundo dá...: reflexões a propósito das aventuras e desventuras do Estado Social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PRADO JÚNIOR, Caio. **Evolução política do Brasil: colônia e império**. São Paulo: Brasiliense, 1983.

REALE, Giovane; ANTISERI, Dario. **História da filosofia I: do Romantismo até nossos dias**. São Paulo: Paulus, 1990.

RICUPERO, Bernardo; FERREIRA, Gabriela Nunes. Raymundo Faoro e as interpretações do Brasil. **Perspectivas: Revista de Ciências Sociais**, Araraquara, v. 28, p. 37-55, 2005.

SÓFOCLES. **Antígona**. 5. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda., 1996.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica E(m) Crise**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

VIANA, Oliveira. Populações meridionais no Brasil. Populações rurais do centro-sul. In: SANTIAGO, Silviano (Org.). **Intérpretes do Brasil**. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2000. v. 1.

WEBER, Max. **Economia y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva**. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

1 SÓFOCLES. **Antígona**. 5. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda., 1996. p. 204.

2 Ibid., p. 204.

3 HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 141.

4 CARDOSO, Fernando Henrique. **Pensadores que inventaram o Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. p. 138-139.

5 Ibid., p. 139.

6 LEITE, Dante Moreira. **O caráter nacional brasileiro: história de uma ideologia**. 3. ed. São Paulo, Pioneira, 1976.

7 Ibid., p. 293.

8 Segundo Bernardo Ricupero e Gabriela Nunes Ferreira, “o diferencial na explicação do Brasil de Faoro não está, entretanto, simplesmente no uso de categorias weberianas, mas na maneira como ele maneja essas referências, enfocando, por exemplo, certas questões e não outras. Aqui é útil a comparação com Sérgio Buarque de Holanda. *Raízes do Brasil* já havia utilizado ferramentas teóricas weberianas para analisar a experiência brasileira. No entanto, como o próprio Faoro insiste, a maneira de o historiador paulista entender o patrimonialismo em seu livro de estreia ainda pertence fundamentalmente a outro momento do pensamento social e político brasileiro, aquele que, dentro da interpretação privatista, insistia na influência do patrimonialismo na formação da sociedade brasileira. Ou melhor, Holanda vê o comportamento do funcionário patrimonial como uma extensão, em direção a outras esferas, das práticas prevalecentes na família patriarcal, o que caracterizaria uma ‘invasão do público pelo privado’. A maneira de *Os donos do poder* interpretar o patrimonialismo é, porém, diferente e até oposta a de *Raízes do Brasil*. Para Faoro, o dominante no Brasil não é o ambiente doméstico, onde se desenvolve o patriarcalismo, mas o estatal, ao qual está relacionado o aparecimento do patrimonialismo”. RICUPERO, Bernardo;

- FERREIRA, Gabriela Nunes. Raymundo Faoro e as interpretações do Brasil. **Perspectivas: Revista de Ciências Sociais**, Araraquara, v. 28, p. 51, 2005.
- 9 De acordo com José Murilo de Carvalho, enquanto na Inglaterra a aristocracia precisava menos da burocracia estatal para se manter, em Portugal, a aristocracia sempre dependeu do Estado para sobreviver, apoiando-se na máquina burocrática para preservar seus privilégios. Segundo ele, “a aristocracia inglesa não dependia do emprego público para sustento material. O que ela prestava era quase um serviço litúrgico, para usar a expressão weberiana, uma vez que podia viver das gordas rendas de suas terras. A de Portugal dependia cada vez mais do emprego para sobrevivência, donde sua dependência do Estado e seu crescente caráter parasitário”. CARVALHO, José Murilo de. **A construção da Ordem: a elite política imperial; Teatro de Sombras: a política imperial**. 2. ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 1996. p. 27.
 - 10 FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001. p. 285-301.
 - 11 MARX, Karl. **O 18 de brumário de Luís Bonaparte**. São Paulo: Boitempo, 2011.
 - 12 RICUPERO, Bernardo; FERREIRA, Gabriela Nunes. Raymundo Faoro e as interpretações do Brasil. **Perspectivas: Revista de Ciências Sociais**, Araraquara, v. 28, p. 37-55, 2005.
 - 13 De acordo com Max Weber, diferentemente do estamento burocrático, a burocracia se organiza como uma camada profissional capaz de assegurar o bom funcionamento do Estado e da administração pública. Desse modo, a burocracia não invade e dirige a esfera econômica, política e financeira, como ocorre com o estamento, mas deve aparecer como um aparelhamento neutro em qualquer tipo de Estado ou em qualquer forma de organização do poder, permitindo a realização do serviço público de maneira profissional e técnica, distanciando-se das influências político-partidárias. Assim, nos termos de Weber, a burocracia deve ordenar o comportamento humano por meio do exercício da autoridade racional-legal, para o atendimento de objetivos organizacionais gerais, a partir de uma rigorosa divisão de tarefas, com a criação de regras detalhadas e de uma hierarquia que possa garantir sua execução. WEBER, Max. **Economia y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva**. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.
 - 14 CARDOSO, Fernando Henrique. **Pensadores que inventaram o Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. p. 231.
 - 15 CREVELD, Martin Van. **The rise and decline of the state**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
 - 16 KANTOROWIKCZ, Ernst Hartwig. **Os dois corpos do rei: um estudo sobre teologia política medieval**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
 - 17 BERMAN, Harold. **Direito e Revolução: a formação da tradição jurídica ocidental**. São Leopoldo: Unisinos, 2006.
 - 18 MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno**. Madrid: Trotta, 1998. p. 41.
 - 19 Matteucci destaca que essa modalidade de Estado, definida como absoluta por seus teóricos, não deveria ser tratada como arbitrária ou despótica, já que prevalecia nela a lógica da racionalidade técnica e não o mero capricho do monarca. O poder do rei era indivisível e incontrolável, mas, ao mesmo tempo, limitado, pois o ele deveria governar e decidir apenas depois de ouvir o parecer dos órgãos institucionais com funções específicas. *Ibid.*, p. 39-40.
 - 20 Ao contrário do posicionamento assumido neste artigo, o historiador marxista, Perry Anderson, analisou a formação do Estado absolutista como mera expressão dos interesses políticos e econômicos da aristocracia, que, ao criar um poder político centralizado, apenas buscou assegurar seu próprio domínio social frente à decadência do modelo de dominação (servidão) presente no modo de produção feudal. Segundo ele, “Com a comutação generalizada das obrigações, transformadas em rendas monetárias, a unidade celular de opressão política e econômica do campesinato foi gravemente debilitada e ameaçada de dissociação (o final deste processo foi o ‘trabalho livre’ e o ‘contrato salarial’). O poder de classe dos senhores feudais estava assim diretamente em risco com o desaparecimento gradual da servidão. O resultado disso foi um *deslocamento* da coerção político-legal no sentido ascendente, em direção a uma cúpula centralizada e militarizada – o Estado absolutista. Diluída no nível da aldeia, ela tornou-se concentrada no nível ‘nacional’”. Assim, é possível perceber que, para o historiador Perry Anderson, a formação do Estado absolutista foi, principalmente, resultado das contradições geradas pela estrutura econômica medieval (fim da servidão) e pelo desenvolvimento da luta de classes. ANDERSON, Perry. **Linhagens do Estado absolutista**. São Paulo: Brasiliense, 2004. p. 19.
 - 21 KOSELLECK, Reinhart. **Crítica e crise: uma contribuição a patogênese do mundo burguês**. Rio de Janeiro: Eduerj: Contraponto, 1999. p. 21.

- 22 MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**: historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998. p. 31.
- 23 De acordo com Lenio, o *Leviatã* hobbesiano está envolvido numa postura voluntarista própria da modernidade e, por isso, ele chega a afirmar que: “[...] em síntese, é o triunfo da vontade humana, questão que se perceberá no contrato de Hobbes, em que é a vontade dos homens que faz com que consigam vencer a barbárie”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica E(m) Crise**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 167.
- 24 HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 75.
- 25 REALE, Giovane; ANTISERI, Dario. **História da filosofia I**: do Romantismo até nossos dias. São Paulo: Paulus, 1990. p. 208.
- 26 HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 5.
- 27 MERQUIOR, José Guilherme. **O liberalismo**: antigo e moderno. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991. p. 16.
- 28 Um exemplo dessa situação pode ser encontrado na atuação conservadora da Suprema Corte estadunidense em seus primeiros anos de funcionamento. Bercovici ressalta que a preocupação com o despotismo das maiorias, presente nas formulações teóricas de James Madison, também tinha relação com a defesa dos interesses dos proprietários escravocratas frente aos pobres e aos marginalizados da sociedade estadunidense. Nesse sentido, além da preocupação dos pais fundadores com o controle do Poder Legislativo, por meio de uma Corte Constitucional, estava presente a necessidade de manutenção de uma democracia segregacionista. BERCOVICI, Gilberto. A Constituição invertida: a Suprema Corte americana no combate à ampliação da democracia. **Lua Nova**, São Paulo, n. 89, p. 107-134, 2013.
- 29 LOSURDO, Domenico. **Contra-história do liberalismo**. Aparecida: Ideias & Letras, 2006.
- 30 MERQUIOR, José Guilherme. **O liberalismo**: antigo e moderno. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991. p. 18.
- 31 HELD, David. **Modelos de democracia**. Madrid: Alianza Editorial, 2006. p. 104-105.
- 32 LOCKE, John. **The second treatise of government**. New York: The Liberal Arts, 1952.
- 33 HELD, David. **Modelos de democracia**. Madrid: Alianza Editorial, 2006. p. 122.
- 34 MARX, Karl. **Contribuição à crítica da economia política**. São Paulo: Martins Fontes, 1983.
- 35 BOBBIO, Norberto. Sociedade Civil. In: _____; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000. v. 2. p. 1209.
- 36 ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 32.
- 37 *Ibid.*, p. 31-37.
- 38 NUNES, Avelás. **As voltas que o mundo dá...: reflexões a propósito das aventuras e desventuras do Estado Social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 7.
- 39 MERQUIOR, José Guilherme. **As ideias e as formas**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1981. p. 287.
- 40 FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.
- 41 FAORO, Raymundo. A aventura liberal numa ordem patrimonialista. **Revista USP**, São Paulo, n. 17, p. 14-29, 1993. p. 18.
- 42 WEBER, Max. **Economia y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva**. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.
- 43 FAORO, Raymundo. A aventura liberal numa ordem patrimonialista. **Revista USP**, São Paulo, n. 17, p. 16, 1993.
- 44 *Ibid.*, p. 17.
- 45 PRADO JÚNIOR, Caio. **Evolução política do Brasil**: colônia e império. São Paulo: Brasiliense, 1983.
- 46 FREYRE, Gilberto. **Casa grande e senzala**: formação da família brasileira sob o regime de economia patriarcal. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- 47 FAORO, Raymundo. A aventura liberal numa ordem patrimonialista. **Revista USP**, São Paulo, n. 17, p. 17, 1993.
- 48 VIANA, Oliveira. Populações meridionais no Brasil. Populações rurais do centro-sul. In: SANTIAGO, Silviano (Org.). **Intérpretes do Brasil**. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2000. v. 1.
- 49 CARDOSO, Fernando Henrique. **Pensadores que inventaram o Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. p. 228.

- 50 FAORO, Raymundo. A aventura liberal numa ordem patrimonialista. *Revista USP*, São Paulo, n. 17, p. p. 26, 1993.
- 51 BIONDI, Aloysio. *O Brasil privatizado: um balanço do desmonte do Estado*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2000. p. 11.
- 52 *Ibid.*, p. 7.
- 53 *Ibid.*, p. 12.
- 54 BARROCAL, André. *A carne não é fraca: a meteórica ascensão da Friboi e da família Batista, outra prova do capitalismo à brasileira*. 2014. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/revista/803/a-carne-nao-e-fraca-9831.html>>. Acesso em: 25 ago. 2014.
- 55 FAORO, Raymundo. Prefácio. In: NOGUEIRA, Marco Aurélio. *As desventuras do liberalismo: Joaquim Nabuco, a Monarquia e a República*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984. p. 11.
- 56 ASSIS, Machado de. Teoria do medalhão. In: _____. *Papéis avulsos*. São Paulo: Penguin & Companhia das Letras, 2009. p. 101.
- 57 *Ibid.*, p. 109.

LIBERALISM, THE BRAZILIAN WAY: THE EVERLASTING PROBLEM OF POLITICALLY ORIENTED CAPITALISM

ABSTRACT

The article aims at attacking the effects that patrimonial State has on civil society, by highlighting the disadvantages that such model of traditional domination causes on a democratic society. It is a model that cannot properly distinguish the public sphere from the private, thus endangering the well-functioning of a Republic, since private businesses rely excessively on “partnerships” with the State. To confront patrimonialism is to change the character of Brazilian liberalism, making it more coherent with democracy, with constitutionalism and with the free development of civil society. These questions will be addressed in the present article, with the intent to reflect on the operation of the Brazilian State, its welcoming attitude towards liberalism and the possibilities to establish a republican regime in Brazil.

Keywords: Liberalism. Parliament. Patrimonialism. Civil Society. State.

Submetido: 1 mar. 2016

Aprovado: 13 maio 2016

CONSTITUCIONALIDADE DAS CONVALIDAÇÕES DE INCENTIVOS FISCAIS ACORDADAS ENTRE OS ESTADOS

*José Roberto Afonso**

*Luciano Felício Fuck***

*Daniel Corrêa Szelbracikowski****

1 Introdução. 2 *Distinguishing* entre o debatido no re n.º 851.421 (caso paradigma) e o decidido na adi 2906 e nos res n.ºs 390.840/mg, 357.950/rs, 358.273/rs, 346.084/pr. 3 O federalismo de cooperação e a proteção à confiança. 4 Superação de inconstitucionalidade formal e diálogo institucional. 5 Conclusão. Referências.

RESUMO

O Supremo Tribunal Federal julgará se é possível perdoar créditos tributários decorrentes de incentivos concedidos unilateralmente pelos Estados e pelo Distrito Federal, no passado, se houver posterior concordância do CONFAZ sobre a matéria. Considerando que a inconstitucionalidade formal é sanável, legislação superveniente que tenha obedecido ao procedimento previsto constitucionalmente não poderia ser taxada de inconstitucional em razão de vícios de forma presentes nas legislações anteriores. Não se trata de modular a eficácia das leis anteriormente declaradas inconstitucionais. As leis mais recentes, com amparo no princípio da separação dos poderes e no pacto federativo, tratam de outra matéria, isto é, do tratamento normativo dos créditos tributários nascidos em decorrência da utilização dos benefícios fiscais declarados inconstitucionais. Impedir a referida remissão retiraria dos

* Economista e contabilista; professor do programa de Mestrado do Instituto de Direito Público (IDP); pesquisador do Instituto Brasileiro de Economia da Fundação Getúlio Vargas (IBRE/FGV). Doutor em Desenvolvimento Econômico pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP) e mestre em Economia Industrial pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/6297334841318823>>. E-mail: <zerboerto@joserobertoafonso.com.br>.

** Professor do mestrado e da graduação no Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Mestre em Direito (LL.M. Eur.) pela Universidade de Munique (Ludwig-Maximilians-Universität - LMU). Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Chefe de Gabinete de Ministro no Supremo Tribunal Federal. Lattes: <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4217853Y5>>. E-mail: <lucianofelicio@gmail.com>.

*** Advogado. Professor da Especialização em Direito Tributário no Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Especialista em Direito Tributário pelo IBET. Mestrando pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/4793388135441341>>. E-mail: <daniel.correa@advds.com.br>.

Estados que compõem a Federação um dos instrumentos que, no contexto do federalismo de coordenação e de cooperação, possibilitam a negociação em torno dos problemas relativos à Guerra Fiscal em busca do bem-estar coletivo e em respeito às expectativas dos contribuintes.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Guerra Fiscal. Remissão. CONFAZ. Pacto Federativo. Federalismo. Cooperação. Segurança jurídica.

1 INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal apreciará a constitucionalidade dos Estados e do Distrito Federal, com expressa autorização do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), editarem lei para perdoar dívidas tributárias decorrentes de incentivos fiscais¹ concedidos, no passado, sem a aludida autorização dos demais entes federativos. O reconhecimento da relevância do tema ocorreu nos autos do Recurso Extraordinário (RE) n.º 851.421/DF, que ainda será analisado pelo Plenário do Tribunal, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello.

O caso concreto trata da constitucionalidade da Lei Distrital n.º 4.732/11, que suspendeu a exigibilidade e concedeu a remissão de créditos de ICMS concedidos no âmbito do “Programa Pró-DF” e dos “Termos de Acordo de Regime Especial” – TAREs, a partir da autorização dada pelo CONFAZ por meio dos Convênios n.ºs 84/2011 e 86/2011.² Os aludidos benefícios haviam sido declarados inconstitucionais, no passado, pois foram concedidos pelo Distrito Federal sem a autorização dos demais Estados, por meio de Convênio do CONFAZ, em afronta ao disposto no art. 155, § 2º, XII, ‘g’, da Constituição Federal de 1988 (CF/88) c/c os arts. 1º e 2º, §2º, da Lei Complementar (LC) n.º 24/75.³

Ao reconhecer a relevância da questão, o Relator do recurso, E. Ministro Marco Aurélio, assim, delimitou a tese:

A controvérsia, passível de repetição em inúmeros casos, está em saber se podem os Estados e o Distrito Federal, mediante consenso alcançado no âmbito do Confaz, perdoar dívidas tributárias surgidas em decorrência do gozo de benefícios fiscais implementados no âmbito da chamada guerra fiscal do ICMS, assentados inconstitucionais pelo STF.⁴

De fato, a questão é relevante sob todos os aspectos pelos quais se analisa:

- a) juridicamente, pois em jogo:
 - a possibilidade de serem remidos os débitos tributários de ICMS decorrentes da fruição de benefícios fiscais concedidos unilateralmente por algum Estado da Federação, desde que após concordância dos demais Estados e edição de lei específica pelo ente da federação responsável pela instituição

e cobrança do imposto, nos termos dos arts. 155, § 2º, XII, 'g', da CF/88 e arts. 1º, 2º, § 2º, e 10 da LC n.º 24/75 e;

- a autonomia dos entes federativos para, em consenso e em atenção ao pacto federativo e à separação dos poderes (arts. 1º, *caput*, 2º e 60, § 4º, I, da CF/88), deliberarem cooperativamente acerca dos problemas relacionados à denominada Guerra Fiscal;⁵

- b) economicamente, pois, sem a aludida remissão, as empresas que confiaram nos incentivos concedidos pelo Estado precisariam arcar com a diferença de tributos entre o que seria devido sem o incentivo e o que foi pago com o incentivo, em prejuízo aos princípios da moralidade e confiança em face dos atos do Poder Público (arts. 5º, *caput*, e 37 da CF/88); e
- c) socialmente, pois os incentivos fiscais geraram benefícios aos locais em que aplicados, o que o Confaz não desconsiderou ao permitir a remissão, nem o Judiciário deverá desconsiderar ao apreciar o mérito da questão.

Chama a atenção, entretanto, o entendimento manifestado pelo Relator ao atribuir efeito suspensivo ao recurso extraordinário do Ministério Público do Distrito Federal e, antecipando o julgamento de mérito do recurso, reconhecer “flagrante inconstitucionalidade da Lei Distrital n.º 4.732, de 2011 (...) vindo a tornar sem efetividade o comando constitucional do artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea “g”, como por afrontar a autoridade interpretativa e a decisória do Supremo”.⁶

Esse pré-julgamento “monocrático”, ocorrido quando da apreciação da AC n.º 3802/DF, ancorou-se, em síntese, nos seguintes fundamentos:

- a) essa espécie de convalidação de incentivos fiscais já fora julgada inconstitucional pelo Supremo na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 2906/RJ; e
- b) o vício originário não seria superado com a edição de Convênio do CONFAZ, “pois esses atos normativos interestaduais não são capazes de tornar válidas normas nascidas inconstitucionais”,⁷ conforme alegadamente definido pelo STF nos REs n.º 390.840/MG, 357.950/RS, 358.273/RS, 346.084/PR.

Em razão da relevância do tema, este artigo pretende verificar em que medida são aplicáveis à hipótese os julgados referidos na AC n.º 3802/DF, assim como investigar a função do Supremo Tribunal Federal, como Tribunal da Federação, em face de atos que exprimem a autonomia e a cooperação das unidades parciais de poder para a resolução de alguns dos efeitos deletérios da denominada Guerra Fiscal dos Estados - que, aliás, não constitui um caso único brasileiro, mas é um fenômeno recorrente em países federativos, sobretudo aqueles com maior autonomia dos governos regionais e locais.⁸

2 **DISTINGUISHING ENTRE O DEBATIDO NO RE N.º 851.421 (CASO PARADIGMA) E O DECIDIDO NA ADI 2906 E NOS RES N.º 390.840/MG, 357.950/RS, 358.273/RS, 346.084/PR**

Para conceder a liminar que atribuiu efeito suspensivo ao RE de repercussão geral em epígrafe, o Relator afirmou, de início, que “o Supremo já apreciou caso similar, tendo afastado prática legislativa da espécie”. Referia-se à ADI n.º 2.906/RJ, em que

esteve envolvida lei do Estado do Rio de Janeiro por meio da qual foi dispensado o pagamento de multa e de juros de mora relativos ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, que passou a ser cobrado em virtude da suspensão de benefício fiscal por decisão do próprio Tribunal – Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.179/SP, da relatoria do ministro Carlos Velloso. Por unanimidade, o Pleno assentou tratar-se de “drible” à liminar deferida.⁹

Ocorre que o objeto daquela ADI não se confunde com o debatido na repercussão em tela.

Com efeito, naquele caso, o Supremo havia declarado a inconstitucionalidade de uma lei fluminense que concedera prazo especial para pagamento do ICMS sem a prévia autorização do CONFAZ. Na sequência, novamente sem amparo em convênio do CONFAZ, o Estado do RJ editou uma lei concedendo parcelamento dos débitos tributários e dispensando os contribuintes do pagamento de multa e de juros de mora sobre aqueles valores. Essa última lei é que foi questionada na ADI 2.906/RJ: o STF a declarou inconstitucional os benefícios fiscais, não em razão do mérito relativo à remissão e à concessão de carências e de parcelamentos, mas “porquanto também veiculados sem prévio acordo interestadual”, conforme constou do pedido do autor da ação direta (Governo do Estado de São Paulo), retratado no relatório do respectivo acórdão.¹⁰

Na situação em que reconhecida a repercussão geral, embora o STF também tenha declarado inconstitucionais as leis que instituíram os benefícios originais de ICMS por não ter havido o procedimento exigido constitucionalmente para a sua instituição, a remissão posteriormente concedida obedeceu à risca o rito previsto legal e constitucionalmente, pois:

- a) teve amparo em Convênio unânime do CONFAZ e;
- b) foi concedida por lei específica da unidade da federação a que se reportava.

Quer dizer, enquanto, na hipótese julgada na ADI n.º 2.906, houve nova burla à sistemática prevista no art. 155, § 2º, XII, ‘g’, da CF/88, na situação em testilha, a referida norma foi observada, o que torna o decidido naquele julgado inaplicável ao caso.

Vejam, por outro lado, se o decidido nos REs n.ºs 390.840/MG, 357.950/RS, 358.273/RS, 346.084/PR seria aplicável à espécie. Nos aludidos recursos,

o STF apreciou a constitucionalidade da Lei n.º 9.718/98, no que ampliou a base de cálculo da COFINS prevista no texto Constitucional para abranger a totalidade das receitas auferidas pelas pessoas jurídicas. Na época da edição da referida lei, a norma do art. 195, I, 'b', da Carta Maior previa a imposição tributária apenas sobre o faturamento. O STF analisou, então, se seria possível a constitucionalidade superveniente daquela lei, considerando que, após sua instituição, fora promulgada emenda constitucional para possibilitar a incidência da contribuição, também, sobre a receita.

Corretamente entendeu o STF pela impossibilidade de declaração de constitucionalidade superveniente. Segundo o Ministro Marco Aurélio, "Des-cabe, também, partir para o que seria a repriminção, a constitucionalização de diploma que, ao nascer, mostrou-se em conflito com a Constituição Federal".¹¹ Em interpretação livre daquele acórdão, ficou consignado que a inconstitucionalidade deveria ser verificada no momento da edição da lei e seria insanável. Retroagiria até o nascedouro da norma, ainda que houvesse modificação posterior da Constituição que possibilitasse, dali para frente, a instituição da regra que outrora fora considerada inconstitucional.

Esse entendimento, entretanto, não conflita com o procedimento realizado pelo Distrito Federal na hipótese, por duas razões:

- a) primeiro, porque não se discute a constitucionalidade superveniente das leis distritais n.ºs 2381/99; 2483/99 e 4.160/08, que introduziram os benefícios fiscais de ICMS (TAREs e Pró-DF). Essa discussão – constitucionalidade superveniente – somente haveria se o texto da Constituição tivesse sido modificado para permitir a concessão de incentivos unilateralmente pelos Estados da Federação e, mesmo assim, estaria fadada ao fracasso em atenção ao precedente supracitado. Não há dúvida de que aquelas leis foram elaboradas em desatenção ao procedimento previsto nos textos legal e constitucional, de modo que não poderiam ser um caso de repriminção;
- b) segundo, porque o que se debate é a possibilidade de o Estado, obedecendo ao procedimento constitucional, instituir novas leis para tentar solucionar os problemas – atos concretos – decorrentes da inconstitucionalidade dos atos legislativos anteriores.

Sob esses aspectos, há de se observar que as recentes leis do Distrito Federal não concederam aqueles mesmos incentivos que foram instituídos, no passado, sem a aprovação do CONFAZ. Apenas permitiram a remissão de atos concretos consubstanciados em créditos tributários nascidos em decorrência da inconstitucionalidade daquela legislação, sob a condição de que aquele ente da Federação não viesse mais a legislar em desconformidade com a Constituição.

Não se discute, portanto, a constitucionalidade superveniente dos diplomas originários que concederam incentivos fiscais sem o respeito ao procedimento constitucional próprio (Leis Distritais n.ºs 2381/99; 2483/99 e 4.160/08), mas a legitimidade de leis posteriores (Leis Distritais n.ºs 4.732/11 e 4.969/12),

editadas após a regular concordância do CONFAZ (Convênios n.ºs 84/2011 e 86/2011), para sanar efeitos concretos decorrentes da inconstitucionalidade daquelas – o que não se contesta.

Apenas essas considerações já afastariam a aplicação do decidido nos aludidos REs n.ºs 390.840/MG, 357.950/RS, 358.273/RS, 346.084/PR à hipótese. Há mais, entretanto.

Nos julgados citados, o STF estava a tratar de vício de inconstitucionalidade material, enquanto, na espécie, a questão gravita em torno de haver, ou não, inconstitucionalidade formal, por vício na formação do ato normativo.

Ao distinguir vícios formais e materiais de inconstitucionalidade, CANTILHO anota que, “na hipótese de inconstitucionalidade formal, viciado é o acto, nos seus pressupostos, no seu procedimento de formação, na sua forma final”.¹² Do mesmo modo, MENDES observa que o parâmetro de distinção entre as espécies de inconstitucionalidade está na “origem do defeito”, explicitando que “os vícios formais traduzem defeito de formação do ato normativo, pela inobservância do princípio de ordem técnica ou procedimental ou pela violação de regras de competência”.¹³

Ora, nos precedentes citados pela decisão proferida pelo Ministro Marco Aurélio Mello, o STF entendeu que, ao prever a incidência da COFINS sobre a receita e não sobre o faturamento, a Lei n.º 9.718/98 alargou o campo de imposição tributária previsto pela Constituição Federal no art. 195, I, ‘b’, em sua redação originária. Ou seja, tratou-se de típica hipótese de inconstitucionalidade material.

Na situação em análise, entretanto, a causa da declaração de inconstitucionalidade dos incentivos concedidos pelo Distrito Federal, no passado, era de índole formal, porque não fora atendido o procedimento¹⁴ previsto constitucionalmente para a concessão dos benefícios, isto é, a celebração de Convênio no âmbito do CONFAZ.

De fato, em momento algum, o STF adentrou o mérito dos incentivos fiscais para saber se esses eram, ou não, inconstitucionais, por eventualmente afrontar o campo da materialidade impositiva relacionada ao ICMS. Apenas disse que os benefícios não poderiam ser instituídos unilateralmente, sem prévia deliberação do CONFAZ, ou seja, em função de um vício de procedimento.

Daí porque, se outros veículos introdutores de normas obedeceram ao procedimento constitucionalmente previsto, não se poderia imputá-los a inconstitucionalidade verificada nas normas anteriores que não obedeceram ao disposto no art. 155, § 2º, XII, ‘g’, da CF/88.

Não se trata de modular a eficácia das leis anteriormente declaradas inconstitucionais. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade daqueles diplomas normativos ocorreram, tanto que as empresas e os responsáveis solidários foram, em muitos casos, condenados a pagar a diferença de ICMS em razão da fruição dos benefícios inconstitucionais.

As leis mais recentes, com amparo no princípio da separação dos poderes e no pacto federativo (arts. 1º e 2º da CF/88), possibilitaram apenas a mitigação de alguns dos efeitos concretos e deletérios decorrentes dos atos legislativos anteriores, mediante a realização de remissão condicionada de créditos tributários.

Em síntese, as leis distritais, em discussão no processo de repercussão geral, não reinstituíram os incentivos inconstitucionais, embora pudessem ter feito isso, já que o STF nunca adentrou a constitucionalidade material daqueles benefícios.¹⁵ Esses recentes diplomas normativos apenas permitiram que determinados atos concretos decorrentes da edição de normas inconstitucionais pudessem ser perdoados com supedâneo no princípio da confiança dos administrados no Poder Público e na competência tributária do Distrito Federal e do Confaz para legislar sobre ICMS.

3 O FEDERALISMO DE COOPERAÇÃO E A PROTEÇÃO À CONFIANÇA

A forma federativa do Estado, cláusula constitucional imutável, determina que as decisões tomadas em conjunto pelas unidades federadas sejam respeitadas, inclusive pelo Judiciário (art. 2º da CF/88), se não houver transgressão ao ordenamento jurídico.

Embora o sistema federativo brasileiro possua certas características do federalismo dualista (ou de competição), “na medida em que estabelece campos específicos de atuação para cada uma das unidades, delimitando a área de atuação da União, dos Estados-membros e dos Municípios”,¹⁶ define-se, também, pela adoção de técnicas do federalismo de cooperação,¹⁷ “caracterizado pela colaboração entre União e Estados com vista a resolver os problemas econômicos e sociais”.¹⁸

Dessa forma, considerando que o desenvolvimento do federalismo de cooperação implica a “coordenação e cooperação entre União e Estados (...)”, tornando o federalismo um instrumento da promoção do bem-estar coletivo”,¹⁹ as decisões unânimes tomadas pelos Estados não podem ser desconsideradas pelo Tribunal da Federação.²⁰

Trata-se, afinal, da autonomia dos entes federativos, que, apesar de limitada e circunscrita à atribuição de competências constitucionais, constitui o ponto nodal para o equilíbrio da Federação.²¹ Nesse sentido,

impõe-se (...) para coroamento e consolidação do sistema, promover a convocação da autonomia para colaborar, dentro de seu ordenamento, na tarefa de organização do federalismo cooperativo.²²

Na situação objeto de análise, os Convênios do Confaz (Executivo) e as Leis Distritais (Legislativo) dispuseram sobre matéria que estava no âmbito de suas competências, visto que a outorga de remissão mediante condição é expressamente admitida pelo art. 10 da Lei Complementar n.º 24/1975, norma

especial que rege a concessão de incentivos e de benefícios do ICMS, nos termos dos arts. 150, § 6º, c/c 155, § 2º, XII, “g”, da CF/88.

Daí o motivo de impedir essa possibilidade de remissão significaria retirar dos Estados que compõem a Federação um dos instrumentos que, no contexto do federalismo de cooperação, possibilitam a negociação em torno dos problemas relativos à Guerra Fiscal.

Em outras palavras, fragilizaria a atividade política desenvolvida pelos Estados que têm na remissão uma de suas bandeiras para tentar amenizar os efeitos perversos da denominada “Guerra Fiscal”, conforme se verifica de projeto de lei complementar que está em discussão no Congresso Nacional sobre o tema.²³

Aliás, o próprio termo “Guerra Fiscal” só tem sentido quando há um conflito entre os Estados, o que fica afastado na hipótese em que todos concordam com a concessão de remissão de créditos tributários sob a condição de que não sejam instituídos novos benefícios de forma unilateral.

À parte, é bom qualificar que o conflito surge no caso do ICMS em torno das operações interestaduais. Isso ocorre quando um Estado concede, de forma disfarçada, um benefício sobre uma venda realizada para outro Estado, reduzindo (de alguma forma e por subterfúgio que foge ao CONFAZ) o débito sobre tal saída. Como a mercadoria chega ao Estado de destino com uma nota fiscal em que acusa o imposto que normalmente seria devido (e não o que foi efetivamente pago) e assim gera um crédito ao contribuinte que adquiriu tal bem, o custo do benefício fiscal acaba sendo suportado direta e integralmente pelo fisco estadual de destino.

A análise anterior também merece uma leitura pela outra ótica – a dos contribuintes. A decisão de política tributária de ICMS de um Estado, cujos efeitos são transferidos aos Estados destinatários das mercadorias subsidiadas via alíquota interestadual, pode afetar a economia e a competitividade das empresas de todos os demais Estados. Por isso, a unanimidade se fez necessária no contexto da criação do ICMS, em que os convênios tinham força de lei – eram impositivos²⁴ e não autorizativos –, sendo ainda um critério válido,²⁵ porque o imposto, gerido por todos, tem sua receita compartilhada quando ocorrem transações interestaduais. Isso porque uma das formas de incentivos do ICMS (e a única que importa para a chamada guerra fiscal) é a redução da alíquota interestadual.

Este debate também mostra que a Guerra Fiscal extrapola a fronteira de matéria tributária e abrange a própria concorrência. A um contribuinte não basta apenas buscar e conseguir um incentivo fiscal. Ele necessariamente precisa tentar saber que benefícios, iguais ou assemelhados, seus concorrentes domésticos e diretos já lograram obter ou podem vir a receber. Ou seja, não importa a um empreendedor apenas ser beneficiário de um incentivo fiscal, mas também importa aos seus negócios conhecer os benefícios igualmente concedidos aqueles aos seus concorrentes.

Essa questão concorrencial está na origem da Guerra Fiscal do ICMS porque, como dito, não importa a um contribuinte apenas ganhar um benefício, mas o ideal é que seu concorrente não receba igual incentivo ou, se receber, ideal que seja proporcionalmente inferior ao seu. A mesma questão surge quando se tratar de eventualmente da reversão da mesma Guerra Fiscal. Por hipótese, se um contribuinte tiver um benefício reduzido e outro contribuinte que seja seu concorrente mantiver o mesmo incentivo por mais tempo que aquele, haverá um enorme prejuízo relativo ao primeiro contribuinte. Em outra hipótese, se ambos contribuintes, já instalados, mantiverem os respectivos incentivos, ainda que por igual tempo, porém, este incentivo deixe de ser ofertado a novos concorrentes do mesmo mercado, assim seria criada uma poderosa barreira à entrada e conseqüentemente haveria desestímulo a novos investimentos.²⁶

Não custa recordar que, em uma situação similar a que se passa no Brasil, a unanimidade também é exigida para regulação básica do imposto sobre valor adicionado (IVA) cobrado na União Europeia.²⁷

Vale retornar a análise do processo judicial. Nesse contexto, ao invés de invalidar a decisão tomada pelos entes federativos em observância ao procedimento constitucional previsto, cumpriria ao STF zelar pelo cumprimento do referido acordo, que, em última análise, corresponde ao pleno exercício do federalismo em sua modalidade cooperativa, algo raro de se ver no país.

Essa coalizão dos Estados em torno da remissão de créditos tributários decorrentes de benefícios inconstitucionalmente concedidos no passado encontra justificativa na moralidade dos atos legislativos e na proteção à confiança do contribuinte (arts. 5º, *caput*, e 37 da CF/88), este último

expresso na exigência de leis claras e densas e o princípio da confiança, traduzido na exigência de leis tendencialmente estáveis ou, pelo menos, não lesivas da previsibilidade e calculabilidade dos cidadãos relativamente aos seus efeitos.²⁸

Isso porque as empresas confiaram nos benefícios que foram prometidos e instituídos por lei, cuja constitucionalidade era, pois, presumida. Em face desses atos do Estado, foram realizados investimentos, gerou-se renda, emprego e qualificação da mão de obra, conforme demonstra análise realizada pela Fundação Getúlio Vargas (FGV).²⁹

Em relação aos denominados TAREs, por exemplo, a Diretoria de Arrecadação do Distrito Federal³⁰ explicitou que, entre 1999 e 2002, houve incremento na receita média mensal da ordem de R\$ 2 milhões, considerando o ano de 2000 contra o de 1999; de R\$ 3,5 milhões, no ano de 2001, ante o de 2000; e de R\$ 3,2 milhões, em 2002, em comparação a 2001. Em termos nominais, a receita do Setor Atacadista cresceu cerca de 74% entre 1999 e 2001. Houve, ainda, crescimento da participação percentual do Setor Atacadista no total da Arrecadação do ICMS nos percentuais de 8,7% em 1999;

8,9% em 2000; 10,6% em 2001 e 12,3% até junho de 2002. Por fim, o volume da receita do Setor Atacadista passou de um patamar de R\$97 milhões para R\$167 milhões em 2001, chegando a R\$103 milhões no acumulado de janeiro a junho de 2002.

Assim, considerando que o STF já chancelou o entendimento de que “razões de segurança jurídica podem obstar à revisão do ato praticado com base na lei declarada inconstitucional”,³¹ a concordância unânime dos Estados em conceder remissão aos débitos tributários decorrentes de benefícios unilaterais do passado está em consonância não apenas com os arts. 155, § 2º, XII, ‘g’, da CF/88 e 1º, 2º, § 2º, e 10 da LC n.º 24/75, mas com os princípios da confiança e da moralidade (arts. 5º, *caput*, e 37 da CF/88), pois, não fosse assim, seriam apenados exatamente aqueles contribuintes que confiaram no Poder Público, investiram e geraram receitas e ganhos – diretos e indiretos – para a sociedade.

4 SUPERAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E DIÁLOGO INSTITUCIONAL

O STF sempre foi severo e rigoroso ao examinar a constitucionalidade de benefícios fiscais estaduais e do Distrito Federal, principalmente considerando a formalidade prevista no art. 155, § 2º, XII, ‘g’, da CF/88.³²

Com efeito, a prodigalidade de leis estaduais – estimulada por ampla criatividade institucional – tornou a Corte infensa a quaisquer formas de benefício de ICMS concedido sem autorização do convênio, bem como à concessão de isenção, à redução de base de cálculo e à dispensa de pagamento;³³ redução de alíquota;³⁴ crédito presumido;³⁵ prazos especiais de pagamento e redução de correção monetária;³⁶ cancelamento de notificações fiscais e devolução de valores recolhidos ao erário;³⁷ hipóteses expressas de não incidência,³⁸ ainda que justificadas em caráter extrafiscal, como estímulo ao emprego de idosos³⁹ ou de egressos do sistema penitenciário.⁴⁰

É certo que a reiterada e firme jurisprudência do STF não foi suficiente para solucionar a questão, uma vez que há muitos estados que contam com a demora no ajuizamento e no processamento das ações no âmbito do Supremo a fim de atrair atividades econômicas para onde não há recursos, infraestrutura ou recursos humanos, em síntese, desenvolvimento.⁴¹ Portanto, a reiterada insistência na aprovação de leis de benefícios fiscais em ICMS sem a necessária aprovação prévia na forma do art. 155, § 2º, XII, ‘g’, da CF/88 só existe porque vale a pena, mesmo com a posterior declaração de inconstitucionalidade, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, pelo STF.

Por outro lado, flagrantes tentativas de circunscrever a norma constitucional e a decisão do STF, inclusive por meio da repetição de leis inconstitucionais,⁴² tornaram a Corte ainda mais reticente às considerações materiais subjacentes à concessão de benefícios fiscais.

Nesse contexto de frustração e de desconfiança, é preciso diferenciar com cuidado os casos de esvaziamento das decisões do STF daqueles de seu efetivo cumprimento.

No caso em apreço, o Distrito Federal não se limitou a reiterar a lei declarada inconstitucional, antes buscou a aprovação unânime do CONFAZ, o que elimina a inconstitucionalidade formal da primeira lei. No entanto, não o fez por meio de idêntico benefício fiscal (concessão de crédito tributário de ICMS), mas pela remissão de créditos anteriores.

Ora, a remissão é espécie autônoma de benefício fiscal, prevista no art. 156, IV, do CTN, que, sem dúvida, no âmbito do ICMS, exige a aprovação dos Estados na forma do art. 155, § 2º, XII, 'g', da CF/88.

Evidentemente, a preocupação do Distrito Federal não é de instituir estímulo fiscal para o futuro, mas de solucionar pendência pretérita ocasionada pela declaração de inconstitucionalidade, seja em relação à segurança jurídica, seja quanto à boa-fé dos contribuintes que confiaram na legislação distrital. A tentativa de alcançar fatos anteriores, por si só, não significa desafio à decisão do STF nem ofensa à retroatividade. A rigor, a remissão tributária necessariamente cuida de fatos anteriores.

Não seria surpreendente se a aquiescência obtida junto aos demais estados no CONFAZ fosse restrita justamente aos eventos ocorridos entre a edição da primeira lei e a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF. A todos interessa pacificar controvérsias pendentes, mas nem sempre os estados estão dispostos a autorizar futuros benefícios fiscais para o Distrito Federal.

A preocupação concreta com a situação de contribuintes atraídos pela norma benéfica pode cumprir a decisão do STF, desde que a nova legislação não incida no mesmo empecilho que acarretou a inconstitucionalidade formal da lei, por óbvio.

É ainda importante destacar que o efeito vinculante das decisões do STF não atinge o Poder Legislativo, nos termos do art. 102,⁴³ por uma razão muito importante: permitir o diálogo institucional⁴⁴ entre Judiciário e Legislativo, de modo que o debate não se encerre simplesmente com uma decisão judicial. Cabe ao Poder Legislativo, em especial ao estadual e ao distrital, como laboratórios da federação, testar outras formas e hipóteses na solução de problemas que afetam a comunidade, sobretudo aquelas relacionadas ao desenvolvimento de cada região.

Frise-se que a preocupação com a segurança jurídica já encontrou amparo na jurisprudência do STF mesmo no caso de leis editadas em desacordo com a exigência do art. 155, § 2º, XII, 'g', da CF/88. Na ADI 429/CE, Rel. Min. Luiz Fux, Pleno, DJe 30.10.2014, o Plenário decidiu modular os efeitos, garantindo a manutenção da inconstitucional isenção de ICMS, por mais 12 meses contados da data de julgamento, quanto a implementos, a veículos e a equipamentos destinados a deficientes físicos, de forma a permitir que seja editado o devido

convênio, inclusive com efeitos retroativos. Daí que a Proposta de Súmula Vinculante (PSV) n. 69, elaborada pelo Min. Gilmar Mendes, a propósito do assunto, tenha diversas manifestações no sentido da modulação dos seus efeitos.

Logo, a remissão de ICMS, devidamente autorizada pelo CONFAZ, não constitui desafio à orientação do STF, mas verdadeira correção de rumos e de efetivo cumprimento de sua decisão. Afastados os empecilhos formais, cabe ao STF examinar se a solução escolhida pelo Poder Legislativo é materialmente constitucional, considerando a segurança jurídica e a boa-fé dos contribuintes diretamente interessados.

5 CONCLUSÃO

Os incentivos fiscais de ICMS, concedidos unilateralmente por determinados Estados e pelo Distrito Federal, constituem causa de conflitos entre as unidades da Federação e de insegurança jurídica entre os contribuintes.

Ao concordarem unanimemente, por intermédio de Convênio do CONFAZ, em conceder remissão a créditos tributários decorrentes da fruição desses benefícios fiscais, os entes federativos buscaram atenuar alguns dos efeitos deletérios decorrentes dessa prática existente no contexto da denominada Guerra Fiscal. Trata-se de um avanço, um exemplo de negociação que dificilmente se tem visto no âmbito da competição fiscal entre os Estados e os que buscam proteger o contribuinte que confiou nos incentivos e na legislação editada por cada ente político e, a partir disso, investiu em localidades que, se não fossem os incentivos, nunca receberiam investimentos produtivos em face da desigualdade regional persistente no país.

Nesse contexto, defende-se que não seriam aplicáveis as decisões proferidas pelo STF na ADI n.º 2.906/RJ e nos REs n.ºs 390.840/MG, 357.950/RS, 358.273/RS, 346.084/PR à hipótese. Isso porque, na referida ADI, a remissão de créditos tributários fora declarada inconstitucional por não ter sido precedida de Convênio do CONFAZ. No processo de repercussão geral, entretanto, a remissão foi concedida pela legislação específica do Distrito Federal, após a edição de Convênio unânime do CONFAZ a autorizá-la. As situações são, dessa forma, diversas.

Também não parece possível aplicar ao caso de repercussão geral o decidido pelo STF nos recursos extraordinários suprarreferidos, pois não está em discussão a possibilidade de reprimatizar as legislações originárias – já declaradas inconstitucionais – que concederam os incentivos fiscais unilaterais. Na situação em análise, são outras leis, com objetivos diversos e que não pretendem reeditar aqueles mesmos benefícios, mas apenas conceder remissão a determinados créditos tributários.

Além disso, aqueles precedentes julgaram caso de inconstitucionalidade material (alargamento da base de cálculo prevista constitucionalmente para a

COFINS), ao passo que as leis que editaram os incentivos fiscais no passado foram declaradas inconstitucionais em virtude de vício formal, isto é, por não ter sido obedecido o procedimento previsto para a sua formação, consistente na edição de Convênio do CONFAZ a autorizá-las, já que não há dúvida acerca da competência impositiva dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre o ICMS. Nesse sentido, e considerando que a inconstitucionalidade formal é sanável, legislação superveniente que tenha obedecido ao procedimento previsto constitucionalmente não poderia ser taxada de inconstitucional em razão de vícios de forma presentes nas legislações anteriores.

Ao contrário, a edição, pelo CONFAZ, de convênios unânimes que permitem a remissão dos créditos de ICMS glosados em função dos incentivos fiscais concedidos, no passado, de forma unilateral, reflete verdadeira atividade de cooperação e de coordenação entre as unidades da Federação. Trata-se de instrumento que possibilita a solução de um dos efeitos perversos da chamada Guerra Fiscal em busca do bem-estar coletivo e em respeito às expectativas dos contribuintes que, a partir daqueles incentivos, instalaram empreendimentos que geraram empregos, receita e renda. Esse tipo de solução negociada no âmbito do Federalismo de Cooperação, longe de ser refutado, deve ser prestigiado pelo Tribunal da Federação. Equacionar, ainda que gradualmente, e pacificar, mas definitivamente, Guerra Fiscal entre os estados brasileiros é uma das tarefas mais prementes para a Federação brasileira. Isso é ainda mais necessário diante da grave crise econômica e fiscal.

No primeiro caso, o País caminha para atravessar a pior recessão de sua história republicada e sua superação exige uma retomada firme e sustentada dos investimentos produtivos. Mas, se, em condições de normalidade econômica, muitos empresários já resistiam a decidir investir diante das incertezas jurídicas em torno da validade dos benefícios do ICMS concedidos de forma generalizada pelos entes federados, quer dizer quando o STF passou a condenar de forma sistemática tais incentivos.

No caso da crise fiscal, ela se revela muito mais forte no caso dos governos estaduais, a ponto de um número cada vez maior atrasar pagamentos de fornecedores, dívidas e, até mesmo, salários, impondo uma busca frenética por aumento de receita e que, por vezes, passa pela suspensão parcial, indireta e velada de incentivos antes concedidos. Mas este é o pior caminho para se enfrentar a Guerra Fiscal porque, ao partir para soluções individuais e desordenadas, é bem possível que se trate diferenciadamente os contribuintes, em especial os que concorrem entre si. Muito pior do que o contribuinte ver seu benefício ser reduzido disfarçadamente é temer ou descobrir que o seu concorrente não passou por isso e conseguiu o benefício anterior.

Além dos temores com a recessão na economia, o contribuinte ainda passa a enfrentar riscos crescentes em sua condição de concorrer no mercado competitivo quando alguns estados passam a “desembarcar” da Guerra Fiscal de forma desordenada, descoordenada e intempestiva. Esse cenário retarda e reduz ainda mais a propensão do empresário para investir em aumento futuro

da produção, de modo que se dispara um círculo vicioso em que a economia brasileira acaba por recuar cada vez mais.

A gravidade da crise imposta pela conjuntura econômica tão adversa só reforça a tese jurídica aqui desenvolvida, que é cada vez mais premente uma pactuação federativa em torno da Guerra Fiscal, que exige uma solução negociada e consensuada entre todos os estados.

REFERÊNCIAS

AFONSO, José Roberto et al. **A renúncia tributária do ICMS no Brasil**. Washington: BID, 2014. Disponível em: <<http://goo.gl/AkqTru>>.

AFONSO, José R.; SOARES, Julia M.; CASTRO, Kleber. **Avaliação da estrutura e o desempenho do sistema tributário brasileiro**: livro branco da tributação Brasileira. Washington: BID, 2013. Disponível em: <<http://www.iadb.org/wmsfiles/products/publications/documents/37434330.pdf>>.

ALMEIDA, Vinicius Oliveira de. O Estado de Goiás na guerra fiscal e a justiça distributiva na concepção de John Rawls. **Revista Conjuntura Econômica**, Goiás, n. 23, p. 12-21, dez. 2012.

AMARAL, Gilberto L. et al. **Reflexos e paradigmas da guerra fiscal do ICMS**. 2012. Disponível em: <<http://bit.ly/UbwwIU>>.

ANDRADE, Marcos Alves de. **Renúncia de receita face à lei de responsabilidade fiscal**. 2003. Disponível em: <<http://bit.ly/15ENkSP>>.

AQUINO, Jorge Inácio. **Benefícios fiscais, guerra fiscal e a reforma tributária no Brasil**. 2012. Disponível em: <<http://bit.ly/1fA7NOL>>.

ARAÚJO, Erika Amorim. **Repercussão da guerra fiscal do ICMS nos municípios brasileiros**. Banco Interamericano de Desenvolvimento. Instituições para o Desenvolvimento Divisão de Gestão Fiscal e Municipal. IDB-DP-326. Washington: BID, 2014.

ARAÚJO, Guilherme Rocha; VIANA, Thalissa Fernanda Matos. **Diferenciação da alíquota de ICMS e a guerra fiscal entre os estados**. Disponível em: <<http://bit.ly/15ETGSi>>.

BARATTO, Gedalva; MACEDO, Mariano de Mattos. Regime tributário do ICMS nas transações interestaduais - harmonização tributária ou autonomia estadual?. **Revista Paranaense de Desenvolvimento**, Curitiba, n. 113, p. 9-30, jul./dez. 2007.

BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, estado e constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. **Dilemas do estado federal brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BEVILACQUA, Lucas. **Incentivos fiscais de ICMS e desenvolvimento regional**. São Paulo, IBDT e Quartier Latin, 2013.

BORGES, José Souto Maior. Sobre as Isenções, Incentivos e Benefícios Fiscais Relativos ao ICMS. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 6, p. 69-73, mar. 1996.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei Senado n.º 130/14**. Disponível em: <<http://bit.ly/1QjX1Mx>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE n.º 851.421/DF**. Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário Virtual, Dje 01/09/2015.

_____. **AC n.º 3802/DF**. Rel. Min. Marco Aurélio, Dje 24/04/2015.

_____. **ADI n.º 2.906/RJ**. Rel. Min. Marco Aurélio, Dje 29/06/2011.

_____. **RE 390840**. Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 15/08/2006.

_____. **ADI 56**. Rel. Min. Nelson Jobim, Tribunal Pleno, DJ 29/11/2002.

_____. **ACO 2661 MC-Ref**. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, Dje 09-06-2015.

_____. **RE 197.917/SP**. Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno J: 06/06/2002.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. ADI 3.421: releitura da guerra fiscal do ICMS. In: HORBACH, Beatriz Bastide; FUCK, Luciano Felício (Org.). **O Supremo por seus assessores**. São Paulo: Almedina, 2014. p. 223-34.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Portugal: Almedina, 1999.

CARVALHO, Ivo César Barreto de. Regime Jurídico dos incentivos fiscais. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Regime jurídico dos incentivos fiscais**. São Paulo, Malheiros editores, 2015. p. 267-268.

CARVALHO, Paulo de Barros; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Guerra Fiscal: reflexões sobre a concessão de benefícios no âmbito do ICMS**. São Paulo, Noeses, 2012. p. 22.

CONTI, José Maurício. **Federalismo Fiscal e Fundos de Participação**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

COSTA, Alcides Jorge. **ICM na Constituição e na Lei Complementar**. São Paulo: Resenha Tributária, 1978. p. 125.

DE MELLO, L. The brazilian tax war: the case of value-added tax competition among the states. **OECD Economics Department Working Papers**, France, n. 544, p. 27, 2007.

EUROPEAN COMMISSION. **EU Tax Policy Strategy**. Brussels: European Commission, 2001. Disponível em: <<http://bit.ly/OJODGr>>.

FERREIRA, Sérgio Guimarães; VARSANO, Ricardo; AFONSO, José Roberto. Inter-jurisdictional Fiscal Competition: a review of the literature and policy recommendations. **Political Economy**, v. 25, n. 33, p. 295-313, 2005. Disponível em: <<http://bit.ly/1VOuMY1>>.

FGV. **Impactos Socioeconômicos da Suspensão de Incentivos Fiscais**. Produto 2 A - Relatório Final (Impactos Socioeconômicos I dos Incentivos Fiscais Estaduais). Rio de Janeiro: Federação das Indústrias do Estado de Goiás – FIEG, 2011.

HORTA, Raul Machado. **A autonomia dos estados membros no direito constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: [s.n.], 1964.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. Considerações sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 198 e sobre a constitucionalidade do exercício da função extrafiscal de benefícios de ICMS por legislações estaduais sem prévio convênio autorizativo do CONFAZ. Ausência de guerra fiscal. In: **CONGRESSO NACIONAL DOS PROCURADORES DE ESTADO, 39., 2013, Brasília. Anais...** Brasília: [s.n.], 2013. p. 16.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Isenções, Incentivos e Benefícios Fiscais no ICMS em face da denominada guerra fiscal entre Estados. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Regime jurídico dos incentivos fiscais**. Malheiros: São Paulo, 2015. p. 232.

MELLO, Gustavo Miguez de; SIMÕES, Luiz Carlos Marques. Regime jurídico dos incentivos fiscais. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Grandes questões atuais de direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2011. v. 15. p. 129.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; CAMPOS, Cesar Cunha (Org.). **Federação e guerra fiscal**. São Paulo: FGV Projetos, 2011. v. 3.

SILVA, José Afonso da. Federalismo e autonomias no estado brasileiro: federalismo nominal e federalismo de regiões. In: SIMPOSIUM INTERNACIONAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL AUTONÓMICO, 1. Espanha: Generalitat Valenciana, 1985.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SCAFF, Fernando Facury. **A inconstitucional unanimidade do Confaz e o surpreendente Convênio 70**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 20 out. 2015.

VARSAÑO, Ricardo. A guerra fiscal do ICMS: quem ganha e quem perde. **Planejamento e Políticas Públicas**, Brasília, n. 15, p. 3-19, jun. 1997. Disponível em: <<http://bit.ly/19EDiAQ>>.

- 1 Incentivos fiscais são renúncias de receitas públicas materializadas por instrumentos de política fiscal/tributária, tais como anistia, remissão, crédito presumido, isenção, redução da base de cálculo, moratória, parcelamento, reembolso tributário, subsídios financeiros ou creditícios vinculados a determinado tributo. Para maiores informações, inclusive sobre o percentual da renúncia de ICMS de cada Estado da Federação em função do PIB, da arrecadação desse imposto e dos investimentos realizados, vide AFONSO, J.R. et alli., 2014.
- 2 Exemplificativamente, segue o disposto no Convênio n.º 86/2011, reproduzido, em linhas gerais, pelo Convênio n.º 84/2011:
 Cláusula primeira. Fica suspensa a exigibilidade dos créditos tributários de ICMS resultantes da diferença entre o regime normal de apuração e o tratamento tributário decorrente da opção do contribuinte pelo regime de apuração do ICMS previsto na Lei Distrital n.º 2.381, de 20 de maio de 1999, revogada pela Lei Distrital n.º 4.100, de 29 de fevereiro de 2008, que também extinguiu os Termos de Acordo de Regime Especial decorrentes da lei revogada (...)
 Parágrafo único. Fica concedida, desde que atendidos os requisitos da cláusula terceira deste convênio, remissão dos créditos tributários suspensos na forma do caput, nos termos finais de sua suspensão.
 (...)
 Cláusula terceira. O Distrito Federal, nos termos deste convênio e a partir de sua celebração, acorda em não conceder ou prorrogar incentivos ou benefícios fiscais vinculados ao ICMS, em operações interestaduais, concedidos com base na norma referida na cláusula primeira, ressalvada a concessão ou prorrogação na forma prevista da Lei Complementar n.º 24, de 7 de janeiro de 1975. (sem grifos no original)
- 3 Vale reproduzir o previsto na Constituição Federal.
 Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
 II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 3, de 1993)
 § 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:
 XII - cabe à lei complementar:
 g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.
 Art. 1º - As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei.
 Art. 2º - Os convênios a que alude o art. 1º, serão celebrados em reuniões para as quais tenham sido convocados representantes de todos os Estados e do Distrito Federal, sob a presidência de representantes do Governo federal.
 § 2º - A concessão de benefícios dependerá sempre de decisão unânime dos Estados representados; a sua revogação total ou parcial dependerá de aprovação de quatro quintos, pelo menos, dos representantes presentes.
- 4 Manifestação na repercussão geral no RE 851421.
- 5 Segundo ARAUJO; VIANA, 2012, “A guerra fiscal se caracteriza por concessões unilaterais, ao arripio da Lei, de benefícios e incentivos fiscais para atrair investimentos. Esses incentivos são dados no âmbito do ICMS, imposto estadual que tributa a circulação de mercadorias e determinados serviços. Entre as diversas vertentes de benefícios, o financiamento em longo prazo do pagamento do ICMS é mais largamente empregado. O objetivo é facilitar, ao máximo, a instalação da empresa. Ocorre que, no intuito de conceder reduções e/ou isenções nas alíquotas de ICMS, os Estados e o Distrito Federal devem firmar, por expressa disposição legal, convênios entre si. Esses convênios devem ser firmados no âmbito do CONFAZ – Conselho Nacional de Política Fazendária, constituído por membros do Governo Federal e secretários de Fazenda de cada membro federativo. O CONFAZ foi instituído por meio da Lei Complementar n. 24, de 07 de outubro de 1975, a qual determina, ainda, que a concessão de um benefício depende, necessariamente, da decisão unânime dos Estados representados e estabelece penalidades em casos de descumprimento. A guerra fiscal corre, simplesmente, à revelia da LC n. 24/75 e da própria Constituição da República (art. 155, § 2º, XII, “g”). Qualquer isenção, incentivo, redução de alíquota ou de base de cálculo, crédito presumido, dispensa de pagamento ou outro benefício fiscal relativo ao ICMS, concedido sem prévia aprovação em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, é inconstitucional. Toda essa incongruência do Sistema Tributário brasileiro poderia, facilmente, ser solucionada com a simples obediência à Lei Complementar n.º 24/75, embora se reconheça que existe, atualmente, um empenho institucional no sentido de evitar que os Estados continuem a conceder benefícios relativos

ao ICMS unilateralmente, prejudicando o equilíbrio tributário nacional.”

Conforme apontam AFONSO, SOARES e CASTRO (2013), a competição fiscal ocorre no Brasil desde 1920, passando pela criação do ICM, em 1965, e do CONFAZ, em 1970, sendo este último um órgão destinado a controlar e a coordenar as disputas entre os Estados no que respeita aos incentivos fiscais ancorados no ICMS.

- 6 Ação Cautelar (AC) n.º. 3802/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, Dje 24/04/2015.
- 7 Idem.
- 8 Pela ótica da avaliação econômica da Guerra Fiscal, especificamente para revisitar a literatura da concorrência fiscal, que é um fenômeno internacional, ver FERREIRA, VARSANO e AFONSO (2005). Além disso, destaque-se que a Guerra Fiscal produz efeitos econômicos não apenas sobre os Estados que competem entre si, mas repercute também sobre os Municípios no que se refere à repartição constitucional da receita de ICMS (cota-parte). A propósito, confira: ARAÚJO, 2014.
- 9 Idem.
- 10 ADIN n.º 2.906/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, Dje 29/6/2011.
- 11 RE 390840, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 15/08/2006.
- 12 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Portugal: Almedina, 1999.
- 13 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- 14 “Essa incompatibilidade vertical de normas inferiores (leis, decretos etc.) com a constituição é o que, tecnicamente, se chama *inconstitucionalidade das leis ou dos atos do Poder Público*, e que se manifesta sob dois aspectos: (a) *formalmente*, quando tais normas são formadas por autoridades incompetentes ou em desacordo com formalidades ou procedimentos estabelecidos pela constituição; (b) *materialmente*, quando o conteúdo de tais leis ou atos contrairá preceito ou princípio da constituição.” (SILVA, 1999)
- 15 E a inconstitucionalidade formal pode ser sanada, a partir da obediência ao procedimento constitucionalmente previsto. Na ADI 56 (Relator Ministro NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 03/10/2002, DJ 29/11/2002), por exemplo, o STF julgou parcialmente prejudicada a ação direta, pois entendeu que “O vício de iniciativa foi sanado em face da apresentação de Projeto de Lei, por parte do Executivo, de idêntica matéria.”
- 16 CONTI, José Maurício. **Federalismo Fiscal e Fundos de Participação**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- 17 “a relação entre federalismo e cooperação surge na etimologia da palavra federal, que deriva de *foedus amicitiae*, pacto, ajuste, convenção, tratado, e entra na composição de laços de amizade, *foedus amicitiae*, ou de união matrimonial, *foedus thalamni*” (HORTA, 1964)
- 18 SILVA, José Afonso da. Federalismo e autonomias no estado brasileiro: federalismo nominal e federalismo de regiões. In: SIMPOSIUM INTERNACIONAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL AUTONÓMICO, 1. Espanha: Generalitat Valenciana, 1985.
- 19 BERCOVICI, 2000.
- 20 “A Constituição da República confere ao Supremo Tribunal Federal a posição eminente de Tribunal da Federação (CF, art. 102, I, “F”), atribuindo a esta Corte, em tal condição institucional, o poder de dirimir controvérsias que, ao irromperem no seio do Estado Federal, culminam, perigosamente, por antagonizar as unidades que compõem a Federação. Essa magna função jurídico-institucional da Suprema Corte impõe-lhe o gravíssimo dever de velar pela intangibilidade do vínculo federativo e de zelar pelo equilíbrio harmonioso das relações políticas entre as pessoas estatais que integram a Federação brasileira. A aplicabilidade da norma inscrita no art. 102, I, “F”, da Constituição estende-se aos litígios cuja potencialidade ofensiva revela-se apta a vulnerar os valores que informam o princípio fundamental que rege, em nosso ordenamento jurídico, o pacto da Federação”. (ACO 2661 MC-Ref, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 13/05/2015, PROCESSO ELETRÔNICO Dje-109 DIVULG 08-06-2015 PUBLIC 09-06-2015)
- 21 Vide sobre o tema: SILVA, 2005.
- 22 HORTA, Raul Machado. **A autonomia dos estados membros no direito constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: [s.n.], 1964.
- 23 PLS n.º 130/14: “Dispõe sobre convênio que permita aos Estados e ao Distrito Federal deliberar sobre a remissão dos créditos tributários, constituídos ou não, decorrentes de isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais instituídos em desacordo com o disposto no art. 155, § 2º, inciso XII, alínea ‘g’, da Constituição Federal e a reinstituição das respectivas isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais”.

- 24 Segundo o art. 23, § 6º, da CF/67: “As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos fixados em convênios, celebrados e ratificados pelos Estados, segundo o disposto em lei complementar”. Sobre o caráter impositivo dos Convênios, vide: RE 96.545, Min. Moreira Alves, J. 01/09/82. No mesmo sentido, COSTA (1978), comentando o art. 23, §6º, da Constituição de 1967/69, afirmou que, “mesmo na ausência da lei complementar nele referida, os Estados não podiam conceder isenções a não ser através de convênio.” *ICM na Constituição e na lei complementar*” (p. 125).
- 25 Há três posições diferentes sobre a constitucionalidade do quorum da unanimidade no CONFAZ. A primeira corrente o considera inconstitucional (KAUFMANN, 2013; SCAFF, 2015; SILVEIRA e SCAFF, 2015; MELLO E SIMÕES, 2011; CARVALHO, 2015; CARVALHO, 2012). A segunda posição o considera decorrência direta da constituição (MARTINS, 2015; COSTA, 1978). A terceira corrente, que nos parece a mais adequada, considera constitucional o quorum da unanimidade, embora admita a possibilidade de modificá-lo na via legislativa própria e desde que haja consenso político para tanto (VIANA e NETO, 2015).
- 26 Sobre os aspectos conceituais e teóricos dos incentivos e os efeitos econômicos da tributação sobre a alocação de recursos nos negócios, vide: FERREIRA, VARSANO E AFONSO, 2005.
- 27 A exigência de unanimidade está contemplada no art. 113, em meio ao capítulo sobre *tax provisions*, do Tratado da União Europeia. Disponível em: <<http://bit.ly/OJOWL2>>. Em um cenário similar ao brasileiro, aquela União adota um imposto sobre valor adicionado (IVA), e o papel de cada país que integra tal comunidade é próximo ao de cada estado em relação ao ICMS brasileiro – vale ver sua estratégia de política fiscal em EUROPEAN COMMISSION, 2001 – ou ainda, em sua página de seu portal na internet disponível em: <<http://bit.ly/OJODGr>>. VARSANO comenta: “(...) que a European Comission (que é um órgão assessor da UE) vem propondo já há algum tempo maioria qualificada para assuntos tributários (para facilitar a harmonização), mas a proposta tem sido rejeitada por países membros e, em particular, não foi incluída no Tratado de Lisboa que vai estar em vigor a partir de 2014.”
- 28 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Portugal: Almedina, 1999.
- 29 A FGV demonstrou que empreendimentos instalados e operados graças a incentivos de ICMS produzem efeitos multiplicadores não só da arrecadação, como também do PIB e do emprego. Um dos projetos analisados pela FGV está instalado no Distrito Federal e, sozinho, viabilizou cerca de 1,2% da sua arrecadação tributária, no ano de 2010 (p. 25). (FGV - Impactos Socioeconômicos da Suspensão de Incentivos Fiscais, Rio de janeiro, 16 de setembro de 2011)
Para uma análise empírica sobre a concorrência horizontal entre os Estados em torno do ICMS, no período de 1985 a 2001, vide: DE MELLO, 2007.
- 30 Dados extraídos das informações prestadas pelo Distrito Federal no Processo n.º. 2003011008145-4 (0008145-71.2003.807.0001 – Tribunal de Justiça do Distrito Federal – AREsp 351.884 – íntegra eletrônica obtida no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça).
- 31 RE 197.917/SP, Rel. Min. Mauricio Corrêa, J. 06/06/2002, Voto Ministro Gilmar Mendes.
- 32 Com menos de um ano de vigência da CF/1988, em 27.9.1989, o STF concedeu medida cautelar na ADI-MC 84/MG, Rel. Min. Sydney Sanches, Pleno, DJ 6.10.1995, para suspender normas da Constituição do Estado de Minas Gerais que concediam isenção de ICMS em hipóteses não autorizadas por convênios. A quantidade de ações diretas sobre o assunto é tão expressiva que o STF já organizou mutirões para julgamento conjunto de normas estaduais, como ocorrido em 1º.6.2011, em que 14 ações diretas de inconstitucionalidade foram apreciadas em conjunto (Informativo 629/STF). A propósito, cf. MENDES, 2011; BORGES, 1996. E CAMPOS, 2014.
- 33 ADI 2.548/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJ 15.6.2007.
- 34 ADI 3.664/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, Pleno, DJ 21.9.2011.
- 35 ADI 1.587/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, Pleno, DJ 7.12.2000.
- 36 ADI-MC 1.179/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, DJ 12.4.1996.
- 37 ADI 2.345/SC, Rel. Min. Cezar Peluso, Pleno, Dje 5.8.2011.
- 38 ADI 286/RO, Rel. Min. Mauricio Corrêa, Pleno, DJ 30.8.2002.
- 39 ADI 1.276/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, DJ 29.11.2002.
- 40 ADI 3.809/ES, Rel. Min. Eros Grau, Pleno, DJ 14.9.2007.
- 41 Cf. o depoimento do ex-governador do Estado de Mato Grosso, Blairo Maggi. In: MENDES, Gilmar Ferreira & CAMPOS, Cesar Cunha (org.). *Federação e Guerra Fiscal*. vol. 3. São Paulo: FGV Projetos, 2011. p. 41-45.

- 42 A propósito, cf. a ADI-MC 2.021/SP, Rel. Min. Mauricio Corrêa, Pleno, DJ 18.5.2001. Na oportunidade, o Estado de São Paulo substituiu a Lei paulista 10.231 de 12.3.1999, antes que o STF concluísse o julgamento da respectiva ação direta de inconstitucionalidade (ADI 1.978-SP, Rel. Min. Nelson Jobim), pela Lei paulista 10.327, de 15.6.1999. Ressalte-se que essa segunda lei paulista previa vigência de apenas três meses, contando com as limitações da Suprema Corte de apreciar, em tão curto tempo, a questão constitucional.
- 43 Art. 102, §2º, CF/88: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, **relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta**, nas esferas federal, estadual e municipal” (grifo nosso).
- 44 A propósito, cf. VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo Institucional e Controle de Constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

THE CONSTITUTIONALITY OF AGREEMENTS CELEBRATED AMONG STATES ON TAX INCENTIVES

ABSTRACT

The Supreme Federal Court will judge whether it is possible to pardon tax credits arising from incentives granted unilaterally by the states and the Federal District, if CONFAZ subsequently agreed on the matter. Given that formal unconstitutionality may be remedied, any supervening legislation that followed constitutional procedure could not be labeled as unconstitutional due to procedural defects present in previous legislation. This is not about modulating the effectiveness of any laws that have previously been deemed unconstitutional. The most recent pieces of legislation, based on the principle of separation of powers and on the federal pact, deal with another matter, i.e., the legal treatment of tax claims resulting from the use of tax benefits declared as unconstitutional. The prohibition of the aforementioned remission would withdraw from the states that make up the Federation one of the instruments that, in the context of federalism, coordination and cooperation, allows for negotiation around problems concerning Tax War, in search of the collective well-being, while respecting the expectations of taxpayers.

Keywords: Supreme Federal Court. Tax war. Remission. CONFAZ. Federal Pact. Federalism. Cooperation. Legal certainty.

Submetido: 7 mar. 2016

Aprovado: 13 maio 2016

PARA UMA FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA DAS DECISÕES: O PROBLEMA DO SINCRETISMO METODOLÓGICO INTERPRETATIVO

Renata Nascimento Gomes*

Rafael Lazzarotto Simioni**

1 Considerações introdutórias. 2 Sobre o habeas corpus. 3 A proporcionalidade e a regra da ponderação de valores. 4 O substancialismo e o procedimentalismo. 5 Dignidade da pessoa humana: o problema do conceito na hermenêutica filosófica e as implicações da falta dele. 6 O direito como integridade. 7 O discurso de justificação e o abuso de direito. 8 O problema do sincretismo metodológico interpretativo. 9 Considerações finais. Referências.

RESUMO

Esta pesquisa objetiva analisar linhas do discurso de fundamentação do Habeas Corpus nº 82424/RS à luz de algumas teorias de interpretação da decisão e análise do discurso, numa perspectiva macroestrutural, entre elas, a da Proporcionalidade de Robert Alexy, a do Abuso de direito de Klaus Günther, a do Procedimentalismo Discursivo de Jürgen Habermas e a do Direito como Integridade de Ronald Dworkin. Partindo de uma breve descrição do “caso Ellwanger”, objeto do Habeas Corpus, propõe-se uma análise crítica dos diversos problemas de correção, adequação e legitimidade que a adoção, em uma mesma decisão, de métodos reciprocamente incompatíveis de interpretação jurídica. Para que seja possível a análise crítica dos efeitos da utilização, no contexto de uma mesma decisão, de diferentes teorias que partem de pressupostos completamente distintos, e como medida de garantia de uma maior proximidade da necessária imparcialidade, esta abordagem optou por uma análise desvinculada, sem adotar um referencial teórico específico. Como resultado, chama-se a atenção para a

* Mestra em Direito, com área de concentração em Constitucionalismo e Democracia pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional (ABDPC). Professora da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM) e dos cursos de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais de Poços de Caldas (PUCMINAS) e Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Extrema (FAEX). <renatanascimento@gmail.com>.

** Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra, Doutor em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos (Unisinos). É professor da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM) e da Universidade do Vale do Sapucaí (Univás). <simioni2010@gmail.com>.

importância da aplicação adequada das teorias interpretativas e metodológicas da decisão.

Palavras-chave: Abuso de direito. Fundamentação das decisões. Integridade do Direito. Ponderação de valores. Sincretismo metodológico interpretativo.

1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Considerando o dever constitucional de fundamentar adequadamente as decisões, questiona-se: seria possível construir um argumento jurídico coerente e válido partindo-se de uma teoria deontológica do direito com a finalidade de se alcançar uma resposta considerada correta fundada em termos axiológicos de uma ponderação de valores?

Esta pesquisa tem como objetivo analisar o problema do sincretismo metodológico interpretativo no que tange à adequação e à legitimidade da fundamentação das decisões, utilizando elementos da fundamentação da decisão do *Habeas Corpus* nº. 82.424-2, do Rio Grande do Sul, do voto do Ministro Celso de Mello na perspectiva de algumas das teorias de análise do discurso e demonstrar a impossibilidade de se construir uma decisão constitucionalmente adequada e legítima partindo de uma argumentação metodologicamente equivocada.

Para tanto, inicialmente, faz-se necessária uma breve descrição do caso Siegfried Ellwanger, que trouxe à tona a questão do alcance do crime de racismo, se, em específico, poderia ser utilizado para condutas consideradas racistas contra judeus, e, nesse caso, a sua imprescritibilidade, em face da liberdade de expressão, que gerou o referido *Habeas Corpus* julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

Numa perspectiva macroestrutural, o objeto da pesquisa será desenvolvido sob a ótica de algumas das teorias de interpretação da decisão e análise do discurso, como as concepções de proporcionalidade de Robert Alexy, do abuso de direito de Klaus Günther, da teoria procedimentalista discursiva de Jürgen Habermas, o direito como integridade de Ronald Dworkin.

Em razão da natureza do objeto do trabalho e, para que seja possível a análise crítica dos efeitos da utilização, no contexto de uma mesma decisão, de diferentes teorias que partem de pressupostos completamente distintos, e como medida de garantia de uma maior proximidade da necessária imparcialidade, esta abordagem optou por uma análise desvinculada, sem adotar um referencial teórico específico. E, como método, utilizou-se o analítico, a partir de elementos de fundamentação do voto do ministro Celso Mello no HC 82424-2/RS para a análise da atuação na fundamentação das decisões do Supremo Tribunal Federal no que tange a decisões complexas.

2 SOBRE O HABEAS CORPUS

Antes de iniciarmos nossa análise, faz-se necessária uma breve descrição do *Habeas Corpus*, bem como do caso que o gerou. O julgamento do HC 82424¹ ajuizado pela defesa do editor Siegfried Ellwanger foi concluído por maioria de sete a três, negando o recurso. Vencidos os ministros Moreira Alves, Marco Aurélio e Carlos Ayres Britto. Esse HC levou nove meses para ser julgado no Supremo Tribunal Federal, e o resultado manteve a condenação imposta pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul por crime de racismo.

O HC teve a participação, como *amicus curiae*, do prof. Celso Lafer, o qual sustentou que a noção de racismo não se resume apenas à raça negra. Que a divisão de raça é uma construção sócio-política. Assim, como os judeus não são raça, os negros também não. Essa participação exerceu grande influência nos votos, expressamente, inclusive no voto do ministro Celso de Mello, que servirá de base para a nossa análise.

O parecer do Procurador-Geral da República, Cláudio Fonteles, afirmou que o *Habeas Corpus* é instrumento propício para tal discussão jurídica e pugna pelo indeferimento do pedido baseado no fato de que, na Lei n. 8.081/90, a prática de racismo contempla discriminação não só a raça e a cor, mas também a religião, etnia ou procedência nacional, valendo-se dos meios de comunicação social, ou de publicação de qualquer natureza.²

O ministro Celso de Mello em seu voto resumiu o caso da seguinte forma:

Vê-se, portanto, que a controvérsia suscitada na presente causa consiste em saber se a prática do anti-semitismo subsume-se, ou não, à noção mesma de racismo, notadamente para efeito de incidência da cláusula da imprescritibilidade constante do art. 5º, XLII da Carta da República.³

Assim a atuação do STF nesse caso estaria restrita à análise da questão da imprescritibilidade do delito em decorrência de este ser, ou não ser, considerado crime de racismo. No entanto, o conflito entre direitos fundamentais: a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana, como veremos, também entrou na discussão.

A seguir passaremos a analisar brevemente alguns aspectos do voto do ministro Celso de Mello, relacionados às teorias de interpretação das decisões.

3 A PROPORCIONALIDADE E A REGRA DA PONDERAÇÃO DE VALORES

Argumentou o ministro Celso de Mello, em seu voto, que:

[...] em um contexto de liberdades aparentemente em conflito, que a colisão dele resultante há de ser equacionada, utilizando-se, esta Corte, do método - que é apropriado e racional - da ponderação de bens e valores [...]⁴

Frequentemente o Supremo Tribunal Federal brasileiro adota a técnica da ponderação de valores de Robert Alexy para solução de casos de colisão de direitos fundamentais. Nessa concepção, argumenta o autor que não existe uma contradição propriamente entre os princípios. Para ele, os princípios são “mandados de otimização”⁵, que não possuem conteúdo preestabelecido, admitindo, portanto, o cumprimento parcial⁶. Para casos como estes, que, segundo o autor, tratar-se-ia de uma colisão de princípios, ele estabeleceu um procedimento, denominado por ele de ponderação, que é realizado em etapas as quais brevemente serão elencadas a seguir.

A primeira etapa, após a definição que passa pelo filtro da separação entre regras e princípios, o que se segue é o denominado juízo de adequação, ou a máxima de adequação razoável, que pretende determinar se o meio utilizado em questão é correto, se é adequado ou não para atingir os fins a que se destina, a satisfação das exigências do princípio em relação às exigências do outro princípio em colisão.

Num segundo momento, é realizado o juízo de necessidade, ou a máxima da necessidade, que é analisar a possibilidade de otimização dos meios em relação aos fins, estabelecendo uma mediação, um meio termo, entre a completa satisfação de um princípio e o afastamento por completo do outro, numa tentativa de minimizar ao máximo grau de prejuízo do princípio violado⁷. Se, no caso concreto, o juiz constatar que a forma proposta de realizar o princípio em detrimento do outro não é a única ou a mais plausível, ele pode propor outro meio e aqui está uma importante crítica à teoria de Alexy na medida em que, em assim agindo, o decisor está, na verdade, sendo ativista, decidindo sobre política pública, que, pelo respeito ao princípio democrático, é da competência do Executivo⁸, por exemplo.

A última etapa é a denominada proporcionalidade em sentido estrito, lei de colisão ou lei da ponderação, que impõe a regra de se ponderar entre as diversas soluções jurídicas possíveis para aquele caso em concreto, estabelecendo um juízo de precedência na aplicação de um princípio em detrimento de outro. Como crítica, a literatura jurídica aponta que a teoria de Alexy como uma visão utilitarista, pragmática, a aplicação dos princípios se dá com base nas circunstâncias fáticas do caso concreto e na medida das possibilidades, buscando o custo-benefício que é determinado pelo juiz.

Essa concepção, quando aplicada nos casos de colisão de direitos fundamentais, como o Supremo Tribunal Federal vem utilizando, e a doutrina aponta como a teoria da Jurisprudência dos valores, ou seja, a teoria “Alexyana à brasileira”⁹ transforma o STF em uma espécie de Assembleia Constituinte, na medida em que ele se utiliza de argumentos pragmáticos, ético-políticos. Outra crítica apontada à aplicação dessa concepção é a de corroborar para o decisionismo, a insegurança jurídica, o distanciamento dos ditames constitucionais que exigem a leitura deontológica e não hierarquizada dos direitos fundamentais, afrontando a supremacia da Constituição.

4 O SUBSTANCIALISMO E O PROCEDIMENTALISMO

Partindo da constatação de que os dois modelos, substancialista e procedimentalista, serão analisados dentro da ótica democrática, passaremos a abordar brevemente alguns elementos contrastantes entre os dois.

O paradigma procedimentalista do direito busca proteger, conforme Habermas, as condições do procedimento democrático de forma prioritária. Isso implica que um determinado tema poderá ser debatido na esfera pública política a qualquer momento. Isso pressupõe, porém, a adesão da opinião pública, seja por pelo parlamento seja pela administração. O núcleo procedimentalista seria a mediação recíproca entre a soberania do povo, institucionalizada juridicamente e a não institucionalizada. Ele assevera que:

Para prevenir os ataques à proteção do direito individual [...] devem ser tomadas cautelas, tais como a extensão das cláusulas restritivas, a dinamização da proteção dos direitos fundamentais, formas de proteção do direito coletivo, etc. O paradigma procedimental do direito orienta o olhar do legislador para as condições de mobilização do direito. Quando a diferenciação social é grande e há ruptura entre o nível de conhecimento e a consciência de grupos virtualmente ameaçados, impõem-se medidas que podem “capacitar os indivíduos a formar interesses, a tematizá-los na comunidade e a introduzi-los no processo de decisão do Estado”.¹⁰

Na teoria substancialista, há a valorização da Constituição como instrumento de concretização dos direitos e garantias fundamentais-sociais, resguardando o próprio Estado Democrático de Direito, sem desconhecer a politização do Direito, decorrente da ausência de políticas públicas eficazes.

Na concepção substancialista, a jurisdição assume o papel de “guardião dos valores materiais positivados na Constituição”. Isso porque seria a própria jurisdição quem limitaria a atuação do intérprete. A teoria substancialista não distingue, portanto, discursos de fundamentação dos discursos de aplicação. Nesse sentido, fundamentar e aplicar estão intrinsecamente ligados. A teoria substancialista defende que a situação concreta funciona como parâmetro para a resposta correta, adequada à constituição.¹¹

Por outro lado, não haveria espaço no procedimentalismo, para corrigir as escolhas feitas pelo legislador infraconstitucional ou pelo Executivo, já que há preocupação apenas com o procedimento. No entanto, o controle de constitucionalidade por meio do Judiciário é necessário.

Levando-se em consideração a omissão na execução de políticas públicas, a utilização de mecanismos de realização material de direitos substantivos previstos na Constituição torna-se cada vez mais necessária. A implementação desses direitos é verdadeira condição de possibilidade da validade da Constituição, o que dá legitimidade ao Judiciário em concretizar o conteúdo democrático por ela previsto.

No entanto, as decisões de caráter substancialista não devem ser confundidas com ativismo judicial, trata-se de concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição. A essência das teorias substancialistas está, argumentam seus teóricos, na defesa da autonomia do direito como uma ordem de validade, representada pela força normativa de um direito produzido democraticamente, não dominado pela economia, política ou moral particular.

Ainda resta apontar que o voto do ministro ainda traz outro elemento importante para a nossa análise:

[...] a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de se resultar da utilização, pelo Supremo Tribunal Federal, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, “hic et nunc”, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso concreto, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial (mínimo existencial) dos direitos fundamentais [...].¹²

Entendemos que seja necessário pontuar que, ao contrário do que argumenta o voto do ministro Celso Mello, apoiado na doutrina de Sarmento¹³, entre outros, ponderar é flexibilizar. A ocorrência de conflitos implica, na teoria procedimentalista de Alexy, uma ponderação entre princípios, necessariamente, como se estes funcionassem, ou até mesmo pudessem ser concebidos, como valores ou bens¹⁴. Como mandados de otimização, como dissemos acima, os princípios para a concepção alexiana são aplicados na medida do possível, portanto não teriam um conteúdo inflexível, lidos como regras de tudo ou nada, como a noção de princípios deontológicos da Constituição Federal como previstos nas teorias substancialistas.

5 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: O PROBLEMA DO CONCEITO NA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E AS IMPLICAÇÕES DA FALTA DELE

Após o advento da Constituição de 1988, o Direito se distancia do positivismo e da hermenêutica clássica e se aproxima da hermenêutica filosófica assumindo, pois, um viés transformador. O silogismo de subsunção não pode mais resolver as questões sociais complexas cada vez mais encampadas pelo direito. O direito não se restringe mais ao que está escrito e aos conceitos preconcebidos e engessados. A sociedade moderna é dinâmica e o direito deve acompanhar esse movimento, sem, contudo, perder seu caráter garantidor de direitos já conquistados. O discurso majoritário, dentro da esfera do direito e até mesmo fora dele, está centrado nos direitos fundamentais, principalmente na dignidade da pessoa humana.

Nesse ponto da discussão, é necessário apontar que a dignidade humana é frequentemente utilizada pelos ministros do Supremo Tribunal Federal como

o princípio mais importante, como superior em relação aos demais direitos fundamentais. O ministro Celso Mello ressaltou em seu voto no HC 82424-2, que estaria em debate a definição de um dos mais expressivos “valores” do Estado Democrático de Direito: o princípio da dignidade da pessoa humana, elemento fundamental da República:

Hoje, está em debate, nesta Corte, questão que se projeta com máxima intensidade na definição de um dos mais expressivos valores, cujo respeito confere legitimação ético-jurídica à ordem normativa sobre a qual se edifica e se estrutura o próprio Estado Democrático de Direito. Refiro-me ao princípio indisponível da dignidade da pessoa humana, que, mais do que elemento fundamental da República (CF, art. 1º, III), representa o reconhecimento de que reside, na pessoa humana, o valor fundante do Estado e da ordem que lhe dá suporte institucional.¹⁵

No entanto, entendemos que o próprio conceito de dignidade, por ser indefinido, tem um potencial de arbitrariedade quando utilizado de maneira única na fundamentação da decisão. Pode-se questionar, inclusive, se como eles defendem a supremacia da dignidade, a liberdade de expressão não estaria inserida no próprio conceito de dignidade. Mas e a intimidade? E a intangibilidade física? E, se concebermos que todos os princípios então estivessem inseridos no conceito de dignidade, como confrontá-los?

E mais. Em assim sendo, essa concepção de “super princípio” se aplicaria nos demais casos de concorrência de direitos fundamentais? Mas quais as compreensões prévias e quais contextos fáticos da realidade histórica, política e cultural levaram a essa delimitação? Percebe-se então um elevado grau de arbítrio nesse juízo, o que, no atual contexto deve ser evitado em respeito aos ditames do Estado Democrático de Direito, da teoria dos direitos fundamentais e da história do constitucionalismo.¹⁶

Além da questão da dignidade como um supraprincípio, o ministro Celso de Mello declarou que, para se definir o crime de racismo, seria imprescindível levar em consideração a dimensão cultural e sociológica do termo. Ele asseverou que a linha de interpretação restritiva que argumentava que os judeus não seriam uma raça poderia resultar na inação jurídica, convertendo a prática do racismo em crime impossível pela inexistência do objeto, ou seja, das raças. Em seu voto, declara que, para ele,

[...] a noção de racismo – ao contrário do que equivocadamente sustentado na presente impetração – não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, projetando-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica, além de caracterizar, em sua abrangência conceitual, um indistigável instrumento de controle ideológico [...].¹⁷

Barroso trouxe mais elementos a esta última discussão que entendemos importantes para a nossa análise:

Em primeiro lugar, a argumentação jurídica deve ser capaz de apresentar fundamentos normativos (implícitos que sejam) que a apoiem e lhe deem sustentação. Ou seja: não basta o bom senso e o sentido de justiça pessoal – é necessário que o intérprete apresente elementos da ordem jurídica que referendam tal ou qual decisão. Embora óbvia, essa exigência tem sido deixada de lado com mais frequência do que se poderia supor, substituída por concepções pessoais embaladas em uma retórica de qualidade.¹⁸

Com o distanciamento com o positivismo e da busca da verdade absoluta, que antes era revelada pelos sábios, o “saber” jurídico não se encontra mais atrelado ao ente, nem dominado pela sua estrutura. Como todo o conhecimento, ele deve ser dinâmico. Além de Barroso, e, na mesma direção dele, Streck argumentou que:

[...] o importante e decisivo não está em saber o que são as coisas em si, mas saber o que dizemos quando falamos delas, o que queremos dizer com, ou que significado têm as expressões linguísticas (a linguagem) com que manifestamos e comunicamos esse dizer das coisas.¹⁹

Assim, conforme Streck, não há um sentido oculto na norma que seja passível de ser alcançado de forma essencial, nem um sentido imanente que faça a ligação entre significante e significado, como um objeto que possa ser buscado, por meio de um processo interpretativo-objetivante, pelo sujeito cognoscente. Mas isso não quer dizer que o intérprete esteja livre para atribuir o significado que desejar ao texto. O “sujeito interpretante” está limitado em sua atividade interpretativa por estar inserido no mundo linguisticamente constituído.²⁰

6 O DIREITO COMO INTEGRIDADE

A discussão sobre o papel dos princípios, como frequentemente ocorre nas decisões do STF, e, principalmente nesse HC concedido pelo ministro Celso Mello e outros, assume dimensões importantes, superando a distinção puramente semântica entre regras e princípios, chegando à discussão da noção de Direito como integridade. Para analisarmos essa questão, vamos buscar, em Dworkin, a teoria de Direito como integridade.

Acerca da integridade, em Dworkin, encontramos a distinção da integridade na legislação, que exige que as normas sejam criadas de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade; da integridade na decisão, que requer, na medida do possível, que os julgadores tratem os sistemas de normas como um conjunto coerente de princípios que “interpretem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas.”²¹

Dessa forma, o decisor deverá levar em consideração não somente a legislação, mas também princípios e precedentes jurisprudenciais. Mas, aqui cabe uma ressalva. Pela teoria de Dworkin, ainda que a história e precedentes sejam aspectos importantes, não é necessário que o decisor entenda as leis como

uma continuidade do Direito de uma geração anterior, ou seja, o Direito como integridade se localizaria no presente e se voltaria para o passado somente na medida em que as circunstâncias exigissem essa digressão. Assim, não se pretende recuperar ideais ou objetivos passados e, nesse sentido, Dworkin afasta o argumento de que “lei é lei”.²²

Outra importante questão dentro da discussão do Direito como integridade, ainda em Dworkin, é a coerência principiológica do sistema de normas que entende as comunidades políticas como “comunidades de princípios”, comunidade na qual o grupo considera que as obrigações que existem entre seus membros inexistem perante outras pessoas que a ele não pertençam. Conforme Dworkin, os comandos do Direito são obedecidos porque vivemos em uma “comunidade de princípios”. Ele assevera que a comunidade de princípios não seria automaticamente justa. No entanto, em sociedades moralmente pluralistas, esse modelo forneceria melhores respostas às pessoas quando estas divergem sobre questões de justiça e equidade:

Os membros de uma sociedade de princípio admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos gerais, dos sistemas de princípios que essas decisões pressupõem e endossam. Assim, cada membro aceita que os outros têm direitos, e que ele tem deveres que decorrem desse sistema, ainda que estes nunca tenham sido formalmente identificados ou declarados.²³

Em outras palavras, uma comunidade de princípios não concebe a legislação da mesma maneira que uma comunidade baseada em códigos. Para uma comunidade de princípios, a legislação seria uma decorrência do compromisso da comunidade com o precedente de moral política.²⁴

Dworkin, comparando os processos interpretativos no Direito aos processos interpretativos literários, constrói a metáfora do “romance em cadeia”:

Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista em cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo que é então acrescentado ao que recebeu para escrever um novo capítulo que é acrescentado ao que recebe o romancista seguinte e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade da tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade.²⁵

Da mesma forma, segundo Dworkin, os julgadores, ocupando uma posição semelhante à de escritores em cadeia, teriam a função de dar um nexo lógico à história. Devem considerar o já dito, mas não estão limitados à jurisprudência. Eles podem mudar o rumo da história de acordo com as possibilidades verificadas no presente.

Para Dworkin, o Direito é um conceito interpretativo e, rejeitando o convencionalismo e o pragmatismo, reitera a adoção de uma concepção do Direito como integridade, que compreende doutrina e jurisdição. Isso faz com que “o conteúdo do direito não dependa de convenções especiais ou de cruzadas independentes”, mas de interpretações mais refinadas e concretas da prática jurídica. Assim, a integridade não se impõe por si mesma. É necessário o julgamento, mas esse julgamento deve ser estruturado por diferentes dimensões de interpretação e diferentes aspectos destas. Dessa forma, “o julgamento interpretativo deve observar e considerar essas dimensões; se não o fizer, é incompetente ou de má-fé, simples política disfarçada”.²⁶

7 O DISCURSO DE JUSTIFICAÇÃO E O ABUSO DE DIREITO

Em sede de voto do HC, o ministro Celso de Mello declarou que “só existe uma raça: a espécie humana”, e que “Aquele que ofende a dignidade de qualquer ser humano, especialmente quando movido por razões de cunho racista, ofende a dignidade de todos e de cada um”. Ele argumentou que o caso não trazia a ocorrência de uma situação de conflitos de direitos, pois, quando se trata do livre objeto de expressão do pensamento, há de se buscar inibir os comportamentos abusivos diante da incolumidade dos direitos personalíssimos, como a dignidade humana. Assim, no presente contexto, conclui o ministro que é inaceitável ofensa aos valores de igualdade e de tolerância, principalmente quando visam a disseminar tratamentos discriminatórios fundados em ódios raciais.

Aponta Celso de Mello:

[...] os postulados da igualdade e da dignidade pessoal dos seres humanos constituem limitações externas à liberdade de expressão, que não pode, e não deve, ser exercida com o propósito subalterno de veicular práticas criminosas, tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância e de ódio público.

Nem se diga, finalmente que a incitação ao ódio público contra o povo judeu estaria protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão. É que publicações – como as de que esta impetração – que extravasam os limites da indagação científica e da pesquisa histórica, degradando-se ao nível primário do insulto, da ofensa e, sobretudo, do estímulo à intolerância e ao ódio público pelos judeus, não merecem a dignidade da proteção constitucional que assegura a liberdade de expressão do pensamento, que não pode compreender, em seu âmbito de tutela, manifestações revestidas de ilicitude penal.²⁷

Podemos perceber que, nesse momento, a tese de abuso de direito entra em cena no voto do ministro Celso de Mello. E ele continua:

É inquestionável que o exercício concreto da liberdade de expressão pode fazer instaurar situações de tensão dialética entre valores essenciais, igualmente protegidos pelo ordenamento constitucional, dando causa ao surgimento de verdadeiro estado

de colisão de direitos, caracterizado pelo confronto de liberdades revestidas de idêntica estatura jurídica, a reclamar solução que, tal seja a uma das prerrogativas básicas, em relação de antagonismo com determinado interesse fundado em cláusula inscrita na própria Constituição.²⁸

Uma primeira leitura do caso poderia levantar a hipótese de se tratar de um “conflito entre princípios”, que o ministro denomina equivocadamente a nosso ver de valores: de um lado, a liberdade de expressão e, de outro, a dignidade da pessoa humana.

Günther ensina que, ainda que pretensões a direito possam se apresentar como válidas e aplicáveis “prima facie”, somente, no caso concreto, é que será possível verificar qual delas é a adequada. De forma que o “conflito entre princípios” é sempre aparente ou inicial, já que a reconstrução das particularidades do caso e das pretensões a direito mostrará qual deve ser aplicado.²⁹

No entanto, a leitura que se faz à luz da teoria proposta por Günther, mencionada implicitamente no voto do ministro, não há um “conflito entre valores”, já que um deles apenas é aplicável “prima facie”, ou seja, apenas um deles é princípio no caso concreto. O outro seria uma pretensão abusiva, um abuso de direito “in casu”, já que extrapola os limites da legalidade.

Passaremos agora a demonstrar o potencial de risco da utilização de maneira equivocada das teorias.

8 O PROBLEMA DO SINCRETISMO METODOLÓGICO INTERPRETATIVO

Atualmente existem inúmeras concepções teóricas da interpretação, argumentação e decisão jurídica. Sobre o slogan do pós-positivismo jurídico, essas teorias procuram, cada uma a seu modo, construir critérios mais seguros, racionais ou adequados para uma fundamentação contemporânea das decisões. Algumas possuem um perfil mais metodológico. Outras desenvolvem sua rede discursiva de conceitos e explicações em uma perspectiva mais filosófica. A práxis jurídica brasileira tem preferido utilizar perspectivas com características metodológicas, como são as concepções procedimentalistas de Robert Alexy, Klaus Günther, Jürgen Habermas, o pragmatismo de Richard Posner, além da hermenêutica política de Ronald Dworkin, para citar apenas os mais conhecidos nos discursos jurídicos.

Dentre essas perspectivas, existe uma incomensurabilidade paradigmática, quer dizer, embora alguns objetivos possam coincidir em termos de legitimidade, racionalidade ou segurança, os recursos argumentativos/discursivos para o êxito nos próprios resultados são muito diferentes. A própria concepção de princípio é radicalmente diferente entre, por exemplo, a noção de princípio como mandado de otimização do conceito de Alexy e a noção de princípio como moralidade política de Dworkin, além da noção de princípio prima-facie do Klaus Günther.

Essa constelação de discursos jurídicos sobre a interpretação jurídica correta exige, portanto, não só a consciência de que se trata de diferentes perspectivas metodológicas contingencialmente incompatíveis entre si, mas, sobretudo o cuidado com o uso dos respectivos conceitos fora do contexto no qual foram desenvolvidos e justificados.

A racionalidade, a correção, a legitimação e a coerência de uma decisão baseada em uma teoria metodológica interpretativa devem consistir em uma operação de argumentação limitada na mesma teoria implicando, portanto, que a tomada de decisão, seja ela reflexiva ou crítica, sobre o método coincida plenamente com a autofundamentação da teoria, dentro do seu próprio sistema.

Sincretismo metodológico é uma expressão utilizada para simbolizar o que ele aponta como estratégia argumentativa que concilia métodos de interpretação e aplicação que são incompatíveis entre si. Com essa terminologia pretendemos demonstrar, do mesmo modo, uma prática que vem se tornando cada vez mais recorrente, quer no juízo de primeira instância, quer nos tribunais superiores, de se utilizar de maneira equivocada concepções conflitantes como se compatíveis fossem, fundindo-as. O risco dessa utilização é o potencial ofensivo de quebra do princípio democrático e até mesmo do constitucionalismo.

A utilização de diversas teorias de linhas argumentativas conflitantes para fundamentar uma mesma decisão acaba por se transformar em uma tentativa de justificação de decisão previamente formulada, antes de se percorrer um caminho hermenêutico na interpretação do(s) direito(s) envolvido(s) a partir do caso concreto e, portanto, desvinculada do debate construído pelo processo.

Em nosso ordenamento jurídico, as decisões judiciais devem ser motivadas sob pena de nulidade. Trata-se de imperativo constitucional expresso nos incisos IX e X do artigo 93³⁰, com a redação dada pela Emenda Constitucional de n. 45. Nesse sentido, o princípio do devido processo legal impõe a exteriorização da *ratio decidendi*, a percepção pela qual o Poder Judiciário interpretou a lei e os fatos da causa. E é por esse motivo a necessidade de que as razões sejam expostas com clareza, lógica e precisão, possibilitando a perfeita compreensão de todos os pontos controvertidos, bem como do desfecho da demanda.³¹

Importante ressaltar que essa motivação não deve ser vista como meramente uma etapa que possa ser apenas formalmente cumprida ou inadequadamente. Para ser considerada válida, a sentença deve ser racionalmente fundamentada. Ao julgar, o decisor deve, obrigatoriamente, indicar de forma inequívoca o porquê de sua decisão, com base em razões de fato e de direito que foram discutidas no âmbito do processo, conforme os ditames dos princípios do devido processo legal e do contraditório como garantia de não surpresa.³² Assim, não pode o decisor motivar uma decisão com uma argumentação incoerente e metodologicamente inadequada, inclusive como garantia de imparcialidade e não utilização de um discurso político/moral, que lhe seja particular, individual, no formato de uma fundamentação legitimamente válida.

Além disso, esse tipo de justificação/aplicação atinge frontalmente a previsibilidade da atividade jurisdicional, a clareza e a coerência da decisão são desrespeitadas, o que compromete a validade e a razoabilidade da decisão³³. Decisões nesses moldes, fundamentadas com base na utilização do sincretismo interpretativo e metodológico significam uma quebra no diálogo intersubjetivo entre os atores sociais e o Direito, lançando uma espécie de véu sobre o Direito e seus institutos, tornando-os mitos, distanciando-os cada vez mais do contexto social. E isso, levado às últimas consequências, tem o poder de destruir por completo a validade e legitimidade das decisões e do próprio Direito.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme a breve construção da discussão que procuramos levar a cabo nesse estudo, sem pretensão de esgotar o tema, é necessário que se dê mais importância às questões metodológicas quando se fala em interpretação e fundamentação das decisões, tendo em vista as imposições do Estado Democrático de Direito.

Levando-se em consideração os prejuízos que a utilização de forma sincrética potencializa, destruindo por completo a validade e legitimidade das decisões e do próprio Direito, é necessário que se estude mais a sério as teorias. Do mesmo modo, é essencial que a sua aplicação seja feita de modo adequado para que a prestação estatal jurisdicional resulte em uma decisão judicial de qualidade, fundamentada validamente, gerando os efeitos ensejados, não correndo o risco de ser atingida pela nulidade.

Uma alternativa se impõe: ou se leva em consideração que a constelação de discursos metodológicos e filosóficos sobre a interpretação, a argumentação e a decisão jurídica constitui um conjunto de opções discursivas a exigir uma escolha; ou se continua a usar conceitos de várias teorias diferentes por uma questão puramente de conveniência argumentativa, como se fosse possível começar um argumento observando um problema de colisão para concluir com a necessidade de integridade. No primeiro caso, a prática jurídica precisa levar mais a sério o caráter de escolha de uma entre várias teorias igualmente possíveis, nenhuma delas superior, mais racional, democrática ou correta do que as demais. No segundo caso, a prática jurídica precisa respeitar a especificidade dos conceitos e dos significados dentro de cada perspectiva teórica, sob pena de esvaziar a coerência e a consistência dos fundamentos sobre o véu do sincretismo metodológico.

A experiência jurídica do mundo ocidental não tem condições ainda de estabelecer um juízo de preferência entre as diversas concepções “pós-positivistas” da interpretação jurídica, mas isso não significa uma licença epistemológica para descontextualizar a precisão conceitual exigida pelas referidas concepções. Enquanto isso não acontece, cabe aos juristas entenderem que razoabilidade, ponderação e proporcionalidade não são “obrigações metodológicas” da argumentação jurídica diante de colisões entre direitos fundamentais.

Como também não são obrigações a justificação da moralidade política para a garantia da integridade e coerência do direito. Tratam-se apenas de conceitos desenvolvidos por duas concepções importantes da interpretação, argumentação e decisão jurídica, cuja escolha também precisa ser justificada.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidade. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, núm. 91, enero-abril, p. 11-29, 2011.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica**. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Anti-semitismo, tolerância e valores: anotações sobre o papel do judiciário e a questão da intolerância a partir do voto do Ministro Celso de Mello no HC 82.424. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 847, maio 2006.

BARROSO, Luis Roberto. O Começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. In: RÚBIO, David Sanchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (Org.). **Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987.

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

_____. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no Direito e na Moral**. Justificação e Aplicação. Trad. Claudio Molz. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. Trad. Leonel Cesarino Pessoa. **Cadernos de Filosofia Alemã**, São Paulo, n.6, p. 85-102, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

_____. _____. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Sincretismo Metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo, Malheiros, 2007.

_____. O Proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, n. 798, p. 23-50, 2002.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea**. Do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014.

_____. **Direito e Racionalidade Comunicativa**. A Teoria Discursiva do Direito no Pensamento de Jürgen Habermas. Curitiba: Juruá, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Princípio do Contraditório: tendências de mudança de sua aplicação. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, n. 28, p. 177-206, 2009.

-
- 1 BRASIL, HC nº 82424/RS. **Habeas Corpus**. Publicação de livros: anti-semitismo. Crime impossível. Conceituação. Abrangência constitucional. Limites. Ordem denegada. Relator orig.: Min. Moreira Alves. Relator para o acórdão: Min. Maurício Corrêa. <www.stf.gov.br>, Supremo Tribunal Federal, 2003.
 - 2 Art. 20 da Lei n. 8.081/90: Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional. Pena: reclusão de dois a cinco anos.
 - 3 BRASIL, HC nº 82424/RS. **Habeas Corpus**. Publicação de livros: anti-semitismo. Crime impossível. Conceituação. Abrangência constitucional. Limites. Ordem denegada. Relator orig.: Min. Moreira Alves. Relator para o acórdão: Min. Maurício Corrêa. <www.stf.gov.br>, Supremo Tribunal Federal, 2003.
 - 4 Idem.
 - 5 Em Alexy, os princípios são mandados de otimização, ou seja, os princípios jurídicos são espécies de normas jurídicas, realizadas na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes no caso. Cf. ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidade. **Revista Española de Derecho Constitucional**. núm. 91, enero-abril, p. 11-29, 2011.
 - 6 ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
 - 7 SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea**. Do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014.
 - 8 Com o respeito ao princípio democrático, não estamos a dizer que a separação de poderes deve ser vista nos moldes do Estado Liberal. No Estado Democrático de Direito essa separação não é absoluta. Não se trata disso. Sabe-se que a separação de poderes nos moldes constitucionais deve se dar de forma harmônica, o poder (soberania) é uno, portanto as três funções, executivo, legislativo e judiciário, atuam de forma complementar. No entanto, questões de política pública devem passar pelo crivo do contraditório, democraticamente, sob pena de a atuação do decisor se configurar numa postura discricionária, ativista e colocar em risco todo o planejamento orçamentário em questão.
 - 9 Cf. Streck: “[...] os votos vencidos, embasados ou em argumentos de política ou em juízos de ponderação, bem demonstram os perigos que se corre com a teoria da argumentação alexyana à brasileira (que

- desconsidera os procedimentos formais estabelecidos por Alexy e termina por mesclar a ponderação alexyana com o modelo interpretativo próprio da chamada jurisprudência dos valores). Dito de outro modo: o recurso ao 'relativismo ponderativo' obscurece o valor da tradição como guia da interpretação, isto é, a ponderação acaba sendo uma porta aberta à discricionariedade." STRECK, Lenio Luiz. "As recepções teóricas inadequadas em terras brasileiras". *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011.
- 10 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.185. v. 2.
 - 11 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
 - 12 BRASIL, HC nº 82424/RS. **Habeas Corpus**. Publicação de livros: anti-semitismo. Crime impossível. Conceituação. Abrangência constitucional. Limites. Ordem denegada. Relator orig.: Min. Moreira Alves. Relator para o acórdão: Min. Mauricio Corrêa. <www.stf.gov.br>, Supremo Tribunal Federal, 2003.
 - 13 SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 193-203.
 - 14 BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Anti-semitismo, tolerância e valores: anotações sobre o papel do judiciário e a questão da intolerância a partir do voto do Ministro Celso de Mello no HC 82.424. *Revista dos Tribunais* n. 847, maio de 2006.
 - 15 BRASIL, HC nº 82424/RS. **Habeas Corpus**. Publicação de livros: anti-semitismo. Crime impossível. Conceituação. Abrangência constitucional. Limites. Ordem denegada. Relator orig.: Min. Moreira Alves. Relator para o acórdão: Min. Mauricio Corrêa. <www.stf.gov.br>, Supremo Tribunal Federal, 2003.
 - 16 Em 1993, com a Declaração e Programa de Ação de Viena, ficou estabelecido que: "A Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos, Considerando que a promoção e proteção dos direitos humanos são questões prioritárias para a comunidade internacional e que a Conferência oferece uma oportunidade singular para uma análise abrangente do sistema internacional dos direitos humanos e dos mecanismos de proteção dos direitos humanos, para fortalecer e promover uma maior observância desses direitos de forma justa e equilibrada, Reconhecendo e afirmando que todos os direitos humanos têm origem na dignidade e valor inerente à pessoa humana, e que esta é o sujeito central dos direitos humanos e liberdades fundamentais, razão pela qual deve ser a principal beneficiária desses direitos e liberdades e participar ativamente de sua realização, Reafirmando sua adesão aos propósitos e princípios enunciados na carta das Nações Unidas, e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, Reafirmando o compromisso assumido no âmbito do artigo 56 da carta das Nações Unidas, de tomar medidas conjuntas e separadas, enfatizando adequadamente o desenvolvimento de uma cooperação internacional eficaz, visando à realização dos propósitos estabelecidos no artigo 55, incluindo o respeito universal e observância dos direitos humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas, Enfatizando as responsabilidades de todos os Estados, em conformidade com a Carta das Nações Unidas, de desenvolver e estimular o respeito dos direitos humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas sem distinção de raça, sexo, idioma ou religião, [...] Art. 5º: Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forme seus sistemas políticos, econômicos e culturais a liberdade de expressão". (Disponível em: < <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2013).
 - 17 BRASIL, HC nº 82424/RS. **Habeas Corpus**. Publicação de livros: anti-semitismo. Crime impossível. Conceituação. Abrangência constitucional. Limites. Ordem denegada. Relator orig.: Min. Moreira Alves. Relator para o acórdão: Min. Mauricio Corrêa. <www.stf.gov.br>, Supremo Tribunal Federal, 2003.
 - 18 BARROSO, Luis Roberto. O Começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. In: **Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades** desde a teoria crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
 - 19 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
 - 20 Idem.
 - 21 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.261.

- 22 Ibid., p.274.
- 23 Ibid., p.254.
- 24 Ibid., p.413.
- 25 Ibid., p.276.
- 26 Ibid., p.489.
- 27 BRASIL, HC nº 82424/RS. **Habeas Corpus**. Publicação de livros: anti-semitismo. Crime impossível. Conceituação. Abrangência constitucional. Limites. Ordem denegada. Relator orig.: Min. Moreira Alves. Relator para o acórdão: Min. Mauricio Corrêa. <www.stf.gov.br>, Supremo Tribunal Federal, 2003.
- 28 Idem.
- 29 GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no Direito e na Moral**. Justificação e Aplicação. Tradução de Claudio Molz. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. _____. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. Trad. Leonel Cesarino Pessoa. **Cadernos de Filosofia Alemã**, São Paulo, n. 6. a. 2000.
- 30 A Emenda n. 45, de 2004, conhecida por “Reforma do Judiciário”, alterou o artigo 93 da Constituição, dispondo: inciso IX - “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;” inciso X: “as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros”.
- 31 CRUZ E TUCCI, José Rogério. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 53.
- 32 THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Princípio do Contraditório: tendências de mudança de sua aplicação. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, n. 28, p. 190, 2009.
- 33 SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2002.

ON ADEQUATE MOTIVATION OF DECISIONS: THE PROBLEM WITH INTERPRETIVE METHODOLOGICAL SYNCRETISM

ABSTRACT

This research aims at analyzing the discourse of the reasoning of the decision of Habeas Corpus 82424/RS in light of some theories of interpretation of the decision and discourse analysis, in a macrostructural perspective; among others, Robert Alexy’s Proportionality, Klaus Günther’s Abuse of Rights, Jürgen Habermas’ Discursive Proceduralism and Ronald Dworkin’s Law as Integrity. After a brief description of the Ellwanger case, which was the object of the habeas petition, the article proposes a critical analysis of the several problems with correction, legitimacy and adequacy caused by the adoption, in the same decision, of reciprocally incompatible methods of juridical interpretation. For a critical analysis of the effects of using, in the context of a same decision, different theories that rely on completely distinct

assumptions to be possible and as guarantee to ensure the necessary impartiality, the current article chose an unlinked analysis, without adopting a specific theoretical framework. As a result, we draw attention to the importance of the adequate application of interpretative and methodological theories of the decision.

Keywords: Abuse of rights. Motivation of decisions. Weighting of values. Interpretive methodological syncretism. Theories of discourse analysis.

Submetido: 21 fev. 2016
Aprovado: 13 maio 2016

SUSTENTABILIDADE EMPRESARIAL: ANÁLISE COMPARATIVA DA DISCIPLINA JURÍDICA DOS INFORMES NÃO FINANCEIROS (BRASIL E UNIÃO EUROPEIA)

Vinicius Figueiredo Chaves*
Nilton Cesar da Silva Flores**

1 Introdução. 2 A sustentabilidade em sua perspectiva ampliada e o impacto na redefinição dos papéis dos atores sociais. 3 A sustentabilidade e a empresa: a incorporação de considerações de ordem social e ambiental (para além das econômico-financeiras). 4 A sustentabilidade e a empresa: transparência em relação às performances ambientais e sociais (para além das econômico-financeiras). 5 Os atuais caminhos da divulgação pública de informes não financeiros ou informes (ou relatórios) sobre sustentabilidade. 5.1 Informes sobre sustentabilidade no direito brasileiro. 5.2 Informes sobre sustentabilidade no âmbito do direito institucional da União Europeia. 6 A política normativa relacionada aos informes não financeiros em perspectiva comparada. 7 Conclusão. Referências.

RESUMO

A partir do referencial teórico da sustentabilidade, o artigo analisa a questão da incorporação de considerações de ordem social e ambiental aos negócios e operações desenvolvidos pelas empresas, mediante a disseminação pública de suas performances nessas áreas. A pesquisa, qualitativa, com perfil exploratório, baseada nas técnicas de revisão bibliográfica e documental, assim como no levantamento de dados, é realizada com o objetivo de identificar e analisar comparativamente o tratamento normativo conferido à temática da divulgação pública de relatórios não financeiros (os chamados informes ou relatórios de sustentabilidade), segundo as perspectivas brasileira e europeia. Percebeu-se que, no Brasil, não há obrigação legal de publicação de informes sobre sustentabilidade, mas a divulgação é recomendada às empresas pela BM&FBOVESPA (instituição administradora do mercado de capitais), desde dezembro de 2011, por meio de instrumento que caracteriza direito brando/flexível. Por outro lado, no âmbito da União

* Doutorando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, na linha de pesquisa Empresa e Atividades Econômicas; Mestre em Direito Público e Evolução Social pela UNESA; Pós-graduado em Direito Empresarial pela FGV; Professor assistente da Universidade Federal Fluminense; Professor auxiliar e pesquisador da UNESA. <viniciuschaves@gmail.com>

** Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor permanente do PPGD da UNESA; Professor adjunto da Universidade Federal Fluminense. Advogado.

Europeia (UE), reconheceu-se a necessidade de melhorar a transparência da informação social e ambiental por parte de certas sociedades empresárias e grupos de empresas, elemento considerado indispensável para a sua responsabilidade social. Nesse sentido, foram editadas diretivas (2013/2014) do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, no que diz respeito ao tema da divulgação de informações não financeiras. Os atos legislativos em questão têm como destinatários todos os Estados-membros da UE, obrigando-os a intervir nas estruturas jurídicas nacionais (direito “forte”) de forma a transpor, para os respetivos ordenamentos, em caráter obrigatório e dentro de um prazo determinado, as normas gerais que consagram determinados parâmetros comuns sobre o tema.

Palavras-chave: Sustentabilidade. Empresa. Informes sobre sustentabilidade (não financeiros). Brasil. União Europeia.

1 INTRODUÇÃO

Na quadra final do século XX, a sustentabilidade é alçada ao patamar de elemento estruturante do Estado Constitucional, apresentada por alguns como novo paradigma do direito na pós-modernidade¹. Como tal, passa a ser o pano de fundo de debates que repercutem na compreensão da realidade social, econômica e jurídica. Não mais restrita ao aspecto ambiental ou ecológico, essa discussão atualmente engloba também outras perspectivas como a econômica e a social. Consequentemente, impõe desafios à governança dos atores públicos e privados, dos quais se passou a demandar maior compromisso com a responsabilidade socioambiental.

Foco central dessas discussões parece ser a empresa². Aplicadas as novas perspectivas e dimensões em torno da questão da sustentabilidade, esta se encontra diante da necessidade de ampliação de responsabilidades sociais e redefinição de papéis e missão na sociedade, que impõem uma visão mais ampla aos seus relacionamentos, no sentido da incorporação de considerações de ordem social e ambiental aos negócios e operações desenvolvidos. Nesse sentido, discute-se se a demonstração do comportamento da empresa perante o seu conjunto de públicos e toda a sociedade engloba a necessidade, ou não, de divulgação pública de relatórios ou informes não financeiros, que evidenciem suas performances sociais e ambientais, assim como do impacto de suas atividades e eventuais medidas de prevenção de riscos.

Diante desse problema específico de pesquisa, o presente trabalho assume o objetivo de investigar a questão da divulgação pública das performances econômicas, sociais e ambientais do ator social empresa, os chamados relatórios de sustentabilidade (ou informes não financeiros), com recorte específico na apresentação e análise comparativa das diferentes perspectivas de tratamento do

tema, segundo as realidades vigentes no Brasil e no âmbito da União Europeia.

A metodologia utilizada, na primeira parte da pesquisa, constituiu-se na análise da literatura sobre o tema da sustentabilidade e de suas repercussões no redimensionamento da atuação das empresas. Para o desenvolvimento da segunda parte da pesquisa, realizou-se um levantamento em nível internacional, especialmente no âmbito das Nações Unidas, sobre as relações entre a empresa, a sustentabilidade e a transparência, seguida de investigação no plano legislativo nacional e internacional, em busca da identificação, no Brasil e na União Europeia, da existência ou não de uma obrigação legal no sentido da divulgação de informes ou relatórios sobre sustentabilidade. Por fim, realizou-se a descrição e a comparação do regramento de um instituto específico – o informe não financeiro/relatório ou informe sobre sustentabilidade – em ordens jurídicas distintas (o direito brasileiro e o direito institucional da União Europeia). As características principais no tratamento da matéria nessas duas realidades foram observadas comparativamente, com foco em suas diferenças.

2 A SUSTENTABILIDADE EM SUA PERSPECTIVA AMPLIADA E O IMPACTO NA REDEFINIÇÃO DOS PAPÉIS DOS ATORES SOCIAIS

A ideia de sustentabilidade “ganha corpo e expressão política na adjetivação do termo desenvolvimento, fruto da percepção sobre uma crise ambiental global”³. As primeiras referências ao desenvolvimento surgem na década de cinquenta do século passado, a partir da percepção, pela humanidade, da existência de um risco comum decorrente de um processo de degradação ambiental⁴. A partir de então, ambos os assuntos passam a ser discutidos no âmbito político e também acadêmico.

Naquele tempo, a noção de sustentabilidade se encontrava ancorada somente ao indicador meio ambiente, o chamado *eco desenvolvimento*⁵. À época, tal perspectiva, hoje considerada limitada, justificava-se diante dos impactos causados pelos estudos e conclusões do chamado Clube de Roma – no sentido do reconhecimento da necessidade de imposição de limites ao crescimento em função da já constatada degradação ambiental e escassez dos recursos ambientais -,⁶ e especialmente em face da preocupação com a realização de inúmeros testes nucleares entre os anos de 1945 e 1962, que culminaram em chuvas radioativas sobre os países nórdicos e acabaram por levar a Suécia, em 1968, a propor às Nações Unidas a realização de uma conferência em nível mundial, para discussões com vistas à redução da emissão dos elementos então compreendidos como responsáveis pelas chuvas ácidas⁷.

Esse encontro veio a ocorrer em 1972, em Estocolmo, a I Conferência Mundial das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano (CNUMAH). O documento final da Conferência, a Declaração de Estocolmo, em seus Princípios, preceituava ao homem a “[...] solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras”, reconhecendo simultaneamente

te que “nos países em desenvolvimento, a maioria dos problemas ambientais estão motivados pelo subdesenvolvimento” e que, nesse sentido, “milhões de pessoas seguem vivendo muito abaixo dos níveis mínimos necessários para uma existência humana digna [...]”. Portanto, prescrevia que os “países em desenvolvimento devem dirigir seus esforços para o desenvolvimento, tendo presente suas prioridades e a necessidade de salvaguardar e melhorar o meio ambiente”.

Com o tempo, a compreensão de sustentabilidade ancorada somente no indicador meio ambiente foi deslocada também para outros eixos mais abrangentes. Tal como destaca Maria Luiza Feitosa⁸, a sustentabilidade não se baseia mais somente num sentido restrito ou ecológico, sendo que “o marco desta compreensão é o relatório da Comissão Mundial da ONU sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (UNCED), de 1987, intitulado ‘*Our Common Future*’⁹. Já naquele momento, a ampliação de perspectivas em torno do conceito de desenvolvimento¹⁰ podia ser percebida mediante a vinculação do termo à ideia de satisfação de necessidades presentes sem comprometimento da garantia das mesmas possibilidades às gerações futuras, indicando também a perspectiva de um olhar intergeracional, aspecto da solidariedade que denota uma dimensão ética.

Após o Relatório *Brundtland*, o conceito de desenvolvimento sustentável foi posto no centro dos debates internacionais especialmente por ocasião da chamada “Cúpula da Terra”, a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. O encontro aconteceu no Rio de Janeiro, em 1992, e reuniu um total de 178 nações. Ao seu final, foi editado um plano de ação global conhecido como Agenda 21, que traçava um programa comum em torno de alguns alicerces do desenvolvimento sustentável, “para atender equitativamente as necessidades, em termos de desenvolvimento e de ambiente, das gerações atuais e futuras”.

Outro acontecimento marcante em nível mundial foi a Cúpula Mundial do Desenvolvimento Sustentável, realizada em 2002, em Johannesburgo, onde ficaram reafirmados compromissos assumidos com o desenvolvimento sustentável, inclusive a construção de uma sociedade global, humanitária, equitativa e solidária, por meio da ratificação de metas anteriormente assumidas para a proteção do meio ambiente e das metas estabelecidas na Agenda 21¹¹. Todos esses marcos históricos foram importantes para que a ideia de sustentabilidade passasse a ser composta por três indicadores: atividade econômica, meio ambiente e bem-estar da sociedade¹².

A partir dessa concepção expandida, a sustentabilidade passa a ser apontada como um “novo paradigma secular, do gênero daqueles que se sucederam na gênese e desenvolvimento do constitucionalismo”, como foram o humanismo, a questão social e a democracia social, respectivamente nos séculos XVIII, XIX, XX¹³. Esse novo paradigma do direito – indutor de pautas axiológicas em diversos níveis¹⁴, dotado de múltiplas faces¹⁵, impõe complexos desafios à governança pública e privada, com reflexos diretos na necessidade de redefinição de papéis

dos atores sociais diante de um novo conjunto mais amplo de perspectivas e expectativas.

3 A SUSTENTABILIDADE E A EMPRESA: A INCORPORAÇÃO DE CONSIDERAÇÕES DE ORDEM SOCIAL E AMBIENTAL (PARA ALÉM DAS ECONÔMICO-FINANCEIRAS)

“Lucro e respeito à lei contam, mas são apenas parte da história”.
Ricardo Abramovay

O filósofo e sociólogo Ricardo Abramovay destaca que, diante da concepção expandida em torno da noção de sustentabilidade, tem sido ventilado que o mundo precisa de uma nova economia, uma vez que a maneira atual de organização de recursos, embora tenha favorecido uma crescente prosperidade material, não atende ao objetivo maior de contribuir para a ampliação de liberdades substantivas dos seres humanos como um todo, assim como põe em cheque – destruição ou séria ameaça – nada menos do que 16 dos 24 serviços prestados pelos ecossistemas. Um dos grandes desafios dessa necessária reflexão, segundo o referido autor, “é que formular objetivos para o sistema econômico que não dependam fundamentalmente de sua expansão permanente significa também formular metas para as firmas que alterem o sentido da ação empresarial e as medidas de sua eficiência”¹⁶. Em outras palavras, a emergência dessa nova economia traz a reboque a igualmente necessária redefinição dos papéis dos agentes sociais, dentre os quais as empresas, no sentido da adoção dos chamados comportamentos sustentáveis, orientados para a harmonização entre aspectos econômicos, sociais e ambientais, e não apenas pelo escopo de lucro no curto prazo. Nesse sentido, opera-se a inclusão dos atores privados na busca do desenvolvimento sustentável.

De fato, dada a sua presença - muitas vezes global -, poder econômico e mobilidade, incluir as empresas enquanto agentes promotores do desenvolvimento sustentável, constitui caminho natural e inexorável¹⁷. No caso específico da empresa, trata-se de uma visão mais ampla dos relacionamentos empresariais, no sentido da incorporação de considerações de ordem social e ambiental aos negócios e operações desenvolvidos, com a ética ocupando posição central nas decisões e estratégias. Os referidos alicerces indicam que a missão da empresa deve aliar engajamento ecológico, econômico e social, que considere não apenas o sentido de sua existência, sua razão de ser e sua legitimidade, mas também sua finalidade¹⁸.

A empresa desempenha um papel central na sociedade, com suas decisões impactando a vida das pessoas, das famílias, dos ecossistemas e de países inteiros¹⁹. É natural, portanto, que lhe seja dirigida um conjunto de expectativas, em função de sua capacidade de contribuir positiva ou negativamente para o desenvolvimento sustentável. Embora atualmente venha consolidando-se a ideia de que tais expectativas não podem ser ignoradas, por muito tempo, o

foco excessivo na maximização de resultados econômicos de curto prazo aos *shareholders* (sócios / acionistas) acabou por gerar um contexto de crise no relacionamento das empresas com a sociedade. Essa concepção, segundo relata Ana Bárbara Teixeira²⁰, acorrentou o referido instituto à crise epistemológica do modelo de desenvolvimento utilizado no século XX, então pautado em crescimento econômico apenas quantitativo e acumulativo. Segundo a autora, o modelo em questão decorreu da dissociação entre a humanidade (sociedade), suas organizações e o meio ambiente e acarretou reflexos no desalinhamento entre os interesses da sociedade e os de suas instituições, especialmente o Estado e as empresas (estas focadas somente em resultados econômicos de curto prazo).

Diante daquele cenário, passou-se a sustentar a necessidade de harmonização dos interesses particulares com compromissos sociais, em face da consolidação da ideia de que as empresas não desenvolvem suas atividades em um vácuo social, mas sim diante de questões fundamentais como expectativas, valores, matrizes sociais e processos comunicacionais mais amplos com a sociedade. Nessa esteira, tal como descrevem Amartya Sen e Bernardo Kliksberg²¹, as ideias acerca do papel a ser desempenhado pelas empresas privadas na sociedade contemporânea se modificaram aceleradamente nos últimos anos, passando de uma visão que defendia a geração de lucro para seus proprietários – somente a quem deveriam prestar contas – como a sua única responsabilidade, a uma perspectiva que vai muito além, promovendo uma ruptura paradigmática em relação às concepções anteriores, no sentido de considerá-las com alta responsabilidade social²². Nesse sentido, fala-se na necessidade de ampliar responsabilidades sociais e redefinir o papel e a missão das empresas na sociedade²³.

O advento do conceito de *stakeholders*²⁴ foi fundamental para o surgimento de uma nova visão para a atuação das empresas. Em tradução não literal, o termo tem sido usado para definir um conjunto de “partes interessadas” direta ou indiretamente afetadas pelas atividades econômicas exercidas pela empresa, tais como: empregados, consumidores, comunidade, meio ambiente, entre outros. Tal visão é pautada no entendimento de que as empresas devem criar o maior valor possível para todas as “partes interessadas”. Conforme ensina Freeman²⁵, contesta-se a premissa de que a maximização de lucros para sócios e acionistas seria a sua única finalidade, passando-se à noção de que as empresas devem criar o maior valor possível para todo esse conjunto mais ampliado.

A ampliação e desenvolvimento de estudos sobre a teoria dos *stakeholders* fez que se passasse a contestar a doutrina de criação de valor somente para os *shareholders* ou *stockholders* (sócios/acionistas) – que vê a empresa como um instrumento cujo único propósito é a perseguição de resultados econômicos, movida por interesses exclusivos de agentes racionais que maximizam utilidades –, que assim passa a ser considerada como um mito²⁶.

Floresce daí a noção de criação de valor compartilhado²⁷: a ação das empresas não pode ser voltada somente para o desempenho econômico-financeiro, especialmente o de curto prazo. Deve contemplar também os direitos de todas as

partes interessadas, uma redefinição de suas finalidades que permita uma maior contribuição para a realização do desenvolvimento e para a sustentabilidade. A empresa, desse modo, trata de “muito mais que uma entidade simplesmente econômica, transformada em uma instituição com grande peso a nível social”²⁸.

4 A SUSTENTABILIDADE E A EMPRESA: TRANSPARÊNCIA EM RELAÇÃO ÀS PERFORMANCES AMBIENTAIS E SOCIAIS (PARA ALÉM DAS ECONÔMICO-FINANCEIRAS)

Desse contexto de mudanças relacionadas às noções de acomodação de interesses particulares e compromissos sociais, emergem imperativos como a transparência, ou seja, “a ideia de que a empresa não apenas se compromete, mas também aceita prestar contas quanto à maneira pela qual honra seus compromissos”²⁹.

Nesse sentido, a demonstração do comportamento da empresa perante o seu conjunto de públicos e toda a sociedade engloba a questão da divulgação pública de relatórios que evidenciem suas performances econômicas, sociais e ambientais, assim como do impacto de suas atividades e eventuais medidas de prevenção de riscos. Em outras palavras, os seus informes não financeiros ou relatórios sobre sustentabilidade, documentos demonstrativos de um conjunto de práticas empresariais, que divulgam publicamente o desempenho econômico, ambiental e social do relator.

Em nível mundial, a “Global Reporting Initiative” (GRI) é uma organização internacional que promove uma série de diretrizes e parâmetros para a elaboração de relatórios sobre sustentabilidade, estabelecendo princípios e indicadores para a medição e comunicação do comportamento e desempenho das organizações. Atualmente, a estrutura da GRI é utilizada por organizações do mundo inteiro como referencial para a elaboração dos informes sobre sustentabilidade. Quanto ao conteúdo dos relatórios, são evidenciados, além do desempenho econômico, ambiental e social, questões como práticas trabalhistas e trabalho decente, direitos humanos, sociedade (enfocam os impactos que as organizações geram nas comunidades em que atuam e como os riscos de sua interação com outras instituições são geridos e mediados) e responsabilidade pelo produto³⁰.

No âmbito das Nações Unidas, há também grande preocupação com a incorporação da ideia de um agir sustentável à atuação das empresas, que engloba a questão da apresentação de informes sobre sustentabilidade e também a necessidade de confecção de modelos de boas práticas. Nesse sentido, o documento final da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, em seu parágrafo 47, anota a importância da apresentação de informes sobre sustentabilidade pelas empresas, especialmente as de grande dimensão e aquelas cujos valores mobiliários são cotados em bolsa³¹:

No mesmo documento (parágrafo 13), a instituição reconhece também participação central da iniciativa privada e das empresas no desenvolvimento sustentável, que, por sua vez, dependeria de uma aliança ampla que envolvesse

também as pessoas, os governos e a sociedade civil, com o objetivo de se alcançar o futuro que se quer para as gerações presentes e futuras³². De acordo com essa concepção, a empresa é entendida como um ator social indispensável à realização do desenvolvimento com sustentabilidade.

5 OS ATUAIS CAMINHOS DA DIVULGAÇÃO PÚBLICA DE INFORMES NÃO FINANCEIROS OU INFORMES (OU RELATÓRIOS) SOBRE SUSTENTABILIDADE

A coerência e compatibilidade entre discurso e práticas empresariais encontram nos informes não financeiros ou relatórios sobre sustentabilidade um efetivo instrumento. Trata-se de um importante mecanismo para comunicar o comportamento econômico, social e ambiental das empresas, em atenção aos ideais da responsabilidade e função sociais, assim como mensurar os impactos da atividade desempenhada, permitindo a avaliação dos efeitos positivos ou negativos desses comportamentos, considerando-se cada empresa relatora e a respectiva adequação aos imperativos relacionados aos aspectos e dimensões da sustentabilidade.

Entre outras questões, o conteúdo dos relatórios pode identificar características como:

- a) políticas de pessoal que respeitem os direitos dos colaboradores das empresas e que favoreçam o seu desenvolvimento humano, por meio do oferecimento de condições dignas de trabalho e remuneração, possibilidades de progresso na carreira, e programas de capacitação para treinamento contínuo;
- b) transparência e boa governança, garantindo em âmbito interno, aos acionistas, especialmente os minoritários, possibilidade de participação ativa nos rumos dos negócios, com instâncias diretivas que lutem para abolir/amenizar os conflitos de interesses societários;
- c) jogo limpo e transparente com os consumidores de produtos e serviços, com oferta de produtos e serviços de boa qualidade e com preços razoáveis; e
- d) políticas de proteção ao meio ambiente e de engajamento na agenda mundial diante desse campo, contribuindo em nível local, regional, nacional ou mesmo internacional.

A observância, no cotidiano das empresas, de determinados modelos de melhores práticas, que incorporem questões como as apontadas acima, sem dúvida, constitui relevante instrumento para a consolidação da noção de realização do desenvolvimento com sustentabilidade.

5.1 Informes sobre sustentabilidade no direito brasileiro

Em que pese a necessidade de consolidação de um sistema capaz de acomodar atividade econômica, meio ambiente e aspectos sociais, em âmbito nacional não há uma obrigação legal no sentido da divulgação de informes ou relatórios sobre sustentabilidade³³. Por outro lado, existe uma recomendação

da BM&FBOVESPA - instituição administradora do mercado de valores mobiliários brasileiro - nesse sentido.

A recomendação se restringe às sociedades anônimas de capital aberto listadas na BM&FBOVESPA, ou seja, aquelas companhias com valores mobiliários admitidos à negociação/negociados no mercado de capitais³⁴. A sociedade anônima é considerada uma das instituições fundamentais da economia de mercado, pela quantidade de interesses – gerais e particulares – que precisa proteger e compor³⁵. Portanto, deve estar apoiada na noção de transparência, concentrando-se em desenvolver com seus vários públicos um diálogo transparente e honesto³⁶.

Esta primeira iniciativa formal no sentido da divulgação pública de informes se operou por meio do comunicado externo 017 2011-DP, de 23 de dezembro de 2011, pelo qual a BM&FBOVESPA propôs para as sociedades por ações listadas a adoção do *modelo relate ou explique*, para relatórios de sustentabilidade ou similares. O documento apontava para uma recomendação no sentido de que as sociedades anônimas indicassem, a partir de 2012, se publicavam algum tipo de relatório sobre sustentabilidade ou similar e que divulgassem onde este se encontrava disponível e, ainda, caso não o fizessem, explicassem o motivo.

Após o comunicado externo 017 2011-DP, pelo qual a BM&FBOVESPA propôs às sociedades por ações listadas a adoção do *modelo relate ou explique*, a instituição administradora do mercado de capitais brasileiro passou a acompanhar a adesão das empresas à política de divulgação pública de informações. Os dados constantes do portal da BM&FBOVESPA demonstram evolução do número de empresas que efetivamente publicaram informes sobre sustentabilidade ou similar. As parciais atuais, medidas a partir da expedição do comunicado externo (dezembro de 2011), indicam 96 (noventa e seis) publicações em junho de 2012, 157 (cento e cinquenta e sete) em junho de 2013 e 162 (cento e sessenta e duas) em junho de 2014; houve também evolução no número de empresas que não publicaram, mas se manifestaram, sendo 107 (cento e sete) em junho de 2012, 136 (cento e trinta e seis) em junho de 2013 e 149 (cento e quarenta e nove) em junho de 2014.

Por se tratar de mera recomendação dirigida pela instituição administradora do mercado às empresas listadas, no Brasil, a publicação de informes sobre sustentabilidade se caracteriza eminentemente como direito não prescritivo, ou seja, recomendação proveniente de mecanismos de *soft law*, também conhecidos como *soft norm* ou *droit doux*. Deve-se ressaltar que tais recomendações não constituem norma jurídica, os referidos textos não estabelecem obrigações de direito positivo e dispositivos não são cogentes. Conforme destaca Jacques Chevalier³⁷, estes instrumentos “indicam os ‘objetivos’ que seria desejável atingir, fixam ‘diretivas’ que seria oportuno de seguir, formulam ‘recomendações que seria bom de respeitar’”, com a sua aplicação dependendo não do elemento da coercibilidade, mas sim da adesão voluntária dos destinatários, consistindo assim em um “direito brando” - *soft law* -, que põe em segundo plano a noção de comando e, assim, representa concepção mais flexível da normatividade jurídica.

Percebe-se que, embora não se trate de obrigação legal, porque é desprovida de dimensão coercitiva estatal, a adesão voluntária ao *modelo relate ou explique*, para relatórios de sustentabilidade ou similares, tem crescido percentualmente no que tange à publicação e também no que diz respeito à apresentação de satisfações acerca das razões da não publicação. Dentre as 149 (cento e quarenta e nove) empresas que não publicaram, mas se manifestaram a respeito: 33 (trinta e três) divulgam somente ações na área; 27 (vinte e sete) não veem necessidade na divulgação ou não têm a mesma como prioridade; 23 (vinte e três) estão analisando a possibilidade de divulgação; 17 (dezesete) não apresentaram justificativa; 17 (dezesete) afirmaram que seus relatórios se encontram em fase de elaboração; 12 (doze) esclareceram que não divulgam ou em função da natureza de suas operações ou em função do momento vivido; 10 (dez) estão se estruturando para publicar; 9 (nove) alegaram um entendimento errado sobre o relatório; 1 (uma) afirmou ter o relatório contemplado no de sua *holding*.

5.2 Informes sobre sustentabilidade no âmbito do direito institucional da união europeia

A ordem jurídica da União Europeia (UE) é considerada própria em relação aos Estados-membros, integrando-se e impondo-se aos respectivos sistemas jurídicos³⁸, mediante o estabelecimento de um direito constituído por um conjunto de regras e princípios voltados a assegurar os objetivos definidos nos Tratados³⁹.

No âmbito desse sistema jurídico próprio e autônomo em relação aos ordenamentos dos Estados-membros, que se convencionou chamar *direito da união europeia*, tem sido atribuída grande relevância ao tratamento de uma série de questões entendidas como variáveis-chave ao atingimento das finalidades almejadas com a integração econômica e política dos atuais 28 (vinte e oito) países que compõem a UE. Ao conjunto dessas regras que, em certos casos, são elaboradas com vistas ao atingimento dos objetivos da integração, empresta-se o nome *direito derivado*.

Dentre os inúmeros temas que constituem preocupação do direito da união europeia, encontra-se a questão dos informes não financeiros das empresas, especialmente aquelas com valores mobiliários cotizados em bolsa⁴⁰. Na verdade, essa ideia em torno da responsabilidade social das empresas se encontra bastante consolidada ao nível do direito da UE. Desse modo, particularmente na última década, uma série de atos legislativos e não legislativos trataram da matéria, podendo ser citada como exemplo a Resolução do Parlamento Europeu – órgão legislativo dotado de poderes legislativos, de supervisão e orçamentais -, de 13 de março de 2007, intitulada “Responsabilidade social das empresas: uma parceria”, na qual restou expressamente manifesta a “convicção de que o aumento da responsabilidade social e ambiental das empresas, ligado ao princípio da responsabilidade das empresas, representa um elemento essencial do Modelo

Social Europeu [...]” e, ainda, uma “estratégia europeia para o desenvolvimento sustentável [...]”⁴¹.

Essa visão acerca da importância das empresas para o atingimento das finalidades da UE foi afirmada na Comunicação da Comissão intitulada “Responsabilidade social das empresas: uma nova estratégia da UE para o período de 2011-2014”, adotada em 25 de outubro de 2011. Essa perspectiva levou o Parlamento Europeu (2013) a editar novas resoluções, como a “Responsabilidade social das empresas: comportamento responsável e transparente das empresas e crescimento sustentável” e a “Responsabilidade social das empresas: promoção dos interesses da sociedade e via para uma retoma sustentável e inclusiva”, nas quais se reconheceu a necessidade de melhorar a transparência da informação social e ambiental, elemento considerado indispensável para a responsabilidade social das empresas⁴².

Na sequência das resoluções apontadas acima, a questão recebeu tratamento normativo e foi objeto de diretivas do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia – órgão que partilha com o Parlamento o poder legislativo e onde se discute, altera e aprova a legislação europeia -, especificamente as Diretivas 2013/34/EU (primeira sobre o tema) e 2014/95/EU (que a alterou). Desse modo, oportuna a análise: i) da natureza da diretiva e dos seus impactos no ordenamento jurídico dos Estados-membros; e ii) do conteúdo específico do tratamento normativo conferido aos informes não financeiros.

A diretiva é um dos atos legislativos possíveis de adoção na UE. Trata-se do instrumento de ação mais importante da EU, mediante o qual se busca harmonizar a necessidade de se conferir certa unidade ao direito europeu, com a consideração e manutenção das peculiaridades dos ordenamentos nacionais. Não se pretende, com a diretiva, unificar integralmente o direito, mas sim consolidar uma aproximação das legislações dos Estados-membros, no sentido da eliminação de contradições normativas (e administrativas) em direção à criação de condições tão similares quanto possível⁴³.

Esse ato legislativo vincula o Estado-membro destinatário quanto aos resultados a atingir, mas deixa ao seu critério a forma e os meios⁴⁴. Obriga-o a intervir na estrutura jurídica (e administrativa) nacional de forma a prazor, para o respectivo ordenamento, em caráter obrigatório e dentro de um prazo determinado, as normas gerais que consagram determinados parâmetros comuns, associados aos objetivos propostos no conteúdo de cada diretiva. Fixa, segundo anota CAMPOS⁴⁵, “um resultado que no interesse comum deve ser alcançado”.

Atualmente, o mais importante ato legislativo sobre o tema objeto dessa análise é a Diretiva 2014/95/UE, que alterou a Diretiva 2013/34/UE no que diz respeito ao tema da divulgação de informações não financeiras por parte de certas grandes sociedades empresárias e grupos. O ato legislativo em questão tem como destinatários todos os 28 (vinte e oito) Estados-membros.

Na Diretiva 2013/34/UE, foi reconhecido que a política de divulgações de informações não financeiras é ponto de vital importância na gestão da mudança para

uma economia global sustentável, baseada na noção da necessidade de harmonização da rentabilidade a longo prazo com o ideal de justiça social e com a proteção ao meio ambiente. A publicação dessas informações permite um melhor acompanhamento da gestão empresarial e dos impactos da ação das empresas na sociedade.

Já a Diretiva 2014/95/UE, que alterou a anterior, teve como fundamento, entre outros, a Comunicação intitulada “Ato para o Mercado Único – Doze alavancas para estimular o crescimento e reforçar a confiança mútua – Juntos para um novo crescimento”, adotada pela Comissão em 2011, baseada na necessidade de aumentar a transparência da informação relacionada a empresas, ampliando-a (para além dos aspectos financeiros) também para os âmbitos social e ambiental e de forma a alcançar um nível equiparável em todos os Estados-membros, independentemente de estes requererem melhorias adicionais da transparência da informação em sede dos ordenamentos jurídicos nacionais.

O ponto de maior relevo da Diretiva 2014/95/UE se encontra em ser o Art. 19.º A, que trata das demonstrações financeiras. Dispõe que as grandes empresas que sejam entidades de interesse público e que, à data de encerramento do respectivo balanço, devem incluir no seu relatório de gestão uma demonstração não financeira que contenha informações bastantes para uma compreensão da evolução, do desempenho, da posição e do impacto das suas atividades. Nesse segmento, estão incluídas as empresas que excedam o critério do número médio de 500 empregados durante o exercício financeiro.

As informações, que devem ser referentes, no mínimo:

- a) às questões ambientais, sociais e relativas aos trabalhadores;
- b) ao respeito dos direitos humanos;
- c) ao combate à corrupção e às tentativas de suborno;
- d) à indicação do modelo empresarial da empresa;
- e) à descrição das políticas assumidas em relação a essas questões, assim como dos resultados obtidos;
- f) à indicação dos riscos associados ligados às atividades da empresa, seu potencial impacto negativo em produtos ou serviços e a forma de gestão deles;
- g) à demonstração dos indicadores-chave de desempenho para a atividade específica exercida; e
- h) aos montantes inscritos nas demonstrações financeiras anuais e explicações adicionais relativas a esses montantes, se adequado.

No que diz respeito à metodologia dos relatos, elaborados para fornecer essas informações não financeiras, a diretiva indica que as empresas abrangidas podem recorrer a uma série de plataformas, todas consideradas aptas ao exercício da comunicação ao público, como:

- a) sistemas nacionais;
- b) sistemas da União, como o Sistema Comunitário de Ecogestão e Auditoria (EMAS); e
- c) sistemas internacionais, como o Pacto Global das Nações Unidas, os princípios orientadores sobre empresas e direitos humanos que aplicam o quadro das Nações Unidas “Proteger, Respeitar e Reparar”, as diretrizes da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) para as empresas multinacionais, a norma ISO 26000 da Organização Internacional de Normalização, a Declaração de Princípios Tripartida da Organização Internacional do Trabalho sobre as empresas multinacionais e a política social e a Iniciativa Global sobre a elaboração de relatórios ou outros quadros internacionais reconhecidos.

Até o dia 6 de dezembro de 2016, cabe à Comissão elaborar um conjunto de orientações (não vinculativas) no que diz respeito à metodologia de relato das informações não financeiras por parte das empresas, referenciando determinados indicadores-chave de desempenho não financeiro, gerais e setoriais, com intuito de facilitar a política de divulgação de informações não financeiras e contribuir para que estas sejam pertinentes, úteis e comparáveis pelas empresas. É interessante que, nesse sentido, o teor da diretiva sinaliza que a Comissão deve consultar as partes interessadas.

No que diz respeito à transposição do conteúdo da diretiva para os ordenamentos jurídicos nacionais, o Art. 4º. fixou que:

- a) os Estados-membros põem em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente diretiva até 6 de dezembro de 2016; e
- b) os Estados-membros determinam que as disposições referidas no primeiro parágrafo se aplicam a todas as empresas abrangidas pelo artigo 1º a partir do exercício financeiro com início em 1º de janeiro de 2017 ou durante o ano civil de 2017, porém, ao adotarem essas disposições os Estados-membros devem incluir referência à diretiva ou fazer que a publicação oficial seja acompanhada dessa referência.

Embora os prazos assinalados ainda não tenham expirado, tem-se que a eventual não aplicação de políticas relacionadas a alguma ou várias dessas questões deverá implicar a apresentação de uma explicação clara e fundamentada dos motivos pelos quais as mesmas não foram aplicadas.

6 A POLÍTICA NORMATIVA RELACIONADA AOS INFORMES NÃO FINANCEIROS EM PERSPECTIVA COMPARADA

O método de análise e interpretação empreendido na presente investigação se limita à comparação do regramento de um instituto específico – o informe não financeiro/relatório ou informe sobre sustentabilidade – em ordens jurídicas distintas, ou seja: o direito brasileiro e o direito institucional da União Europeia⁴⁶.

Trata-se, nesse sentido, não de uma atividade de comparação de ordens jurídicas globalmente consideradas, e muito menos entre as características das grandes famílias de direitos⁴⁷, mas tão somente de uma “microcomparação”⁴⁸ sobre a normatividade em torno do instituto específico, mediante a identificação e análise das diferenças entre os tratamentos normativos atribuídos ao objeto de estudo a cada um dos ordenamentos jurídicos predeterminados.

No Brasil, não obstante o aumento de adesões voluntárias ao modelo em questão, nota-se que a ausência de coercibilidade estatal mantém uma flexibilidade ao conteúdo normativo das recomendações, tornando mais incerto alcançar um efetivo diálogo entre as empresas e a sociedade, e a consequente consolidação da transparência em torno das performances não financeiras daquelas, na medida em que sua aplicação depende da adesão voluntária dos destinatários do direito brando, não importando obrigatoriedade de submissão ao modelo.

A normatividade gira em torno de um instrumento de *soft law*, não cogente, que simplesmente recomenda a publicação, (registre-se) por parte das empresas listadas na BM&FBOVESPA, dos relatórios ou informes sobre sustentabilidade, para a divulgação ao público em geral das performances ambientais, sociais e econômico-financeiras. Tal regramento “fraco”, cabe anotar, exclui de sua incidência os demais tipos societários previstos no ordenamento jurídico brasileiro, como as sociedades anônimas de capital fechado e as sociedades limitadas. Muitas delas, de grande porte, muito embora não tenham valores mobiliários negociados no âmbito do mercado de capitais brasileiro (não sendo destinatárias, portanto, sequer da normatividade fraca do “relate ou explique”), por sua dimensão e atuação, impactam igualmente a sociedade em sua totalidade.

Por outro lado, na UE, na sequência das resoluções do Parlamento Europeu, intituladas “Responsabilidade social das empresas: comportamento responsável e transparente das empresas e crescimento sustentável” e “Responsabilidade social das empresas: promoção dos interesses da sociedade e via para uma retoma sustentável e inclusiva”, as diretivas do Parlamento e do Conselho, notadamente a Diretiva 2014/95/UE, que alterou a Diretiva 2013/34/EU, no que diz respeito ao tema da divulgação de informações não financeiras por parte de certas grandes sociedades empresárias e grupos, constituem atos legislativos que têm como destinatários todos os 28 (vinte e oito) Estados-membros.

As diretivas, enquanto atos legislativos no âmbito do direito institucional da União Europeia, voltam-se à ideia de se conferir uma maior unificação no tratamento normativo de determinadas questões sensíveis. Neste sentido, o conteúdo de tais atos normativos deverá ser transposto, pelos Estados-membros, para os respectivos ordenamentos jurídicos nacionais, aumentando a transparência da informação relacionada a empresas, ampliando-a (para além dos aspectos financeiros) também para os âmbitos social e ambiental, e de forma a alcançar um nível equiparável em todos, nas diferentes dimensões apontadas.

Os países, então, encontram-se obrigados a intervir nas respectivas estruturas jurídicas nacionais de forma a transpor, em caráter obrigatório e dentro de um prazo determinado, as normas gerais que consagram determinados parâmetros comuns sobre a questão da necessidade de divulgação, por certas empresas, de informações não financeiras, associadas ao atingimento dos objetivos propostos no conteúdo de cada diretiva. E, na medida em que se opere a transposição desses conteúdos para os ordenamentos jurídicos nacionais, o relevante tema da divulgação de informações não financeiras, estreitamente relacionado à noção de desenvolvimento sustentável, incorpora-se na condição de conteúdos prescritivos, cogentes. Em outras palavras, *hard law*, direito “forte”.

7 CONCLUSÃO

Com a presente pesquisa, foi possível reconhecer a sustentabilidade como elemento estruturante do Estado Constitucional, um novo paradigma do direito indutor de pautas axiológicas em diversos níveis. Tal fenômeno, de múltiplas faces, conduz à necessidade de melhora e ajuste contínuos das práticas dos diversos atores sociais, públicos e privados. Deve repercutir, também, na ação da empresa, entendida como ator social diretamente vinculado à responsabilidade de acomodação de interesses particulares com compromissos sociais, e não como mera expressão de uma atividade econômica.

Nesse sentido, a transparência assume a condição de imperativo e demanda às empresas o compromisso com a divulgação pública de suas performances econômicas, sociais e ambientais, por intermédio dos chamados relatórios sobre sustentabilidade. Por meio desses documentos é possível avaliar a coerência e a compatibilidade entre discurso e práticas empresariais, incorporando-se à empresa a ideia de criação e preservação de valor compartilhado entre todos os seus *stakeholders*, com foco na sustentabilidade.

Quanto ao problema de pesquisa indicado na introdução, que envolve o questionamento sobre a necessidade, ou não, de divulgação pública de relatórios que evidenciem as performances sociais e ambientais das empresas (para além das financeiras), assim como do impacto de suas atividades e eventuais medidas de prevenção, conclui-se que, muito embora a transparência e a necessidade de divulgação venham recebendo cada vez mais preocupação no âmbito de instituições internacionais como a ONU e também em nível doutrinário, o tratamento normativo sobre o tema constitui opção política, variando nos diversos ordenamentos jurídicos.

No caso específico do Brasil, como visto, não existe obrigação legal de divulgação de tais informes, mas há uma recomendação da BM&FBOVESPA dirigida às sociedades anônimas listadas, o documento conhecido como *relate ou explique*. Por outro lado, no âmbito da União Europeia tem-se desenvolvido uma cultura maior relacionada à transparência e publicação de informes não financeiros, tendo sido editadas diretivas do Parlamento Europeu e do Conselho

sobre o tema, que implicam aos Estados membros a obrigação de transposição aos ordenamentos jurídicos nacionais.

Nesse sentido, acredita-se que não obstante a relativa eficácia do instrumento de *soft law* brasileiro (indicada pelas análises dos resultados dos períodos desde a implantação da iniciativa, com evolução na adesão voluntária), a experiência europeia pode ser observada como parâmetro para a construção de um novo modelo de tratamento normativo do tema, com a transformação da recomendação (sem força cogente) em obrigação legal constante de lei formal estatal, prescrição a qual as empresas serão obrigadas a obedecer, que deve assegurar uma certeza maior quanto ao enquadramento normativo de tão relevante questão para fins de desenvolvimento sustentável. Dessa forma, não se está a defender o chamado *legal transplants* – mero transplante legal de instituto existente em um dado ordenamento para o outro.

Particularmente, acredita-se que as novas perspectivas e exigências em torno da adequação do agir empresarial à sustentabilidade, impõem a participação efetiva do direito – de um direito prescritivo e não de um direito brando, flexível - no sentido da criação e integração, ao ordenamento jurídico, de conteúdos legais prescritivos alinhados ao desenho de um futuro que se espera melhor, para o qual as empresas são parte tanto do caminho quanto do resultado final.

Essa concepção do direito, mais prescritivo, menos flexível ou brando, aposta na premissa de que determinadas questões, como a divulgação pública das performances econômicas, sociais e ambientais das empresas, por sua importância, devem ser observadas mais do ponto de vista daquilo que é correto fazer – e, conseqüentemente, de se exigir coercitivamente -, e menos sob o enfoque dos custos para a sua realização.

REFERÊNCIAS

- ABRAMOVAY, Ricardo. **Muito além da economia verde**. São Paulo: Abril, 2012.
- ANDRÉS, Elena Esteva de; PIMENTEL, Duarte. Empresa e reproducción social ampliada: los contributos del análisis societal. **Sociologia, Problemas e Práticas**, Lisboa, n. 47, p. 35-45, 2005.
- ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELAN, Taís Cristina de Camargo. Novos enfoques da função social da empresa numa economia globalizada. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 39, n. 117, p. 157-162, jan./mar. 2000.
- BORCHARDT, Klaus-Dieter. **O ABC do direito da União Europeia**. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2011.
- CAMPOS, João Mota de. **Direito comunitário: o ordenamento jurídico comunitário**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. v. 2.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. **Revista de Estudos Politécnicos**, Barcelos, v. 8, n. 13, p. 7-18, 2010.

CEREXHE, Etienne. **O direito europeu**: as instituições. Tradução de Antônio Mota Salgado. Lisboa: Editorial Notícias, 1985.

CHAVES, Vinicius Figueiredo; FLORES, Nilton Cesar. Empresa sustentável: um estudo sobre os atuais caminhos da divulgação pública de informes sobre sustentabilidade no Brasil. **Revista Juris Poiesis**, Rio de Janeiro, ano 17, n. 17, p. 181-200, jan./jun. 2014.

CHEVALLIER, Jacques. **O estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O novo paradigma do direito na pós-modernidade. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 3, n. 1, p. 75-83, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/777/1761>>. Acesso em: 25 ago. 2015.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. Desenvolvimento econômico e direitos humanos. **Boletim de Ciências Económicas**, Coimbra, v. 52, p. 33-34, 2009. Disponível em: <<http://www.uc.pt/fduc/publicacoes/bce/2009>>. Acesso em: 28 ago. 2015.

FERRER, Gabriel Real; GLASENAPP, Maikon Cristiano; CRUZ, Paulo Márcio. Sustentabilidade: um novo paradigma para o direito. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 19, n. 4, p. 1433-1464, 2014.

FLORES, Nilton César da Silva (Org.). **A sustentabilidade ambiental em suas múltiplas faces**. São Paulo, Millennium, 2012.

FREEMAN, Edward R. **Strategic management**: a stakeholder approach. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

FREEMAN, Edward R.; REED, David L. Stockholders and stakeholders: a new perspective on corporate governance. **California Management Review**, Berkeley, v. 25, n. 3, p. 88-106, 1983.

GLOBAL REPORTING INITIATIVE. **Languages**. Disponível em: <<http://www.globalreporting.org/languages/Portuguesebrazil/Pages/default.aspx>>. Acesso em: 23 ago. 2015.

LACERDA, Emanuela Cristina A.; Rosa, Alexandre Morais da; FERRER, Gabriel Real. A propriedade ante o novo paradigma do estado constitucional moderno: a sustentabilidade. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 19, n. 4, p. 1185-1219, 2014.

LAVILLE, Élisabeth. **A empresa verde**. São Paulo: Ote, 2009.

LEMOS JÚNIOR, Eloy Pereira. **Empresa & função social**. Curitiba: Juruá, 2009.

LOBO, Maria Teresa de Cárcomo. **Manual de direito comunitário**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MACKEY, John; SISODIA, Raj. **Capitalismo consciente**. São Paulo: HSM, 2013.

MARIANO, Leila. O poder judiciário e a sustentabilidade. In: FLORES, Nilton César da Silva (Org.). **A sustentabilidade ambiental em suas múltiplas faces**. São Paulo, Millennium, 2012.

MEADOWS, D. H. et al. **The limits to growth**. New York: Universe Books, 1972.

MONTIBELLER FILHO, Gilberto. Eco desenvolvimento e desenvolvimento sustentável: conceitos e princípios. **Textos de Economia**, Florianópolis, v. 4, n. 1, p. 131-142, 1993.

NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do. Trajetória da sustentabilidade: do ambiental ao social, do social ao econômico. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 26, n. 74, p. 51-64, 2012.

OVÍDIO, Francisco. Aspectos do direito comparado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 79, p. 161-180, 1984.

PARLAMENTO EUROPEU. **Diretiva do parlamento europeu e do conselho**. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/registre/docs_autres_institutions/commission_europeen

[ne/com/2013/0207/COM_COM\(2013\)0207_PT.pdf](http://www.europarl.europa.eu/registre/docs_autres_institutions/commission_europeen/ne/com/2013/0207/COM_COM(2013)0207_PT.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2015.

PEDREIRA, José Luiz Bulhões. 25 anos de CVM. **Revista da CVM**, Rio de Janeiro, n. 35, p. 7-8, abr. 2002.

PINHEIRO, Silvia Marina. O desenvolvimento sustentável e as empresas. In: OLIVEIRA, Carina Costa de; SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha (Org.). **A economia verde no contexto do desenvolvimento sustentável: a governança dos atores públicos e privados**. Rio de Janeiro: FGV, 2011.

PORTER, Michael E.; KRAMER, Mark R. *The big idea: creating shared value - how to reinvent capitalism and unleash a wave of innovation and growth*. **Harvard Business Review**, Unites States, v. 89, n. 1/2, p. 62-77, Jan./fev. 2011.

SACHS, Ignacy. **Estratégias de transição para o século XXI: desenvolvimento e meio ambiente**. São Paulo: Studio Nobel - Fundap, 1993.

SEN, Amartya; KLIKSBERG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

- STOUT, Linn. **The shareholder value myth**. San Francisco: Berrett-Koehler, 2012.
- TEIXEIRA, Ana Bárbara Costa. **A empresa-instituição**. 2010, 272f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.
- TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 92, v. 810, p. 33-50, abr. 2003.

-
- 1 Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar destacam que a expressão paradigma não possui um conceito único e sofre no campo das ciências sociais influências ideológicas e socioculturais. Para fins do presente trabalho, será adotado o conceito de paradigma formulado pelos próprios autores, qual seja: “o critério de racionalidade epistemológica reflexiva que predomina, informa, orienta e direciona a resolução dos problemas, desafios, conflitos e o próprio funcionamento da sociedade. Trata-se de um referente a ser seguido e que ilumina a produção e aplicação do direito”. CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O novo paradigma do direito na pós-modernidade. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 3, n. 1, p. 78, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.http://revistas.uninisos.br/index.php/RECHTD/article/view/777/1761>>. Acesso em: 25 ago. 2015.
 - 2 Não se utilizará a noção de empresa adotada pelo Código Civil de 2002 (empresa = atividade econômica organizada), considerada restrita diante de sua visão polissêmica. Entende-se a empresa como um construto humano, uma instituição econômico-social, e não como mera expressão de atividade econômica.
 - 3 NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do. Trajetória da sustentabilidade: do ambiental ao social, do social ao econômico. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 26, n. 74, p. 52, 2012.
 - 4 CHAVES, Vinicius Figueiredo; FLORES, Nilton Cesar. Empresa sustentável: um estudo sobre os atuais caminhos da divulgação pública de informes sobre sustentabilidade no Brasil. **Revista Juris Poiesis**, Rio de Janeiro, ano 17, n. 17, p. 167, jan./jun. 2014.
 - 5 Sobre o ecodesenvolvimento, é oportuno destacar a lição de Gilberto Montibeller Filho: “O ecodesenvolvimento pressupõe, então, uma solidariedade sincrônica com a geração atual, na medida em que desloca a lógica da produção para a ótica das necessidades fundamentais da maioria da população; e uma solidariedade diacrônica, expressa na economia de recursos naturais e na perspectiva ecológica para garantir às gerações futuras as possibilidades de desenvolvimento”. MONTIBELLER FILHO, Gilberto. Ecodesenvolvimento e Desenvolvimento Sustentável – Conceitos e Princípios. **Textos de Economia**, Florianópolis, v. 4, n. 1, p. 133, 1993.
 - 6 Os trabalhos e as conclusões do Clube de Roma ensinaram a publicação da obra *Limits to growth*. MEADOWS, D. H. et al. **The limits to growth**. New York: Universe Books, 1972.
 - 7 NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do. Trajetória da sustentabilidade: do ambiental ao social, do social ao econômico. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 26, n. 74, p. 53, 2012.
 - 8 FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. Desenvolvimento econômico e direitos humanos. **Boletim de Ciências Econômicas**, Coimbra, v. 52, p. 33-34, 2009. Disponível em: <<http://www.uc.pt/fduc/publicações/bce/2009>>. Acesso em: 28 ago. 2015.
 - 9 Também conhecido como ‘Relatório Brundtland’, em homenagem à então primeira ministra da Noruega, *Gro Harlem Brundtland*, responsável por presidir a Comissão, instalada em 1983.
 - 10 Embora não sejam poucos os autores que reconhecem a sustentabilidade e o desenvolvimento sustentável como sinônimos, para Emanuela Cristina A. Lacerda, Alexandre Morais da Rosa e Gabriel Real Ferrer, sustentabilidade e desenvolvimento sustentável são termos que não se confundem, embora a sustentabilidade venha ganhando espaço crescente nos discursos sobre o desenvolvimento. Segundo os autores, somente ao assumir e substituir o paradigma até então predominante, do crescimento, o adjetivo sustentável incorpora o objetivo de crescimento e pode passar a ser tratado como desenvolvimento sustentável. LACERDA, Emanuela Cristina A.; ROSA, Alexandre Morais da; FERRER, Gabriel Real. A Propriedade ante o Novo Paradigma do Estado Constitucional Moderno: A Sustentabilidade. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 19, n. 4, p. 1185-1219, 2014, p. 1204-1213-1214.
 - 11 MARIANO, Leila. O Poder Judiciário e a Sustentabilidade. In: FLORES, Nilton César da Silva (Org.). **A Sustentabilidade Ambiental em suas Múltiplas Faces**. São Paulo, Millennium, 2012. p. 29.
 - 12 Há autores que referenciam outras dimensões, tal como Ignacy Sachs, que aponta cinco: i) Sustenta-

- bilidade Social; ii) Sustentabilidade Econômica; iii) Sustentabilidade Ecológica; iv) Sustentabilidade Espacial e iv) Sustentabilidade Cultural. SACHS, Ignacy. **Estratégias de Transição para o Século XXI** – Desenvolvimento e Meio Ambiente. São Paulo, Studio Nobel – Fundap, 1993, p. 25-27. Já Gabriel Real Ferrer, Maikon Cristiano Glasenapp e Paulo Márcio Cruz, descrevem que a sustentabilidade pode ser entendida em dois sentidos – restrito e amplo -, sendo que neste último apresentaria seis dimensões: i) Ecológica; ii) Econômica; iii) Social; iv) Cultural; v) política-jurídica e vi) Tecnológica. Neste artigo seguiremos trabalhando com o conceito tridimensional, devido à crença de que cada um dos três elementos pode englobar outros, sem necessidade de ampliação desta configuração. FERRER, Gabriel Real; GLASENAPP, Maikon Cristiano; CRUZ, Paulo Márcio. Sustentabilidade: um novo paradigma para o direito. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 19, n. 4, p. 1456, 2014.
- 13 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. **Revista de Estudos Politécnicos**, Barcelos, v. 8, n. 13, p. 8, 2010.
 - 14 Gabriel Real Ferrer, Maikon Cristiano Glasenapp e Paulo Márcio Cruz apontam corretamente a sustentabilidade como um novo paradigma para o direito. FERRER, Gabriel Real; GLASENAPP, Maikon Cristiano; CRUZ, Paulo Márcio. Sustentabilidade: um novo paradigma para o direito. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 19, n. 4, p. 1433-1464, 2014.
 - 15 A sustentabilidade, fenômeno de muitas faces, foi assim acertadamente tratada na obra “A Sustentabilidade Ambiental em suas Múltiplas Faces”. Algumas das múltiplas faces da sustentabilidade foram discutidas em inúmeros capítulos que tangenciam a governança de atores públicos e privados. FLORES, Nilton César da Silva (org.). **A Sustentabilidade Ambiental em suas Múltiplas Faces**. São Paulo, Millennium, 2012, s/p.
 - 16 ABRAMOVAY, Ricardo. **Muito além da economia verde**. São Paulo: Abril, 2012. p. 15-17.
 - 17 PINHEIRO, Sílvia Marina. O Desenvolvimento Sustentável e as Empresas. In: OLIVEIRA, Carina Costa de; SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha (Org.). **A Economia Verde no Contexto do Desenvolvimento Sustentável** – a governança dos atores públicos e privados. Rio de Janeiro: FGV, 2011. p. 25.
 - 18 LAVILLE, Élisabeth. **A empresa verde**. São Paulo: Ote, 2009. p. 160.
 - 19 MACKAY, John; SISODIA, Raj. **Capitalismo Consciente**. São Paulo: HSM, 2013. p. 283.
 - 20 TEIXEIRA, Ana Bárbara Costa. **A empresa-instituição**. 2010. 272f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 226.
 - 21 SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar**: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 362-364.
 - 22 É importante ressaltar que a questão da responsabilidade social se encontra relacionada à ideia de “integração voluntária de preocupações sociais e ambientais por parte das empresas nas suas operações e na sua interação com a comunidade”, diferenciando-se da noção de função social. TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 92, v. 810, p. 46, abr. 2003.
 - 23 ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELAN, Tais Cristina de Camargo. Novos enfoques da função social da empresa numa economia globalizada. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, ano 39, p. 159, jan./mar., 2000.
 - 24 O conceito de *stakeholders* foi abordado no artigo *Stockholders and Stakeholders: A New Perspective on Corporate Governance*, publicado em 1983 pela *California Management Review*. Segundo os autores, o próprio R. Edward Freeman, em coautoria com David L. Reed, o termo fora veiculado antes, em 1963, em memorando interno da *Stanford Research Institute*, como referência à seguinte expressão: “aqueles grupos sem cujo apoio a organização não existiria”.
 - 25 FREEMAN, Edward R. **Strategic management: a stakeholder approach**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 24-26.
 - 26 STOUT, Linn. **The shareholder value myth**. San Francisco: Berrett-Koehler, 2012. s/p.
 - 27 PORTER, Michael E.; KRAMER, Mark R. *The big idea*: Creating Shared Value – how to reinvent capitalism and unleash a wave of innovation and growth. **Harvard Business Review**, United States, Jan./fev. 2011. s/p.
 - 28 ANDRÉS, Elena Esteva de; PIMENTEL, Duarte. Empresa e reproducción social ampliada: los contributos del análisis societal. **Sociologia, Problemas e Práticas**, Lisboa, n. 47, p. 37 2005.
 - 29 LAVILLE, Élisabeth. **A empresa verde**. São Paulo: Ote, 2009. p. 27-28.
 - 30 Disponível em: <<http://www.globalreporting.org/resource/library/Brazil-Portuguese-G3-Reporting-Guidelines.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2015.
 - 31 Texto integral do documento final da Conferência disponível em: <<http://www.daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/476/13/PDF/N1147613.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 23 set. 2015.

- 32 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conferência das Nações Unidas sobre desenvolvimento Sustentável. Parágrafo 13. Disponível em: <<http://www.daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/476/13/PDF/N1147613.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 28 set. 2015.
- 33 A obrigação legal diz respeito somente à elaboração e divulgação de demonstrações financeiras consolidadas.
- 34 Não está dirigida, portanto, aos demais tipos societários existentes no direito brasileiro, como as sociedades anônimas de capital fechado, as sociedades limitadas, entre outras.
- 35 PEDREIRA, José Luiz Bulhões. 25 anos de CVM. *Revista da CVM*, Rio de Janeiro, n. 35, p. 7-8, abr. 2002.
- 36 LAVILLE, Élisabeth. *A empresa verde*. São Paulo: Ote, 2009. p. 28-29.
- 37 CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 166-169.
- 38 LOBO, Maria Teresa de Cárcomo. *Manual de Direito Comunitário*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005. s/p.
- 39 Os principais são: i) O Tratado que institui a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA); ii) os Tratados de Roma, CEE e EURATOM; iii) o Tratado de Fusão - Tratado de Bruxelas; iv) o Ato Único Europeu; v) o Tratado da União Europeia - Tratado de Maastricht; vi) o Tratado de Amsterdão; vii) o Tratado de Nice; viii) o Tratado de Lisboa. CEREXHE, Etienne. *O Direito Europeu: as instituições*. Tradução de Antônio Mota Salgado. Lisboa: Editorial Notícias, 1985. s/p.
- 40 Como exemplos de valores mobiliários, podem ser citadas as ações e as debêntures (respectivamente, títulos de participação e de dívida).
- 41 Disponível em: <[http:// http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P6-TA-2007-0062&language=PT](http://http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P6-TA-2007-0062&language=PT)>. Acesso em: 15 out. 2015.
- 42 Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/registre/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2013/0207/COM_COM\(2013\)0207_PT.pdf](http://www.europarl.europa.eu/registre/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2013/0207/COM_COM(2013)0207_PT.pdf)>. Acesso em: 15 out. 2015.
- 43 BORCHARDT, Klaus-Dieter. *O ABC do Direito da União Europeia*. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2011. s/p.
- 44 CEREXHE, Etienne. *O Direito Europeu: as instituições*. Tradução de Antônio Mota Salgado. Lisboa: Editorial Notícias, 1985. s/p.
- 45 CAMPOS, João Mota de. *Direito Comunitário: o ordenamento jurídico comunitário*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. v. 2. p. 98.
- 46 Conforme anota Francisco Ovidio, a natureza do direito comparado é deveras controversa, sendo possível encontrar na doutrina aqueles que defendem se tratar de ciência (como o próprio autor destacado) e, por outro lado, os que advogam a tese de que se trata, na verdade, de um método. Para os fins do presente trabalho, adotar-se-á a noção de método. OVÍDIO, Francisco. Aspectos do Direito Comparado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 79, p. 162-165, 1984.
- 47 Em relação ao estudo das grandes famílias de direitos, oportuno remeter o leitor aos seguintes trabalhos: DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. LOSANO, Mario G. *Os Grandes Sistemas Jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- 48 OVÍDIO, Francisco. Aspectos do Direito Comparado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 79, p.166, 1984.

CORPORATE SUSTAINABILITY: COMPARATIVE ANALYSIS OF LEGAL DISCIPLINE OF NON-FINANCIAL REPORTS (BRAZIL AND THE EUROPEAN UNION)

ABSTRACT

The paper aims to analyze the incorporation of multiple social and environment considerations to business developed by enterprises, based on the referential of sustainability, toward the public dissemination of its performance. The qualitative research, with an exploratory profile, is grounded on techniques of

bibliographic and documental revision as much as data collection. It goals to identify the juridical treatment on public dissemination of nonfinancial reports (called sustainability reports) by a comparative analysis between European and Brazilian perspectives. In Brazil, it was noticed that there isn't the legal obligation of publishing sustainability reports, but the publicizing is recommended, since December 2011, to enterprises by BM&FBOVESPA (institution responsible for the management of Brazilian stock market), toward flexible measures of soft law. Otherwise, in European Union (UE), it was recognized the necessity to improve the transparency of social and environment reports by certain business companies, what is considered indispensable for its social responsibility. Thereby, directives have been edited by the European Parliament and European Union Council (2013/2014) about the divulgation of nonfinancial data. The legislative acts are intended to reach the whole European Union members, forcing them to intervene in the national legal systems (hard law) on way to transfer the general norms about the subject to internal jurisdiction, compulsorily and in a determined term.

Keywords: Sustainability. Enterprise. Sustainability Reports (Nonfinancial). Brazil. European Union.

Submetido: 18 mar. 2016

Aprovado: 13 maio 2016

LE RÔLE DU CONSEIL DE SÉCURITÉ DE L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES DANS LES TRAVAUX DE LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE

*Germana Aguiar Ribeiro do Nascimento**

*Kahina Merzelkad***

*María José Añón Roig****

1 Introduction. 2 La saisine de la Cour pénale internationale par le Conseil de sécurité : une coopération en construction. 2.1 La possibilité du Conseil de sécurité de saisir la Cour pénale internationale. 2.2 L'intervention du Conseil de sécurité : vers une plus grande efficacité de la Cour pénale internationale. 3 Le Conseil de sécurité : un obstacle au fonctionnement de la Cour pénale internationale. 3.1 Le pouvoir du Conseil de sécurité d'entraver les activités de la Cour pénale internationale. 3.2 L'influence du Conseil de sécurité dans la détermination de la compétence de la Cour à l'égard des crimes d'agression. 4 Conclusion. Références.

RESUME

Le Conseil de sécurité est un organe politique soucieux du maintien de la paix et de la sécurité internationales. La Cour pénale internationale, quant à elle, est un organe juridictionnel subsidiaire qui a pour vocation de juger les crimes de guerre, de génocide, d'agression et les crimes contre l'humanité. Ces deux organes ont comme dénominateur commun le maintien de la paix et de la sécurité internationales. Cette convergence de compétences a été consacrée par le Statut de Rome en octroyant au Conseil de sécurité la prérogative de saisir la Cour. L'intervention du Conseil de sécurité dans le fonctionnement de la Cour peut ainsi être bénéfique pour assurer les droits de l'Homme, néanmoins, elle peut représenter un frein à l'effectivité de l'exercice de la compétence

* Bacharela em Direito, pela Universidade Estadual da Paraíba. Bacharela em Antropologia, pela Universidade Federal de Campina Grande. Mestre em Direito Internacional dos Direitos Humanos, pela Universidade Católica de Lyon - França. Doutoranda em Direitos Humanos, Democracia e Justiça Internacional, pela Universidade de Valência - Espanha. E-mail: <germana_aguiar@hotmail.fr>.

** Doutoranda em Direito Internacional da Université Pierre-Mendès France - Grenoble II. <merzelkahina@yahoo.fr>.

*** Professora efetiva de Filosofia do Direito da Universitat de València - Espanha. Licenciada e Doutora em Direito pela Universitat de València - Espanha. Diretora do Instituto Universitario de Derechos Humanos (2005-2010). Secretaria Geral da Universitat de València (2010- 2016). Ex-diretora do Anuario de Filosofía del Derecho e atual diretora da Teoría y derecho. Revista de pensamiento jurídico. <maria.j.anon@uv.es>.

de la Cour. Dans cette optique, il serait intéressant d'aborder l'aspect constructif du lien qui unit la Cour et le Conseil de sécurité, ainsi que l'obstacle qu'il peut représenter pour la réalisation de la paix et de la sécurité internationales. Pour cela, la méthodologie qualitative sera utilisée. La recherche documentaire, l'étude de la jurisprudence et de la législation permettront de regrouper les renseignements relatifs au sujet.

Mots-clés: Conseil de sécurité. Cour pénale internationale. Droits de l'Homme.

1 INTRODUCTION

Il appartiendrait à la Cour d'agir de manière rapide, indépendante et impartiale, à la recherche d'un difficile point d'équilibre entre les exigences de la justice et celles de la politique, de la paix et de la sécurité internationales.¹ Cette affirmation démontre les difficultés que rencontre la Cour pénale internationale pour établir une relation harmonieuse avec les autres organes onusiens, particulièrement avec le Conseil de sécurité. La clef de voûte de cet équilibre peut être la convergence des objectifs de chacune de ces institutions, ayant pour postulat la réalisation de la paix et de la justice.

En effet, on peut constater que dans l'histoire de l'humanité, la recherche de l'effectivité de ces objectifs a nécessité la mise en œuvre de mécanismes de répression et de sanctions. Après la Seconde Guerre Mondiale, la communauté internationale prend conscience de la gravité des dégâts générés par les conflits et du mépris des libertés et des droits de l'Homme.² Cela suscite la création des mécanismes juridictionnels qui ont pour prétention d'assurer la justice et la paix dans le monde.

Le Tribunal militaire de Nuremberg, créé en 1945 pour juger les grands criminels du Troisième Reich, représente un de ces premiers instruments juridictionnels. Cependant, malgré la bonne volonté des Alliés à réprimer ces crimes, plusieurs critiques vont apparaître concernant la partialité de ce dernier, car il s'agissait d'un tribunal de vainqueurs contre des vaincus. Hors, pour que la justice règne, le vaincu comme le vainqueur doit répondre des atrocités dont il a été l'auteur, si les preuves sont apportés.³ Le Tribunal de Nuremberg dénotait ainsi un aspect inéquitable de la procédure.

Ce n'est qu'à travers l'initiative du Conseil de sécurité de créer le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie en 1993 et le Tribunal pénal international pour le Rwanda en 1994, que la justice internationale va réellement jouer un rôle primordial dans la répression des crimes les plus graves contre l'humanité. En effet, il faut attendre la fin de la Guerre Froide pour voir renaître l'espoir d'une justice pénale internationale effective.⁴ C'est à partir de ces expériences que la communauté internationale va repenser les possibilités de répression de ces crimes, en créant une Cour pénale internationale en 1998, par le biais d'un traité multilatéral, le Statut de Rome.

Ce nouvel organe juridictionnel avait pour objectif l'instauration d'une Cour Permanente afin de juger telles atrocités, et d'éviter dorénavant la création par le Conseil de sécurité de nouveaux tribunaux *ad hoc*.

En effet, ce Statut affirme que la Cour a la compétence de juger les crimes de guerre, de génocide, d'agression et les crimes contre l'humanité. Cette compétence *rationae materiae* se rapproche de celle prévue par le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Ce Chapitre définit les prérogatives du Conseil de sécurité dans le cadre des crimes qui menacent le maintien de la paix et de la sécurité internationales. Cette concomitance de compétences va permettre au Conseil de sécurité de saisir la Cour.

Toutefois, cette faculté accordée au Conseil de sécurité fait l'objet de plusieurs polémiques. En effet, malgré la présence d'objectifs similaires, l'activité de chacun de ces organes peut être incompatible, en vertu du caractère politique de l'un et du caractère juridictionnel de l'autre. Ce qui montre la difficulté de la Cour de trouver un point d'équilibre, tout en maintenant son indépendance et sa crédibilité. Il s'agit ainsi, d'analyser de quelle manière le Conseil de sécurité contribue aux travaux de la Cour pénale internationale.

Il est vrai que l'intervention du Conseil de sécurité dans le fonctionnement de la Cour peut être bénéfique pour assurer le maintien de la paix et de la sécurité internationales, néanmoins, elle peut représenter un frein à l'effectivité de l'exercice de la compétence de la Cour. Dans cette optique, il serait intéressant d'aborder l'aspect constructif du lien qui unit la Cour et le Conseil de sécurité, ainsi que l'obstacle qu'il peut représenter.

2 LA SAISINE DE LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE PAR LE CONSEIL DE SÉCURITÉ : UNE COOPERATION EN CONSTRUCTION

Le préambule du Statut de Rome affirme que le but de la Cour pénale internationale est la promotion de la justice internationale, à travers la répression des crimes les plus graves. Le Conseil de sécurité, quant à lui, a comme objectif, ce qui est défini dans l'article 24 (1) de la Charte des Nations Unies, le maintien de la paix et de la sécurité internationales. Dans ce sens, il est possible d'établir un lien entre ces deux organes, vu qu'ils ont *a priori* des objectifs convergents. Telle affirmation est corroborée par le Statut de la Cour, qui prévoit la possibilité du Conseil de sécurité de la saisir, ce qui représenterait un aspect bénéfique pour son fonctionnement.

2.1 La possibilité du conseil de sécurité de saisir la cour pénale internationale

La prévision de la saisine de la Cour pénale internationale par le Conseil de sécurité est la conséquence du développement des mécanismes de répression de crimes contre l'humanité. En effet, le Conseil de sécurité a créé, à travers la Résolution 827 du 25 mai 1993, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et, à travers la Résolution 955 du 8 novembre 1994, le Tribunal

pénal international pour le Rwanda. Tels tribunaux *ad hoc* ont généré plusieurs querelles entre les Etats.

En effet, plusieurs d'entre eux ont critiqué cette création en contestant la compétence du Conseil de sécurité, en soulignant les risques d'une justice inéquitable, les frais de la procédure et la difficulté de sa mise en place. Ainsi, la création de la Cour pénale internationale et la possibilité du Conseil de la saisir viennent dans le sens d'éviter les situations mentionnées, qui n'étaient plus souhaitables.⁵

Il est impératif d'affirmer que le seul organe des Nations Unies qui peut saisir la Cour pénale internationale est le Conseil de sécurité. Toutefois, le premier projet du Statut de la Cour, élaboré en 1951 par un Comité composé de dix-sept Etats membres, donnait cette faculté aussi à l'Assemblée générale,⁶ en vertu de sa responsabilité de protéger les droits de l'Homme et de coopérer dans le maintien de la paix et de la sécurité.⁷

Telle faculté était liée au contexte de la Guerre froide, quand les activités du Conseil de sécurité étaient bloquées par les vetos des Etats-Unis et de l'ex-URSS. En effet, comme affirme Barcelo⁸:

La guerre froide a marqué un coup d'arrêt aux discussions engagées sur un rythme soutenu dans la perspective de créer une juridiction pénale internationale. Elle a offert aux principales puissances de la planète un prétexte substantiel pour éviter une discussion de fond qui remettrait en cause leur souveraineté.

Avec la fin de la Guerre froide, les acteurs du Conseil de sécurité se sont intégrés et devenus plus forts. Au-delà de cela, les recommandations faites par l'Assemblée générale n'ont pas un caractère obligatoire, au contraire de celles faites par le Conseil de sécurité. Ainsi, le projet n'a pas abouti, et seulement le Conseil de sécurité, en tant qu'organe des Nations Unies, a la possibilité de saisir la Cour.

Cette faculté est envisagée dans l'article 13 du Statut, qui affirme que

La Cour peut exercer sa compétence à l'égard des crimes visés à l'article 5, conformément aux dispositions du présent Statut: [...] b) Si une situation dans laquelle un ou plusieurs de ces crimes paraissent avoir été commis est déférée au Procureur par le Conseil de sécurité agissant en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies;

Cet article précise ainsi dans quels cas le Conseil de sécurité a l'autorité de saisir la Cour. Cependant, son contenu dénote certaines lacunes qui peuvent faire l'objet de discussion.

Tout d'abord, il s'agit d'analyser quelles sont les modalités de la saisine par le Conseil, puisqu'aucun article ne décrit cela. Différemment de l'article 16,⁹ qui impose la nécessité d'une résolution formelle pour suspendre les poursuites et les enquêtes, l'article 13 affirme seulement la nécessité d'une situation "éférée au

Procureur». Selon Dulait,¹⁰ plusieurs indices démontrent qu'une décision doit être exigée, ce qui est corroboré par les travaux préparatoires du Statut. Ainsi, selon l'article 39 de la Charte des Nations Unies, premièrement, le Conseil va constater l'existence d'une menace contre la paix, une rupture de la paix ou un acte d'agression, dans une situation de crime soumis à la compétence de la Cour. Après cela, le Conseil peut décider quelle mesure il va prendre, dans le cadre de l'article 41,¹¹ en pouvant saisir la Cour.

Selon l'article 13 du Statut, il est possible de saisir la Cour par trois moyens. Elle peut être saisie par un Etat parti; par le Procureur lui-même et par le Conseil de sécurité. Cependant, la troisième possibilité semble être la plus efficace. En effet, elle n'est pas soumise à la condition de consentement préalable des Etats à la compétence de la Cour, comme affirme l'article 12. Cet article impose cette condition seulement aux alinéas (a) et (c) de l'article 13. De plus, l'article 25 de la Charte des Nations Unies dispose que : "Les membres de l'Organisation conviennent d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité conformément à la présente Charte", ce qui corrobore l'inexistence de la nécessité d'un consentement préalable quand le Conseil prend une décision selon le Chapitre VII. Dans ce sens, les Etats non partis du Statut de la Cour peuvent être soumis à sa compétence par le Conseil de sécurité et doivent être coopératifs. Telle possibilité a été critiquée par l'Inde, qui n'a pas voulu signer le Statut. Cependant, la position de cet Etat ne remet pas en cause, pour autant, l'aspect positif de l'extension de la compétence de la Cour, puisqu'elle exclurait les risques d'impunité.¹²

Ainsi, le Conseil est soumis, lorsqu'il saisit la Cour à tous les articles du Statut. Il ne peut pas la saisir hors du Chapitre VII de la Charte, ni utiliser un régime différent de celui prévu. De plus, il doit respecter l'article 11, qui affirme que : "La Cour n'a compétence qu'à l'égard des crimes relevant de sa compétence commis après l'entrée en vigueur du présent Statut (...)". Il s'agit de la compétence *rationae temporis*, par conséquent, les crimes commis avant l'entrée en vigueur du Statut ne peuvent pas subir le jugement de la Cour. Il doit encore respecter les compétences prévues par les articles 5 et 25, respectivement, *rationae materiae* et *ratione personae*. Selon l'article 53, le Procureur peut décider de ne pas poursuivre la demande du Conseil de sécurité. Le Conseil, à son tour, peut demander le réexamen de la question.

Malgré le caractère d'universalité, la réalité démontre que la saisine de la Cour par le Conseil de sécurité va dépendre plusieurs fois d'une volonté politique de ses membres, ce qui crée un obstacle pour l'effectivité de tel instrument. Par exemple, l'inaction du Conseil de sécurité est constatée par rapport au Timor-Leste, ce qui est dénoncée par Amnesty International,¹³ qui accuse le Conseil de sécurité de repousser l'examen d'un rapport détaillé sur la violation grave des droits de l'Homme dans ce pays. Toutefois, il est possible d'affirmer que l'intervention du Conseil de sécurité peut être bénéfique pour le fonctionnement de la Cour pénale internationale.

2.2 L'intervention du conseil de securite: vers une plus grande efficacite de la cour penale internationale

Le rôle du Conseil de sécurité dans le fonctionnement de la Cour pénale internationale peut sembler positif, puisqu'il est capable d'aller au delà des attributions du principe de la complémentarité. En effet, le préambule du Statut reconnaît un rôle premier de chaque Etat dans la répression des crimes internationaux. Dans le même sens, il affirme dans son article premier, que la Cour pénale internationale sera complémentaire des juridictions criminelles nationales. Ce qui peut être expliqué par l'envie des Etats de préserver leur souveraineté et de laisser à la Cour une tâche secondaire dans la répression des crimes.

Ainsi, le recours au principe de la subsidiarité doit permettre à la CPI d'avoir une action efficace tout en respectant les souverainetés nationales. Cependant, dans l'article 17, il est affirmé que la Cour peut recevoir une affaire, quand l'Etat est incapable ou s'abstient de réprimer les crimes prévus par l'article 5. Ainsi, le Statut essaye d'établir un équilibre entre les compétences des Etats et celle de la Cour, pour que la justice soit garantie, même si l'Etat est défaillant dans sa justice nationale.

En effet, l'objectif initial de l'installation de la Cour était¹⁴

mettre en place une institution permanente permettant d'éviter la création d'un tribunal spécial à chaque fois qu'un génocide, des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité seraient commis et que les juridictions nationales compétentes ne fonctionneraient pas comme elles le devraient. Malheureusement, l'histoire démontre clairement que les systèmes nationaux se trouvent dans l'incapacité de tenir leur rôle lorsque les crimes les plus graves sont commis ou que la volonté de les juger fait défaut. Il suffit d'évoquer l'Allemagne nazie, le Cambodge, l'Ouganda d'Idi Amin Dada, le Rwanda ou l'ex-Yougoslavie pour illustrer ce constat.

L'article 17 du Statut détermine ainsi quelles sont les circonstances qui démontrent la défaillance de l'Etat, telle que le retard injustifié de la procédure ou le non respect des normes d'indépendance et d'impartialité par les juridictions nationales. Ce principe est applicable aussi à la saisine émanée du Conseil de sécurité, mais d'une façon différente. En effet, l'article 18 (1) du Statut affirme que:

Lorsqu'une situation a été déférée à la Cour comme le prévoit l'article 13, alinéa a), et que le Procureur a déterminé qu'il y aurait une base raisonnable pour ouvrir une enquête, ou lorsque le Procureur a ouvert une enquête au titre des articles 13, paragraphe c), et 15, le Procureur le notifie à tous les États Parties et aux États qui, selon les renseignements disponibles, auraient normalement compétence à l'égard des crimes dont il s'agit.

Il est possible d'observer que cet article ne cite pas la saisine émanée du Conseil de sécurité, ce qui dénote une lacune qui permet à ce dernier d'agir au delà des limites posées par le Statut de Rome. Cette option octroyée à cet organe peut garantir, d'un certain point de vue, une plus grande efficacité dans la gestion de certains conflits, en les déferant directement à la Cour. Cette plus grande efficacité est aussi remarquée dans le cadre de la non coopération des Etats.

Pour l'efficacité de la Cour, la coopération des Etats est indispensable, puisqu'elle ne possède pas d'une force de police¹⁵. Telle coopération est définie dans le Chapitre IX, qui définit les modalités de coopération internationale et de l'assistance judiciaire. Cependant, ces dispositions autorisent au même temps les Etats de s'abstenir de cette obligation.

En effet, l'article 94 qui permet la possibilité d'un plus grand délai pour l'exécution d'un acte de coopération ou l'article 89 qui prévoit l'utilisation des législations nationales dans certaines procédures, créent des difficultés pour l'efficacité de la Cour. Toutefois, de telles difficultés peuvent être contournées quand la saisine émane du Conseil de sécurité. Ainsi, quand le Conseil de sécurité saisit la Cour, tous les Etats membres des Nations Unies sont obligés de coopérer avec elle, même ceux qui ne font pas partie du Statut de Rome, comme affirme l'article 25 de la Charte des Nations Unies, ce qui va bénéficier le fonctionnement de la Cour.

De plus, l'article 87 (7) du Statut dispose que

Si un État Partie n'accède pas à une demande de coopération de la Cour contrairement à ce que prévoit le présent Statut, et l'empêche ainsi d'exercer les fonctions et les pouvoirs que lui confère le présent Statut, la Cour peut en prendre acte et en référer à l'Assemblée des États Parties ou au Conseil de sécurité lorsque c'est celui-ci qui l'a saisie.

Toutefois, l'Assemblée des Etats Parties ne peut pas infliger, au contraire du Conseil de sécurité, des sanctions efficaces aux Etats qui refusent de coopérer avec la Cour. En effet, il n'y a aucune prévision dans ce sens. Le Conseil, quant à lui, peut garantir ces sanctions, quand c'est lui qui saisit la Cour, puisqu'elles sont prévues dans les articles 41 et 42 du Statut. Cependant, il pourra agir seulement quand il y a une menace au maintien de la paix et de la sécurité internationales, comme l'affirme l'article 24 de la Charte. Dans ce sens, il ne peut pas établir des sanctions seulement pour garantir l'obligation de coopérer.

Dans le cas de la Libye, par exemple, le Conseil de sécurité a déterminé des mesures des sanctions, conformément à la Résolution 1973,¹⁶ qui impose l'embargo sur les armes, du gel des avoirs des autorités de Tripoli et l'interdiction de vol des compagnies aériennes libyennes. Dans ce sens

Tous les Etats membres doivent prendre immédiatement les mesures nécessaires pour empêcher la fourniture, la vente ou le transfert directs ou indirects à la Jamahiriya libyenne, à partir de

leur territoire ou par leurs nationaux, ou au moyen de navires ou d'aéronefs battant leur pavillon, d'armements et de matériel connexe de tous types.

Cependant, le Conseil de sécurité, en pratique, n'a pas toujours exercé son pouvoir de sanction, tel qu'au Kosovo, en 1998, quand il a condamné la République Fédérative d'Yougoslavie, sans établir aucune sanction.

Ainsi, il apparaît que l'intervention du Conseil de sécurité dans les travaux de la Cour peut tendre vers une coopération constructive. Le procès de l'ancien chef d'Etat ivoirien, Laurent Gbagbo, devant la Cour pénale internationale, qui a débuté le 28 janvier 2016, est une illustration parfaite du rôle important que peuvent représenter ces deux organes en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales. Cependant, les intérêts poursuivis par le Conseil en tant qu'organe politique peuvent facilement entraver le bon fonctionnement de la Cour pénale internationale.

3 LE CONSEIL DE SÉCURITÉ: UN OBSTACLE AU FONCTIONNEMENT DE LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE

La compréhension de la relation particulière qui lie la Cour pénale internationale au Conseil de sécurité est la pierre angulaire qui permet de mieux cerner la question de l'effectivité de la justice internationale.¹⁷ En effet, le préambule du Statut de Rome est très significatif à ce sujet en affirmant sa détermination de "créer une Cour pénale internationale permanente et indépendante reliée au système des Nations Unies". Cette affirmation est renforcée par les dispositions du Statut qui reconnaissent au Conseil de sécurité un rôle spécifique dans le fonctionnement de la Cour. Cependant, ce rôle a souvent été contesté car il lui octroi la possibilité d'interférer dans les activités de cette dernière et de limiter sa compétence à l'égard des crimes d'agression.

3.1 Le pouvoir du conseil de securite d'entraver les activites de la cour penale internationale

Les dispositions du Statut de Rome attribuent au Conseil de sécurité des facultés particulières lui accordant le pouvoir de déférer à la Cour des situations qui menacent le maintien de la paix et la possibilité de surseoir les enquêtes de cette dernière.

L'article 13(b) du Statut affirme que le Conseil de sécurité est l'autorité qui a la faculté de déférer à la Cour une situation caractérisée comme crime selon l'article 5 du Statut. Cet article est confirmé par l'article 17 de l'accord régissant les relations entre la Cour pénale et les Organisations des Nations Unies signé le 4 octobre 2004 en disposant que "le secrétaire général transmet immédiatement la décision écrite du Conseil de sécurité au Procureur avec les documents et autres pièces pouvant s'y rapporter" et que la Cour s'engage à tenir le Conseil de sécurité informé.¹⁸

Ces pouvoirs octroyés au Conseil soulèvent quelques ambiguïtés quant au principe d'égalité entre les Etats. En effet, l'article 34 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 dispose qu' : «Un traité ne crée ni obligations ni droits pour un Etat tiers sans son consentement». Cet article implique le respect de la volonté des Etats à adhérer ou non à un traité. Ainsi, Kirsch¹⁹ affirme que la "CPI n'a pas la compétence universelle, elle ne peut exercer sa compétence qu'avec le consentement de l'Etat du territoire où le crime a été commis ou de l'Etat de la nationalité de l'accusé". Cependant, le pouvoir d'initiative du Conseil provoque une extension du domaine subjectif du Statut aux Etats qui n'ont pas adhéré au traité, ce qui peut remettre en question le principe du fonctionnement consensuel et le principe *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*.

Cette entorse au principe de l'égalité entre les Etats est aussi décelable concernant la procédure de veto et la protection qu'elle procure aux membres permanents du Conseil. Ces derniers peuvent voter une résolution pour déférer un Etat devant la Cour pénale, alors qu'eux-mêmes ne sont pas partis au Statut de Rome.²⁰ La reconnaissance de cette immunité a été réaffirmée par le Conseil de sécurité dans la résolution 1422 adoptée le 12 juillet 2002, selon laquelle le Conseil s'engage à ne mener aucune enquête ou poursuite²¹ à l'encontre des ressortissants des Etats contributeurs aux opérations de maintien de la paix. C'est ainsi que les Etats Unis et ses citoyens seraient à l'abri de toute poursuite qui remettrait en cause leur politique étrangère.²²

Ainsi, il apparaît que cette possibilité d'intervention conférée au Conseil de sécurité représente une entrave pour l'effectivité de la compétence de la Cour, qui se poursuit avec la faculté du Conseil de bloquer toute enquête et toute poursuite engagées par cette dernière. En effet, l'article 16 du Statut de Rome dispose que

Aucune enquête ni aucune poursuite ne peuvent être engagées ni menées en vertu du présent Statut pendant les douze mois qui suivent la date à laquelle le Conseil de sécurité a fait une demande en ce sens à la Cour dans une résolution adoptée en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies; la demande peut être renouvelée par le Conseil dans les mêmes conditions.

En d'autres termes, cet article octroi au Conseil la possibilité de mettre en attente pendant douze mois les enquêtes et les poursuites de la Cour pénale pour permettre la mise en œuvre d'un accord de paix.

En partant de cette hypothèse, le Conseil doit reconnaître dans la demande qu'il adresse à la Cour l'existence d'une menace à la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression conformément à l'article 39 de la Charte. Or, les deux seules résolutions 1422 (2002) et 1487 (2003) adoptées par le Conseil de sécurité sur la base de l'article 16 du Statut de Rome, ne faisaient à aucun moment référence à une quelconque menace au maintien de la paix mais se limitaient à attribuer aux ressortissants des Etats contributeurs aux opérations

de maintien de la paix l'immunité pendant la période établie par l'article susmentionné. Ce qui laisse apparaître une extension du caractère politique du Conseil sur le caractère juridictionnel de la Cour.²³ Cette limitation temporelle de la compétence de la Cour en faveur de l'impérial maintien de la paix risquerait ainsi de porter atteinte au pouvoir dissuasif de cette dernière à l'encontre des violations des droits de l'Homme²⁴ et crée une forme de subordination de la Cour par rapport au Conseil.

Pour certains spécialistes, tel que Poitevi²⁵

les demandes de sursis à enquêter du Conseil de sécurité devraient faire l'objet d'un contrôle de légalité par la Cour. Bien qu'il ne soit pas explicitement prévu par le Statut, il pourrait se baser sur l'article 19 § 1 disposant que "la Cour s'assure qu'elle est compétente pour connaître de toute affaire portée devant elle", autrement dit que la Cour dispose de la «compétence de la compétence.

Cette proposition semble très pertinente en imposant au Conseil d'établir le lien de causalité entre la menace du maintien de la paix et la demande de sursis à enquêter. Ce qui renforcerait la légitimité de la Cour pénale en tant qu'organe compétent en matière de justice internationale et non assujetti au conseil. Cette légitimité de la compétence de la Cour gagnerait aussi à être renforcée à l'égard des crimes d'agression.

3.2 L'influence du conseil de securite dans la determination de la competence de la cour a l'egard des crimes d'agression

Le crime d'agression fait partie des crimes les plus graves, qui touchent l'ensemble de la communauté internationale et relèvent de la compétence de la Cour pénale. L'inclusion de ce crime dans l'article 5 a suscité plusieurs discussions. En effet, l'absence de la définition de ce crime rendait la compétence de la Cour illusoire, jusqu'à l'adoption des amendements de révision du Statut, qui ont déterminé les conditions de sa mise en pratique. Néanmoins, ces dispositions attribuent un rôle privilégié et discutable au Conseil de sécurité.

L'article 5 du Statut de Rome dresse une liste des crimes graves qui relèvent de la compétence de la Cour notamment le crime d'agression. Cependant l'alinéa 2 de ce même article dispose que

La Cour exercera sa compétence à l'égard du crime d'agression quand une disposition aura été adoptée conformément aux articles 121 et 123, qui définira ce crime et fixera les conditions de l'exercice de la compétence de la Cour à son égard. Cette disposition devra être compatible avec les dispositions pertinentes de la Charte des Nations Unies.

La formulation de cette norme suspend ainsi la compétence de la Cour tant qu'une définition du crime d'agression ne sera pas adoptée par le biais d'amendements au terme des articles 121 et 123 du Statut. Ces derniers

soumettent l'adoption des révisions à des procédures particulières telles que l'expiration de la période de sept ans à compter de la date de l'entrée en vigueur du Statut, ce qui dénote un caractère fictif de la compétence de la Cour. De plus le dernier paragraphe de l'article 5 du Statut de Rome rappelle le rôle du Conseil de sécurité et l'obligation de respecter les dispositions de la Charte des Nations Unies. Les amendements ainsi adoptés devront assurer la responsabilité primaire du Conseil de maintenir la paix et la sécurité dans le monde au détriment de la compétence de la Cour si cela s'avère nécessaire.

Ainsi, sur la base de l'article 5 du Statut et de la réflexion susmentionnés, des amendements ont été adoptés lors de la Conférence de révision du Statut de Rome en 2010 afin de donner une définition au crime d'agression, de déterminer les conditions d'exercice de la compétence de la Cour et de délimiter par la même occasion le rôle du Conseil de sécurité.

Le 11 juin 2010 lors de la Conférence de révision du Statut de Rome à Kampala en Ouganda, les Etats parties aux discussions ont adopté par consensus des amendements qui portaient essentiellement sur la définition du crime d'agression et sur les conditions de saisine de la Cour pénale.

La définition retenue par les Etats reprend pour l'essentiel les termes de l'agression contenue dans la résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 14 décembre 1974. En effet, l'article article 8 bis, paragraphe 1, dispose que le crime d'agression sous-entend

la planification, la préparation, le lancement ou l'exécution par une personne effectivement en mesure de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un État, d'un acte d'agression qui, par sa nature, sa gravité et son ampleur, constitue une violation manifeste de la Charte des Nations Unies.

Le paragraphe 2 de cet article définit aussi l'acte d'agression comme étant "l'emploi par un État de la force armée contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un autre État, ou de toute autre manière incompatible avec la Charte des Nations Unies".

La formulation de cette définition s'appuie largement sur les termes et les dispositions du Statut de Rome et de la Charte de Nations Unies et reflètent un compromis trouvé par de nombreux États avant la Conférence de révision.²⁶ Ce qui permet à la Cour désormais d'exercer théoriquement sa compétence à l'égard des crimes d'agression sous certaines conditions.

L'article 15 bis, paragraphe 6, des amendements relatifs au crime d'agression dispose que:

La Cour peut exercer sa compétence à l'égard du crime d'agression conformément aux paragraphes a) et c) de l'article 13, sous réserve des dispositions qui suivent.(...) 6 - Lorsque le Procureur conclut qu'il y a de bonnes raisons de mener une enquête pour crime d'agression, il s'assure d'abord que le Conseil de sécurité

a constaté qu'un acte d'agression avait été commis par l'État en cause. Il avise le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies de la procédure judiciaire engagée devant la Cour et lui communique toute information et tout document utile.

Ce paragraphe sous-entend que le Procureur ne peut entamer une enquête de sa propre initiative que s'il a vérifié que le crime d'agression a bien été constaté par le Conseil de sécurité. Ce qui maintient la Cour suspendue à l'action ou l'inaction de ce dernier.

Le paragraphe 7 de l'article susmentionné semble donner une solution transitoire en précisant que si une telle constatation n'est pas faite par le Conseil de sécurité dans le délai de six mois suivant la date de l'avis, le Procureur peut mener une enquête de son propre chef. Toutefois, cette permission accordée à la Cour pénale est soumise à certaines conditions. En effet, le Procureur doit obtenir l'accord de la chambre préliminaire et s'assurer que le Conseil n'a pas décidé de surseoir son enquête conformément à l'article 16 du Statut.

Ainsi, il apparaît que la capacité de la Cour à enquêter reste subordonnée à la décision du Conseil de sécurité. Ce dernier demeure le principal détenteur de la mission de qualifier un acte d'agression. Ce qui semble poser la question de l'indépendance de la Cour pénale à l'égard du Conseil de sécurité, qui est avant tout un organe politique qui obéit aux intérêts des Etats parties en particulier les membres permanents.

Il faut aussi noter, que l'exercice de la compétence de la Cour à l'égard des crimes d'agression ne pourra s'activer qu'à partir du 1er janvier 2017 suite à la décision prise par la majorité des Etats requise pour l'adoption d'un amendement au Statut. De plus, tout Etat partie sera libre de déclarer ne pas reconnaître la compétence de la Cour pour le crime d'agression en déposant une déclaration en ce sens auprès du Greffier de la cour selon l'article 15 bis chapitre 4 de l'amendement susmentionné. Ce qui au final permet aux responsables de crime internationaux des Etats non parties aux amendements notamment certains membres permanents du Conseil de sécurité (les Etats Unis), d'échapper à la compétence de la Cour pénale.

Ainsi il apparaît que cette révision du Statut de Rome a certes contribué à la définition du crime d'agression et de ses éléments constitutifs, ce qui n'en est pas de même pour l'exercice de la compétence de la Cour. Cet organe juridictionnel reste toujours de manière implicite subordonné à l'autorité du Conseil de sécurité ce qui pourrait ouvrir la porte à une forme de politisation de la Cour pénale internationale et l'éloignerait de ses objectifs principaux, à savoir, une meilleure mise en œuvre du Droit international humanitaire, la lutte contre l'impunité et la promotion de la justice. Comme l'affirme Sur "on ne peut totalement dissocier justice et maintien de la paix, dans la mesure où l'action publique, même judiciaire, a pour ultime ressort la paix publique".²⁷

4 CONCLUSION

Le Conseil de sécurité est un organe politique soucieux du maintien de la paix et de la sécurité internationales. Quant à la Cour pénale, elle est un organe juridictionnel subsidiaire qui a pour vocation de juger les crimes de guerre, de génocide, d'agression et les crimes contre l'humanité. Ces deux organes ont comme dénominateur commun le maintien de la paix et de la sécurité internationales. Cette convergence de compétences a d'ailleurs été consacrée par le Statut de Rome en octroyant au Conseil de sécurité la prérogative de saisir la Cour. Cette consécration offre une plus grande efficacité de la Cour à travers une extension de sa compétence et la possibilité de sanction que peut exercer le Conseil de sécurité sur les Etats, lorsque le maintien de la paix et de la sécurité internationales sont menacées.

Cependant, le caractère politique du Conseil de sécurité peut représenter un obstacle au bon fonctionnement de la Cour pénale internationale. Le pouvoir du Conseil de sécurité de déférer un Etat n'étant pas partie au Statut de Rome devant la Cour et la réduction de la compétence de cette juridiction internationale à l'égard des crimes d'agression sont les principales critiques émises vis-à-vis de cette combinaison politico-juridictionnelle.

Ainsi, la Cour pénale internationale reste implicitement assujettie au pouvoir du Conseil de sécurité. L'efficacité de cet organe juridictionnel dépend de sa totale indépendance et nécessite un éloignement de la sphère politique. Ce vœu pieux est difficilement réalisable compte-tenu des prérogatives accordées par la Chartes des Nations Unies aux membres permanents du Conseil de sécurité et à la forte influence que peuvent représenter les intérêts politico-économiques. La Cour pénale internationale reste tout de même un organe juridictionnel important pour juger les atrocités humaines et lutter contre l'impunité qu'il est impératif de préserver.

REFERENCES

AMNESTY INTERNATIONAL. **Bulletin d'information 228/2005**. 2005. Disponible en: <http://www.amnesty.org/fr/library/asset/ASA57/004/2005/fr/62a24ca6-d4b7-11dd-8a23-d58a49c0d652/asa570042005fr.html>. Accès le : 15 février 2016.

BARCELO, Laurent. Aux origines de la Cour pénale internationale: le projet français de chambre criminelle internationale (hiver 1946 - printemps 1947). **Guerres mondiales et conflits contemporains**, France, n. 222, p. 103-109, 2006/2.

BOURGUIBA, Leïla. Cour pénale internationale, modèles de saisine et limites. **Confluence méditerranée, justice pénale et politique internationale**, Paris, n. 64, p. 198, hiver 2007-2008.

CASSESE, Antonio. **Los derechos humanos em el mundo contemporaneo.** Barcelona: Ariel, 1993.

CENTRE D'ACTUALITES DE L'ONU. **Libye: le Conseil de sécurité adopte des sanctions.** Disponible en: <http://www.un.org/apps/newsFr/storyF.asp?NewsID=24578&Cr=Libye&Cr1>. Accès le : 20 février 2016.

ÇEHRELI, Ayse Sila. L'odyssée du XXe siècle: la naissance de la Cour pénale internationale. **Synergies Turquie**, France, n 2, p. 113-122, 2009.

CHIAVARIO, Mario. **La justice pénale internationale entre passé et avenir.** Paris: Editions DALLOZ, 2003.

CONSEIL DE SECURITE. **Résolution 955 du 8 novembre 1994.** S/RES/955. Disponible en: <http://www.francerwandagenocide.org/documents/93s827.pdf>. Accès le: 15 février 2016.

CONSEIL DE SECURITE. **Résolution 827 du 25 mai 1993.** S/RES/827. Disponible en: <http://www.francerwandagenocide.org/documents/93s827.pdf>. Accès le: 15 février 2016.

DULAIT, André. **Rapport sur Le rôle du Conseil de sécurité sur le fonctionnement de la Cour pénale internationale.** 1999. Disponible en: <http://www.senat.fr/rap/r98-313/r98-3139.html>. Accès le: 15 février 2016.

FOFE DJOVIA MALEWA, Jean-Pierre. **La Cour pénale internationale: institution nécessaire aux pays des grands lacs africains.** Paris: L'Harmattan, 2006.

FROUVILLE, Olivier de. **Droit International pénal.** Paris : Editions A. Pedone, 2012.

HANSON, Toby. **Crime d'agression.** Coalition pour la Cour pénale internationale. Disponible en: <http://www.iccnw.org/?mod=aggression&lang=fr>. Accès le: 20 février 2016.

KELLER, Linda M. La fausse dichotomie entre paix et justice et la Cour pénale. **Hague justice journal judiciaire de la Haye**, v. 3, n. 1, p. 13-53, 2008.

KIRSH, Philippe. **La Cour pénale internationale : de Rome à Kampala.** Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Paris: Pedone, 2012.

PASCUAL, Cristina Garcia. **Norma Mundi La lucha por el derecho internacional.** Madrid: Editorial Trotta, 2015.

POITEVI, Arnaud. Cour pénale internationale: les enquêtes et la latitude du Procureur. **Droits fondamentaux**, n. 4, p. 97-112, 2004.

SUR, Serge. Vers une Cour pénale internationale: la Convention de Rome entre les O.N.G. et le Conseil de sécurité. **R.G.D.I.P**, n.1, p. 29-45, 1999.

ZAPPALA, Salvatore. **La justice pénale internationale.** Paris: Editions Montchrestien, E.J.A., 2007.

- 1 ZAPPALA, Salvatore. **La justice pénale internationale**. Paris: Editions Montchrestien, E.J.A., 2007. p. 146.
- 2 CASSESE, Antonio. **Los derechos humanos em el mundo contemporaneo**. Barcelona: Ariel, 1993. p. 36.
- 3 FOFE DJOVIA MALEWA, Jean-Pierre. **La Cour pénale internationale: institution nécessaire aux pays des grands lacs africains**. Paris : L'Harmattan, 2006. p. 211.
- 4 FROUVILLE, Olivier de. **Droit International pénal**. Paris: Editions A. Pedone, 2012. p.17.
- 5 BOURGUIBA, Leïla. **Cour pénale internationale, modèles de saisine et limites. Confluence méditerranée, Justice pénale et politique internationale**. Paris, n. 64, p. 30, hiver 2007-2008.
- 6 PASCUAL, Cristina Garcia. **Norma Mundi La lucha por el derecho internacional**. Madrid: Editorial Trotta, 2015. p. 61.
- 7 ÇEHRELI, Ayse Sila. **L'odyssée du XXe siècle: la naissance de la Cour pénale internationale. Synergies Turquie**, n 2, 2009, pp. 113-122. p. 118.
- 8 BARCELO, Laurent. **Aux origines de la Cour pénale internationale : le projet français de chambre criminelle internationale (hiver 1946 - printemps 1947). Guerres mondiales et conflits contemporains**, n. 222, p. 103-109, 2/2006.
- 9 Article 16 de la Charte des Nations Unies : *“Aucune enquête ni aucunes poursuites ne peuvent être engagées ni menées en vertu du présent Statut pendant les douze mois qui suivent la date à laquelle le Conseil de sécurité a fait une demande en ce sens à la Cour dans une résolution adoptée en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies; la demande peut être renouvelée par le Conseil dans les mêmes conditions”*.
- 10 DULAIT, André. **Rapport sur Le rôle du Conseil de sécurité sur le fonctionnement de la Cour pénale internationale**. Sénat français, 1999. Disponible en: <http://www.senat.fr/rap/r98-313/r98-3139.html>. Accès le: 15 février 2016.
- 11 Article 41 de la Charte des Nations Unies : *“Le Conseil de sécurité peut décider quelles mesures n'impliquant pas l'emploi de la force armée doivent être prises pour donner effet à ses décisions, et peut inviter les Membres des Nations Unies à appliquer ces mesures. Celles-ci peuvent comprendre l'interruption complète ou partielle des relations économiques et des communications ferroviaires, maritimes, aériennes, postales, télégraphiques, radioélectriques et des autres moyens de communication, ainsi que la rupture des relations diplomatiques”*.
- 12 DULAIT, op. cit., 1999.
- 13 AMNESTY INTERNATIONAL. **Bulletin d'information 228/2005**. 2005. Disponible en: <http://www.amnesty.org/fr/library/asset/ASA57/004/2005/fr/62a24ca6-d4b7-11dd-8a23-d58a49c0d652/asa570042005fr.html>. Accès le: 15 février 2016.
- 14 KIRSH, Philippe. **La Cour pénale internationale: de Rome à Kampala**. Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Paris: Pedone, 2012.
- 15 BOURGUIBA, op. cit., p. 30.
- 16 CENTRE D'ACTUALITES DE L'ONU. **Libye: le Conseil de sécurité adopte des sanctions**. Disponible en: <http://www.un.org/apps/newsFr/storyF.asp?NewsID=24578&Cr=Libye&Cr1>. Accès le: 20 février 2016.
- 17 CHIAVARIO, Mario. **La justice pénale internationale entre passé et avenir**. Paris: Editions DALLOZ, 2003. p. 113.
- 18 BOURGUIBA, op. cit., p. 29.
- 19 KIRSH, op. cit., p. 28.
- 20 Les Etats Unis, la Chine et la Russie.
- 21 La Résolution 1422 du Conseil de sécurité (d'abord adoptée en juillet 2002 puis renouvelée en juin 2003 sous la Résolution 1487) accorde l'immunité au personnel des Etats non parties de la CPI qui sont impliqués dans les missions établies ou autorisées des Nations unies pendant une durée renouvelable de douze mois. Malgré les efforts des Etats-Unis pour obtenir le renouvellement de cette résolution en 2004, ceux-ci ont retiré la résolution lorsqu'ils n'ont pas pu obtenir suffisamment de votes au Conseil de sécurité. Disponible en: <http://www.iccnw.org/?mod=res1422&lang=fr>. Accès le: 15 février 2016.

- 22 Idem.
- 23 POITEVI, Arnaud. Cour pénale internationale: les enquêtes et la latitude du Procureur. **Droits fondamentaux**, n. 4, janvier - décembre 2004. p. 105.
- 24 KELLER, Linda M. La fausse dichotomie entre paix et justice et la Cour pénale. **Hague justice journal judiciaire de la Haye**, v. 3, n. 1, 2008.
- 25 POITEVI, op. cit., p. 105.
- 26 HANSON, Toby. Crime d'agression. Coalition pour la Cour pénale internationale. Disponible en: <http://www.iccnw.org/?mod=aggression&lang=fr>. Accès le: 20 février 2016.
- 27 SUR, Serge. Vers une Cour pénale internationale: la Convention de Rome entre les O.N.G. et le Conseil de sécurité. **R.G.D.I.P.**, n. 1, p. 44, 1999.

THE ROLE OF THE UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL IN THE WORK OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT

ABSTRACT

The Security Council is a political body concerned with the maintenance of peace and international security. The International Criminal Court, in its turn, is a subsidiary judicial body which aims at judging war crimes, genocide, aggression and crimes against humanity. Both bodies have a common denominator, which is the aim of maintaining peace and international security. This convergence of objectives was enshrined in the Rome Statute by providing the Security Council with the prerogative of referring cases to the Court. The intervention of the Security Council in the functioning of the Court may be beneficial to ensure Human Rights, however it may also represent an obstacle to the effective exercise of the jurisdiction of the Court. In this context, it would be interesting to analyze the constructive aspect of the relationship between the Court and the Security Council and the obstacle it may represent to the achievement of peace and international security. For this, qualitative methodology will be used. Documentary research, the study of jurisprudence and legislation will support the information relating to the subject.

Keywords: Security Council. International Criminal Court. Human Rights.

Submetido: 27 fev. 2016

Aprovado: 13 maio 2016

REGRAS CONSTITUTIVAS PODEM CRIAR UMA PRÁTICA?*

Giuseppe Lorini**

1 Regras constitutivas e sentido de jogo. 2 Xadrez como Jogo vs. Xadrez como rito. 3 Atividade constituída por regras vs. Prática. 4 A investigação impossível de Averróis. Referências

RESUMO

O autor investiga o papel das regras constitutivas na construção da realidade social. Ele nega que as regras constitutivas sejam condição suficiente de uma prática como um jogo de xadrez. Para criar uma nova prática com regras, é necessário que já exista uma gramática dessa prática, ou seja, o sentido dessa prática (por exemplo, o sentido de jogo). É a gramática de uma prática – e não suas regras constitutivas – que determina a natureza de uma prática. O sentido de uma prática não pode ser criado por regras constitutivas.

Palavras-chave: Regras constitutivas. Prática. Ontologia social. Fato institucional.

1 REGRAS CONSTITUTIVAS E SENTIDO DE JOGO

Este ensaio se refere à ontologia social. Em ontologia social, uma distinção fundamental é aquela (proposta pelo filósofo americano John R. Searle) entre fatos brutos e fatos institucionais.

* Tradução para a língua portuguesa gentilmente realizada por Angélica Mota Cabral. O artigo foi publicado em língua inglesa originalmente no periódico *Praxis Filosófica* e está disponível em <http://praxis.univalle.edu.co/index.php/filosofica/article/view/1930/2971>. (Esta nota foi alterada a pedido do autor.)

** Giuseppe Lorini ensina Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito na Universidade de Cagliari (Itália) desde 2005. Ensinou também na Universidade de Camerino (Itália) e na Universidade de Pavia (Itália). Ele fez seu doutorado em “Filosofia Analítica e Teoria Geral do Direito” em 1997 na Universidade Estadual de Milão (Itália) com uma tese intitulada *Dimensões da Instituição (Dimensioni dell’istituzionale)*. Foi professor visitante na Universidade Internacional de Andalucía (Espanha), Universidade de Oviedo (Espanha), Uniwersitet Gdański (Polónia), Universidade de Nagoya (Japão). Foi professor visitante na Universidade da Califórnia em Berkeley (EUA) e na Universidad de Sevilla (Espanha). É membro do conselho editorial da revista filosófica “*Argumenta*”. *Journal of Analytic Philosophy*” e membro do Conselho Consultivo Internacional da revista polaca “*Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*” (“O Jornal Jurídico, Econômico e Sociológico”). Principais interesses: filosofia de normatividade, ontologia social, filosofia de lógica deontica, antropologia jurídica e etologia legal. E-mail: lorini@unica.it (Esta nota foi alterada a pedido do autor.)

Para Searle¹, os fatos institucionais são fatos que, ao contrário dos fatos brutos, pressupõem a existência de certas “instituições” humanas. O adjetivo ‘institucional’, que Searle utiliza para qualificar tipos de fato deriva dessa definição de fatos institucionais.

Se alguém ignora essa distinção, pode cometer o erro de confundir *status* institucional (como ser um Presidente da Câmara, um Juiz e um Bispo) e objetos que são apenas indicadores de *status*. Swift² descreve essa confusão de forma genial, da seguinte maneira:

Estes animais, que são vulgarmente chamados ternos, ou vestimentas, feitos de acordo com certas composições recebem diferentes denominações. Se um deles for decorado com uma corrente de outro, e uma beca vermelha, e um bastão branco, e um grande cavalo, é chamado um Presidente da Câmara; se certos arminhos e peles são colocados em certa posição, nós o chamamos de Juiz, e, então, uma adequada conjugação de linho e seda preta é intitulada de Bispo.

De modo a caracterizar o conceito de fato institucional e distinguir fatos institucionais e fatos brutos, Searle utiliza o conceito de uma “regra constitutiva”. De fato, para Searle³, “instituições” são sistemas de regras constitutivas.

Searle distingue dois diferentes tipos de regras: regras regulativas e regras constitutivas. Para Searle⁴, “regras regulativas regulam uma atividade preexistente, uma atividade cuja existência é logicamente independente das regras”, enquanto “regras constitutivas constituem [...] uma atividade cuja existência é logicamente dependente das regras”. Por exemplo, “as regras do futebol ou do xadrez [...] não meramente regulam o jogo de futebol ou de xadrez, mas elas criam mesmo a possibilidade de jogar tais jogos.”

Nesse contexto, meu ponto de partida é a tese de que as regras constitutivas criam a possibilidade de novas formas de comportamento. A questão que proponho, no presente ensaio, é: é realmente verdade que uma nova (espécie de) atividade institucional pode ser criada unicamente por regras constitutivas? Este ensaio investiga a forma por meio da qual uma atividade institucional é criada por meio de regras constitutivas, mas também os limites e as condições da criação de atividades institucionais pelas regras constitutivas. Em outras palavras, a questão é: as regras constitutivas de uma prática constituem uma condição necessária e suficiente do tipo de prática a qual é seu objeto?⁵

Minha resposta é esta: as regras constitutivas podem criar a possibilidade de novas formas de comportamento (uma nova atividade constituída por regras), mas não podem, por si mesmas, criar uma nova prática. Elas não podem ser uma condição necessária e suficiente de uma prática.

De maneira a explicar e demonstrar essa tese, inicio averiguando a tese defendida por Searle⁶:

A atividade de jogar xadrez é constituída pelo agir em concordância com regras apropriadas.

Contudo, é verdade que a atividade de jogar xadrez consiste em agir de acordo com as regras constitutivas do xadrez? Em outras palavras, a atividade de jogar xadrez consiste em agir de acordo com as regras constitutivas que constituem os movimentos possíveis e os valores das peças de xadrez?

Entendo como ‘regras constitutivas do xadrez’ aquelas que são específicas do jogo de xadrez; em outros termos, todas as regras que definem os movimentos possíveis no jogo e o valor das peças de xadrez.⁷ São aquelas regras que distinguem o jogo de xadrez do futebol ou do jogo de damas.

Outro filósofo, Hubert Schwyzer, criticou a tese de Searle. Schwyzer não nega que o xadrez é um jogo jogado pela ação em conformidade com as regras do jogo. Em outras palavras, Schwyzer não negou que o jogo de xadrez é uma atividade regida por regras. O que ele nega é:

Primeiro, que o sentido de jogo que caracteriza a atividade de jogar xadrez deriva da ação em conformidade com as regras do jogo.

Segundo, que o sentido de jogo que caracteriza a instituição chamada “xadrez” é constituído pelas regras do xadrez.

(i) *Primeiro*, Schwyzer nega que o sentido de jogo que caracteriza a atividade de jogar xadrez consista em agir em conformidade com as regras do xadrez:

Há toda a diferença do mundo entre dizer que o jogo do xadrez é definido por suas regras ou que o xadrez é um jogo executado de acordo com estas regras, e dizer que a atividade de jogar xadrez é constituída pela ação em conformidade com estas regras, ou que as regras definam a atividade. A primeira é irrepreensível, a última é falsa.⁸

Para Schwyzer,⁹ “Jogar xadrez não consiste em agir de acordo com as regras. As regras não explicam o conceito de jogar xadrez; elas não estabelecem o que é jogar xadrez.” Agir de acordo com tais regras não é uma condição suficiente para o fato de que se está jogando xadrez.

Uma observação similar ocorre em Schächter.¹⁰ Schächter argumenta que não é suficiente agir de acordo com as regras do xadrez para jogar xadrez. No caso de uma pessoa que pratica as regras do xadrez com seu instrutor, essas duas pessoas não estão jogando xadrez. Na terminologia de Schächter, elas não estão “usando” as regras, mas, apenas, demonstrando-as. Escreve Schächter:

No ensino do xadrez, um instrutor pode continuar praticando as regras do jogo com seu aluno, de tal maneira que, na sequência usual (movimento – contramovimento), o aluno mova suas peças de acordo com o prescrito pelas regras. Alguém pode indagar: estes dois estão jogando xadrez ou não? [...] Devemos dizer que eles estão, pois todas as regras estão sendo obedecidas. Porém, em outro sentido, poderíamos dizer que eles não estão, pois estão jogando meramente para demonstrar as regras do jogo, estão exercendo sua gramática. Contanto que isso seja visto meramente como

uma demonstração de regras, isso não pertence ainda ao jogo; mas, tão logo abandonemos o modo de demonstração, estaremos jogando xadrez. (Para decidir se é o caso de demonstração ou, na verdade, de utilização das regras, não se pode fazer mais do que perguntar aos jogadores ou inferir suas intenções por meio de seu comportamento.)

(ii) Segundo, Schwyzer também nega que o sentido de jogo que caracteriza o jogo de xadrez seja constituído pelas regras de xadrez. Como escreve Schyzer:

Que o xadrez é um jogo e de modo algum uma *regra* do jogo.¹¹

O problema aqui é: em que consiste o sentido de jogo de uma atividade como jogar xadrez?

2 XADREZ COMO JOGO VS. XADREZ COMO RITO

Schwyzzer explica e prova que a tese aparentemente contra intuitiva de que o sentido de jogo não é intrínseco à atividade constituída pelas regras constitutivas do xadrez, propondo um experimento mental:

Imagine o que se segue. Estou aqui em Ruritânia algum tempo, e posso falar o idioma toleravelmente bem. Um dia, acompanho meu anfitrião e sua família a uma certa construção, onde um grande número de pessoas estavam sentadas em um círculo no chão, murmurando entre si de forma agitada. No centro do círculo está uma pequena mesa com duas cadeiras, e, na mesa, um tabuleiro de xadrez com as peças arranjadas como que para o início de uma partida. Depois de um tempo, dois homens em roupas elaboradas entram na sala e sentam-se em lados opostos da mesa, momento em que aqueles sentados no chão fazem silêncio e passam a assistir atentamente. Os homens na mesa então procedem, com o que parece ser um ar de grande concentração, a mover as peças de xadrez sobre o tabuleiro de acordo com as regras de xadrez. Parece-me, no entanto, que eles jogam um jogo bastante selvagem, e não vejo qualquer estratégia consistente nos movimentos de nenhum dos jogadores. A excitação aumenta até que, depois de cerca de uma hora, as brancas dão xeque-mate nas pretas. Então todos os presentes, inclusive ambos os homens à mesa, mostram sinais de extremo alívio; eles esfregam suas sobancelhas, sorriem e parabenizam um ao outro.¹²

Continuando com seu experimento mental, Schwyzer imagina que, ao retornar para casa, ele mostra seu próprio tabuleiro de xadrez ao seu anfitrião e o convida para jogar. Porém, aqui está a reação surpreendente de seu anfitrião ao seu pedido: “Ele se torna pálido, está horrorizado e consternado, e insiste que eu guarde o jogo imediatamente. ‘Blasfemador!’ ele exclama. ‘Você quer jogar xadrez comigo? E você forja o tabuleiro e as peças de xadrez?’”¹³

Por que o anfitrião de Schwyzer reagiu dessa maneira ao simples convite para jogar xadrez? Schwyzer entende a razão de tal reação inesperada quando seu anfitrião lhe explica em que consiste a prática do xadrez em Ruritânia:

Há, ele diz, apenas um tabuleiro de xadrez para cada comunidade. O Xadrez é promulgado uma vez por ano pelo sacerdote da comunidade com o fim de determinar a vontade dos deuses. Se o branco vencer o preto, a comunidade e as colheitas irão florescer; se o preto vencer o branco, haverá problemas.¹⁴

Então, à pergunta de Schwyzer se o branco deve sempre ganhar, o anfitrião, ainda mais chocado, responde desta forma: “O xadrez não é um duelo ou uma batalha. É um rito sagrado. Não há, absolutamente, vitórias ou derrotas”.¹⁵

Nesse ponto, o mal-entendido é revelado: em Ruritânia, o xadrez não é um jogo, mas um rito religioso que é realizado apenas uma vez ao ano pelo sacerdote da comunidade¹⁶. O rito do xadrez não é uma forma de competição: no rito do xadrez, não se pode vencer ou perder, pois vitória e derrota não são partes da gramática do rito.

Consequentemente, para a gramática do rito, no xadrez de Ruritânia, não faz sentido falar em estratégia.

Em seu experimento mental, Schwyzer foca no fato de que as diferenças entre o jogo de xadrez e o rito do xadrez não são determinadas pelas regras constitutivas do xadrez. De fato, a atividade das duas práticas (rito do xadrez e jogo de xadrez) é regida pelas mesmas regras: as regras constitutivas do xadrez.

Porém, onde está, então, a diferença entre as duas práticas?

(i) A diferença entre as duas práticas não aparece no *nível bruto* da descrição da ação. Não é perceptível na observação de meras *atividades físicas* que compõem as duas práticas.

Adicionalmente, a diferença entre as duas práticas não consiste mesmo em *eventos mentais* nas mentes dos jogadores. Escreve Schwyzer:

A diferença entre o rito do xadrez e o jogo de xadrez não está de maneira alguma naquilo que acontece sobre o tabuleiro, nem em qualquer coisa nas mentes daqueles que estão realizando os movimentos.¹⁷

(ii) A diferença entre as duas práticas não aparece nem mesmo no *nível institucional* da descrição da ação. De fato, as duas práticas, compartilhando o mesmo sistema de regras, necessariamente também compartilham o mesmo suporte institucional consistente em uma atividade em conformidade com as regras constitutivas do xadrez.

(iii) Em vez disso, a diferença entre as duas práticas consiste na função diferente, no valor diferente que a atividade tem na vida cotidiana daqueles que a praticam: “A diferença está completamente fora do tabuleiro, naquilo que Wittgenstein chama de “papel” da atividade nas vidas daqueles os quais a praticam”.¹⁸

Para Schwyzer, é a gramática diferente das duas atividades que distingue o jogo de xadrez do rito do xadrez. É a gramática de uma prática - e não suas regras constitutivas - que determina sua natureza e, conseqüentemente, seu sentido de rito ou seu sentido de jogo: “A natureza de uma dada prática é definida não por suas regras, mas por sua ‘gramática’”.¹⁹

Schwyzer²⁰ acredita que o fato “de que o xadrez é um jogo não é de forma alguma uma regra do jogo.” É uma proposição gramatical²¹. Nessa perspectiva, ele escreve:

O que faz de uma partida de xadrez o tipo de coisa que ela é, é uma questão de quais tipos de coisas faz sentido dizer com relação ao xadrez, de quais tipos de coisas são, em um sentido lógico, relevantes ou apropriadas de se dizer com relação ao xadrez.²²

Além disso, Schwyzer argumenta:

Pertence à gramática do xadrez que possamos dizer coisas tais como “vamos jogar xadrez”, “este foi um movimento sagaz (ou tolo)”, podemos perguntar quem venceu ou está vencendo, dizer “má sorte” a um e “boa partida” ao outro depois que jogo acaba; estas formas de falar são intrinsecamente relevantes no contexto do xadrez, não no contexto de, digamos, uma Missa.²³

Da mesma maneira, o fato de que o xadrez pressupõe habilidade pertence à gramática do xadrez.

Similarmente, é devido à sua gramática que o rito do xadrez é diferente do jogo de xadrez. O rito de xadrez, de fato, ao contrário do jogo de xadrez, não é uma forma de competição, assim, não faz sentido falar, no rito do xadrez, sobre vitória e derrota ou mesmo sobre estratégia.

Para Schwyzer, a palavra “gramática” na frase “gramática do xadrez” tem um significado bastante similar ao termo “gramática” usado nos livros escolares comuns de gramática. Similarmente, a gramática como uma teoria da sintaxe denota que “crianças” é um substantivo e “jogar” é um verbo e que é significativo escrever ‘*As crianças jogam*’, mas não “o Jogo crianças”; a gramática de uma prática significa que o xadrez é uma competição, e isso denota que faz sentido dizer certas coisas em relação ao xadrez, mas não com relação a outras práticas.

A observação de Schwyzer sugere que há um nível da ação institucional (o nível da atividade que tem um sentido de uma prática, como um sentido de jogo ou um sentido de rito) em que as regras constitutivas não atuam.

Com relação à distinção entre o conceito de atividade constituída pelas regras e o conceito de prática, é claro que agir em concordância com as regras do xadrez não é suficiente para jogar xadrez, da mesma forma que agir de acordo com as regras do futebol não é suficiente para jogar futebol.

3 ATIVIDADE CONSTITUÍDA POR REGRAS VS. PRÁTICA

De maneira a provar que atividades institucionais e instituições não são meramente atividades constituídas por regras, Schwyzer inventou uma nova atividade regida por regras que não é uma prática: *x-ndo*. Escreve Schwyzer:

Suponhamos que eu diga que criei uma nova forma de comportamento, inventei uma nova prática, e estas são as regras. Não, não é um jogo ou uma competição de qualquer tipo, nem um rito ou uma cerimônia, nem é, em nenhum sentido, uma “forma de fazer alguma coisa”, como fazer um testamento é uma maneira de fornecer a propriedade de alguém após a morte, com o propósito ínsito. É uma prática completamente nova, chamada “X-ndo”; ela requer dois participantes, o “iniciador” (*initiator*) e o “respondente” (*respondent*) e o procedimento é como se segue. Primeiro, o iniciador assina seu nome em um pedaço especial de papel chamado “a almofada”; a assinatura de seu nome é chamada “lançamento”. O respondente, então, tem uma escolha: ou ele submete-se, o que significa fazer isto, ou ele... e assim por diante. Todo o negócio é terminado quando o respondente “declara” - ou seja, assina seu nome no outro lado da almofada.²⁴

X-ndo é uma atividade regida por regras, isto é, uma atividade cuja natureza consiste em agir em conformidade com suas regras constitutivas. Schwyzer indaga: “O que é X-ndo? Uma atividade de acordo com estas regras.”²⁵

Mas esta atividade não tem outros sentidos que este. Não é um jogo ou um rito. Não é uma maneira de fazer alguma coisa como um testamento é uma “maneira de” distribuir a propriedade de alguém depois de sua morte. Para Schwyzer, X-ndo é a uma mera atividade regida por regras que não é uma prática.

Para Schwyzer, X-ndo não é uma prática por três razões diferentes:

(i) Primeiro, “x-ndo não tem uma gramática.”²⁶ Não existem proposições gramaticais sobre a natureza de X-ndo. Recuperando a filosofia de Ludwig Wittgenstein, Schwyzer²⁷ define a gramática de uma atividade como aquela “que a torna uma atividade deste tipo”. A gramática é o lugar de sentido (por exemplo, o sentido de rito ou o sentido de jogo) que condiciona a possibilidade de ser uma prática.

(ii) Segundo, não há nenhuma situação que conte como uma situação apropriada para engajar-se em X-ndo.²⁸

(iii) Terceiro, X-ndo não tem nenhum outro sentido que o sentido de agir de acordo com suas regras: “Agir de acordo com essas regras não é fazer ou estar comprometido com nenhuma outra que apenas esta, a ação em conformidade com aquelas regras.”²⁹

Ao contrário de X-ndo, o xadrez é, em vez disso, um exemplo de uma atividade regida por regras que é também uma prática. O Xadrez é um exemplo de uma atividade que pode ser executada apenas pela ação em conformidade

com regras constitutivas, porém cujo sentido não se esgota em um simples comportamento que obedece a regras constitutivas. O xadrez é um jogo, mas o fato de ele ser um jogo não é dedutível pelas regras constitutivas do jogo. As regras do xadrez não permitem a compreensão do sentido dessa atividade. O sentido dessa atividade transcende aquelas regras que constituem a possibilidade do jogo.

Agora, retorno à questão posta inicialmente neste ensaio: a atividade de jogar xadrez consiste em agir de acordo com as regras constitutivas do xadrez?

Minha resposta é negativa. Acredito que jogar xadrez não consiste apenas em agir em conformidade com as regras dele. É óbvio que é um jogo executado pela ação em conformidade com as regras do jogo. É impossível jogar xadrez sem as regras do xadrez. Porém, não é menos verdade que realizar movimentos de acordo com essas regras não é necessariamente jogar xadrez. Uma pessoa que move mecanicamente as peças desse jogo sem uma estratégia ou sem o objeto de xeque-mate não está jogando xadrez. É mesmo possível executar, seguindo as regras do xadrez, uma atividade totalmente diferente deste e também gramaticalmente incompatível com o jogo de xadrez, assim como o rito do xadrez descrito por Schwyzer.

4 A INVESTIGAÇÃO IMPOSSÍVEL DE AVERRÓIS

Uma tese epistêmica corresponde à minha tese ontológica sobre a natureza da atividade institucional: se não se conhece a gramática de uma prática, não se pode compreender o que a prática é, mesmo que se conheça muito bem as regras constitutivas dessa prática.

Por exemplo, se não se compreende o que um jogo é, se não se conhece a gramática do “jogo”, não se pode compreender o que o jogo do xadrez é, mesmo que se conheçam muito bem as regras do xadrez.

Curiosamente, um tipo similar de impossibilidade é descrito em um conto de Jorge Luis Borges: *A busca de Averróis*. Nesse conto, Borges fala-nos de uma investigação impossível, a investigação de Averróis. Averróis tentou traduzir a Poética de Aristóteles, mas estava fechado nos limites da cultura islâmica e, não conhecendo teatro, não pôde compreender o significado dos termos “tragédia” e “comédia”.

REFERÊNCIAS

BORGES, Jorge Luis. *Obras completas*. Buenos Aires: Emecé, 1981.

CONTE, Amedeo G. *Eidos. An Essay on Constitutive Rules*. *Poznan Studies in the Philosophy of the Sciences and the Humanities*, Netherlands, v. 11, p. 251-257, 1988.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *La pensée sauvage*. Paris: Plon, 1962.

LORINI, Giuseppe. **Dimensioni giuridiche dell'istituzionale**. Padua: CEDAM, 2000.

_____. **Oggetto e atto**. Torino: Giappichelli, 2008.

MILLER, Dolores. Constitutive Rules and Essential Rules. **Philosophical Studies**, Netherlands, v. 39, p. 183-197, 1983.

ROVERSI, Corrado. **Pragmatica delle regole costitutive**. Bologna: GEDIT, 2007.

SCHÄCHTER, Josef. **Prolegomena zu einer kritischen Grammatik**. Wien: Julius Springer, 1935.

SCHWYZER, Hubert. Rules and Practices. **The Philosophical Review**, United States, v. 78, p. 451-467, 1969.

SEARLE, John Rogers. **Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language**. Cambridge: Cambridge University Press, 1969.

_____. **The Construction of Social Reality**. New York: Free Press, 1995..

_____. **Making the social world: the structure of human civilization**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

SWIFT, Jonathan. A Tale of a Tub. In: SWIFT, Jonathan. **A Tale of a Tub with Other Early Works (1696-1707)**. Ed. Louis A. Landa. Oxford: Blackwell, 1960. p. 241-353.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophical Investigations**. Oxford: Blackwell, 1953.

_____. **Philosophische Grammatik**. Ed. Rush Rhees. Oxford: Basil Blackwell, 1969.

ZLANIEC, Wojciech. Fathers, Kings and Promises. Husserl and Reinach on the A Priori. **Husserl Studies**, Netherlands, v. 9, p. 147-177, 1992.

ZNAMIEROWSKI, Czeslaw. **Podstawowe pojêcia teorii prawa I**. Poznań: Fiszer i Majewski, 1924.

1 SEARLE, John Rogers. **Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language**. Cambridge: Cambridge University Press, 1969. p. 51.

2 SWIFT, Jonathan. A Tale of a Tub. In: SWIFT, Jonathan. **A Tale of a Tub with Other Early Works (1696-1707)**. Ed. Louis A. Landa. Oxford: Blackwell, 1960. p. 283.

3 SEARLE, John Rogers. **Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language**. Cambridge: Cambridge University Press, 1969. p. 51.

4 Ibid., p. 34.

5 A ideia de que há regras que criam novas possibilidades de ação já pode ser encontrada no trabalho do filósofo do direito polonês Czeslaw Znamierowski (1924). (Cf Giuseppe Lorini, 2000, 69-81)

6 SEARLE, John Rogers. **Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language**. Cambridge: Cambridge University Press, 1969. p. 33-34.

7 Para esse tipo de regra, Amedeo G. Conte propôs o nome “regra eidético-constitutiva”. Conte (1988, 252) escreveu: “As regras eidético-constitutivas são aquelas que determinam a conotação daqueles termos que

(na formulação das regras) designam a praxemes (as unidades da práxis) que são regidas pelas regras. Por exemplo, as regras de xadrez são eidético-constitutivas por que (e no sentido em que) elas determinam a conotação dos termos (bispo, torre, check, ...) que designam a praxemes (peças, pragmemes, situações de jogo) do jogo.”

- 8 SCHWYZER, Hubert. Rules and Practices. *The Philosophical Review*, United States, v. 78, p. 454, 1969.
- 9 *Ibid.*, p. 464.
- 10 SCHÄCHTER, Josef. *Prolegomena zu einer kritischen Grammatik*. Wien: Julius Springer, 1935.
- 11 SCHWYZER, Hubert. Rules and Practices. *The Philosophical Review*, United States, v. 78, p. 463, 1969.
- 12 *Ibid.*, p. 456.
- 13 *Ibid.*, p. 456.
- 14 *Ibid.*, p. 457.
- 15 SCHWYZER, Hubert. Rules and Practices. *The Philosophical Review*, United States, v. 78, p. 457, 1969. Vitória em um jogo é um fenômeno muito interessante para a investigação da realidade institucional. Vitória em um jogo como o xadrez pressupõe a existência da instituição do xadrez. Não se pode vencer uma partida de xadrez se a instituição jogo de xadrez não existir. Porém, o sentido de vitória e o sentido de derrota, na esfera de uma instituição, parece ir além dos limites da instituição individualmente. As instituições determinam as condições de vitória e derrota e, assim, a *extensão* das palavras ‘vitória’ e ‘derrota’ na esfera de uma instituição como xadrez ou futebol. Porém, a *intenção* das duas palavras não é determinada pelas instituições que determinam as condições de vitória e derrota. Ludwig Wittgenstein (1969) indaga: “Em que consiste ganhar ou perder em um jogo?” E ele responde: “Claro que não é na situação de jogo que se produz a vitória”. O sentido de ‘vitória’ e o sentido de ‘derrota’ parecem ir além dos limites de uma instituição singular. A Vitória e a derrota parecem não ser conceitos *institucionais*, porém parecem mais conceitos *metainstitucionais* (devo a frase “conceito institucional” a Dolores Miller (1981, 191)): eles não têm nas instituições suas próprias condições de possibilidade, mas, ao contrário, eles constituem as condições de possibilidade de certas instituições como jogos competitivos. Além disso, um sinal de sua *metainstitucionalidade* é constituído por sua *trans-institucionalidade*. De fato, enquanto as condições de vitória e de derrota mudam quando mudamos de um jogo para outro, o significado de ‘vitória’ e o significado de ‘derrota’ permanecem imodificados.
- 16 Um caso similar é descrito por Claude Lévi-Strauss (1983, p.46). Ele descreve o caso de Gahuku-Gama, povo de Nova Guiné «qui ont appris le football, mais qui jouent, plusieurs jours de suite, autant de parties qu’il est nécessaire pour que s’équilibrent exactement celles perdues et celles gagnées par chaque camp» (que aprenderam o futebol mas que jogam, durante vários dias seguidos, o número necessário de partidas para que se equilibrem vitórias e derrotas de ambos os lados). Eles consideram «un jeu comme un rite» (um jogo como um rito).
- 17 SCHWYZER, Hubert. Rules and Practices. *The Philosophical Review*, United States, v. 78, p. 464, 1969.
- 18 *Idem.*
- 19 *Ibid.*, p. 463.
- 20 *Idem.*
- 21 Aqui, há quatro exemplos de proposições gramaticais do ensaio de Schwyzer: (i) As promessas devem ser mantidas, (ii) O xadrez é um jogo competitivo, (iii) As sensações são particulares, (iv) A expectativa é um estado.
- 22 Schwyzer pede emprestado o termo ‘gramática’ de Ludwig Wittgenstein (1953), que escreveu nos §§ 371 e 373: “A essência é expressa pela gramática. [...] A Gramática diz que tipo de objeto algo é”. SCHWYZER, Hubert. Rules and Practices. *The Philosophical Review*, United States, v. 78, p. 454, 1969.
- 23 *Ibid.*, p. 455.
- 24 *Ibid.*, p. 464.
- 25 *Idem.*
- 26 *Ibid.*, p. 465.
- 27 *Ibid.*, p. 454.
- 28 *Ibid.*, p. 465.
- 29 *Ibid.*, p. 466.

CAN CONSTITUTIVE RULES CREATE A PRACTICE?

ABSTRACT

The author investigates the role of constitutive rules in the construction of social reality. He denies that constitutive rules are a sufficient condition of a practice such as a chess game. To create a new practice with rules, it is necessary that there already be the grammar of this practice, that is, the sense of this practice (for example, the sense of game). It is the grammar of a practice and not its constitutive rules that determines the nature of a practice. The sense of a practice cannot be created by constitutive rules.

Keywords: Constitutive rules. Practice. Social ontology. Institutional fact.

Submetido: 7 abr. 2016
Aprovado: 23 maio 2016

NORMAS DE PUBLICAÇÃO

1 LINHAS DE PESQUISA

Os temas poderão receber abordagens variadas tanto de natureza mais dogmática quanto teórica. São admissíveis leituras históricas, políticas, jurídicas, metodológicas e interdisciplinares. É facultado aos autores abordar apenas aspectos específicos no contexto maior da linha de pesquisa escolhida. São elas:

Constituição, Estado e Sociedade
Direitos Humanos e Fundamentais
Teoria Política e do Direito
Estado Democrático de Direito

2 ESTRUTURA GERAL DO ARTIGO CIENTÍFICO (15 A 30 PÁGINAS)

Elementos pré-textuais:

Título e subtítulo (se houver), separado por dois pontos;

Nome do autor (e do coautor, se houver), acompanhado de breve currículo que o qualifique na área de conhecimento do artigo, com a respectiva titulação acadêmica, filiação institucional, Cidade, Estado, País e endereço eletrônico (em nota de rodapé)*

Resumo na língua do texto: sequência de frases concisas e objetivas, e não uma simples enumeração de tópicos, de 150 a 250 palavras, espaçamento entre linhas simples. Seguem-se as palavras-chave, representativas do conteúdo do trabalho, separadas por ponto e finalizadas por ponto (de 3 a 5 palavras).

Elementos textuais:

Modelo A:

- 1 Introdução
- 2 Desenvolvimento
- 3 Conclusão

* A submissão do artigo deve ser realizada sem qualquer menção de autoria, exclusivamente pelo portal de periódicos via web. Os dados referentes aos autores e coautores devem ser inseridos à parte, na seção denominada “meta-dados”. O periódico opera com o sistema de dupla avaliação cega.

Modelo B:

- 1 Introdução
- 2 Referencial Teórico
- 3 Metodologia da Pesquisa
- 4 Análise dos Resultados (deve conter a análise dos dados obtidos)
- 5 Conclusão

Elementos pós-textuais:

Agradecimento (não é obrigatório)

Referências

Notas de fim, após referências, em *Times Nem Roman 10*

3 FORMATAÇÃO DO ARTIGO

O título deve estar centralizado, em negrito e em caixa alta, sendo escrito em tamanho 14.

Logo abaixo do título do trabalho devem constar o(s) nome(s) completo(s) do autor, do(s) coautor(es) recuados à direita, acompanhados de breve currículo que os qualifiquem na área de conhecimento do artigo, com a respectiva titulação acadêmica e endereço eletrônico (em nota de rodapé identificada com asterisco).

Exemplo:

TÍTULO DO ARTIGO

João J. João**

Pedro P. Pedro***

Maria M. Maria****

O texto deve ser digitado com letra *Times New Roman*, tamanho 12, usando espaço entrelinhas 1,5 e espaçamento entre parágrafos de 0 pt antes e 06 pt depois. O espaço da primeira linha dos parágrafos é de 1cm. As citações de mais de três linhas, as notas de rodapé, as referências e os resumos em vernáculo e em língua estrangeira devem ser digitados em espaço simples.

** Breve currículo

*** Breve currículo

**** Breve currículo

O formato do papel a ser utilizado tanto na versão eletrônica quanto na impressa, deve ter formato A4 (210 mm x 297 mm), com as seguintes margens: superior e esquerda - 3,0cm; inferior e direita - 2,0 cm.

O trabalho deve estar obrigatoriamente digitalizado em Word.

4 REFERÊNCIAS

As referências devem ser constituídas por todas as obras citadas no artigo e devem ser listadas de acordo com a norma ABNT-NBR-6023/2002, conforme exemplos abaixo:

Livros

ALVES, Roque de Brito. *Ciência Criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
BANDEIRA, Manuel (Org). *Gonçalves Dias: poesia*. 11. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1983.

Artigos em periódicos

MONTEIRO, Agostinho dos Reis. O pão do direito à educação... *Educação & Sociedade*, Campinas, SP, v. 24, n. 84, p. 763-789, set. 2003.
O MELHOR de dois mundos. *Após*, São Paulo, ano 1, p. 24-25, fev. 2003.

Artigos em revistas, jornais etc.

MONTEIRO NETO, Armando. Desoneração da folha salarial. *Estado de Minas*, Belo Horizonte, n. 22.368, p. 9, 26 mar. 2003.

Sites

CONY, Carlos Heitor. O frágil lenho. Folha online, São Paulo, 19 jan. 2004. Disponível em: <www.folha.uol.com.br/folha/pensata/ult505u135.shtml>. Acesso em: 19 jan. 2004.
FREIRE, José Bessa. O patrimônio cultural indígena. In: WELFORT, Francisco; SOUZA, Márcio (Org.). *Um olhar sobre a cultura brasileira*. Brasília: Ministério da Cultura, 1998. Disponível em: <<http://www.minc.gov.br/textos/olhar/patrimonioidigena>>. Acesso em: 20 jan. 2004.

5 CITAÇÕES

As citações deverão ser feitas da seguinte forma (NBR 10520): citações de até três linhas devem estar contidas entre aspas duplas; as citações de mais de três linhas devem ser destacadas com recuo de 4cm da margem esquerda, em *Times New Roman 10*, sem aspas.

Para enfatizar trechos da citação, deve-se destacá-los indicando essa alteração com a expressão “grifo nosso” entre parênteses após a chamada da citação ou “grifo do autor”, caso o destaque já faça parte da obra consultada.

A referência da citação será feita em nota de fim, após as referências do texto.

6 ABSTRACT E KEYWORDS

Após as referências, seguem-se as notas de fim; após as notas de fim, culminando todo o trabalho, deve-se fazer constar o título do artigo, o resumo e as palavras-chave em versão para o inglês, com recuo de 4 cm em espaço simples.

7 INSTRUÇÕES AOS AUTORES

7.1 Avaliação por pares – *modus operandi*

Os artigos recebidos passam por uma análise prévia (fase inicial: desk review), envolvendo a equipe de Editores institucionais e/ou Editores-Associados (vinculados a outras Instituições de outros Estados). Essa primeira fase funciona como um mecanismo de filtragem quanto à adequação do artigo, às linhas de pesquisa, à adequação às normas de publicação; inteligibilidade, coerência e coesão do texto; avaliação preliminar da compatibilidade do artigo submetido às exigências atribuíveis a uma produção em termos de pós-graduação; relevância e adequação do aporte teórico; relevância da discussão enfrentada e potencial de contribuição do artigo para a comunidade acadêmica. Essas são diretrizes às quais a equipe de Editores (institucionais e associados) se atêm, de modo geral.

Superada essa fase preliminar, o artigo é submetido a, no mínimo, dois pareceristas, que tenham titulação maior (preferencialmente) ou igual à titulação do coautor mais bem titulado do trabalho em exame. Atenta-se, ainda, quando da escolha dos pareceristas responsáveis para uma adequação entre as áreas de conhecimento dos avaliadores e a área da temática enfrentada no artigo, antes de submetê-lo à apreciação dos pares.

Opera-se com o sistema *double blind review*, conforme orientação do Programa Qualis, procedendo-se à desidentificação dos artigos, a fim de que a avaliação por pares seja cega, garantindo-se a lisura do processo. Nessa etapa da avaliação, os pareceristas preenchem uma ficha de avaliação específica e padronizada, a qual é devolvida à equipe de Editores-Responsáveis, recomendando ou não a publicação dos artigos submetidos. Cada parecerista só pode avaliar, no máximo, dois artigos por número publicado. Procura-se, sempre que possível, escolher pareceristas que não pertençam ao mesmo Estado da Federação de onde se originou o artigo. Em caso de divergência de pareceres, ou, permanecendo quaisquer dúvidas, pode a equipe institucional ampliar o leque de avaliações para melhor subsidiar sua decisão.

7.2 Idiomas de publicação

A Opinião Jurídica aceita artigos escritos em português, espanhol, francês, italiano e inglês. Artigos em alemão serão aceitos apenas de autores previamente convidados. Todos os artigos, independentemente da língua em que estejam escritos, devem fazer constar título, resumo e palavras-chave em inglês – atendendo-se às exigências do Programa *Qualis da Capes*.

7.3 Ineditismo

A Opinião Jurídica visa à publicação e à divulgação de trabalhos inéditos, devendo o autor fazer constar, sob as penas da lei, qualquer condição em contrário, por ocasião da submissão de seu trabalho. Em caso de existência de publicação prévia, deve o autor explicitar o veículo de publicação e o suporte utilizado (virtual ou impresso), a fim de que a equipe de Editores-Institucionais delibere, soberanamente, a respeito da conveniência de uma eventual republicação.

7.4 Transferência de direitos autorais

A submissão de artigo à apreciação da Equipe Editorial da Revista Opinião Jurídica implica, por este mesmo ato, a cessão, por parte do(s) autor(ES), para o Centro Universitário Christus – UNICHRISTUS, da referida OBRA para fins de reprodução, divulgação, distribuição, impressão, publicação e disponibilização, a encargo da UNICHRISTUS, em qualquer forma ou meio que exista ou venha a existir, nos termos do art. 49 e os seguintes da Lei 9.610/98.

Parágrafo Primeiro. A cessão, objeto deste Termo, é feita a **título não exclusivo e gratuito**, abrangendo a totalidade da OBRA.

Parágrafo Segundo. A UNICHRISTUS poderá disponibilizar, para fins didáticos, a OBRA no todo ou em partes, vedada a alteração de seu conteúdo textual, ressalvadas correções e formatações que se fizerem necessárias.

Parágrafo Terceiro. A cessão é válida em quaisquer países, em língua portuguesa ou tradução, a critério da UNICHRISTUS.

7.5 Das responsabilidades

Ao submeter(em) artigo de sua lavra, o autor (e coautores, se houver) assume(m), por esse ato, a responsabilidade exclusiva pela integralidade do conteúdo da obra de sua autoria. Dessa forma, quaisquer medidas judiciais ou extrajudiciais concernentes ao seu conteúdo serão de sua inteira responsabilidade.

Parágrafo único. Em caso de pluralidade de autores, considera-se solidária a responsabilidade, ressalvadas as provas em contrário.

