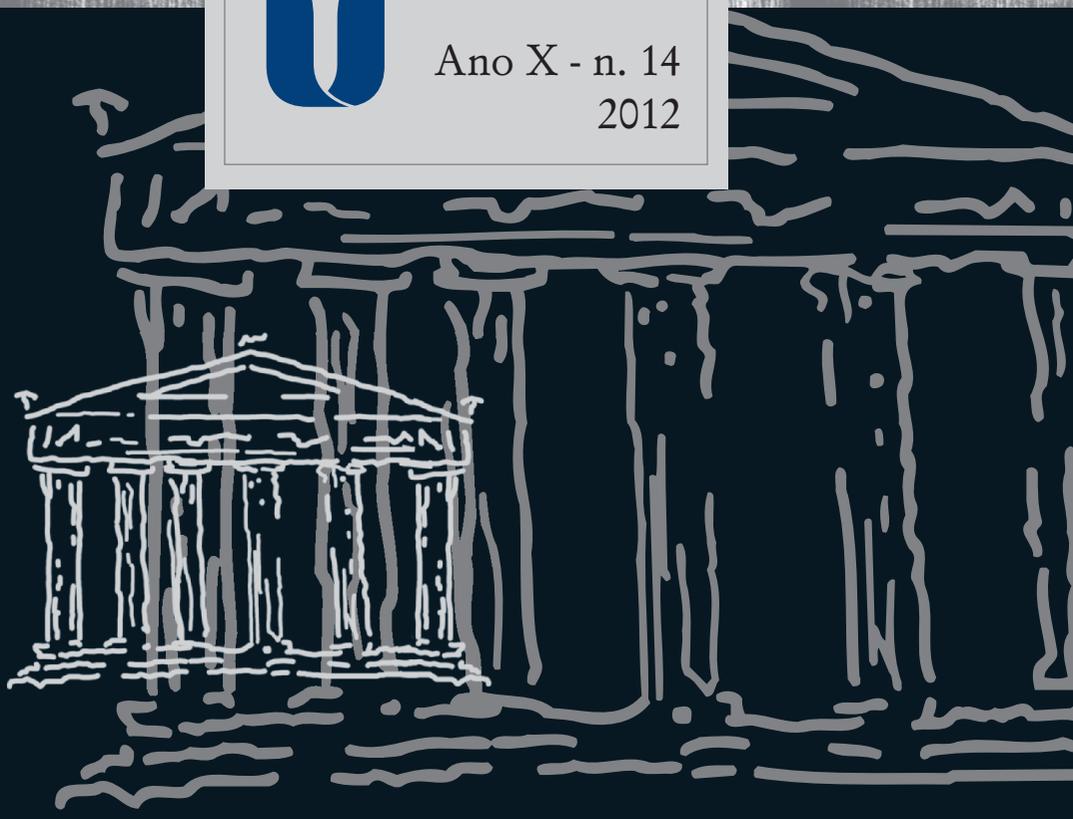


ISSN 1806-0420

REVISTA
OPINIÃO
JURÍDICA



Ano X - n. 14
2012



REVISTA OPINIÃO JURÍDICA

Ficha Catalográfica

Opinião Jurídica – Revista do Curso de Direito da Unichristus
- n. 14, ano X, 2012

© Unichristus, 2012

Opinião Jurídica
- [n. 14] –
Fortaleza: – Unichristus.
[2012]-
v.
I. Direito

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

REVISTA OPINIÃO JURÍDICA



Fortaleza, 2012

Reitor

José Lima de Carvalho Rocha

Pró-Reitor de Administração e Planejamento
Estevão Lima de Carvalho Rocha

Coordenadora-Geral do Curso de Direito
Profa. M. Sc. Gabrielle Bezerra Sales

Coordenadora de Pesquisa e Monografia do Curso de Direito
Profa. M. Andreia da Silva Costa Castelo Braco Sales

Editora-Responsável pela Revista Opinião Jurídica
Profa. Dra. Fayga Silveira Bedê

Comissão Editorial

- Dr. Alexandre Antonio Bruno da Silva (UNICHRISTUS-CE)
Dr. Antonio Celso Baeta Minhoto (USCS, SP)
Dra. Cláudia Sousa Leitão – (UECE)
Dr. Clóvis Gorczewski – (UNISC-RS)
Dra. Danielle Annoni – (UFSC)
Prof. Dr. Emerson Gabardo (UFPR)
Dr. Everton das Neves Gonçalves – (UFSC)
Dr. Etienne Picard – (PARIS I – SORBONNE)
Dr. Fabrício Bertini Pasquot Polido – (UFMG)
Dra. Fayga Silveira Bedê (UNICHRISTUS-CE)
Msc. Fernanda Busanello Ferreira – (UNIBRASIL-PR)
Msc. Flávio José Moreira Gonçalves (UFC)
Dr. Friedrich Müller – (UNIVERSIDADE DE HEIDELBERG/ALEMANHA)
Msc. Gabrielle Bezerra Sales – (UNICHRISTUS-CE)
Msc. Germana Parente Neiva Belchior – (UNICHRISTUS-CE)
Msc. Gretha Leite Maia (UFC)
Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues- (UFSC)
Msc. Isaac Costa Reis (PPGD/UFPE)
Dra. Joana Stelzer – (UFSC)
Dr. João Luís Nogueira Matias – (UFC)
Dr. João Maurício Adeodato – (UFPE)
Msc. Maurício Timm do Valle – (ABDCONST/UNICURITIBA - PR)
Dr. Octávio Campos Fischer (UNIBRASIL-PR e IDP-DF)
Dr. Paulo Bonavides – (UFC)
Dr. Rafael Santos de Oliveira - (UFSC-RS)
Dr. Roberto Bueno Pinto – (UFU-MG)
Msc. Roberto de Carvalho Rocha – (UNICHRISTUS-CE)
Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas – (PUC-SP)
Dr. Roberto da Silva Fragale Filho – (UFF-RJ)
Msc. Rennan Faria Krüger Thamay (FADISP, IMED, FESDEP, ESD – SP)
Msc. Tércio Aragão Brilhante - (AGU/UNIFOR-CE)
Msc. Vera Lucia da Silva – (CNPQ/PPGD/UFSC)
Dr. Willis Santiago Guerra Filho – (UNIRIO)

Apoio Executivo

Msc. José Edmar da Silva Ribeiro (UFC/ UNICHRISTUS)

Bibliotecária

Tusnelma Maria Barbosa

Revisão de Língua Portuguesa

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

Capa

Ivina Lima Verde

Coordenação de Design

John Barros

Programação Visual / 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 3457.5300
e-mail: opiniaojuridica01@unichristus.edu.br

Tiragem mínima

200 exemplares

APRESENTAÇÃO

Chão batido debaixo dos pés, cabeça nas estrelas. É com esse espírito que desembarcamos em nosso 14^o número, ancorados numa rede de afetos e esforços coletivos, tecidos na trama da confiança, do apoio, da solidariedade.

Como Karl Popper prefigurava, submetemos o conhecimento gestado por nossos articulistas à possibilidade da crítica e do debate, proporcionados pela comunidade científica, aqui representada por um elenco de pareceristas altamente qualificados, competentes e compromissados. Sem eles, essa edição não existiria. A eles, desde logo, a nossa mais sincera gratidão.

Nessa edição, seguimos avançando nas metas de atendimento às diretrizes do Programa Qualis. Gestamos uma edição muito inclusiva, democrática e abrangente, seja quanto às linhas de pesquisa contempladas, seja quanto aos temas articulados, seja quanto aos índices de exogenia alcançados em todos os parâmetros da Capes:

- 68,42%, quanto à *procedência dos artigos*, sendo 06 provenientes do Ceará e 13 de fora. Dentre estes últimos, 01 (um) advém da Alemanha, 01 (um) de Portugal, e 11 artigos são oriundos de outros 05 (cinco) Estados da Federação (SP/PR/SC/DF/PA).

- 67,56%, quanto à *procedência dos pareceristas*, sendo 12 endógenos (CE) e 25 pareceristas provenientes de 08 (oito) Estados da Federação (SP/RJ/MG/PR/SC/RS/PE/MS/DF), além de 01 (um) oriundo de Lima, Peru.

- 66,66%, quanto à *origem dos integrantes da Comissão Editorial*, sendo 11 (onze) endógenos (CE) e 22 (vinte e dois) membros de fora. Dentre estes, 19 (dezenove) são oriundos de outros 08 (oito) Estados da Federação (SP/RJ/MG/RS/SC/PR/DF/PE), 01 (um) da Alemanha e 01 (um) da França.

Por fim, 100% dos artigos foram aprovados em avaliações rigorosas. Assim, tendo em vista a relevância e a atualidade dos temas enfrentados, esperamos oferecer um cardápio de leituras que engrandeça o debate nacional, em torno de um fenômeno que desafia discussões cada vez mais densificadas e transdisciplinares: o Direito.

Fortaleza, agosto de 2013.

GABRIELLE BEZERRA SALES

Coordenadora-Geral do Curso de Direito da Unichristus

FAYGA SILVEIRA BEDÊ

Editora-Responsável pela Revista Opinião Jurídica

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

PRIMEIRA PARTE – DOCTRINA NACIONAL

Refletindo sobre inclusão social: as ideias de Jürgen Habermas sobre liberdade e igualdade como subsídios teóricos para um debate.....09

Antonio Celso Baeta Minhoto

Processo (constitucional): reconstrução do conceito à luz do paradigma do estado democrático de direito.....24

Carlos Marden Cabral Coutinho

Dimensão positiva da reserva do possível: revisões críticas da política tributária de guerra fiscal e suas repercussões para a proteção dos direitos sociais prestacionais.....42

Carlos Luiz Strapazzon, Ubaldo Cesar Balthazar

A legitimidade do “ativismo judicial” aos olhos da teoria do Estado e do Direito: um estudo voltado à garantia dos direitos fundamentais..... 71

Estefânia Maria de Queiroz Barbosa, Gilberto Andreassa Junior

A ação civil pública: efetiva tutela processual de proteção ambiental83

Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros, Leticia Albuquerque

Configuração democrática participativa 107

Geisla Aparecida Van Haandel Mendes, Ubirajara Carlos Mendes

A tutela jurídica dos refugiados ambientais sob o enfoque da proteção internacional dos direitos humanos 128

Germana Parente Neiva Belchior, Martasus Gonçalves Almeida

Planejamento urbano e nova ordem jurídico-urbanística: planos diretores após a primeira década do Estatuto da Cidade..... 154

Henrique Botelho Frota

Fundamentos epistemológicos da ciência do Direito em Tércio Sampaio Ferraz Júnior: a questão da cientificidade do modelo de decidibilidade 170

Horácio Wanderlei Rodrigues, Leilane Serratine Grubba

O financiamento público de campanhas eleitorais: a igualdade de chances e a melhoria da qualidade da representação política democrática..... 192
Jânio Pereira da Cunha, Heyde Medeiros Costa Lima

Algumas reflexões sobre a aplicação da análise econômica do direito ao direito do trabalho..... 211
Juliana Machado Massi, Oksandro Gonçalves

Precedente e norma: usam-se precedentes judiciais como se aplicam normas legislativas?..... 231
Juraci Mourão Lopes Filho

O problema do antagonismo político na formação do poder constituinte originário 253
Luiz Elias Miranda dos Santos

O balanço social como instrumento jurídico da cidadania..... 264
Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertocini, Ane Elize Deonara Müller

Análise crítica do julgamento do Eresp Nº 962.934/Ms à luz dos direitos fundamentais da população carcerária: cabe a responsabilidade estatal pela superlotação carcerária? 280
Maurício Muriack de Fernandes e Peixoto

O fluxo de capital e de mão de obra na economia global: a relação entre a mobilidade dos fatores produtivos e a legislação trabalhista..... 319
Michele Alessandra Hastreiter, Marco Antônio César Villatore

Os paraísos fiscais e a evasão fiscal..... 336
Stela Márcia Sales Vasconcellos

Ativismo judicial e a importância da lei..... 352
Tércio Aragão Brillhante

SEGUNDA PARTE – DOUTRINA ESTRANGEIRA

Unidad del ordenamiento jurídico..... 383
Friedrich Müller

Normas de Publicação..... 391

REFLETINDO SOBRE INCLUSÃO SOCIAL: AS IDEIAS DE JÜRGEN HABERMAS SOBRE LIBERDADE E IGUALDADE COMO SUBSÍDIOS TEÓRICOS PARA UM DEBATE

*Antonio Celso Baeta Minhoto**

Introdução. 1 Habermas: Liberdade, Igualdade e os valores de uma sociedade contemporânea desejável. 2 Habermas, Agir comunicativo, etnonacionalismo e inclusão social. Conclusão. Referências.

RESUMO

Tomamos aqui as ideias e as reflexões de Jürgen Habermas sobre liberdade e igualdade como um fio condutor, e também como uma base teórica para analisar a dinâmica de dois institutos tão caros ao direito, para a vida em sociedade. A ideia de inclusão social, especialmente da busca concreta da igualdade, é outro aspecto abordado no conjunto dessas reflexões.

Palavras-chave: Habermas. Liberdade. Igualdade. Inclusão social.

INTRODUÇÃO

Jürgen Habermas é um dos mais destacados pensadores da atualidade, especialmente no campo do direito, da política e da vida em sociedade. Sua produção é tão variada quanto relevante para muitos segmentos de pesquisa.

A ideia central deste estudo foi trazer os múltiplos subsídios teóricos produzidos pelo professor em questão, em relação à liberdade e à igualdade, para, então, buscar elementos de reflexão sobre a inclusão social.

Chama a atenção, ainda mais, que ideias tão disseminadas e tratadas em diversos níveis, âmbitos, áreas e momentos históricos diversos, como é o caso da liberdade e da igualdade – no mínimo, direitos fundamentais da chamada primeira geração – sigam se mostrando tão polêmicas e tormentosas, especialmente quanto à sua aplicação concreta na vida social.

* Doutor em Direito Público pela Instituição Toledo de Ensino, Bauru, SP; Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP; Bacharel em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – UNIFMU, São Paulo, SP; Professor Titular de Direito Público na Universidade Municipal de São Caetano do Sul – USCS, SP; Advogado atuante; autor de obras jurídicas. antonio@baetaminhoto.com.br.

Pontuaremos, ainda, alguns aspectos ligados à teoria do *agir comunicativo*, de autoria de Habermas, e também à questão do etnocentrismo e da virtual superação do modelo do Estado-Nação.

Ao final, na conclusão, procuramos fazer o fechamento dessas reflexões, muito embora, como o leitor poderá constatar, o texto presente traga em todo o seu bojo observações, digressões e até conclusões pontuais de seu autor.

1 HABERMAS: LIBERDADE, IGUALDADE E OS VALORES DE UMA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA DESEJÁVEL

Habermas possui obra vasta e de fôlego. Com uma produção bastante focada na filosofia, exhibe uma abordagem própria, peculiar, diferenciada, em que insere suas reflexões originalmente filosóficas com elementos de outros campos do conhecimento humano, redundando num conjunto de análises que se espalha sobre a democracia, a política, o direito, a sociologia e, de um certo modo, até mesmo sobre comportamento humano.

Como uma observação inicial que nos parece apropriada para adentrar ao pensamento habermasiano, podemos destacar que o pensador em foco nos lembra que os compromissos iniciais e típicos do liberalismo, uma espécie de pacto entre os “bons homens” para formar uma sociedade equilibrada e justa, algo que verbera, por outro lado, uma evidente influência do protestantismo¹, permanece entre nós de algum modo.

Lembra-nos Habermas que sendo o liberalismo uma resposta histórica e ideológica ao absolutismo tem como um foco seu primordial a formação de “um consenso fundamental que assegure liberdades iguais a todos os cidadãos, independentemente de sua origem cultural, convicção religiosa e maneira individual de conduzir a própria vida”². E complementa³:

O consenso que se almeja em torno de questões da justiça política não pode mais apoiar-se sobre um *ethos* que perpassa a sociedade como um todo e ao qual as pessoas se habituaram pela tradição. Contudo, os membros das sociedades modernas ainda partilham a expectativa de que possam cooperar uns com os outros de forma pacífica, justa e honesta.

Defende o autor em apreço que esta origem, este sentimento inicial de um grupamento de valores comuns e praticamente inquestionáveis, eis que ligados à própria ideia de uma civilização ideal almejada por uma determinada média de homens “de bem” ou homens de boa vontade, e que se supõe seja a mais evoluída possível, permanece até os dias de hoje, daí por que⁴

tacitamente, os cidadãos supõem reciprocamente uns nos outros a presença de uma consciência moral ou de um senso de justiça que opera para além dos limites relacionados às visões de mundo em particular, enquanto aprendem, ao mesmo tempo, a tolerar diferenças de visão de mundo como fonte de diversidades racionais de opinião.

Neste processo de construção de uma sociedade, Habermas defende a formação de um consenso obtido pela argumentação, algo traduzível em “eu aceito os argumentos, pois embora participe livre do discurso, estou sujeito à força do melhor argumento”. Ainda mais, neste modelo habermasiano, o direito e a democracia jogam um papel fundamental.

A democracia deve estar presente nos processos de tratamento das liberdades, especialmente no sentido de legitimar os processos decisórios e de construção das normas.

O direito, neste ambiente, age tanto no intuito de limitar as liberdades reciprocamente (limites negativos), como também atua no sentido de conferir um consenso formal aos processos democráticos, garantindo a observância de suas regras de manifestação ou dinâmica. O direito simboliza, assim, o “uso público da razão legalmente institucionalizada”, como podemos ver no seguinte trecho²:

Pelo fato de as pessoas só se poderem individuar pela via da socialização, a liberdade de um indivíduo une-se a de todos os outros, e não apenas de maneira negativa, por meio de limitações mútuas [...] Em uma associação de livres e iguais, todos precisam entender-se, em conjunto, como autores das leis às quais se sentem individualmente vinculados como seus destinatários. Por isso, o uso público da razão legalmente institucionalizada no processo democrático representa aqui a chave para a garantia de liberdades iguais.

É justamente transitando entre direito e democracia que Habermas traz algumas interessantes reflexões para este estudo. Convém lembrar, contudo, que suas digressões, até mesmo por sua forte base filosófica, não têm para si o compromisso de oferecer respostas concretas aos problemas ali tratados, mas de alargar a base de discussão, ao mesmo tempo em que aprofunda a análise, suscitando então novas indagações.

Importante destacar a natureza normativa do modelo habermasiano. Isso significa que ele não descreve a realidade, mas busca apontar para aquilo que a realidade deveria ser, diferente de outros pensadores, por exemplo, Max Weber, Karl Popper ou mesmo Norberto Bobbio, muito mais descritivos do que propositivos.

Neste sentido, o pensador alemão comentado, em outra obra sua, busca um intercruzamento entre a liberdade e os ditames de um Estado social, eminentemente distributivista.

Diz Habermas que “ninguém pode ser livre à custa da liberdade de um outro”⁶, reconhecendo a necessidade de uma distribuição equânime de um bem social tão desejado, mas aponta também as dificuldades que essa estrutura distributiva pode exibir, especialmente quando um modelo plástico ou tão-somente teórico encontra-se com as turbulências típicas do mundo real, da prática.

As reflexões habermasianas nos levam a um mote inicial, segundo o qual “o paradigma do direito centrado no Estado social gira em torno do problema da distribuição justa das chances de vida geradas socialmente”⁷. A frase destacada é quase uma constatação fática, mas a observação em foco vai além e se aprofunda sobre certos aspectos relevantes desta distribuição⁸:

No entanto, ao reduzir a justiça à justiça distributiva, ele não consegue atingir o sentido dos direitos legítimos que garantem a liberdade, pois o sistema dos direitos apenas interpreta aquilo que os participantes da prática de auto-organização de uma sociedade de parceiros do direito, livres e iguais tem que pressupor implicitamente. A ideia de uma sociedade justa implica a promessa de emancipação e de dignidade humana. Pois o aspecto distributivo da igualdade de *status* e de tratamento, garantido pelo direito, resulta do sentido universalista do direito, que deve garantir a liberdade e a integridade de cada um. Por isso, na sua respectiva comunidade jurídica, ninguém é livre enquanto a sua liberdade implicar a opressão do outro.

Mas de onde vem essa dificuldade de se assegurar, não apenas com relação à liberdade, mas também quanto aos bens sociais desejáveis por todos, um acesso de fato inclusivo, intersubjetivo e argumentativo, para expressar palavras ou conceitos-chave da teoria habermasiana?

Seguindo o que autores como Ronald Dworkin, Michael Walzer e, entre nós, José Eduardo Faria e Celso Fernandes Campilongo, comentam sobre o modelo liberal de direito, a dogmática jurídica liberal⁹, Habermas tece considerações críticas.

Habermas vê, no aspecto meramente declarativo ou enunciativo de direitos, um dos grandes problemas desta distribuição, algo que um autor liberal ortodoxo como Friedrich Hayek, por exemplo, concebe como correto e adequado, o que retira por completo o foco da fruição ou gozo desses direitos.

Ao imaginar que declarando direitos e garantindo sua existência formal por meio de leis (notadamente por intermédio da Constituição), estaria cumprido e acabado o papel do Estado, o modelo liberal de distribuição, inserido no contexto de um Estado social, vê-se frustrado pela baixa densidade de tais direitos quando verificados ou analisados no campo da vida social concreta.

Mesmo a existência de garantias fundamentais, que, em tese, assegurariam a tutela de direitos materiais de mesma espécie, não se mostram suficientes para alterar esse quadro de carência generalizada no sentido ora proposto. Habermas bem sintetiza o ora comentado:¹⁰

O erro do paradigma jurídico liberal consiste em reduzir a justiça a uma distribuição igual de direitos, isto é, em assimilar direitos a bens que podem ser possuídos e distribuídos. No entanto, os direitos não são bens coletivos consumíveis comunitariamente, pois só podemos “gozá-los” exercitando-os [...] Por isso, a distri-

buição equitativa de direitos subjetivos não pode ser dissociada da autonomia pública dos cidadãos, a ser exercitada em comum, na medida em que participam da prática de legislação.

Habermas vê nessa frustração de distribuição do modelo liberal, acima comentada, também uma falha da própria democracia. A visão do indivíduo como elemento fundamental na composição do consenso, um elemento seminal na concepção moderna de democracia, cede espaço num mundo em que a impessoalidade parece marcar presença de uma forma mais pungente do que nunca.

Gisele Cittadino, no sentido ora destacado, afirma, sobre a mudança de foco do indivíduo para o coletivo, aliás de modo bastante peremptório, que “o sujeito racional solitário está morto”¹¹ e vê como um novo caminho a ser tomado após a constatação desse “fato” aquele em que “os valores culturais, os mundos plurais, as diversas concepções sobre a vida digna [são] os temas com os quais se defronta a filosofia política contemporânea”, sendo que o próprio Habermas, por fim, indica que só “pela via da intersubjetividade se retorna ao mundo da ética, do direito e da política”.

Habermas nos chama a atenção para o fato de que “no Estado de Direito delineado pela teoria do discurso, a soberania do povo não se encarna mais numa reunião de cidadãos autônomos facilmente identificáveis”¹² e, prosseguindo, afirma, de forma bastante categórica inclusive, que esta soberania “se retira para os círculos de comunicação de foros e corporações, de certa forma destituídos de sujeito”¹³.

Acresce à dificuldade, ou dificuldades, naturais da própria distribuição de bens sociais entre os integrantes de uma comunidade, assim, a questão que parece por demais elementar, mas que Habermas traz ao centro das análises: quem, afinal, deve ser incluído socialmente?

Um outro elemento pode ser adicionado à problemática acima, e este vem a ser a carga moral existente tanto nos discursos críticos como nas manifestações apoloéticas às medidas de inclusão social, área em uma política como a ação afirmativa desempenha papel central.

Nota-se que Habermas prima por trazer às suas reflexões mais dúvidas do que respostas, muito embora, também como já registramos, procure sempre alargar o campo de debate, esclarecendo os pontos que entende relevantes ou pertinentes.

Uma discussão que acompanha o direito, desde sempre, é seu relacionamento com a moral. Habermas nos diz que isso ocorre porque, no final das contas, “as questões morais e jurídicas referem-se aos mesmos problemas”¹⁴ e aponta ao menos duas questões importantes e passíveis de tratamento tanto pelo direito como pela moral¹⁵:

Como é possível ordenar legitimamente relações interpessoais e coordenar entre si ações servindo-se de normas justificadas? Como

é possível solucionar consensualmente conflitos de ação na base de regras e princípios normativos reconhecidos intersubjetivamente ?

Feitos os questionamentos, Habermas frisa, uma vez mais, que as diferenças entre direito e moral são patentes, mas ambas “se referem aos mesmos problemas, a partir de ângulos distintos”¹⁶, daí a necessidade de se analisar as relações entre ambas.

A moral, neste sentido, é formada por elementos subjetivos e isso, de alguma forma, irá se manifestar no direito também. Neste sentido, “[...] os sentimentos também podem assumir o papel de razões, que entram nos discursos práticos como as observações nos empíricos”¹⁷.

Alguns desses sentimentos poderão nutrir ou influenciar fortemente o consenso médio e a formação das normas jurídicas, pois, com efeito, “sentimentos de ofensa, culpa e indignação são evidências de que uma ação perturba a pressuposta ordem de reconhecimento recíproco”¹⁸, sendo esta reciprocidade, segundo Habermas, a base de sustentação não somente de um equilíbrio social, mas da própria existência do direito como elemento mediador dos conflitos, daí porque¹⁹

[...] segundo essa versão, as normas definem de maneira compulsória o que os membros de uma comunidade podem exigir uns dos outros, e de tal maneira que o sentido prescritivo das normas consiste em seu caráter coercivo. As normas estão ‘em vigor’ na medida em que podem ser impostas com o auxílio da ameaça de sanções externas ou internas.

Encontrar um ponto de equilíbrio nesta relação, parece ser algo impetuoso na visão de Habermas, algo com o que concordamos, pois os extremos nesta discussão, como em outros tantos temas submetidos a tratamentos extremados, não indicam soluções abrangentes ou razoáveis o suficiente para serem adotados.

Como nos lembra Cittadino, comentando as ideias de Habermas justamente no ponto ora destacado, “para além do desacordo razoável e para além da diversidade de crenças e tradições compartilhadas, existe um ponto de vista moral que se distancia do terreno fático da eticidade”²⁰.

Teremos, segundo este modelo, como formal e materialmente viável se adotar certos valores em detrimento de outros para se alcançar objetivos concebidos como maiores, mais amplos ou valorativamente superiores.

Isto é algo especialmente importante no campo de discussão da ação afirmativa, em que itens como igualdade e meritocracia são relativizados, ou interpretados de modo diferenciado, na busca de resultados igualmente diferenciados, mas nem por isso inadmissíveis ou insustentáveis num ambiente típico de um Estado Democrático de Direito, como é o modelo que marca a maioria dos Estados contemporâneos, aí se inserindo também o Brasil.

2 HABERMAS, AGIR COMUNICATIVO, ETNONACIONALISMO E INCLUSÃO SOCIAL

Ao analisarmos as ideias de Habermas e buscar uma ligação com o objeto de nossa própria pesquisa, não poderíamos deixar de incluir aqui algumas reflexões sobre uma das teorizações mais importantes do professor em destaque, na verdade uma teoria formal, o chamado agir comunicativo.

Um dos estudos mais conhecidos de Habermas, na verdade um modelo conceitual e concepcional de sua autoria, é a chamada teoria do agir comunicativo ou da ação comunicativa. Como se sabe, muito embora os filósofos da Escola de Frankfurt, tais como Adorno, Horkheimer, Marcuse, Benjamin e, claro, o próprio Habermas, exibam significativas diversidades em suas concepções sobre as mais variadas ideias e problemáticas sociais, um aspecto certamente trabalha como uma espécie de fio condutor comum entre todos eles, qual seja a da crítica acerba às bases da sociedade industrial moderna.

A nota distintiva de Habermas perante os demais, especialmente em relação a Marcuse e Adorno, é o afastamento de um pessimismo e de uma certa desesperança, para a defesa de um modelo teórico mais propositivo, mais abrangente, mais inclusivo e é justamente aí que entra o elemento da razão, cuja conceituação é proposta de modo diferenciado pelo pensador em foco.

Se, na sociedade industrial, a razão possui um caráter instrumental, isto é, algo que sempre busca um fim – e, portanto, a dinâmica da razão será sempre a de um simples meio de se atingir um determinado fim²¹ – Habermas propõe uma nova razão em substituição a este modelo, uma razão que traz em si elementos de reconciliação, de participação e de inclusão, ou seja, a razão comunicativa.

A bem da verdade, Habermas não se coloca contra a razão instrumental, que ele reconhece como essencial para o desenvolvimento humano e para o que ele chama de “autoconservação do homem”²², mas apenas pondera que esta base lógica não pode ser estendida a todo tipo de relacionamento social, não sendo, assim, uma razão universal. Como bem resume estudiosa do tema em foco,²³

Na medida em que a racionalidade instrumental da ciência e da técnica penetra nas esferas institucionais da sociedade, transforma as próprias instituições, de tal modo que as questões referentes às decisões racionais baseadas em valores, ou seja, em necessidades sociais e interesses globais, que se situam no plano da interação, são afastadas do âmbito da reflexão e da discussão. A racionalidade instrumental, na trajetória de ampliação de seu campo de atuação, substituiu de forma crescente o espaço da interação comunicativa que havia anteriormente no âmbito das decisões práticas que diziam respeito à comunidade.

E conclui :

Dessa forma, caem por terra as antigas formas ideológicas de legitimação das relações sociais de poder. Com esse tipo de racio-

nalidade não se questiona se as normas institucionais vigentes são justas ou não, mas somente se são eficazes, isto é, se os meios são adequados aos fins propostos, ficando a questão dos valores éticos e políticos submetida a interesses instrumentais e reduzida à discussão de problemas técnicos.

Apoiando-se em Marx, Habermas defende a existência de dois saberes humanos: o trabalho e a interação social. O primeiro possibilita ao homem manter-se autônomo ou emancipado com relação à natureza, e o segundo é fundado em normas construídas tomando-se por ponto de partida a convivência entre sujeitos aptos a se comunicarem e agirem na sociedade.

Nesta prática social, deve prevalecer uma ação comunicativa, “uma interação simbolicamente mediada [direcionada por] normas de vigência obrigatória que definem as expectativas recíprocas de comportamento e que têm de ser entendidas e reconhecidas, pelo menos, por dois sujeitos agentes”²⁴.

Este é talvez o principal ponto da teoria habermasiana fundada na comunicação e no fazer social: a construção dos consensos não resulta da soma-tória de razões individuais semelhantes, mas de um agir coletivo, de uma razão construída de modo coletivo, com ampla participação dos sujeitos e fundada numa complexa rede social de interações.

Sobre esse ponto, há uma interessante reflexão formulada por pesquisador da presente teoria, traçando paralelo entre a interação e o ético como uma base fundamental de existência dentro do agir comunicativo. Vejamos²⁵:

Este processo de interação, por meio da comunicação, supõe que aquele que fala não pretende que seu ato de fala seja válido somente para si. Necessita que a sua manifestação (*Äusserung*) seja reconhecida, como verdadeira, para qualquer um que possa aceitá-la ou, como falsa, para os que quiserem negá-la. Qual seja o resultado, com relação ao ouvinte, há de se esperar sempre que haja uma resposta em algum momento.

Objetivamente quanto ao campo da ética, o mesmo autor comenta:

O ético, em Habermas, surge somente quando há interatividade entre os sujeitos, desde que, é claro, sejam superadas as particularidades em prol da pretensão de validade universal da norma moral. Há, nestes termos, a empatia entre indivíduos que se reconhecem reciprocamente como pessoas portadoras de dignidade igual. Entretanto, esta interação deve estar imbuída de boa-fé, construída com motivação racional, para que se possa convencer o ouvinte quanto a uma ordem, afirmação, exigência ou proposta.

Habermas procura se distanciar do modelo liberal-capitalista de um indivíduo que constrói suas reflexões de modo solitário, para avançar em direção a um pensar, a um refletir, a um analisar coletivo.

Saem de cena o individualismo, a *performance*, o cálculo, o rendimento, a competição, o isolamento, surgindo, então, uma racionalidade comunicativa, baseada em dimensões de decisão social, muito embora interpenetradas e harmonicamente conviventes com uma racionalidade instrumental. Uma linguagem coletiva é criada, daí por que podemos dizer que²⁶

No que diz respeito tanto à coordenação de ações, como às avaliações éticas e às manifestações subjetivas, a linguagem ocupa um papel fundamental. A legitimação dos valores “verdade, correção normativa e veracidade”, que toda a ação comunicativa pressupõe, não é alcançada por uma racionalidade meio-fim, mas somente pela argumentação em função de princípios reconhecidos e validados pelo grupo.

A mesma autora ainda acrescenta:

Habermas propõe um modelo ideal de ação comunicativa, em que as pessoas interagem e, através da utilização da linguagem, organizam-se socialmente, buscando o consenso de uma forma livre de toda a coação externa e interna.

Nessa retomada de uma espécie de diálogo social, Habermas crê ou vislumbra a existência de um processo em que o homem resgata sua condição inicial e mesmo ideal, sendo esta a de um sujeito social consciente de seu papel enquanto sujeito capaz de participar do “jogo social” de modo efetivo, amplo e sem restrições.

Além disso, o entendimento mútuo é buscado num processo de comunicação com vistas a obter uma interação livre entre os indivíduos, sendo este discurso coletivo, mas com ampla participação/contribuição individual, todo ele fundado na argumentação cujas bases de validade – notadamente quanto às proposições e legitimidade das normas adotadas – é fruto deste mesmo consenso coletivo e, ponto importante, toda essa interação é construída por atores sociais cuja comunicação se dá de modo simétrico e livre.

As ideias de Habermas, no particular destacado, são especialmente úteis – a nosso sentir – para as reflexões próprias da ação afirmativa e da busca da igualdade material ou concreta, pois conferem um lastro filosófico a um desejo que perpassa qualquer projeto, cujo objetivo final seja obter, de algum modo, inclusão social, e esse desejo é o de dar voz, oportunidade e participação a quem não obteve tais itens de modo “natural”.

Deixamos para o final deste texto justamente o ponto de reflexão de Habermas que mais se aproxima do objeto de nosso estudo: a inclusão social²⁷.

É tomando por base uma expressão de Habermas que iniciamos esta última parte de nossas reflexões. Essa expressão é o *etnonacionalismo*, cujo mote fundamental é situar as origens de qualquer grupamento humano, as linhas de parentesco, os traços ancestrais comuns, os elementos pré-políticos, como concomitantes à ideia de povo, de população politicamente organizada²⁸.

Habermas vê nesta, digamos, tendência ditada pelo etnonacionalismo, uma ruptura com o conceito histórico tradicional de criação do povo a partir da fundação do Estado-nação e de um processo que podemos chamar de uma “fagocitose” em que este Estado absorve a base humana existente em seu território, concedendo-lhe uma identidade formal, constituindo, assim, a figura do nacional e do cidadão.

Essa análise pode nos levar a imaginar que tipo de ligação poderia existir entre as ideias postas em relevo, fundamentalmente etnia, nacionalismo, cidadania e inclusão. “As sociedades modernas”, explica Habermas, “funcionalmente coesas pelo mercado e pelo poder administrativo, certamente continuam a se delimitar umas das outras como nações”. E pontua de modo objetivo que “[mas] isso ainda nada diz a respeito da espécie do auto-entendimento nacional”²⁹, para em seguida concluir:

Permanece a questão empírica a respeito de quando e em que medida as populações modernas se entendem a si mesmas como uma nação de membros de um povo ou de concidadãos. Essa dupla codificação toca a dimensão de fechamento e inserção. A consciência nacional oscila estranhamente entre a inserção e o fechamento renovado.

O Estado-nação, assim, necessita dessa base originária, particular, regional, local, para, a partir dela, construir uma identidade nacional, geral que necessariamente deve romper com os aspectos particulares ou “de aldeia” para conferir um lastro valorativo para todo um Estado ou para toda uma nação³⁰.

Uma ideia tão cara aos Estados modernos como o patriotismo, por exemplo, não sobreviveria se aspectos primordiais ou originários ocupassem um espaço maior do que o planejado, daí por que a “primordialidade natural da imaginária comunidade de língua e ascendência funde-se com a ideia de comunidade de destino, construída mediante a narrativa dos acontecimentos”³¹.

Voltando, porém, ao acima comentado, precisamos ver em que medida essas observações influenciam o processo de inclusão. O dado mais interessante, a nosso ver é que, para Habermas, o nacionalismo não é uma etapa nem representa uma necessidade incontornável da sociedade contemporânea para incluir os excluídos, porém o referido processo pode e deve se ancorar numa democracia genuína, ampla e, por sua natureza, inclusiva³².

O curso de ideias ora exposto se nos afigura útil para que, nesta verdadeira empreitada nominada inclusão social, não nos esqueçamos de que a organização social típica das sociedades modernas que persiste na contemporaneidade foi aplicada sobre esta base humana, não se tratando de ato ou fato, portanto, mais relevante ou superior a esta mesma base humana que, no final das contas, lhe confere a razão de ser. Lembrando Lübbe, somos alertados por Habermas³³:

o Povo, que é considerado o sujeito do poder constituinte nas democracias, não obtém sua identidade apenas a partir da cons-

tuição que ele se confere. Essa identidade é muito mais um fato pré-constitucional, histórico. Certamente contingente, mas nem por isso aleatório, muito mais, indisponível para aqueles, que acham que pertencem a um povo.

Eis por que, dizemos nós, se afigura vital ter em mente, notadamente num processo como o ora comentado, o de inclusão social, destacar a constatação, preliminar inclusive, que nos lembra Habermas: humanidade é algo anterior a povo³⁴. Não se trata, em absoluto, de subordinar – nem mesmo de se relativizar – as constituições e a organização formal da sociedade em face de valores primordiais ou ancestrais pura e simplesmente, mas de se situar valorativamente a questão.

A questão é que tampouco satisfaz proteger e prestigiar as culturas particularizadas existentes na sociedade. O objetivo é incluir com viés de integração. Por isso, pontua Habermas, “a coexistência com igualdade de direitos de diferentes comunidades étnicas, grupos linguísticos, confissões religiosas e formas de vida, não pode ser obtida ao preço da fragmentação da sociedade”, afinal, na visão do pensador em tela, “o processo doloroso do desacoplamento não deve dilacerar a sociedade numa miríade de subculturas que se enclausuram mutuamente”³⁵.

Vemos, assim, que um pesquisador como Habermas indica essa conciliação entre majoritário e minoritário, entre particular e geral, entre específico e homogêneo, como um aspecto vital dentro do processo de inclusão social posto em estudo neste trabalho.

CONCLUSÃO

Referimos acima que as nossas observações e o que se poderia nominar de conclusões encontram-se já dispostas ao longo do presente estudo. Neste ponto, entendemos, nada obstante, que alguns aspectos merecem reforço ou destaque.

Jürgen Habermas é um teórico de máxima grandeza e nos mostra algo útil no que se refere à articulação especialmente do princípio da igualdade no âmbito das políticas inclusivas: é plenamente possível acolher tais políticas no bojo do nosso sistema jurídico-normativo, e aí nos referimos ao sistema brasileiro.

Esse aspecto, inclusive, foi claramente acolhido no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro da ADPF 186 cujo objeto era uma das mais conhecidas políticas públicas inclusivas, uma modalidade de ação afirmativa, as chamadas cotas étnicas universitárias.

Prevaleceu, naquele julgamento, algo aqui indicado nos estudos de Habermas, qual seja, o fato e a constatação de que a previsão constitucional relativa ao princípio da igualdade não precisa ficar como se estivesse atada, presa numa camisa de força formal em que os cidadãos são todos tomados como iguais porque a Constituição assim o declara.

Essa mesma Constituição, se nos atermos ao seu caráter enunciativo, também se declara “fraterna, pluralista e sem preconceitos” em seu preâmbulo, assim como concebe o Brasil como um “Estado Democrático de Direito” (art. 1º) e tem como um dos objetivos da nação brasileira “*construir uma sociedade livre, justa e solidária*” (art. 3º, I), porém este último dispositivo traduz bem claramente a ideia de que a Constituição é também um devir, uma edificação permanente, uma busca, um projeto coletivo do que um povo deseja para si, e não algo pronto, acabado e limitado ao declarado.

Além disso, essa noção meramente declarativa mostra-se datada e por demais vinculada a cânones liberais cujo sentido de existência encontra-se esgotado e, de todo modo, é isso algo que não pode ser sobreposto à realidade social em relação à qual a Constituição Brasileira – aliás, qualquer constituição moderna – busca dialogar.

Habermas é, em verdade, um filósofo e, como tal, traça uma concepção ampla daquilo que imagina como ideal para a sociedade. Essa sociedade, na visão do mestre alemão destacado, deve se distanciar do modelo liberal clássico, em que o individualismo e o chamado “sujeito de direitos” eram o grande ator social, para se voltar a algo mais coletivo, mais comunitário.

Em conclusão, a inclusão social e as políticas públicas e privadas que lhe servem como instrumentos de concretização vieram para ficar e não há razão nenhuma para se imaginar que a nossa Constituição Federal, a constituição vigente e apodada carinhosamente de “*Cidadã*”, não possa acolher tal pretensão, o que nos parece, diante do aqui exposto, ser também a visão de Jürgen Habermas.

REFERÊNCIAS

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e Democracia:** a regra da maioria como critério de legitimação política. EDUSP: São Paulo, 1991.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva:** elementos de filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada.** Malheiros: São Paulo, 1999.

GONÇALVES, Maria Augusta Salin. Teoria da Ação comunicativa de Habermas: Possibilidades de uma ação educativa de cunho interdisciplinar na escola. **Educação & Sociedade**, v. 20, n. 66, Campinas.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia:** entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1.

_____. **A Inclusão do outro:** estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. **Verdade e justificação:** ensaios filosóficos. São Paulo: Loyola, 2004

SCHMITT, Carl. **O Conceito do político.** Petropolis: Vozes, 1992.

WEBER, Max. **A Ética protestante e o espírito do capitalismo**. São Paulo: Pioneira, 1967.

_____. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2004.

YABIKU, Roger Moko. Os princípios do direito público e o Estado: a dialética dos interesses públicos e dos interesses privados na teoria da justiça de John Rawls e na teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas. **Buscalegis**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ccj.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/25289/24852>>. Acesso em: 5 set. 2012.

- 1 O protestantismo defende uma conduta “santa” de seus adeptos como forma de aproximá-los de Deus. Diferentemente do católico, que vê o mundo como um local de expiação e sofrimento desenvolvido sob a promessa de um paraíso eterno após a morte, o protestante pretende edificar na Terra paraíso celeste, pretende concretizar na Terra o plano de Deus de um Éden para os homens. Ver, a esse respeito, WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. São Paulo: Pioneira, 1967.
- 2 HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação: ensaios filosóficos**. São Paulo: Loyola, 2004, p. 93.
- 3 *Ibid.*, p. 93.
- 4 *Ibid.*, p. 93.
- 5 *Ibid.*, p. 119.
- 6 *Ibid.*, p. 119.
- 7 HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 2, p. 159.
- 8 *Ibid.*, p. 159.
- 9 Muitos são os autores que estudam a questão do direito de matriz liberal e seu virtual esgotamento ou fadamento ante um panorama mundial que parece ter lhe ultrapassado as forças. José Eduardo Faria e Celso Fernandes Campilongo são dois desses autores que aqui destacamos, sem pretensão de resumir, de modo limitado, os estudos nesse campo, mas como forma de adotar as observações de dois pesquisadores com obras reconhecidamente contributivas para a temática em foco. Faria aborda esse esgotamento do modelo liberal de direito pelo viés de uma economia globalizada que, na visão do autor, teria como que “raptado” o direito, tomando-o como mais um mecanismo de sua articulação: “dada a impressionante rapidez com que muitos dos conceitos e das categorias fundamentais até agora prevaletentes na teoria jurídica vão sendo vazios e problematizados pelo fenômeno da globalização, seus códigos interpretativos, seus modelos analíticos e seus esquemas cognitivos revelam-se cada vez mais carentes de operacionalidade e funcionalidade. De que modo conceitos e categorias construídas em torno do princípio da soberania, como monismo jurídico, norma fundamental, poder constituinte originário, hierarquia das leis, direito subjetivo e segurança do direito, podem captar todo o dinamismo e interdependência presentes no funcionamento de uma economia globalizada? De que modo esses conceitos e essas categorias podem ser usados para identificar, compreender, avaliar e instrumentalizar o pluralismo normativo inerente a mercados transnacionalizados, cujos distintos agentes destacam-se por criar as regras de que necessitam, quando querem e como querem, e por juridicizar, segundo as respectivas conveniências, as áreas ou esferas da vida socioeconômica que mais lhes interessam?” (FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. Malheiros: São Paulo, 1999, p. 39). Campilongo, citando autores como Luhmann, Teubner, Boaventura Santos, Selznick e Nonet, diz que “todos eles compartilham o sentimento de esgotamento das potencialidades do direito nos moldes em que vem sendo exercido pelos Estados intervencionistas. De um lado, pela impotência da pretensão totalizante do direito estatal, orientado pela racionalidade formal; de outro lado, pelo exaurimento das virtudes do processo reformador, planejador e redistribuidor de recursos, pela via da racionalidade jurídica material”, CAMPILONGO, op. cit., p. 43.
- 10 HABERMAS, op. cit., p. 159.
- 11 CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos de filosofia constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 76-77. Um pouco antes, em seu texto, Gisele critica o vazio criado pela democracia liberal, cujas expectativas se mostram largamente frustradas: “O

tão anunciado 'triunfo' da democracia liberal convive com o fim da utopia igualitária, com as constantes violações de direitos humanos, com o sentimento de vazio associado a uma compreensão da política enquanto mera estratégia de engenharia social, com as concepções de 'estado mínimo' e de mercado concorrencial que agravam a sensação de desamparo e fragilidade", op. cit., p. 75-76.

- 12 HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1, p. 173.
- 13 Ibid., p. 173.
- 14 Ibid., p. 141.
- 15 Ibid., p. 141.
- 16 Ibid., p. 141.
- 17 HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação: ensaios filosóficos**. São Paulo: Loyola, 2004, p. 269.
- 18 Ibid., p. 273.
- 19 Ibid., p. 273.
- 20 CITTADINO, op. cit., p. 92.
- 21 Pode-se dizer que uma das análises mais amplas sobre a sociedade industrial foi aquela elaborada por Max Weber que, além dessa ampliação, também aprofundou diversas questões inerentes ao tema. Uma delas é a da racionalidade das relações sociais na sociedade industrial, entendendo-se o termo racionalidade como a adoção de procedimentos passíveis de cálculo e previsão, algo, diz Weber, essencial à razão capitalista-liberal. Isso, na concepção weberiana, ainda gerou efeitos nocivos à ciência que passou a ser concebida como algo neutro, transformando as questões sociais como elementos excessivamente subjetivos e até sutis para formal consideração. Para um entendimento mais adequado dessas ideias e de outras mais relacionadas à mesma temática, recomendamos a obra de WEBER **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2004.
- 22 HABERMAS, op. cit., p. 35.
- 23 GONÇALVES, Maria Augusta Salin. Teoria da ação comunicativa de Habermas: Possibilidades de uma ação educativa de cunho interdisciplinar na escola. **Educação & Sociedade**, v. 20, n. 66, Campinas, p. 23-33.
- 24 HABERMAS, op. cit., p. 57.
- 25 YABIKU, Roger Moko. Os princípios do direito público e o Estado: a dialética dos interesses públicos e dos interesses privados na teoria da justiça de John Rawls e na teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas. **Buscalegis**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ccj.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/25289/24852>>. Acesso em: 5 set. 2012.
- 26 GONÇALVES, op. cit., p. 29.
- 27 Em 1996, foi publicada uma obra do professor alemão em questão, voltada não exclusivamente, mas com um forte foco na questão da inclusão do outro, expressão que integra parte do título da obra. Ver HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo, Loyola, 2002.
- 28 HABERMAS, op. cit., p. 148.
- 29 Ibid., p. 149.
- 30 Carl Schmitt já havia indicado esta identificação entre estado e nação, afirmando que, no âmbito de um Estado moderno, especialmente democrático, "*uma nação constitui um Estado, e um Estado constitui uma nação*". **O conceito do político**. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 23.
- 31 HABERMAS, op. cit., p. 150.
- 32 Ibid., p. 151.
- 33 Ibid., p. 152.
- 34 Ibid., p. 155.
- 35 Ibid., 166.

REFLECTING ON SOCIAL INCLUSION: JÜRGEN HABERMAS' IDEAS ABOUT FREEDOM AND EQUALITY AS THEORETICAL SUBSIDIES FOR A DEBATE

ABSTRACT

Jürgen Habermas' ideas and reflections about freedom and equality were taken as a conducting thread, and also as a theoretical basis, to analyze the dynamics involving these two institutes, which hold major relevance for Law and for life inside a society. The idea of social inclusion, especially the search for concrete equality is another aspect approached in the context of these reflections.

Keywords: Habermas. Freedom. Equality. Social Inclusion.

PROCESSO (CONSTITUCIONAL): RECONSTRUÇÃO DO CONCEITO À LUZ DO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Carlos Marden Cabral Coutinho*

1. Introdução. 2. De Bülow a Fazzalari: 100 anos de evolução do Direito Processual. 3. Processo, Constituição e Democracia: as Bases da Teoria Constitucionalista. 4. Processo Constitucional Democrático: uma compreensão necessária 5. Conclusão. Referências.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo discutir o conceito de processo constitucional em uma perspectiva compatível com o paradigma do Estado Democrático de Direito. Para tanto, pretende-se traçar um breve histórico das teorias do processo, mostrando como a Teoria Estruturalista (Elio Fazzalari) superou definitivamente a Teoria da Relação Jurídica (Oskar von Bülow) como representação ideal do fenômeno processual. Diante disso, pretende-se destacar a Teoria Constitucionalista, com especial destaque para o conceito de modelo constitucional de processo (Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera), notadamente naquilo em que se relaciona com a ideia de democracia procedimental discursiva (Jürgen Habermas). Por fim, far-se-á uma exposição crítica da doutrina brasileira sob o tema, mostrando como a Escola Instrumentalista do Processo (Cândido Rangel Dinamarco) é fruto da perpetuação de um conjunto de conceitos incompatíveis com o Estado Democrático de Direito. Por fim, expor-se-á a dificuldade em transcender a Teoria da Relação Jurídica, o que tem gerado repercussões práticas significativas na evolução do direito processual pátrio, especialmente no que se refere à busca por celeridade e a tentativa por realizar contínuas reformas nos estatutos processuais.

Palavras-chave: Processo Constitucional. Estado Democrático de Direito. Teorias do Processo. Modelo Constitucional de Processo. Reforma dos Estatutos Processuais.

* Procurador Federal. Graduado em Direito, Especialista em Processo Civil e Mestre em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Doutorando em Direito Processual na PUC Minas. Professor do curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito do Centro de Ensino da Área Jurídica Federal – CEAJUFE. Professor do Curso Pro Labore. E-mail: carlosmardenc@hotmai.com.

1 INTRODUÇÃO

A Segunda Grande Guerra (1939-45) foi um evento de significativa relevância não apenas para a História em geral, mas também para a História do Direito. Dada a quantidade e o grau das atrocidades cometidas (sob o manto da legalidade) durante o conflito, o mundo jurídico percebeu que o Estado de Direito não podia mais ser tomado como ideal, o mesmo se podendo dizer do Estado Social, surgido poucas décadas antes com a Constituição Mexicana de 1917 e sedimentado com a Constituição Alemã de 1919. A busca por mudanças passou essencialmente pela criação da Organização das Nações Unidas (1945) e pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), dando início a um movimento de reação aos horrores da guerra, que viria a se refletir em todos os campos humanos de atuação.

Especificamente para o direito, a segunda metade do Século XX testemunhou o florescimento do chamado neoconstitucionalismo, um conjunto de doutrinas com o objetivo de refletir sobre o papel das constituições nos ordenamentos jurídicos. A análise exaustiva do neoconstitucionalismo exorbita o objetivo do presente trabalho, de maneira que nos limitaremos a destacar 02 (duas) de suas propostas: a) a ideia de supremacia da Constituição, que passava a ser vista como uma norma integrante do ordenamento jurídico (e, portanto, dotada de força normativa), tendo status superior a todas as outras; e b) o papel de destaque dado aos direitos fundamentais, que deixavam de ser periféricos e passavam a ser o centro de todo o ordenamento jurídico.

Uma vez que tal mudança, além de contundente, se dava no âmbito do direito constitucional, foi uma questão de tempo até que todo o direito se visse diante da necessidade de uma releitura de seus conceitos mais elementares, circunstância da qual não escapou o direito processual, que passou por uma rediscussão dos conceitos de ação, jurisdição e processo. Ao longo do Século XX e mais intensamente em seu último terço, novas teorias do processo remodelaram toda a antiga concepção dos institutos processuais, não apenas à luz do novo conceito de Constituição, mas também à luz da ideia de Estado Democrático de Direito, tendo por resultado a modulação do conceito de processo constitucional (democrático).

Toda essa revolução conceitual e paradigmática, entretanto, não foi devidamente acompanhada pela doutrina processual brasileira, que, apesar de incorporar o conceito de processo constitucional, não conseguiu apreender a verdadeira dimensão da fusão entre os conceitos de neoconstitucionalismo, processo e democracia. O déficit em questão se releva patente, *verbi gratia*, quando os mais celebrados doutrinadores continuam a insistir na diferença entre direito processual constitucional e direito constitucional processual; quando confundem processo constitucional com as ações constitucionais; e, principalmente, quando continuam a repetir vetustas ideias decorrentes de teorias do processo há muito superadas.

Os efeitos são sensíveis, portanto, em cada um dos movimentos de reforma dos estatutos processuais (e especialmente nos projetos de lei que visam à reforma total), bem como na própria forma de perceber o papel do Poder Judiciário e dos magistrados, com reflexo direto na hermenêutica constitucional (e jurídica em geral). Como se verá adiante, essa discussão não tem interesse limitado à academia ou aos teóricos, mas tem um interesse prático relevante, na medida em que essa doutrina tem ditado o curso do direito processual pátrio com os olhos voltados para o futuro e a mente presa no passado.

Neste trabalho, começar-se-á por fazer um breve histórico da evolução das teorias do processo, apresentando inicialmente a Teoria da Relação Jurídica de Oskar Von Bülow. A partir de então, será apresentada a crítica e a proposta de James Goldschmidt com a sua Teoria da Situação Jurídica. Enfim, expor-se-á a Teoria Estruturalista de Elio Fazzalari, que se entende ser um marco no estudo do processo, dada a importância das contribuições do autor italiano. Apesar de existência de outras teorias (por exemplo, a chamada Teoria Institucionalista), acredita-se que estas sejam as mais relevantes para o objetivo em tela.

Em seguida, partindo da Teoria Estruturalista, far-se-á uma exposição da chamada Teoria Constitucionalista, apresentando as contribuições que diversos autores (como José Alfredo de Oliveira Baracho) fizeram para que o direito processual absorvesse os avanços conquistados pelo neoconstitucionalismo. Destaque especial será dado para o conceito de modelo constitucional de processo (Italo Andolina e Giuseppe Vignera), que será tomado como base para a incorporação do conceito de democracia discursiva de Jürgen Habermas.

Por fim, analisar-se-á o modelo constitucional de processo consagrado na Constituição Federal de 1988, apontando-se os equívocos de compreensão por parte da doutrina brasileira ocupada com o direito processual. Neste ponto, será dado destaque à forma como a percepção equívoca e ultrapassada dos institutos processuais tem contaminado o direito processual pátrio, desde os seus conceitos até as várias tentativas de reformas e introdução de novos institutos (por exemplo, o incidente de resolução de demandas repetitivas).

Após a ultrapassagem destes pontos, pretende-se concluir que a doutrina brasileira ainda não teve a exata compreensão do que se deve entender atualmente por processo constitucional, bem como do modelo constitucional de processo presente na Constituição Federal de 1988. Tal entendimento, porém, é fundamental para que o direito processual pátrio seja reformado e inovado a partir de concepções compatíveis com o Estado Democrático de Direito. Este trabalho é uma contribuição para tal entendimento.

2 DE BÜLOW A FAZZALARI: 100 ANOS DE EVOLUÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL

Tradicionalmente, a doutrina considera que a ciência do direito processual foi fundada por Oskar Von Bülow, em 1868, com a publicação de seu livro “A

Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais”¹. A chamada Teoria da Relação Jurídica teve uma contribuição essencial para a sua época, quando a discussão sobre a natureza jurídica do processo pendulava entre a concepção contratualista (POTHIER, 1800) e a quase-contratualista (SAVIGNY, 1850). Em tal contexto, tratar o processo como o instituto autônomo em relação ao direito material, representou um avanço significativo, notadamente pela sistematização de uma série de requisitos que permitiram o estudo científico do instituto².

Em tal obra, Bülow parte da análise da *actio* romana para chegar à conclusão de que existe uma diferença fundamental entre a relação jurídica material (discutida pelas partes) e a relação jurídica processual (que se forma em juízo). Existe, portanto, uma relação jurídica processual (independente da relação jurídica material), que vai ser o ponto de partida para a estruturação da teoria de Bülow e, por via de consequência, para o surgimento de uma ciência processual autônoma. Para o autor, o processo seria uma relação jurídica estabelecida entre juiz, autor e réu, cuja formação seria pressuposto à apreciação da relação jurídica material posta em juízo³.

Segundo Bülow, o processo teria um duplo espectro: intrinsecamente, seria percebido como relação jurídica; enquanto, extrinsecamente, como procedimento. O procedimento, portanto, não seria essencialmente diferente do processo, sendo apenas a sua forma exterior de manifestação. Apesar do avanço empreendido por tal teoria, a sua concepção trazia em si a ideia de vínculo pessoal entre os sujeitos do processo, estabelecendo entre as partes relações de sujeição, poderes e deveres⁴. Há, portanto, na Teoria da Relação Jurídica, uma ideia implícita de autoridade, que vem a ser o próprio mote da criação da teoria, cujo intuito principal é transferir ao magistrado parte de algo que era exclusivo das partes: o controle sobre o andamento do processo.

Se tal intuito fica disfarçado na obra-prima de Oskar Von Bülow, o mesmo não acontecerá em seu texto de 1885: “*Gesetz und Richteramt*”. Em tal trabalho (compilado de duas palestras proferidas pelo autor), Bülow fará a exposição de toda a implicação de sua teoria, explicitando que seu entendimento é pela precêdência da função judicial, o que inclui não apenas a possibilidade de criação judicial do direito, mas também o reconhecimento de que a atividade dos magistrados é mais importante que a atividade parlamentar, uma vez que, dentro da tradição germânica, o direito sempre foi criado e atualizado pela atuação do Poder Judiciário⁵.

Nas palavras do próprio autor

Assim, o crescimento legal pode fazer muito mais (e mais facilmente) sem a palavra morta da lei do que sem a *viva vox* da atividade judicial. Por esta razão, o poder estatal foi capaz, por tanto tempo, de cumprir a sua tarefa de ordenar o direito sem a legislação. Nunca foi nem nunca será capaz de fazê-lo sem o judiciário! Por esta razão, o surgimento da legislação não foi capaz de desbancar o poder judiciário de criar o direito, mas este poder foi apenas colocado sobre a orientação da legislação⁶.

A Teoria da Relação Jurídica, portanto, conforme confessado por seu próprio criador, teve, desde o início, um caráter autoritário, no sentido de que objetivava o combate ao processo liberal então vigente. Para tanto, apostava no protagonismo judicial, estabelecendo uma hierarquia entre o juiz e os demais sujeitos processuais, bem como fundamentando a criação judicial do direito, numa perspectiva que privilegiava o Poder Judiciário em detrimento do Poder Legislativo. Em resposta ao liberalismo, oferecia-se um processo compatível com o Estado Social, que tinha por objetivo legitimar o entendimento subjetivo do juiz (visto como agente estatal ministrando a jurisdição)⁷.

A proposta de Bülow, entretanto, apesar de disfarçar o seu caráter autoritário, não passaria imune à crítica. Coube a James Goldschmidt apontar que a Teoria da Relação Jurídica não tinha uma sustentação, na medida em que não era correto dizer que as partes tinham deveres e obrigações entre si ou mesmo em relação ao magistrado. A seu ver, pode-se falar de ônus processual, mas jamais de obrigação, conceito de caráter privatista. Para Goldschmidt, o processo não é uma relação jurídica nem mesmo em estado latente⁸.

Para substituir a teoria que vergastara, James Goldschmidt propôs a Teoria da Situação Jurídica, afastando-se da visão privatista anteriormente vigente e apresentando o processo como uma situação jurídica, na qual se encontra a parte. Situação jurídica seria um conjunto de fatos e atos tidos pela lei como idôneos e, para Goldschmidt, a parte estaria em juízo à espera de uma decisão judicial, o que lhe colocaria em posição de expectativa (de uma sentença favorável) ou de perspectiva (de uma sentença desfavorável)⁹.

Apesar da crítica contundente que desferiu contra a Teoria da Relação Jurídica, parece que a maior contribuição da teoria de Goldschmidt foi a de lançar as bases para a chamada Teoria Estruturalista de Elio Fazzalari. Efetivamente, é a partir da ideia de situação jurídica que Fazzalari vai elaborar seu conceito de procedimento como conjunto de normas, atos e posições subjetivas que tem por objetivo a realização de um ato final. Esse ato final, caso proveniente do Estado, será chamado de provimento. Sentenças e leis são espécies de provimentos, naturalmente atos finais de provimentos bem diversos, mas, ainda assim, compatíveis com a estrutura esboçada por Fazzalari.

Dentre as inúmeras espécies possíveis de procedimentos, o processo vai se destacar como sendo o procedimento qualificado pelo contraditório¹⁰. O próprio Fazzalari sintetiza a questão ao dizer que

Existe, em resumo, o “processo”, quando em uma ou mais fases do *iter* de formação de um ato é contemplada a participação não só – e obviamente – do seu autor, mas também dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório, de modo que eles possam desenvolver atividades que o autor do ato deve determinar e cujos resultados ele pode desatender, mas não ignorar¹¹.

Pode-se dizer, então, que o autor italiano avançou significativamente na análise do fenômeno processual, superando as teorias anteriores. A seu ver, não há de se falar em processo como relação jurídica, pois este nada mais é do que uma série de atos, normas e posições subjetivas concatenadas, com o objetivo de produzir um ato final (o provimento), no caso, a sentença. Quanto a tais posições subjetivas das partes, podem ser reunidas no que o autor vai conceituar como ação, que não deve mais ser confundida como um direito do autor, mas sim como algo inerente a todos os interessados na decisão judicial, na medida em que lhes é dado participar do procedimento em simétrica paridade¹².

3 PROCESSO, CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA: AS BASES DA TEORIA CONSTITUCIONALISTA

Como exposto no tópico anterior, nos mais de cem anos que se passaram entre o surgimento da Teoria da Relação Jurídica (1868) e da Teoria Estruturalista (1975), houve um significativo progresso no entendimento do conceito de processo. Tal instituto, que num primeiro momento era visto como uma relação jurídica entre as partes, gerando obrigações e direitos mútuos (bem como sujeição em face do magistrado), passou a ser visto como uma mera espécie de procedimento, voltado para o provimento final, mas caracterizado fundamentalmente pelo contraditório.

Mesmo a teoria de Fazzalari, entretanto, passou a ser objeto de crítica, principalmente por parte daqueles que viam nela um extremo formalismo, que se ocupava demasiadamente da questão estrutural do processo. No entendimento dos críticos, a Teoria Estruturalista carecia de complementação, na medida em que ignorava o aspecto constitucional do processo, viés que passou a ser objeto de estudo de vários autores, como Eduardo Couture, Héctor Fix-Zamudio, José Alfredo de Oliveira Baracho etc¹³.

Esses autores, entre outros, tinham a mesma visão sobre a relação entre Constituição e processo, ou seja, apesar de reconhecerem que o processo era procedimento em contraditório, entendiam também que essa concepção era indissociável da configuração constitucional do instituto. Em síntese, a chamada Teoria Constitucionalista entende que o processo tem de ser visto pela ótica do neoconstitucionalismo, o que significa dar destaque às normas constitucionais, com especial atenção àquelas pertinentes aos direitos fundamentais.

Buscando a fusão desses conceitos, o processo passa a ser percebido além do seu caráter instrumental, como sendo, ele próprio um direito fundamental, na medida em que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXV diz que todos têm direito a se valer do processo, em caso de lesão ou ameaça a qualquer de seus direitos. Nessa perspectiva, possível se falar em um direito fundamental ao processo, que se apresenta como substituto do obsoleto direito de ação, já condenado por Fazzalari.

É nesse sentido a posição de José Alfredo de Oliveira Baracho, ao dizer que

O processo constitucional não é apenas um direito instrumental, mas uma metodologia de garantia dos direitos fundamentais. Suas instituições estruturais (jurisdição, ação e processo) remetem-nos à efetivação dos direitos essenciais¹⁴.

A formatação final da teoria, entretanto, viria apenas no final do Século XX, com a introdução do conceito de modelo constitucional de processo pelos italianos Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera. Segundo tais autores, a Constituição apresenta o instituto do processo cercado por uma série de princípios, que podem ser considerados como o modelo constitucional de processo¹⁵. Trata-se de uma base principiológica uníssona aplicável a todo e qualquer processo, já que todo processo é constitucional, seja em razão de sua fundamentação ou de sua estrutura¹⁶.

Segundo a teoria em tela, o modelo constitucional de processo teria uma espécie de eficácia irradiante, representada por três características apontadas pelos autores italianos: a) expansividade (capacidade de condicionar a formatação de qualquer procedimento jurisdicional criado pelo legislador); b) variabilidade (possibilidade de assumir formas diversas, adaptando-se aos mais variados tipos de procedimento exigidos pelas situações jurídicas específicas); e c) aperfeiçoabilidade (possibilidade de ser sempre aperfeiçoado pelo legislador infraconstitucional). Trata-se, portanto, de um modelo constitucional que estabelece limites para o legislador ordinário, ao mesmo tempo em que lhe franqueia espaço de atuação diante das situações concretas¹⁷.

Em resumo, então, pode-se dizer que, na compreensão da Teoria Constitucionalista, a Constituição Federal assegura ao cidadão direito fundamental ao processo (enquanto metodologia de garantia de seus direitos fundamentais). Ademais, não se trata de qualquer tipo de processo, mas sim de um procedimento compatível com o modelo constitucional de processo, ou seja, ao formatar os procedimentos, deve o legislador ordinário estar atento ao atendimento dos princípios constitucionais pertinentes ao tema. Em outras palavras, o modelo constitucional de processo oferece a moldura dentro da qual podem ser configurados os diversos procedimentos existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Neste ponto, importante destacar que a concepção de modelo constitucional de processo vai além daquela de processo como procedimento em contraditório (apesar de não contrariá-la). De fato, ao se entender que a Constituição Federal ofereceu uma base principiológica uníssona sobre a qual deve se assentar o instituto, inevitável perceber que o contraditório é apenas um dos princípios envolvidos, sendo que os outros são a ampla defesa (participação); a imparcialidade do julgador; e a fundamentação das decisões. Esta visão sistêmica, inclusive, é aquela compatível com outro conceito fundamental ao Estado Democrático de Direito, qual seja, o de democracia.

A questão de o que seja democracia também foi corrente na segunda metade do Século XX, quando já era evidente a inviabilidade das democracias plebiscitárias e havia uma fundada desconfiança sobre a legitimidade da decisão das maiorias. A grande contribuição para tal discussão veio de Jürgen Habermas, que vinculou o conceito de democracia aos de participação, procedimento e discurso. Dentro da perspectiva de tal autor, para que uma decisão fosse democrática, era necessário que a sua construção contasse com a intervenção daqueles que viriam a ser atingidos por ela, ou seja, era preciso que os destinatários da norma fossem também os seus autores¹⁸.

Para Habermas, o caráter democrático e a legitimidade de uma norma dependiam essencialmente do procedimento adotado, de maneira que estariam presentes se houvesse participação dos destinatários da decisão, sendo-lhes franqueada a possibilidade de se valer do discurso racional. Em suas próprias palavras

Uma interpretação apoiada numa teoria do discurso insiste em afirmar que a formação democrática da vontade não tira sua força legitimadora da convergência preliminar de convicções éticas consuetudinárias, e sim de pressupostos comunicativos e procedimentos, os quais permitem que, durante o processo deliberativo, venham à tona os melhores argumentos¹⁹.

Tal contribuição, apesar de focada originalmente no caráter político das decisões, pode (e deve) ser transposta para o direito processual, se for o caso de idealizar um processo constitucional compatível com o Estado Democrático de Direito. Nesse caso, far-se-á imperativo o entendimento de que o processo, para ser democrático, não poderá ter caráter autoritário, mas deverá ter por premissa a participação de todos os interessados no provimento. Ademais, não é suficiente que lhes seja franqueada a ação e a possibilidade de discurso, mas também é preciso que os seus argumentos sejam levados em consideração, de forma que eles possam ser considerados não apenas destinatários, mas efetivamente co-autores do provimento (decisão judicial).

Essa visão é absolutamente convergente com os princípios (ampla defesa/participação, contraditório, imparcialidade, duração razoável e fundamentação da decisão) que formam a base do modelo constitucional de processo, o que não apenas permite, mas mesmo exige, que a ciência processual trabalhe atualmente com a ideia de processo constitucional democrático. Nessa concepção, todos os procedimentos têm de estar estritamente vinculados ao modelo constitucional de processo, sem perder de vista o caráter democrático do procedimento²⁰.

4 PROCESSO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO: UMA COMPREENSÃO NECESSÁRIA

Um século e meio de evolução (das teorias sobre a natureza do processo) significou um enorme avanço para a ciência processual criada por Oskar Von Bülow. No Século XXI, em face do amadurecimento do neoconstitucionalismo

e da sedimentação do conceito de Estado Democrático de Direito, o processo não pode mais ser compreendido como instrumento da jurisdição, mas deve ser percebido a partir de uma perspectiva constitucional (uma vez que instituído pela Constituição e vinculado ao modelo constitucional de processo) e democrática (uma vez que as partes necessariamente devem ter a oportunidade de, em simétrica paridade, contribuir para a construção do provimento).

Uma concepção de processo compatível com o Estado Democrático de Direito deve concebê-lo como o âmbito jurídico que a Constituição pôs à disposição do cidadão, conferindo-lhe o direito fundamental ao processo, ou seja, a buscar junto ao Poder Judiciário a proteção dos outros direitos fundamentais que eventualmente sejam objeto de ameaça ou lesão. Ademais, o direito ao processo inclui o de ter à sua disposição um procedimento configurado em compatibilidade com o modelo constitucional de processo e que permita que os interessados sejam não somente destinatários, mas também coautores da decisão judicial. É somente nesse sentido que pode se falar no conceito de processo constitucional (democrático).

Tais ganhos teóricos, entretanto, apesar de sua fundamental relevância para compreensão do fenômeno processual, parecem não ter sido devidamente apreendidos pela doutrina processual brasileira, que continua vinculada à Teoria da Relação Jurídica. De fato, os principais doutrinadores do direito processual continuam repetindo, quero crer que inadvertidamente, concepções autoritárias e incompatíveis com as premissas do Estado Democrático de Direito fundado pela Constituição Federal de 1988, como se desconhessem as contribuições de Elio Fazzalari e dos responsáveis por estudar o viés constitucional e democrático do processo.

Não deixa de ser surpreendente, portanto, que hoje em dia seja possível a consulta a livros de direito processual, nos quais se encontram afirmações no sentido de que “o processo é um instrumento a serviço da paz social”²¹, ou de que “o processo tem a sua natureza particularizada por servir à jurisdição, já que através dele o Estado se manifesta com o objetivo de fazer valer o ordenamento jurídico”²², ou ainda de que “o processo é o sistema de compor a lide em juízo através de uma relação jurídica vinculativa de direito público”²³ ou mesmo de que “a ideia de contraditório não afasta a de relação jurídica”.²⁴

Todos os doutrinadores citados (e tantos outros quantos se deseje enumerar) podem ser enquadrados na chamada Escola Instrumentalista do Processo, que tem em Cândido Rangel Dinamarco o seu fundador e expoente máximo. Para referido autor, o processo não apenas teria uma instrumentalidade técnica (em relação às formas do procedimento), mas seria ele próprio um instrumento da jurisdição, sendo uma forma de atuação estatal no intuito de buscar a concepção de escopos metajurídicos (sociais, culturais, políticos, econômicos etc.).²⁵

Impossível substituir a explicação cristalina oferecida pelo próprio autor:

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

[...]

Em outras palavras: a perspectiva instrumentalista do processo é teleológica por definição e o método teleológico conduz invariavelmente à visão do processo como instrumento predisposto à realização dos objetivos eleitos.²⁶

Tal entendimento é tão enraizado no direito processual pátrio, que contamina mesmo os mais novos acadêmicos, como é o caso de Hermes Zaneti Júnior que, apesar de flertar com a ideia de modelo constitucional de processo, acaba por dedicar toda a parte final de sua obra à defesa da criação judicial do direito²⁷, ignorando a pertinente crítica de Ronald Dworkin, que apontou o caráter positivista (e subjetivista) da discricionariedade judicial, especialmente ao destacar que a criação judicial do direito implicaria necessariamente aplicação retroativa da norma surgida diretamente nos tribunais.²⁸

Uma conjunção dos entendimentos aqui expostos não deixa qualquer margem de dúvida de que estamos, em pleno Século XXI, vivendo sob a égide da repetição das ideias que Bülow divulgou na segunda metade do Século XIX: o processo continua a ser percebido como um instrumento posto à disposição do Estado, para, por meio de jurisdição, atingir os seus objetivos. A partir dessa concepção, admite-se até mesmo que o Poder Judiciário aja com discricionariedade, inovando o ordenamento jurídico e aplicando normas recém-criadas a situações jurídicas preexistentes.

Como visto, entretanto, esta é uma visão completamente equivocada e obsoleta do processo, só atingível se forem ignorados os avanços teóricos acumulados durante quase cento e cinquenta anos de estudo científico do direito processual. Ao contrário do que possa parecer à primeira vista, não se trata aqui de uma mera discussão acadêmica, pois a prevalência da concepção da Escola Instrumentalista (ainda afinada à ideia de processo como relação jurídica) tem gerado efeitos práticos concretos e verificáveis, na medida em que seus ícones estão à frente dos movimentos que objetivam a reforma dos Estatutos Processuais.

É sob a inspiração de uma visão instrumentalista do processo que se faz possível vislumbrar no Código de Processo Civil a existência de dispositivos que preveem o julgamento improcedente *ab initio* (sem qualquer atuação das partes)²⁹; o aumento exacerbado dos poderes do relator do recurso³⁰; a subsistência de prazos diferenciados para a Fazenda Pública³¹; o sobrestamento de recursos supostamente idênticos³² etc. Como é evidente, toda essa disciplina legal só é

possível ao arripio das ideias de modelo constitucional de processo, democracia e procedimento discursivo, encaixando-se, por outro lado, com perfeição na ideia de um processo que é visto como instrumento de pacificação social.

A percepção do processo como instrumento da jurisdição tem ainda o efeito funesto de subverter a prioridade estabelecida pela Constituição Federal, de maneira que se deixa de configurar procedimentos a partir da base principiológica do direito ao processo e passa-se a configurá-los tendo por referência um melhor funcionamento do Poder Judiciário, o que, normalmente, se traduz pela simplificação de procedimentos com o intuito de obter julgamentos mais céleres. Tal objetivo, por exemplo, foi expressamente reconhecido na exposição de motivos da Comissão de Juristas responsável pelo anteprojeto do novo Código de Processo Civil, ao dizer que se tentou oferecer “um sistema mais coeso, mais ágil e capaz de gerar um processo mais célere e mais justo”.³³

Não é à toa, portanto, que o Projeto de Lei nº 8.046/10 (novo Código de Processo Civil) continua a trazer dispositivos que repetem os equívocos do estatuto atual³⁴, a eles acrescentando novas disposições que ignoram completamente o instituto do contraditório e o caráter democrático do processo, como é o caso da possibilidade de o juiz, diante da mera suspeita de ocultação do acusado, simplesmente dispensar a necessidade de que este seja intimado da penhora.³⁵ Em outras palavras, o projeto do novo Código de Processo Civil prevê a possibilidade de que o suposto devedor tenha seus bens penhorados e apropriados sem que disso sequer tome conhecimento.

Não é preciso prosseguir nos exemplos, para demonstrar que existe um profundo equívoco na forma como vem sendo conduzido o estudo do direito processual brasileiro. Tanto as reformas parciais quanto totais, necessariamente devem obediência ao modelo constitucional de processo e à ideia de democracia como procedimento discursivo, sendo estas as referências a serem seguidas, em caso de necessidade de alteração dos procedimentos ora vigentes.

Neste sentido, cristalina a lição de Flaviane de Magalhães Barros, ao dizer que

O instrumentalismo foi, com certeza, a linha mestra para a reforma do processo civil, na busca por celeridade e efetividade como bases para um verdadeiro acesso à justiça, entendido como acesso à ordem jurídica justa.

(...)

É por isso que no final a crítica se volta para a compreensão do “processo”, sua relação com a Constituição e com os direitos fundamentais! Pois, para uma nova conformação do processo que garanta a co-participação das partes e uma adequada compreensão do papel do juiz, revela-se necessário rever a noção de processo que se tem no Estado Democrático de Direito, superando o ativismo próprio do paradigma do Estado Social.³⁶

O que se vê, ao contrário, é que a doutrina processual brasileira tem ignorado os avanços teóricos da ciência processual, mantendo-se aferrada à ideia de processo como relação jurídica, na sua vertente defendida pela Escola Instrumentalista. Como consequência, os sucessivos movimentos reformistas que se sucederam nos últimos vinte anos acabaram por afastar o processo do modelo constitucionalmente previsto em 1988, o que se refletiu em procedimentos antidemocráticos que, incapazes de harmonizar os princípios previstos na Constituição Federal, optam por privilegiar a celeridade e a simplicidade, como se o processo fosse um instrumento de atuação da jurisdição.

5 CONCLUSÃO

A contribuição de Oskar Von Bülow para o surgimento e a autonomia da ciência processual é inegável. Tal circunstância, entretanto, não autoriza que se ignore os aspectos autoritários de sua Teoria da Relação Jurídica, plenamente afinados com os objetivos e os valores da Alemanha no final do Século XIX, mas dissociados ao extremo do Estado Democrático de Direito que se busca construir no início do Século XIX. Uma compreensão apropriada do fenômeno processual nos dias de hoje deve levar em conta as contribuições que se seguiram a Bülow, notadamente aquelas apresentadas por James Goldschmidt e Elio Fazzalari.

A partir de tal recomposição histórica, o processo passa a ser visto como procedimento em contraditório, servindo de base para a Teoria Constitucionalista, responsável por adequar a ciência processual aos ganhos teóricos decorrentes do neoconstitucionalismo e da democracia procedimental discursiva de Jürgen Habermas. Pela convergência desses paradigmas, deve-se entender que existe um direito ao processo, enquanto metodologia de direitos fundamentais. Ademais, tal metodologia deve se apresentar em forma de um procedimento compatível com os princípios constituintes do modelo constitucional de processo, propiciando aos interessados uma atuação democrática, por meio da qual, eles contribuirão para a construção da decisão judicial, tornando-se autores e destinatários do provimento.

Essa concepção de processo constitucional democrático, entretanto, ainda não foi devidamente absorvida pela doutrina brasileira, que continua a se pautar pela ideia de processo como relação jurídica, tratando-o como um instrumento da jurisdição. Para a Escola Instrumentalista, o processo deve ser utilizado não para a garantia dos direitos fundamentais das partes, mas sim, para a consecução dos escopos metajurídicos (políticos, econômicos, sociais etc.) do Estado. Tal entendimento é reflexo de mentalidade autoritária que privilegia o protagonismo judicial e trata o subjetivismo e a discricionariedade do magistrado como o *locus* exclusivo de interpretação (e mesmo de criação!) das normas jurídicas³⁷.

A disseminação acrítica de tal concepção tem gerado enormes prejuízos ao direito processual brasileiro, que, mantendo-se vinculado a paradigmas há

muito superados, encontra-se incapacitado de oferecer soluções satisfatórias para a sua perda de eficiência e legitimidade³⁸. Em meio ao tumulto teórico, a doutrina não consegue perceber a necessidade de harmonização dos princípios do modelo constitucional de processo e passa a avaliar a atividade jurisdicional por critérios de eficiência (traduzidos em quantidade de processos e celeridade nos julgamentos).

A consequência é a sucessão de reformas dos estatutos processuais, sem que se atinja qualquer objetivo verificável. Na verdade, o que se tem é uma série de procedimentos cada vez mais distanciados do modelo constitucional de processo, porque buscam a celeridade processual em detrimento de outros direitos fundamentais, como ampla defesa, contraditório e fundamentação das decisões. Da mesma maneira, tem-se um processo cada vez menos democrático, pois a simplificação dos procedimentos reduz drasticamente o espaço discursivo das partes, que se percebem como simples destinatários (e não coautores) da decisão judicial.

Uma verdadeira reforma do direito processual passa necessariamente pela apreensão da ideia de processo constitucional democrático, como ambiente franqueado às partes para buscar a proteção contra ameaças ou lesões aos seus direitos, sem que precisem se submeter a um magistrado onipotente e comprometido com a resolução rápida dos conflitos. A duração razoável (e não mínima!) do processo é apenas um dos direitos fundamentais constituintes do modelo constitucional do processo e só será tida como razoável, na medida em que não inviabilizar o exercício dos demais princípios, quebrando a necessária harmonia entre eles.

O Estado Democrático de Direito é um conceito indissociável dos conceitos de constituição, democracia e direitos fundamentais; mas também é inseparável do conceito de processo, enquanto garantia de que os cidadãos terão os seus direitos respeitados. Desse modo, não se pode conceber a existência fática de um Estado Democrático de Direito, sem que se entenda o conceito de processo constitucional democrático, pois é nesse último que reside a própria garantia de existência dos fundamentos daquele.

Resta assim, deste trabalho, a exaltação para uma discussão séria e atualizada do tema, na firme convicção de que, enquanto não for possível realizar a fusão do processo com os conceitos de democracia e de constituição, o direito processual pátrio continuará a ser refém de doutrinas obsoletas, que atentam contra a própria existência de uma sociedade democrática.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**. Torino: G. Giappichelli, 1997.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas a partir da Constituição. In: CATTONI, Marcelo Andrade de Oliveira; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coords.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- _____. **(Re)forma do processo penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- BRASIL. **Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil)**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>.
- _____. **Projeto de Lei nº 8.046 de 22 de dezembro de 2010 (novo Código de Processo Civil)**. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 20 ago. 2012.
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- BUENO, Cássio Scarpinella. O “Modelo Constitucional do Direito Processual Civil”: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maria Terra (Coords.). **Processo civil: novas tendências**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- BÜLOW, Oskar Von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.
- _____. **Statutory Law and Judicial Function**. Philadelphia: *American Journal of Legal History*, 1995.
- CALMON DE PASSOS, J. J. Considerações de um troglodita sobre o processo eletrônico. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maria Terra (Coords.). **Processo civil: novas tendências**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabril Editor, 1988.

- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- DEL NEGRI, André. **Processo constitucional e decisão interna corporis**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- DUARTE, Ronnie Preuss. **Garantia de acesso à justiça: os direitos processuais fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006.
- GOLDSCHMIDT, James. **Teoria General Del Processo**. Barcelona: Editorial Labor, 1936.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia (entre facticidade e validade)**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.
- NUNES, Dierle José Coelho. Apontamentos iniciais de um processualismo constitucional democrático. In: CATTONI, Marcelo Andrade de Oliveira; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coords.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- _____. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1.
- SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Manual elementar de processo civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 1.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007.

- 1 André Cordeiro Leal não compartilha de tal entendimento, mas deixa claro que esta é a posição dominante na doutrina: “*Daí afirmarmos que Bülow não pode ser considerado, como muitos ainda insistem em fazer, o fundador da ciência processual atual, mas o inaugurador de uma vertente tecnológica da jurisdição como atividade do juiz*” (Instrumentalidade do processo em crise, p. 65).
- 2 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 65.
- 3 BÜLOW, Oskar Von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.
- 4 BRÉTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 85-86.
- 5 BÜLOW, Oskar Von. **Statutory Law and Judicial Function**. Philadelphia: *American Journal of Legal History* 71, 1995.
- 6 Na versão do texto em inglês: “Thus, legal growth can do without the dead word of the statute so much more easily than the viva vox of the judicial office. For that reason, the state power was able to accomplish its job of ordering the law without legislation for so long. It has never been able to and will never be able to without the judiciary! For that reason, the rise of legislation has not been able to displace the power of the judiciary to create law, but that power has only been put under the guidance of legislation” (idem, p.16).
- 7 NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 98-106.
- 8 GOLDSCHMIDT, James. **Teoria General Del Proceso**. Barcelona: Editorial Labor, 1936, p. 14-23.
- 9 Idem, p. 43-63.
- 10 FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006.
- 11 Idem, p. 120.
- 12 Idem, p. 505.
- 13 BRÉTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 91-92.
- 14 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 47.
- 15 ANDOLINA, Ítalo e VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**. Torino: G. Giappichelli, 1997, p. 08.
- 16 BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas a partir da Constituição. In: CATTONI, Marcelo Andrade de Oliveira; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coords.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 333-334.
- 17 ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. Op. cit., p. 09-11.
- 18 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia (entre facticidade e validade)**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- 19 Idem, p. 345.
- 20 Quanto à relação entre democracia e discurso, pertinente a lição de André Del Negri: “As sociedades totalitárias são avessas ao debate. Silenciam o discurso dos atores sociais, tanto quanto. Em face dessa não possibilidade de manifestar opinião, o outro é anulado. Por isso, a importância dos estudos que buscam a emancipação dos indivíduos num contexto que privilegie a pluralidade de vozes e de visões do mundo. Daí a importância da teoria da democracia, das soluções legítimas para os problemas sociais, da ‘inclusão

- do outro', da contestação da racionalidade, das 'sociedades abertas', de uma razão dialogal (não subjetiva) e de decisões compartilhadas (não solitárias). [...] Para tanto, a partir do momento que o projeto de construção de uma sociedade democrática passa por uma revisitação-fiscalização permanente, como forma de integração social (Habermas), o princípio do discurso necessariamente tem que ser assegurado pelo Direito, em especial, pelo direito processual constitucional" (Processo constitucional e decisão interna corporis, p. 41).
- 21 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 47.
- 22 MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 389.
- 23 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 1, p. 49.
- 24 SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1, p. 31.
- 25 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- 26 Idem, p. 177-178.
- 27 ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo Constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 235-261.
- 28 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 46-50.
- 29 BRASIL. **Lei nº 5.869** de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>.
- 30 Idem, artigo 557.
- 31 Idem, artigo 188.
- 32 Idem, artigo 543-B
- 33 BRASIL. **Projeto de Lei nº 8.046** de 22 de dezembro de 2010 (novo Código de Processo Civil). Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>.
- 34 Veja-se, por exemplo, o artigo 307 da referida proposição, que continua a prever a possibilidade de improcedência liminar do pedido.
- 35 Idem, artigo 798, §1º.
- 36 BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do processo penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 07-10.
- 37 Em obra específica sobre o tema, Lênio Luiz Streck discute a questão de se tratar o magistrado como autor exclusivo da decisão judicial, sendo responsável privilegiado pela interpretação das normas. A seu ver. "essa resposta (decisão) não pode sob pena de ferimento do 'princípio democrático' – depender da consciência do juiz, do livre convencimento, da busca da 'verdade real', para falar apenas nesses artifícios que escondem a subjetividade 'assujeitadora' do julgador" (**O que é isto**: decido conforme minha consciência?, p. 105).
- 38 Robert Alexy enfrenta a questão da legitimidade das decisões judiciais, em face de os magistrados exercerem uma função não decorrente de eleição direta. Segundo autor, esta objeção pode ser superada com o estabelecimento da diferença entre democracia decisionista e democracia deliberativa, pois, enquanto a primeira estaria calcada na ideia de representação volicional, a segunda teria por base a ideia de democracia argumentativa. Assim, apesar de não serem eleitos, os magistrados podem proferir decisões legítimas, na medida em que o procedimento seja aberto ao discurso e exista a possibilidade racional de avaliar qual o melhor argumento.
- Diz Alexy que: "Jurisdição constitucional somente pode ser exitosa quando estes argumentos, que são alegados pelo tribunal constitucional, são válidos e quando membros, suficientemente muitos, da comunidade são capazes e dispostos de fazer uso de duas possibilidades racionais. Se essas condições são cumpridas, a resposta à questão acima formulada (por que uma representação puramente argumentativa deve ter primazia diante de uma representação apoiada em eleições e reeleições?) não é mais difícil. O constitucionalismo discursivo, como um todo, é a tentativa da institucionalização da razão e correção. Se existem argumentos válidos ou correto e, do mesmo modo, existem pessoas racionais, então razão e correção serão institucionalizadas melhor com jurisdição constitucional do que sem ela" (**Constitucionalismo discursivo**, pp. 162-165).

(CONSTITUTIONAL) PROCESS: RECONSTRUCTION OF CONCEPT UNDER THE PARADIGM OF DEMOCRATIC RULE OF LAW.

ABSTRACT

This paper aims at discussing the concept of constitutional process in a perspective consistent with the paradigm of Democratic Rule of Law. Therefore, it proposes tracing a brief history of the theories of process, showing how the Structuralist Theory (Elio Fazzalari) definitely surpassed the Theory of Legal Relationship (Oskar von Bülow) as the ideal representation of the procedural phenomenon. Given this, it intends to highlight the Constitutionalist Theory, with particular emphasis on the concept of the Constitutional Process Model (Italo Andolina and Giuseppe Vignera), especially as it relates to the idea of Procedural Discursive Democracy (Jürgen Habermas). Finally, it will present and critique the Brazilian doctrine on the theme, showing how the Instrumentalist Procedural School (Cândido Rangel Dinamarco) is the result of the perpetuation of a set of concepts which are incompatible with a Democratic State. Finally, it will expose the difficulty in transcending the Theory of the Legal Relationship, which has generated significant practical implications in the evolution of national procedural law, especially with regard to the search for speed, and the temptation of constantly reforming procedural statutes.

Keywords: Constitutional process. Democratic Rule of Law. Process theories. Constitutional process models. Reforms in procedural statutes.

DIMENSÃO POSITIVA DA RESERVA DO POSSÍVEL: REVISÕES CRÍTICAS DA POLÍTICA TRIBUTÁRIA DE GUERRA FISCAL E SUAS REPERCUSSÕES PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS

*Carlos Luiz Strapazzon**
*Ubaldo Cesar Balthazar***

1 Introdução. 2 Ausência de políticas públicas de desenvolvimento e o cenário de conflito federativo. 3 Causas jurídicas do aparecimento do conflito fiscal subnacional. 4 A guerra fiscal como princípio . 4.1 O Estado do Rio de Janeiro. 4.2 O Estado de Minas Gerais. 4.3 O Estado de São Paulo e o Distrito Federal. 5 A União Federal diante da “guerra fiscal”. 5.1 O Poder Executivo e a regulamentação do regime automotivo. 5.2 O Poder Executivo e os vetos à “Lei Kandir”. 5.3 O imobilismo dos órgãos legisladores (Confaz e Congresso Nacional). 6 Considerações finais. Referências.

RESUMO

O artigo pretende analisar a racionalidade de políticas tributárias praticadas sob um regime político de matriz liberal e não dirigista. Os resultados apresentados evidenciam o modo pelo qual as receitas tributárias estaduais foram orientadas, nesse modelo de gestão de políticas tributárias, para fins objetivamente distintos da consecução de políticas públicas socialmente inclusivas e protetivas de expectativas geradas por direitos fundamentais sociais prestacionais. O trabalho aponta algumas importantes causas desse fenômeno. Essa análise, que tem como ambiente o cenário da guerra fiscal dos anos 90, oferece importante descrição do estado disfuncional que a legislação tributária brasileira já se encontrou e que, ainda hoje, não está imune de retrocessos. Em sua conclusão, pretende oferecer conexões entre a adequada gestão da política tributária e a proteção da reserva do possível para satisfação de direitos sociais prestacionais.

Palavras-chave: Tributos. Política tributária. Direitos fundamentais. Direitos sociais.

* Pós-doutorando em Direito (PUC-RS). Doutor em Direito (UFSC). Professor-pesquisador do Programa de Pesquisa, Extensão e Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina, Unoesc. E-mail: carlos.strapazzon@unoesc.edu.br

** Professor Associado IV (Direito Tributário) da Faculdade de Direito da UFSC. Doutor em Direito Fiscal pela Universidade Livre de Bruxelas, Bélgica. E-mail: ubalth@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

Esta reflexão tem como alvo promover uma revisão da funcionalidade da noção de *expectativa* de direito no âmbito dos direitos fundamentais¹. Esse objetivo assume, como pressuposto, que, para superar o problema das omissões inconstitucionais que afetam direitos fundamentais prestacionais, é preciso superar os preconceitos quanto ao papel e à função das instituições de garantia de efetividade, tais como o Judiciário, em face das expectativas jurídicas geradas por direitos fundamentais.

Desde os primeiros trabalhos dedicados a este tema, a gestão do orçamento público tem recebido especial atenção. Por isso as razões para a criação da Desvinculação de Receitas da União, a DRU, por exemplo, tornaram-se objeto de cuidada análise em trabalho apresentado e discutido no CONPEDI-UFU, em 2012. Neste artigo, o interesse recai sobre o modo como o Estado brasileiro protegeu expectativas de financiamento de direitos fundamentais densamente prestacionais, como são, em grande medida, os direitos sociais de saúde, assistência e previdência. Para isso, a ênfase atual recai sobre a (ir)racionalidade de políticas públicas arrecadatórias de tributos.

Neste trabalho, assume-se que a proteção das expectativas de financiamento de políticas públicas garantidoras de direitos sociais prestacionais é uma face pouco explorada do postulado da reserva do possível. Reconhece-se que a reserva do possível é amplamente apresentada como objeção ao cumprimento de direitos prestacionais sociais. Todavia, sustenta-se, aqui, que, em Estados como o Brasil, onde há um orçamento da seguridade social constituído como algo distinto do Orçamento Fiscal do Estado, a existência de orçamento da seguridade social é, por si só, uma garantia constitucional de cumprimento de direitos sociais em seu nível mínimo, ou seja, é uma reserva financeira fundamental para realizar o mínimo possível em satisfação de expectativas desses direitos.

Assim, a reserva do possível, enquanto postulado jurídico inerente à satisfação de direitos prestacionais que demandam investimentos do Estado, tem uma natureza negativa e outra positiva. A face negativa, mais conhecida, é inibidora das expectativas fundamentais de realização dos investimentos para a satisfação dos direitos prestacionais sociais. A face positiva é protetora dos recursos escassos disponíveis (o orçamento público) contra a gestão inadequada, ou seja, a face positiva do postulado da reserva do possível indica que o orçamento público vinculado à satisfação de direitos fundamentais é um bem jurídico que compõe o âmbito de proteção dos direitos fundamentais sociais prestacionais.

Assim, a gestão desses recursos públicos vinculados à satisfação de expectativas geradas por direitos fundamentais sociais prestacionais é, em si mesma, sujeita ao controle de razoabilidade e proporcionalidade, na medida em que a gestão de recursos públicos destinada a sustentar o custeio de políticas públicas efetivadoras de direitos sociais é, também, uma forma de intervenção em um bem coletivo diretamente referido a direitos fundamentais e, como tal,

sujeito à justificação constitucional de toda e qualquer intervenção. Essa é a face garantista do postulado da reserva financeira do possível que precisa ser mais bem explorada pela teoria dos direitos fundamentais sociais.

2 AUSÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE DESENVOLVIMENTO E O CENÁRIO DE CONFLITO FEDERATIVO

Nos anos 90 do século passado, a política econômica nacional estava fundada em princípios liberalizantes e desestatizantes² que tinham como grandes objetivos estabilizar os preços, ajustar as contas públicas e integrar a economia ao mercado internacional a fim de recuperar o crescimento econômico. Segundo o governo da época³, seria preciso atrair o capital estrangeiro (financeiro e produtivo) e estabelecer “parcerias” com ele a fim de “modernizar” o parque industrial brasileiro, diminuir a inflação e também aumentar a competitividade da economia nacional, especialmente no setor de exportáveis de alto valor agregado.

Não obstante, esse projeto não veio acompanhado de estratégias ativas de desenvolvimento⁴. A nova agenda propugnou, ao invés, menos Estado e mais mercado. Essa orientação, porém, teve desdobramentos paradoxais: liberalismo econômico no plano federal e intervencionismo nas unidades subnacionais.

No início da década de noventa do séc. XX, os Estados e Municípios ficaram meio “órfãos” com a decisão do governo federal de romper com a política desenvolvimentista dos anos anteriores e, ao mesmo tempo, de dividir com governadores e prefeitos a responsabilidade política pela superação das dificuldades econômicas do país.

De fato, tudo aconteceu mais ou menos ao mesmo tempo: vieram as eleições amplas para o Executivo e Legislativo – reforçando o critério de legitimação para os líderes políticos estaduais e locais –, paralelamente, tivemos a abertura econômica (praticamente sem contrapartidas e salvaguardas) fundada numa reforma monetária, na desestatização, diminuição das exportações, aumento das importações e no controle inflacionário, mas também acirrou a competição no mercado interno com produtos e empresas estrangeiras, em especial americanas, francesas, portuguesas e espanholas. No médio prazo, esse programa geraria aumento do desemprego, em especial nos centros urbanos do Sul-Sudeste do País e dificuldades financeiras para os Estados e Municípios.

Em que pesem, então, as virtudes desse programa de reformas introduzidas pelo governo federal, a ausência de efetivas políticas nacionais coordenadoras da alocação dos novos investimentos estrangeiros, especialmente do setor automotivo, desencadeou uma espécie de leilão entre os Estados brasileiros para atraí-los.

Os Estados mais poderosos da Federação bem como os maiores Municípios passaram a mobilizar as próprias forças financeiras e a criar políticas para preservar o emprego e o desenvolvimento econômico em seus territórios. ○

problema dessa mudança de atores é que Estados endividados – quase todos – não dispunham (e não dispõem) de recursos suficientes para atrair investimentos ou manter os já instalados. Isso explica por que eles usaram (e continuam usando) como armas, uns contra os outros, as receitas de seus principais tributos.

3 CAUSAS JURÍDICAS DO APARECIMENTO DO CONFLITO FISCAL SUBNACIONAL

De acordo com o novo regime constitucional, firmado em 1988, os Estados passaram a ter grande autonomia para legislar sobre seus tributos, especialmente sobre o mais importante deles: o ICMS.

A nova Constituição não só fundiu os antigos impostos únicos federais incidentes sobre combustíveis, transportes, minerais e energia elétrica e os incluiu no campo de incidência do novo ICM, assim como o antigo imposto federal incidente sobre serviços de transportes e comunicações – que, por essa razão, passou a ser denominado ICMS – como também deu aos Estados a possibilidade de aplicarem critérios de “seletividade” ao ICMS, como ocorre com o IPI, na esfera federal.

Criou-se uma orientação de desoneração para exportações. Num primeiro momento – de 1989 a 1996 – vigeu sozinha a regra do artigo 155, X, “a”, que tornou imunes ao ICMS as operações que destinam bens industrializados ao mercado externo. Os semielaborados, por sua vez, que eram tributados com alíquota um pouco superior à interestadual⁵ passaram também a ser desonerados, a partir da entrada em vigor da Lei Complementar n. 87/96, a chamada Lei Kandir⁶. Para compensar os Estados de eventuais perdas decorrentes da desoneração heterônoma instituída para as exportações, a Constituição autorizou a criação, no art. 159, inciso II, do Fundo de Exportação (FPEX)⁷.

Quanto à definição das alíquotas do ICMS, três regras distintas estão previstas na Carta de 1988. Primeiro, que é relativa a independência para os Estados e Distrito Federal definirem as alíquotas em operações realizadas no interior do próprio território. Segundo, a lei estadual deve observar os índices mínimos que o Senado Federal deve estipular por Resolução. Terceiro, para as operações que se realizarem entre diferentes Estados – operações interestaduais –, a nova Carta determinou que deve haver uma alíquota especial menor do que as aplicáveis em operações exclusivamente internas⁸.

É interessante notar, para melhor compreender a política tributária estadual nos anos 90, que há quatro linhas bem características no desenho jurídico desse novo tributo:

a) Abandonou-se a regra da fiscalidade. Agora o ICMS pode ser seletivo. Se, de um lado, isso abre a possibilidade de serem desoneradas as mercadorias que compõem a cesta básica, argumento muito usado para evidenciar a virtude da seletividade no ICMS, de outro, esse princípio jurídico retira seu fundamento

propriamente econômico. Com a seletividade, o ICMS deixa de ser um imposto meramente arrecadador, ou, se se preferir, deixa de ter finalidade exclusivamente fiscal, para a qual, aliás, foi concebido na reforma dos anos 60.

Lembre-se de que, de acordo com os princípios daquela reforma, que criou o ICM, a responsabilidade pelas políticas de distribuição de renda e de fomento à atividade econômica por meio de tributos deveria ser da União, aliás, como recomenda a literatura econômica internacional⁹. Unidades subnacionais, num regime federativo, como regra geral, não cuidam de distribuição de renda ou de política econômica, e sim de prestação de serviços fundamentais. A distribuição de renda ou a política de desenvolvimento econômico deve ser responsabilidade do governo central que deve ter políticas de desenvolvimento regional e de equilíbrio federativo. Por isso era correta a proposta de Rubens Gomes de Souza em fazer do ICM um tributo com objetivos meramente fiscais, como deveria ser, aliás, com todos os tributos sobre valor adicionado.

A partir de 1988, o ICMS tornou-se o mais importante tributo do tesouro estadual e, pelas novas regras constitucionais, ocorreu uma considerável descentralização de poder para as unidades subnacionais em dois sentidos: pela absorção dos impostos únicos e pela concessão de autonomia aos Estados para alterar alíquotas em operações internas. Mas este último fator, se de um lado assegurou maior autonomia fiscal ao Estados, também estimulou o conflito federativo em uma época de crise e de liberalismo econômico.

b) O ICMS tornou-se um tributo misto. Para negócios realizados no interior do Estado, por exemplo, ele é um típico imposto de consumo, pois, de fato, incide sobre o valor adicionado (já que, em regra, são as mesmas alíquotas para compra e venda das mesmas mercadorias). Porém, no comércio interestadual, o regime constitucional em vigor acaba promovendo a exportação de imposto para os Estados e as regiões pouco desenvolvidos. É que, sendo menor a alíquota para vendas interestaduais, esse regime diminui os créditos mensais do contribuinte localizado no Estado comprador.

Em outras palavras, a regra constitucional que prescreve alíquotas interestaduais menores com que contribuintes de Estados pouco industrializados – ou de regiões pouco desenvolvidas pertencentes a Estados mais industrializados – por comprarem mercadorias provenientes de Estados mais industrializados, paguem, ao final do mês, proporcionalmente mais ICMS do que os contribuintes vendedores localizados nos Estados mais desenvolvidos.

c) Quanto às exportações, a orientação nacional é pela desoneração, apesar de esta estratégia ter prejudicado a receita dos Estados mais industrializados e das respectivas regiões.

d) A complexidade na regulação constitucional do principal tributo dos Estados não veio desacompanhada de irracionalidades econômicas. A nova Carta, ao assegurar mais receitas aos governos subnacionais, tanto pelo mecanismo da repartição, quanto pela maior autonomia no trato do ICMS,

devolveu a eles, por via indireta, também a possibilidade de estabelecerem política tributária.

A primeira impressão pode sugerir que essa maior descentralização seria positiva num regime federativo, como era, aliás, o discurso predominante durante a Constituinte. Mas, se forem considerados o contexto macroeconômico e o modo como foi feita a descentralização de competências tributárias na Assembleia Constituinte, verificar-se-á que, no afã de resolver o problema relativo à falta de autonomia financeira dos Estados, criou-se outro, político-econômico, ainda maior, para toda a Nação.

Ao que tudo indica, o federalismo centrífugo encontrou, nos anos 90, uma conjuntura propícia para reaparecer e a Carta de 88 deu legitimidade jurídica a ele. Essa Constituição reinstituiu, de direito, a “guerra fiscal”. Esse é o nome que tem sido dado, desde os anos 50, à disputa travada entre Estados e entre Municípios por investimentos produtivos estrangeiros ou já instalados no país, com utilização de incentivos fiscais.

É certo que a Constituição definiu que todo e qualquer tipo de benefício fiscal – redução da base de cálculo; devolução total ou parcial direta ou indireta, condicionada ou não ao contribuinte, a responsável ou a terceiros; concessão de créditos presumidos; favores financeiro-fiscais dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus, prorrogações de isenções vigentes – só deve ser concedido nos termos de Lei Complementar específica. Todavia, essa orientação constitucional não foi regulamentada.

Desse modo, por recepção, a lei que continuou a regulamentar a concessão de incentivos fiscais a partir do ICMS, durante os anos 90, foi a defasada Lei Complementar nº 24, de janeiro de 1975, que instituiu o CONFAZ para tratar do antigo ICM¹⁰.

Apesar de ainda não ter sido votada uma nova lei geral da tributação, todas as leis e decisões administrativas pertencentes ao ordenamento jurídico brasileiro gozam da presunção de que foram instituídas para resguardar, em última *ratio*, a harmonia federativa. Isso acontece porque a Lei Maior prescreve como objetivos fundamentais da República construir uma sociedade solidária, com reduzidas desigualdades sociais e regionais na qual haja cooperação entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios na promoção do desenvolvimento equilibrado e do bem-estar no âmbito nacional¹¹. Resta ver, então, como as unidades federadas lidaram com esses novos princípios jurídicos num ambiente de crise fiscal e diante de um programa econômico liberalizante do governo federal.

4 A GUERRA FISCAL COMO PRINCÍPIO

Nos anos 90, o conflito fiscal entre unidades federadas só se acentuou. Como foi dito, a descentralização de poder financeiro promovida pela nova Constituição favoreceu as circunstâncias. Mas é preciso advertir: isso não ocorreu só no Brasil.

Também na mais tradicional federação democrática do Ocidente o fenômeno era verificável¹². Isso indica, de um lado, que o fenômeno não era original por aqui e, de outro, que não era exclusivo do sistema tributário brasileiro.

As novidades no Brasil, então, ficavam por conta, em primeiro plano, da intensificação do conflito motivada por iniciativas dos Estados e Municípios; em segundo, pelo descaso da União Federal em relação ao fenômeno. Ao contrário do que ocorreu nos anos 60-70, a União deixou de se preocupar com essa controvérsia federativa nos anos 90. Não estabeleceu instituições, critérios ou sanções legais para conter o principal mecanismo desse embate, qual seja, a renúncia de receitas tributárias que as unidades subnacionais passaram a incluir em seus programas de incentivos fiscais ao investimento produtivo.

De fato, doações, empréstimos e, especialmente, medidas que foram do diferimento do prazo de pagamento à pura e simples isenção de tributos eram as formas de expressão da política econômica de desenvolvimento patrocinada pelos Estados brasileiros na década de 90. Esses meios, fruto da autonomia tributária garantida pela Constituição Federal aos Estados e aos Municípios, foram usados abertamente, principalmente pelos Estados, numa disputa acirrada por novos investimentos, em especial por aqueles procedentes do estrangeiro.

Por conta disso, é interessante fazer uma breve descrição de como algumas unidades federadas praticaram a “guerra fiscal”. Com isso, espera-se que seja possível formar uma ideia mais acabada não só das dimensões jurídicas desse fenômeno, mas também das funestas consequências que essa política tributária acarreta a uma economia nacional e à funcionalidade de um sistema federativo.

4.1 O Estado do Rio de Janeiro

De acordo com Carlos E. G. Cavalcanti¹³, o Estado do Rio de Janeiro, do início da década de 80 até a publicação da Lei n. 2.273/94, foi bastante tímido na sua política de incentivos fiscais para atrair investimentos. Só a partir daí, fugiu às regras do CONFAZ ao estabelecer “redução de 40% da correção monetária sobre o saldo devedor do imposto, extensivo à importação de máquinas e equipamentos diretamente empregados no projeto” e “dilação de prazo de pagamento do ICMS por 5 (cinco) anos”¹⁴. Essas medidas foram tomadas para garantir, especialmente, investimentos de uma fábrica de bebidas da *Brahma*, de uma montadora de automóveis da *General Motors*, e de modo particular, para conquistar uma fábrica de ônibus e caminhões da *Volkswagen*, que sozinha lhe custou uma renúncia fiscal estimada em R\$372 milhões, mas, junto com esses benefícios criados pela lei 2.273/94, o Estado do Rio de Janeiro ofereceu à *Volkswagen* também:

Isenção dos principais impostos municipais — Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) e Imposto sobre Serviços (ISS) —, por dez anos; construção, em parceria com o Estado, de um centro de

treinamento em Angra dos Reis; complementação do gasoduto que corta Resende, até a porta da empresa, com o compromisso de fornecer 4,4 milhões de metros cúbicos de gás por ano; doação de terreno de 2 milhões de metros quadrados pela iniciativa privada local; melhoria da via de acesso à fábrica, garantia de fornecimento de energia elétrica e reforma do aeroporto local; e concessão de terminal exclusivo no Porto de Sepetiba e de áreas no Porto do Rio¹⁵.

Essas medidas adotadas pelo Estado do Rio de Janeiro foram impugnadas judicialmente pelo Estado de São Paulo em Ação Direta de Inconstitucionalidade¹⁶, na qual se alegou violação dos dispositivos constitucionais e legais (CF, art. 155, § 2º, XII, “g”, c/c LC 24/75, art. 1º e 2º) que prescrevem o dever de os incentivos fiscais com base no ICMS serem concedidos apenas com autorização de convênios firmados pelo CONFAZ, por decisão unânime dos Estados representados.

Mesmo vencido judicialmente, o governo do Rio de Janeiro manteve os incentivos da referida lei com apoio no art. 223 da Constituição Estadual. Criou uma nova regulamentação para o FUNDES (Fundo de Desenvolvimento Econômico e Social), que era um fundo financeiro destinado a estimular o desenvolvimento econômico carioca por meio de “empréstimos ao setor privado em razão do ICMS gerado”. A criação desse fundo financeiro tem dois aspectos que merecem ser ressaltados para que bem se compreenda o *modus operandi* da “guerra fiscal” no Brasil.

Ao criar o FUNDES o Rio de Janeiro adotou uma estratégia já praticada por outros Estados. Depois, o FUNDES tornou-se, como todos os demais fundos financeiros estaduais, um mecanismo que resguardava o Estado dos constrangimentos políticos das interpelações judiciais. É que os benefícios dados por intermédio de um fundo financeiro mantido pelo ICMS não configuram diretamente uma “isenção” — ainda que esse seja realmente o seu efeito econômico. São apenas empréstimos fundados na arrecadação tributária, o que a Constituição Federal não proíbe.

4.2 O Estado de Minas Gerais

A política de incentivos fiscais do Estado de Minas Gerais, por sua vez, pode ser desdobrada em três fases. A primeira vai de 1969, com a promulgação da Lei Estadual n. 5.261, até início dos anos noventa. Nesse interregno, o principal incentivo consistiu, basicamente, em destinar 32% do ICM gerado pelo programa de industrialização a três finalidades fundamentais: à compensação das empresas por investimentos realizados (25,6%); ao BDMG (Banco de Desenvolvimento do Estado de Minas Gerais) para sua capitalização (4%) e à Fundação João Pinheiro para a formação de um fundo de financiamento de programas e pesquisas institucionais (2,4%)¹⁷. Apesar de a Lei 5.261/69 ter sido o principal instrumento de incentivos dessa primeira fase e de as renúncias fiscais

terem sido menores do que a arrecadação incremental de ICM, o que aponta o relativo êxito da política de incentivos, esse não era o único mecanismo de estímulos fiscais do governo de Minas. Havia também financiamento à formação de distritos industriais e fornecimento de créditos a taxa de juros subsidiadas, como foi o caso específico da FIAT Automóveis instalada no Município de Betim na década de 70¹⁸.

A segunda fase se realiza na vigência da Constituição de 1988: vai de 1989 a 1996. Nela se observa a adoção de medidas um pouco mais efetivas para industrializar o Estado mineiro. Para isso, o governo estadual criou (Decreto n. 30.332, de 25/10/89) o “Pró-Indústria” – ou PROIM, como ficou conhecido, e, em 1994, na mesma linha, criou um fundo de apoio à industrialização chamado de FIND (Lei 11.393, de 29/03/1994 e Decreto nº 35.491/94), que fazia parte do Plano Mineiro de Desenvolvimento Integrado (PMDI). Trata-se, na verdade, de programas baseados no diferimento do prazo de pagamento do ICMS e na concessão de empréstimos a condições bastante favoráveis, para atrair mais indústrias e expandir a capacidade de produção de todo o setor secundário já fixado.

Entretanto, como no caso do Rio de Janeiro, o PROIM também violava normas do CONFAZ. Então,

para evitar questionamentos judiciais por parte de outros estados da Federação, sobre a concessão desses incentivos através do ICMS, o **programa transformou** – com a montagem de uma engenharia fiscal-financeira – **o que seria a dilatação/prorrogação do pagamento do imposto em um financiamento concedido à empresa**, por meio dos agentes financeiros do governo, ou seja, do BDMG e do Bemge. Assim, as empresas beneficiadas pelo programa passaram a recolher o imposto devido para o Tesouro, o qual, por sua vez, transferia para o BDMG/Bemge a parcela prevista em lei. O banco, em seguida, realizava uma operação de empréstimo para a empresa, cobrando uma comissão de 2,5% sobre o valor financiado. Para as empresas favorecidas [...] estabeleceu-se a concessão de financiamento de até 60% do ICMS, [o que mais tarde, a partir de 1991, com o decreto n. 32.462, passou para 80%] devido mensalmente, por um prazo de cinco anos, com um período de carência de seis meses [...]. Como fundo de caráter rotativo, o Proim passou a contar com recursos orçamentários do Tesouro e, mais importante, também com os retornos provenientes dos financiamentos concedidos pelo Pró-Indústria, o que transformou, na prática, as transferências realizadas por este programa em efetivas renúncias fiscais, uma vez que o Estado deixava de recuperá-las, ainda que parcialmente.¹⁹

A terceira e mais recente fase, iniciada em 1996, era a mais agressiva. Era também o resultado de uma intensa disputa com o Estado de São Paulo pela implantação da fábrica Mercedes-Benz no país. Por causa dessa disputa, o governo mineiro reformulou todo o seu programa de incentivos à industrialização (o FIND

e o Pró-Indústria) para grandes empresas²⁰. Dentre as principais medidas adotadas, consta que as parcelas de financiamento do programa de Industrialização para grandes empresas passariam a ser de 50% do ICMS devido, podendo chegar, todavia, a 70%. Além disso, ampliou o prazo de fruição do benefício para um período de dez anos. Também foi ampliado para até 90% o limite do financiamento em relação ao investimento total do projeto e fixada a possibilidade de ampliar o prazo de carência, previsto em 36 meses, para até 60 meses. Para atingir tais metas, o governo mineiro criou um novo Fundo Público de Financiamento (FUNDIEST), baseado tanto em dotações orçamentárias quanto em operações de crédito. Porém, “no primeiro ano de plena vigência do Fundiest, seus recursos – R\$52 milhões – tiveram origem, em sua totalidade, nas transferências do tesouro”²¹.

Não obstante, o mais notável exemplo da participação do Estado de Minas Gerais na “guerra fiscal” é dado pelos incentivos que foram negociados com a Mercedes-Benz, para impedir sua instalação em São Paulo. Com o propósito de garantir os mil e quinhentos empregos diretos, num prazo de 24 meses, e os R\$845 milhões em investimentos ao longo de 1996-2001, o governo mineiro e o Município de Juiz de Fora concederam à montadora um terreno com benfeitorias, com área próxima de 2,8 milhões de m², estimado em R\$50,5 milhões. Concederam, ainda “financiamento de capital fixo e de giro, tanto para sua unidade industrial, como para a sua empresa de comercialização de veículos importados²²”. O Estado se comprometeu também a obter financiamento junto ao BNDES para investimentos fixos da empresa e, além de uma extensa lista de atividades de infraestrutura econômica e social que prometeu realizar²³, obrigou-se a “oferecer garantias à empresa, mediante caução de ações da Centrais Elétricas de Minas Gerais (CEMIG), depositadas no Bradesco, [...] e mediante fiança bancária do BDMG, além de prestar, por meio do BDMG, fiança bancária para captação de recursos externos”²⁴.

Por tudo isso, constata-se que, a partir de meados dos anos 90, como ocorreu com o Rio de Janeiro, o Estado de Minas Gerais também reformulou profundamente sua política de incentivos fiscais para torná-la mais atrativa a fim de assegurar a instalação de indústrias, em especial do setor automotivo, em seu território e também para evitar os constrangimentos políticos das ADIN (Ações Diretas de Inconstitucionalidade).

4.3 O Estado de São Paulo e o Distrito Federal

Além do Rio de Janeiro, Minas Gerais e Paraná, muitas outras unidades da Federação se envolveram, com táticas muito parecidas, na disputa por novos investimentos nacionais e estrangeiros. Passaram a oferecer, do mesmo modo, condições muito especiais de pagamento do ICMS, financiamento de capital de giro e doação de infraestrutura.

O Estado de São Paulo, contudo, manteve-se crítico da guerra tributária federativa. Sua posição, nesses anos e num primeiro momento, foi marcada pela

contestação pública (judicial e na imprensa) dos acordos e protocolos celebrados entre outros Estados e empresas privadas para instituir incentivos fiscais. Depois decidiu entrar também na disputa por investimentos.

Tudo indica, aliás, que essa oposição à guerra fiscal não se deveu ao temor de perder a competição por novos investimentos, especialmente os estrangeiros, para outras unidades da Federação. O que na verdade preocupava São Paulo era o fechamento e a fuga de empresas já instaladas em seu território, atraídas por “paraísos fiscais”. Justamente por isso é que a Coordenadoria de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo responsabilizava a “guerra fiscal” pela perda de arrecadação de R\$ 16 bilhões em 11 anos. De fato, em 1988, São Paulo respondia por 43,37% da arrecadação nacional de ICMS, e no ano de 1999, arrecadou apenas 37,40%²⁵. Há bons motivos para crer que essa queda de arrecadação, com a recessão econômica que assolava o país desde 1997, esteja diretamente relacionada com a debandada de indústrias para onde eram ofertados incentivos²⁶.

Só no setor frigorífico, para que se tenha uma ideia melhor, entre 1984 e 1994, 90 das 120 empresas instaladas em São Paulo fecharam ou se mudaram. O mesmo se deu com usinas que produzem aço: nove das onze produtoras de aço comum não plano faliram ou paralisaram suas atividades. Antonio Ferraz de Andrade Filho, do Centro de Estudos de Pesquisas do Aço, acusava os incentivos com ICMS, oferecidos pelo Rio de Janeiro, pelo fechamento das usinas paulistas. Segundo ele, enquanto a COSIGUA (Companhia Siderúrgica da Guanabara), principal produtora de aço não plano do país, era isenta do ICMS no Rio de Janeiro, as usinas paulistas eram tributadas em 18%.

Com esses fechamentos do setor siderúrgico, calcula-se que foram demitidas 10.244 pessoas, e o Tesouro paulista deixou de arrecadar R\$ 99,1 milhões de ICMS por ano²⁷. Setores igualmente atingidos foram os de autopeças, alimentos industrializados, indústria cerâmica, importação de veículos e artigos eletrônicos.²⁸

Por essas razões, o então governador Mário Covas assinou a regulamentação da Lei 9.383, de 4/3/97, e instituiu o Programa Estadual de Incentivo ao Desenvolvimento Econômico e Social, cujo objetivo foi ampliar a oferta de empregos industriais e agroindustriais²⁹. Essa lei previa, para novos projetos de investimento privado, descontos de 40% a até 70% nos pagamentos do ICMS, nos primeiros cinco anos. Esse dinheiro era dado à empresa privada como reforço ao seu capital de giro. Só a partir do sexto ano de atividade é que passava a ser cobrada a totalidade do ICMS. A devolução da parcela do imposto não recolhida pela empresa privada nos primeiros cinco anos começou a ser feita uma década depois. Detalhe: com um redutor de 40% na taxa de inflação do período.

Mas essa lei assumia contornos ainda mais agressivos quando combinada com uma anterior, relativa às salvaguardas, que dava à Fazenda paulista o direito de simplesmente escolher e, se desejar, glosar os créditos tributários concedidos por outros Estados a investidores privados³⁰.

A partir de 1997, portanto, até mesmo o poderoso Estado de São Paulo passou a aderir formalmente à “guerra fiscal”. Além de renúncia de receitas, oferece financiamentos³¹ especiais cumulados com “salvaguardas” contra isenções oferecidas por outras unidades federadas.

Por fim, o Distrito Federal. É certo que deve causar estranheza o fato de essa unidade da Federação ser anunciada como participante da “guerra fiscal”, uma vez que não foi planejada para ser um centro industrial. De fato, o que justifica a sua menção, neste estudo não é o quanto o Distrito Federal empenhou das receitas tributárias em geração de empregos na indústria. A bem da verdade, consta que não houve significativo aumento de empregos por causa de sua política fiscal. O destaque, antes disso, vai para o modo tão peculiar que o Distrito Federal criou para beneficiar uma única empresa mineira e arrecadar parte do ICMS que, de direito, caberia a outros Estados, especialmente ao Estado de São Paulo. Trata-se do acordo celebrado com uma grande empresa mineira que foi apelidado de acordo do “passeio da nota fiscal”³².

De acordo com a Resolução n. 22 do Senado Federal, a alíquota interestadual do ICMS é, como regra geral, de 12%. No entanto, para vendas de mercadorias destinadas às Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, e ao Estado do Espírito Santo, a alíquota é menor (desde 1990 era de 7%). A empresa em questão tinha sede em Minas Gerais, no Município de Uberlândia, mas comprava produtos no Sul, especialmente de São Paulo. Sobre essas compras, como deve ser, incidia a alíquota de ICMS de 12%. No ano de 1998, a empresa foi convidada pelo governo distrital a abrir um escritório no Distrito Federal (Centro-Oeste). A vantagem seria aproveitar um crédito presumido do ICMS, de 4%, para todas as vendas para outros Estados. Assim, quando vendesse um produto comprado do Sul, a partir do Distrito Federal, para Minas Gerais por exemplo – seu principal mercado –, a empresa teria um crédito total de 11% (7% pela compra que fez, e 4% do incentivo). Como sobre todas as vendas do Distrito Federal para Minas Gerais incide a alíquota de 12%, o percentual de ICMS a pagar para os cofres do Distrito Federal passaria a ser de 1% sobre o valor da venda.

Nessa operação, o Estado de São Paulo, principal fornecedor, perdia 5%, pois, quando as mercadorias saíam para Minas Gerais a alíquota era de 12%, já para o Distrito Federal, passaram a ser de 7%. O Estado de Minas Gerais perde 100% do ICMS que arrecadava, pois a partir do Acordo, é o Distrito Federal que fica com o imposto. O Distrito Federal, por sua vez, passaria a ter um ICMS incremental de 1% sobre as vendas da empresa, o que, no caso, representaria aproximadamente R\$ 12 milhões ao ano. A empresa era, de fato, a grande beneficiada com essa “guerra”, pois, além de recolher ICMS com alíquota de 1%, o que Minas Gerais não oferecia, o Distrito Federal sequer exigiu que as mercadorias passassem fisicamente por seu território. Eram bastantes os trâmites burocráticos.

5 A UNIÃO FEDERAL DIANTE DA “GUERRA FISCAL”

Não há novidade em afirmar que o papel do governo central num Estado federado é tratar dos interesses nacionais, interregionais e internacionais, de modo a estabelecer políticas públicas que sejam do interesse da coletividade nacional, sem discriminações arbitrárias.

A hipótese deste tópico é que o fenômeno da “guerra fiscal” é muito apropriado para verificar em que medida esse princípio jurídico-político tão fundamental deixou de ser observado no Brasil nos anos 90. É que o estudo da “guerra fiscal” parece fornecer bons elementos para a análise do modo como as instituições centrais se envolveram com os conflitos estabelecidos entre as unidades subnacionais e com o respectivo desgaste das suas finanças públicas. Por isso, o que se pretende fazer agora é tentar apresentar um quadro, ainda que sumário, de alguns dos principais atos ou omissões das instituições federais em face do federalismo fiscal brasileiro. Para isso, foram selecionadas quatro circunstâncias: a) o regime jurídico dado ao setor automotivo, pelo governo federal, na década de 90; b) o processo de regulamentação do ICMS; c) a atuação do Congresso Nacional e do CONFAZ; e, por fim, d) as principais decisões da Suprema Corte brasileira em relação à constitucionalidade das normas que fundamentaram a política de incentivos fiscais.

5.1 O Poder Executivo e a regulamentação do regime automotivo

Uma das primeiras medidas legislativas adotadas pelo governo federal, ligada aos incidentes da “guerra fiscal” originara-se da regulação do regime automotivo brasileiro pela Medida Provisória (MP) nº 1.024, de 13 de junho de 1995, criada para vigor até 31 de dezembro de 1999. Depois de passar por muitas reedições, veio a MP nº 1.483, de 5 de junho de 1996, que, em resumo, reduzia em 90% o Imposto de Importação incidente sobre máquinas e equipamentos e em até 50% sobre veículos automotores terrestres. Seis meses depois, essa Medida Provisória foi modificada pela de nº 1.532, de 18 de dezembro de 1996, convertida na Lei 9.440 em 14 de março de 1997, também com vigência definida para até 31 de dezembro de 1999.

Entretanto, aqui começam alguns problemas. É que a MP 1.532 e a respectiva Lei de conversão autorizavam a redução de 100% do Imposto de Importação incidente na importação das máquinas e dos equipamentos; a redução de 90% na importação de matérias-primas e peças e pneumáticos; a redução de até 50% na importação de veículos automotores terrestres de passageiros e de transporte de mercadorias; a isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) incidente na aquisição de máquinas e equipamentos; a redução de 45% do mesmo IPI incidente na aquisição de matérias-primas e peças; a isenção do Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante (AFRMM); a isenção do IOF nas operações de câmbio realizadas para pagamento dos bens importados; a isenção do Imposto sobre a Renda (IR) e

adicionais, calculados com base no lucro da exploração do empreendimento; e crédito presumido do IPI, com o ressarcimento do PIS/PASEP e Cofins, respectivamente, no valor correspondente ao dobro das referidas contribuições que incidiram sobre o faturamento das empresas.

Em que pese a conveniência e a oportunidade dessa política tributária para o setor automotivo, todos esses benefícios se restringiram, em primeiro lugar, às empresas montadoras e fabricantes de produtos automotivos³³, e depois, exclusivamente, às instaladas ou que viessem a se instalar nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste³⁴. Criada exclusivamente para aquelas três regiões – em especial para a Bahia, segundo a imprensa da época – e com a possibilidade de prorrogação até 2.010 de uma parte dos benefícios, essa norma expôs o governo federal a críticas internas dos Estados não contemplados, como também a críticas de outras Nações que se sentiram prejudicadas³⁵.

Essas condições fiscais mais favoráveis alteraram, como se disse, os ânimos de governadores do Sul do Brasil³⁶. Mas não é só isso, de certa maneira, estimularia as políticas estaduais de incentivos fiscais já praticadas nessa região, o que acirraria a “guerra fiscal”.

Tudo indica que a partir desse episódio, o Executivo federal se tornou instrumento de uma guerra fiscal entre regiões. Desta vez, porém, os Estados não tiveram de assumir o custo de atrair investimentos. O preço seria pago, na melhor hipótese, pelos demais Estados. Na pior hipótese, os contribuintes do Nordeste, do Norte e do Centro-Oeste acabariam recebendo pouco ou nenhum benefício, porque os investimentos dificilmente iriam criar empregos diretos ou irradiar negócios em escala compensadora. Os investimentos, além de tudo, poderiam concentrar-se num Estado³⁷.

Em 1999, entretanto, por via da MP nº 1.916, de 29 de julho, convertida na Lei 9.826 em menos de 30 dias (14 de agosto de 1.999), o governo federal voltou a privilegiar novamente essas regiões com novos incentivos para o mesmo setor automotivo. Concedeu aos empreendimentos industriais instalados nas áreas de atuação da Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia (SUDAM) e da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste (SUDENE) e no Centro-Oeste, exceto no Distrito Federal, crédito presumido de 32% do valor do IPI incidente nas saídas, do estabelecimento industrial, de produtos automotivos por elas especificados. Vale lembrar que esse crédito presumido pôde ser aproveitado em relação às saídas ocorridas até 31 de dezembro de 2010.

De acordo com o que veio a público³⁸, essa nova operação pretendeu apoiar especialmente a instalação de uma montadora automobilística no Estado da Bahia. Essa empresa perdera o interesse no Estado do Rio Grande do Sul porque o governador gaúcho retirara-lhe, como foi dito anteriormente, os incentivos prometidos pelo governo estadual anterior. O Estado da Bahia ofereceu-se para recebê-la e o governo federal deu condições para a troca.

5.2 O Poder Executivo e os vetos à “Lei Kandir”

O Senado Federal aprovou, em 11 de setembro de 1996, por 50 votos a 6, o projeto de Lei Complementar do ICMS, de iniciativa do Presidente da República, conhecido depois como “Lei Kandir” (Lei Complementar 87/96). Com essa Lei, isentaram-se do ICMS as exportações de produtos básicos e semielaborados bem como a produção e os investimentos em ativo permanente das empresas.

Contudo, para conseguir sua aprovação no Senado Federal, o Presidente Fernando Henrique Cardoso teve de vetar os artigos 22, 27, 28, 29, 30 e 34 do projeto de seu próprio Ministro.

Esses artigos vetados pelo Presidente regulamentavam a concessão de incentivos, de benefícios fiscais e de isenção do ICMS; regulamentavam o Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz) e criavam uma Comissão de Ética, que teria a atribuição de regular a “guerra fiscal”³⁹. Não obstante, eles provocaram uma séria reação política – especialmente dos governadores do Ceará e de Goiás e de parlamentares das regiões mais pobres do país. Todos eles entendiam que, com a redação original seriam criados obstáculos intransponíveis às políticas estaduais de incentivos fiscais – o que de fato era a vontade do governo federal.

Apesar de o Senado poder aprovar uma emenda supressiva para eliminar esses artigos, o governo federal, temeroso diante da possibilidade de não obter *quorum* suficiente para isso e, desse modo, não conseguir aprovar o que mais lhe interessava – uma maior desoneração das exportações – cedeu às pressões das bancadas regionais e, por mais paradoxal que possa parecer, vetou artigos de um projeto elaborado por ele mesmo⁴⁰. Como se vê, apesar de haver outra solução – uma emenda supressiva – o Palácio do Planalto optou deliberadamente nessa oportunidade pela não regulamentação da “guerra fiscal”.

5.3 O imobilismo dos órgãos legisladores (Confaz e Congresso Nacional)

Antes de analisar o posicionamento do Judiciário federal, seria adequado dizer alguma coisa sobre o Confaz, órgão vinculado ao Ministério da Fazenda, e também fazer uma referência, ainda que breve, ao Congresso Nacional.

Verifica-se que, apesar de o Confaz ter sido instituído para o específico propósito de mediar os conflitos federativos com o ICM(S), o desempenho desse órgão explicitou sua fragilidade para dar conta de tal mister. Impotente para responsabilizar Estados rebeldes às suas normas de estrutura e aos seus convênios, o Confaz, de fato, não conseguiu impedir o agravamento dos conflitos tributários e a guerra dos incentivos levadas à cabo pelos governadores de Estado, o que suscita o questionamento sobre a sua utilidade na federação brasileira.

De outro lado, o Senado Federal, como instituição que representa as unidades federadas estaduais e o Distrito Federal, apresentou, por vezes, na voz

de alguns de seus membros, críticas à “guerra fiscal”, mas não sinalizou intenção firme de aboli-la. Aliás, nas poucas oportunidades que teve para participar da construção de um regime jurídico não conflitivo para o ICMS, como na votação da Lei Kandir, o Senado Federal apoiou exatamente o contrário: a continuidade da política tributária de incentivos a partir do ICMS – é dizer, apoiou a não regulamentação do fenômeno.

Quanto à Câmara de Deputados, esta discute até hoje a reforma tributária. De 1965 a 2003, discutiu um projeto de Emenda Constitucional 175-A (Reforma Tributária). Contudo, apesar de a Comissão Especial constituída para debater tal reforma ter envidado muitos esforços para cumprir o seu papel, não conseguiu convencer o Poder Executivo da conveniência e da oportunidade das mudanças. Em dezembro de 2003, foi editada a Emenda Constitucional 43, chamada de emenda da reforma tributária, mas de formato bem reduzido em relação à proposta contida na PEC 175-A.

Esse fato fornece pelo menos dois cenários para a reflexão. O primeiro sugere o seguinte: o tema não é, nem nunca foi, prioridade do governo federal. Isso ocorre porque o seu relacionamento com a Comissão Especial não se pautava pela convergência de propósitos. Longe disso, a rejeição das oito propostas apresentadas pela Comissão até agosto de 2000, uma após outra, demonstra o quanto era tumultuário o trato dispensado pelo Poder Executivo, em especial pelo Ministério da Fazenda, ao Legislativo.

De outro lado, esse episódio faz saltar aos olhos o desequilíbrio de forças e a ausência de *checks and balances* nas relações entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo no Brasil. Tudo indica que, enquanto o Ministério da Fazenda não se envolver diretamente com o tema, manifestando uma firme vontade política, o Congresso não conseguirá formar maioria suficiente para aprovar os tantos projetos e substitutivos de reforma tributária já apreciados ao longo destes mais de 20 anos de discussão acerca da reforma tributária.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A guerra tributária sob a Carta de 1988 é um assunto que se apresentou à Suprema Corte brasileira já no início dos anos 90, e as discussões têm girado em torno de dois assuntos que poderiam ser assim sinteticamente apresentados: de um lado, tem-se pedido à mais alta Corte de Justiça do Brasil se é legítimo que, em nosso regime constitucional, um estado-membro, autonomamente, institua benefícios fiscais com o ICMS. De outro, ainda que dentro dessa mesma questão, tem-se requerido à Corte Suprema que se pronuncie a respeito da legitimidade constitucional daquelas leis estaduais que delegam competência normativa a governadores, a fim de que estes estabeleçam os incentivos fiscais que julgam convenientes ao desenvolvimento econômico estadual.

Ao apreciar essas controvérsias, e a maioria delas em sede de controle abstrato de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se

considerando os múltiplos aspectos econômicos, políticos e jurídicos envolvidos. Nessa perspectiva, firmou entendimento sobre a “guerra fiscal” e o tipo de federalismo fiscal almejado pela Constituição Federal; sobre a natureza jurídica específica do ICMS no ordenamento jurídico brasileiro; sobre o papel destinado ao CONFAZ e à Lei Complementar nº 24/75 pela Constituição vigente e, ainda, sobre os limites da delegação legislativa externa, isto é, da transferência de poder Legislativo para o Executivo em matéria tributária no âmbito subnacional.

Pode-se deduzir, desde logo, que foram muitos os acórdãos em que a Corte Suprema enfrentou esse assunto ao longo destes anos todos. Não obstante, é preciso sublinhar a importância de alguns deles, especialmente pela força de precedente judicial que adquiriram. A referência destacada vai, então, para os seguinte julgados, em ordem cronológica: ADINMC 310-DF, julgada em 25.10.90; ADINMC 773 – RJ, julgada em 09.09.92; ADINMC 930 – MA, julgada em 25.11.93; ADINMC 902 – SP, julgada em 03.03.94; ADINMC 1296 – PE, julgada em 14.06.95; ADINMC 1247 – PA, julgada em 17.08.95; ADINMC 1179 – SP, julgada em 29.02.96; e a ADINMC; 2157 – BA, julgada em 28.06.2000.

Ao analisar essas decisões, pode-se constatar que, em relação à possibilidade de os Estados regularem autonomamente os benefícios fiscais com o ICMS, o STF, desde logo, apontou que o assunto tem dois aspectos constitucionalmente relevantes que precisam ser lembrados.

O primeiro diz respeito à repercussão negativa que um programa autônomo de renúncia de receitas de ICMS pode ter sobre as finanças dos municípios do mesmo estado-membro. A fim de evitar, então, que uma decisão do estado-membro alcance os interesses dos municípios, dado que eles têm o direito a 25% do que o governo estadual arrecada com ICMS, o Supremo entende ser inconstitucional toda lei estadual que, de algum modo, ataca o art. 158, IV, da Lei Maior.

O Min. Carlos Velloso apontou a irregularidade da referida prática no voto que proferiu à ADIN 773 - 1992, às fls. 209. Segundo ele,

a Constituição, na linha do federalismo cooperativo que adota, estabelece o sistema de repartição das receitas tributárias: parte do ICMS arrecadado pelos Estados-membros pertence aos municípios (C.F., art. 158, IV e § un.). De modo que, ao instituir a imunidade, o Estado estaria reduzindo as receitas municipais. [Assim, no Brasil] a regra é que o estado-membro não pode conceder isenções e imunidades relativamente aos tributos municipais, por isso que o sistema tributário municipal está inscrito na Constituição Federal. Não há como, pois, entender possa o estado-membro legislar em relação aos tributos municipais, quando o sistema tributário municipal está na Constituição Federal. Isso atentaria contra a autonomia municipal, já que o Estado estaria fazendo mais do que lhe concede a Constituição no sistema da competência residual.

Esse entendimento se tornou pacífico na Corte. Não é por outra razão que foi reiterado pelo Min. Celso de Mello, na ADIN 1.247-1995, fls.56, que disse que a competência exonerativa dos estados-membros em relação ao ICMS tem uma expressiva limitação, dada a existência da “vinculação constitucional que afeta, em favor dos Municípios, 25% do produto da arrecadação dessa espécie tributária. Ter-se-ia, sob essa perspectiva, por aparentemente vulnerado, o que dispõe o art. 158, IV, da Constituição”.

O segundo aspecto relevante do regime jurídico do ICMS diz respeito, agora, não mais com os interesses dos Municípios, e sim com os de outros Estados-membros e de toda a nação. Entende a Suprema Corte que, pela redação constitucional da matéria, verifica-se que o ICMS é um tributo de competência estadual, porém com importantes restrições de interesse nacional criadas pela própria Lei Maior. Na verdade, como disse o Min. Sepúlveda Pertence no voto da ADIN 773 – 1993, fls.212, “tem-se a considerar o caráter nacional da disciplina do ICMS, patente no artigo 155, § 2º, XII, “g”, com base no qual já suspendemos meras isenções concedidas por constituições estaduais”.

Esse dispositivo referido pelo Min. Sepúlveda Pertence estabelece que cabe à Lei Complementar regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados. Isso significa, então, conforme o entendimento do Min. Celso de Mello, relator da ADIN 930 – 1993, que “a Carta Política, consoante ressaltado, prescreveu que se inclui no domínio normativo da lei complementar **nacional**, inscrita na esfera de competência da União Federal, a regulação da forma como isenções, incentivos e benefícios fiscais poderão ser concedidos e revogados por deliberação dos Estados-membros”(negrito no original). E o Min. Marco Aurélio, relator da ADIN 902 – SP - 1994, confirmando esse entendimento, menciona, às fls.204 de seu voto, que essa norma não é inovação da Carta de 1988, pois “basta ver o que se contém no artigo 34, § 8º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”.

Desse modo, decorre que, ainda que a Constituição Federal tenha estabelecido competências próprias aos Estados-membros para instituírem seus tributos ou criarem exonerações, quando o tema é o ICMS, o Supremo Tribunal Federal tem enfatizado que a Constituição delineou-lhe, no que concerne ao exercício pelo estado-membro de sua competência exonerativa, um regime jurídico-tributário próprio e estrito, com disciplina normativa **exorbitante** daquela peculiar às demais espécies tributárias. (...) Essa norma constitucional [Art. 155, §2º, XII, g] destinada a estabelecer padrões normativos uniformes em tema de exoneração tributária pertinente ao ICMS, acha-se teleologicamente vinculada a um objetivo de nítido caráter político-jurídico: impedir a **guerra tributária** entre os Estados-membros. (Min. Celso de Mello. ADIN 1247-1995, fls.50-51. (Negrito no original).

O STF entende, com base nisso, que

O legislador constituinte republicano, com o propósito de impedir a “**guerra tributária**” entre os Estados-membros, enunciou postulados e prescreveu diretrizes gerais de caráter subordinante destinados a compor o **estatuto constitucional do ICMS**. Os princípios fundamentais consagrados pela Constituição da República, **em tema de ICMS**, (a) realçam o perfil nacional de que se reveste esse tributo, (b) legitimam a instituição, pelo poder central, de regramento normativo unitário destinado a disciplinar, de modo uniforme, essa espécie tributária, **notadamente em face de seu caráter não-cumulativo**, (c) justificam a edição de lei complementar vocacionada a regular o modo e a forma como os Estados-membros e o Distrito Federal, **sempre após deliberação conjunta**, poderão, por ato próprio, conceder e/ou revogar isenções, incentivos e benefícios fiscais. Desse modo, e considerando o propósito teleológico visado pelo legislador constituinte com a norma consubstanciada no art. 155, § 2º, XII, g, da Carta Federal, parece questionável a possibilidade jurídica de o estado-membro, sem prévia deliberação aquiescente constante de convênio interestadual, conceder, **em tema de ICMS**, vantagens de caráter tributário (isenção, incentivos ou benefícios fiscais). (Min. Celso de Mello, voto proferido na ADIN 930 – 1993, fls. 85. (Negrito no original).

Vê-se, desde logo, a partir desses julgamentos, que, no entender do STF, “é imprescindível o convênio interestadual como veículo legitimador da concessão de isenção e benefícios fiscais em tema de ICMS e [que ele] reconhece a recepção pelo vigente ordenamento constitucional da Lei Complementar n. 24/75.” (Min. Celso de Mello. ADIN 1247-1995, fls. 51).

Assim o relatório do Min. Moreira Alves, na ADIN 2.157-BA – 2000, fls. 244-245,

Em precedentes desta Corte (...) tem ela entendido que é relevante a fundamentação jurídica da arguição de inconstitucionalidade da concessão de benefícios tributários relativos ao ICMS por lei estadual sem a observância da deliberação dos Estados e Municípios que decorre do disposto na alínea “g” do inciso XII do § 2º do artigo 155 da Constituição (...) na forma do disposto por lei complementar, que concretamente, é a Lei Complementar n. 24/75, que foi recebida por esse dispositivo constitucional e cuja vigência, após a promulgação da atual Constituição, é expressamente reconhecida pelo artigo 34, § 8º, do ADCT.

A interpretação judicial do regime do ICMS está assente na Suprema Corte brasileira. Trata-se, como se pode ver, de um tributo que não poderia ter sido utilizado autonomamente pelos Estados-membros para implantar programas de incentivos ao desenvolvimento econômico. Decisões isoladas, deste ou daquele estado-membro, revestiram-se de inconstitucionalidade porque violaram, de um lado, os interesses financeiros dos municípios e, de outro, porque agrediram os fundamentos jurídicos nacionais desse tributo.

Em que pese a orientação do Supremo nesse tópico, há ainda outro aspecto do tema que deve ser entendido. É que alguns Estados, mesmo depois de terem celebrado o acordo interestadual para estipular incentivos, transferiram o poder de legislar nessa matéria ao Poder Executivo. Isso deu margem a outras tantas controvérsias nos Tribunais. Poderia um estado-membro delegar autonomia legislativa ao Poder Executivo a fim de que toda a política de incentivos fiscais seja desenvolvida a partir de seu juízo de conveniência?

Se este assunto for bem compreendido, pode-se perceber que não se trata, unicamente, de um tema tributário, mas de aspectos relativos aos próprios alicerces do direito público democrático e especialmente do “devido processo legislativo”.

É justamente por colocar a questão nesses termos que merece atenção especial o relatório do Min. Celso de Mello, proferido na ADIN 1296-PE-1995. Não só pela força de precedente que adquiriu, haja vista que o acórdão foi aprovado por unanimidade de votos, mas também pelo modo como abordou os fundamentos políticos da matéria. Diz ele que

Não basta, portanto, que o Poder Público tenha promulgado um ato legislativo para que se legitime, desde logo, a atividade estatal. Impõe-se, **antes de mais nada**, que o legislador, abstando-se de agir **ultra vires**, **não haja excedido** os limites que condicionam, no plano constitucional, o exercício de sua **indisponível** prerrogativa de fazer instaurar, em caráter **inaugural**, a ordem jurídico-normativa. Isso significa dizer que o legislador **não pode abdicar de sua** competência institucional para permitir que **outros** órgãos do Estado — como o **Poder Executivo** — produzam a norma que, por efeito de expressa reserva constitucional, só pode derivar de fonte parlamentar. (fls.34)

[...]

Vê-se, portanto, que o legislador pernambucano, olvidando a importância da **necessidade** de submissão constitucional do tratamento jurídico de certas matérias ao **exclusivo** domínio da lei formal, **parece ter agido de modo abusivo, concretizando**, com o seu comportamento institucional, uma possível transgressão ao princípio nuclear da separação dos poderes.

Dentro dessa perspectiva, parece assumir conotação de **ilegitimidade constitucional** a norma que, não obstante veiculada em sede legal (art. 1o. e parágrafo único da Lei estadual n. 11.205/95), opera indistintamente delegação legislativa externa, outorgando ao Executivo o exercício de um encargo jurídico absolutamente intransferível pelo Parlamento a qualquer outra instância de poder.

Os preceitos legais em questão — extravasando os limites, exorbitando das hipóteses e **inobservando** o procedimento e a forma previstos no art. 68 da Carta Política — deferiram ao Executivo estadual uma competência normativa primária que se revela ab-

solitamente estranha às atribuições desse Poder, facultando-lhe a prática, **mediante ato próprio**, da excepcional prerrogativa de inovar, **com a nota da inicialidade**, a própria ordem jurídica, dispondo, sem maiores restrições de caráter normativo, sobre questões postas expressamente pelo legislador constituinte sob a égide do postulado fundamental da reserva de lei em sentido formal.

A nova Constituição da República revelou-se extremamente fiel ao postulado da separação de poderes, disciplinando, **mediante regime de direito estrito**, a possibilidade, **sempre excepcional**, de o Parlamento proceder à delegação legislativa em favor do Poder Executivo. A excepcionalidade da delegação legislativa – que traduz situação jurídica derogatória do postulado da divisão funcional do poder (CF, art. 2º) – acha-se claramente enfatizada pela norma inscrita no art. 25, I, do ADCT/88, que extinguiu a eficácia de **todos os dispositivos legais** que houvessem atribuído ou delegado a órgão do Poder Executivo competência para, em caráter primário, exercer prerrogativas inerentes à atribuição parlamentar de legislar. Mais do que isso, impende destacar – tal como faz ROQUE ANTONIO CARRAZZA (Curso de Direito Constitucional Tributário, p. 198, item n. 9, 5ª ed., 1993, Malheiros) – que o princípio da reserva de lei “foi robustecido, na nova Constituição, por seu art. 49, V, que atribuiu ao Congresso Nacional (e, por extensão, à Assembléia Legislativa, à Câmara Municipal e à Câmara Legislativa) competência para **sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar...**”. (fls. 35-37). (Negrito no original)

Essa mesma linha de entendimento foi aprovada, novamente por unanimidade de votos, na ADIN 1247-PA-1995, em que foi dito que

o que assume inegável relevo jurídico-constitucional, no caso, é a circunstância, **sempre enfatizada pelo magistério doutrinário**, de que o Estado **não pode** – especialmente quando a norma legal veicula, de modo incompatível com o **iter** procedimental de sua concretização, uma indisfarçável delegação legislativa – autorizar o Executivo a “incluir no sistema positivo qualquer regra geradora de direito ou obrigação novos” (CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, “Ato Administrativo e Direitos dos Administrados”, p. 95, 1981, RT). (Min. Celso de Mello, fls. 38). (Negrito no original)

Essas decisões fazem ver, agora, o modo como o STF teve de lidar com o tema de delegação legislativa para o Executivo cuidar da política tributária estadual. É saliente o julgamento que a Suprema Corte faz em relação a isso. A delegação legislativa era assunto excepcional por ser uma derrogação da tripartição de poderes, fundamento político do Estado de Direito no Brasil. Desse modo, só poderia ocorrer nos casos expressamente autorizados pela Constituição Federal, quais sejam, os inscritos no art. 68 de seu texto permanente. Afora as situações aí previstas, era inconstitucional qualquer lei estadual delegante de poder legislativo ao governador de Estado.

Essas orientações da Corte Suprema já deveriam ser suficientes para evidenciar a gravidade jurídica desses meios adotados pelos estados-membros para estabelecerem incentivos fiscais no contexto do que acabou caracterizando a “guerra fiscal”. Contudo, da mesma forma que as decisões administrativas do CONFAZ foram desrespeitadas, governadores e prefeitos ainda têm feito vista grossa à inclinação da mais alta corte de justiça do Brasil e continuam estabelecendo incentivos por via dos fundos financeiros, o que, se de um lado regulariza, em parte, a oferta dos incentivos, de outro continua agravando a crise do federalismo.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. **Os barões da federação: os governadores e a re-democratização brasileira**. São Paulo: Hucitec, USP, 1998.

AFFONSO, Rui de Britto Alvares; SILVA, Pedro Luiz (Orgs.). **Reforma Tributária e Federação**. São Paulo: Fundap: EdUnesp, 1995.

AFONSO, José R. Rodrigues et alii. Tributação no Brasil: Características marcantes e diretrizes para a reforma. **Revista do BNDDES**, n. 9, 1998. <<http://www.bndes.gov.br>>.

AVANÇA BRASIL: 2000-2003, Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão. **ABrasil**. Disponível em: <<http://www.abrasil.gov.br>>.

BANCO MUNDIAL. O Estado num mundo em transformação. **Relatório sobre o desenvolvimento mundial**. Indicadores selecionados do desenvolvimento mundial. Washington. EUA, 1997.

BATISTA Júnior, Paulo Nogueira. Estado e empresários: aspectos da questão tributária. **Novos Estudos**, CEBRAP. n. 41, mar, 1995.

BAUMANN, Renato (Org). **Brasil: uma década em transição**. Rio de Janeiro: Campus: CEPAL, 1999.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Expositor: Ministro Luiz Carlos Bresser Pereira. **Exposição no Senado sobre a Reforma da Administração Pública**. Brasília: MARE, 1997.

_____. Ministério da Fazenda. Secretaria de Economia e Finanças. Reflexos da Reforma tributária de 1966 nas Finanças Estaduais. **Revista de Finanças Públicas**. n. 336, out./dez. 1978.

_____. Ministério da Fazenda. Secretaria de Economia e Finanças. Reflexos da Reforma tributária de 1966 nas Finanças Municipais. **Revista de Finanças Públicas**. n. 337, jan./mar. 1979.

_____. Ministério da Fazenda. Secretaria de Economia e Finanças. Recursos próprios e recursos efetivamente disponíveis da União, Estados e Municípios: 1957 a 1982. **Revista de Finanças Públicas**. n. 358, abr./jun. 1984a.

_____. Senado Federal. Parecer proferido na sessão conjunta de 23 de novembro de 1983, sobre as Propostas de Emenda à Constituição, n. 22, 23, 38 e 40, de 1983. Relator: Senador Passos Porto. **Revista de Finanças Públicas**, n.356, out./dez. 1983.

_____. Senado Federal. **Simpósio sobre um novo sistema tributário**. Brasília, 1984.

CAVALCANTI, Carlos Eduardo G; PRADO, Sérgio. **Aspectos da guerra fiscal no Brasil**. Brasília: IPEA; São Paulo: FUNDAP, 1998.

DINIZ, Eli. **Crise, reforma do Estado e Governabilidade: Brasil, 1985-95**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997.

DINIZA, Eli; AZEVEDO, Sérgio de. (Orgs.) **Reforma do Estado e Democracia no Brasil**. Brasília: UnB: ENAP, 1997.

FARRELL, Chris. Cresce a guerra fiscal nos Estados Unidos. **O Estado de São Paulo**. Caderno Economia. 4 Jan., 1998.

FOLHA DE SÃO PAULO. Endividamento em novembro fica em 47,7% Editorial. p, 1-6. 22/01/2000.

GIAMBIAGI, Fábio. ALÉM, Ana Cláudia. **Finanças Públicas**. Teoria e Prática no Brasil. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

GIAMBIAGI, Fábio. A condição de equilíbrio da trajetória do endividamento público: algumas simulações para o caso brasileiro. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro. n. 9, 1998.

IANNI, Octávio. **Estado e Planejamento econômico no Brasil**. 6. ed: Rio de Janeiro, 1996.

LAVINAS, Lena; Magina, Manoel A. Federalismo e desenvolvimento regional: debates da revisão constitucional. Texto apresentado no Fórum Brasil 1995 do IPEA, 1994. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br>>.

LONGO, Carlos Alberto. **A disputa pela receita tributária no Brasil**. IPE-USP, São Paulo, 1984.

LOPES Filho, Osiris. Imposto bom é imposto velho. **Novos Estudos**. n.42, 1995.

LOPREATO, Francisco Luiz. C. Um novo caminho do federalismo no Brasil. **Economia e Sociedade**. n. 9, 1997.

MALAN, Pedro. **Discurso do ministro Pedro Malan durante a abertura da apresentação do Programa de Estabilidade Fiscal no Senado Federal**. <http://www.fazenda.gov.br>, 1998a

McLURE Jr., Charles E. O problema da atribuição de impostos: Considerações conceituais e de caráter administrativo para se alcançar a autonomia das unidades subnacionais. Rio de Janeiro: BNDES, 1994. **Banco da Federação**. Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br>>.

- MELO, Marcus André. O jogo das regras: a política da reforma constitucional de 1993/96. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. nº 33, ano 12, 1997.
- MERCADANTE, Aloísio (Org). **O Brasil Pós-Real: a política econômica em debate**. Campinas, SP: Unicamp. IE, 1998.
- MORAES, Bernardo Ribeiro de. A Constituição de 1967 e a infra-estrutura tributária. **Revista de Direito Público**. Ano I, v.2, out-dez, 1967.
- NUNES, J. Castro. Questões constitucionais: declaração de direitos e bitributação. **Revista Forense**, v. 41, 1942.
- OLIVEIRA, Eliézer Rizzo de (Org). **A revisão da República**. Seminários “A Unicamp e a Revisão Constitucional”. Campinas, SP: Unicamp, 1994.
- OLIVEIRA, Fabrício Augusto. **Autoritarismo e Crise Fiscal no Brasil (1964-1984)**. São Paulo: Hucitec, 1995.
- OLIVEIRA, Francisco Eduardo Barreto de; IWAKAMI BELTRÃO, Kaizô; ALBUQUERQUE DAVID, Antonio Carlos de. **A Dívida da União com a Previdência Social: uma perspectiva histórica**. Rio de Janeiro: IPEA, Texto para discussão nº 638, 1999. <<http://www.ipea.gov.br>>.
- PEPPE, Atílio Machado et al. Reflexões sobre a Federação Brasileira. **Revista de Administração Pública**. v. 31, n. 4, 1997.
- PIANCASTELLI, Marcelo; Perobelli, Fernando. **ICMS: evolução recente e guerra fiscal**. Rio de Janeiro: IPEA, Texto para discussão n. 402, 1996.
- PIRES, Julio Manuel. Distribuição da receita tributária entre os níveis de governo: perspectiva histórica e debate atual. **Revista de Administração Pública**. v. 30, n. 5, 1996.
- PRADO, Sérgio (Cord). **Guerra Fiscal no Brasil: três estudos de caso: Minas Gerais, Rio de Janeiro e Paraná**. São Paulo: Fundap, 1999. (Estudos de Economia do Setor Público; 5)
- PRADO, Sérgio. Duas décadas de privatização: um balanço crítico. **Revista Economia e Sociedade**. v.10, jun, 1998.
- REZENDE, Fernando; AFONSO, José Roberto R.. **A reforma fiscal no processo de elaboração da nova Constituição**. Rio de Janeiro: IPEA, 1987.
- RODRIGUEZ-POSE, Andrés; Arbix, Glauco. Estratégias do desperdício. A guerra fiscal e as incertezas do desenvolvimento. **Revista Novos Estudos**, Cebrap, n.54, jul, p.55-71, 1999.
- RODRIGUEZ, Maria Lelia O. F.; Zackseski, Nelson Fernando. **Visão Histórica da Distribuição Regional da Receita e despesa da Administração Pública no Brasil**. 1970 -1995. IPEA, Brasília, 1999. <<http://www.ipea.gov.br>>.
- SANT’ANNA, Lourival. Inativos desequilibram Estados e Municípios. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 7 nov, 1999.

SANTOS, Maria Helena de Castro. Governabilidade, Governança e Democracia: criação de capacidade governativa e relações Executivo-Legislativo no Brasil pós-constituente. **Dados**. Rio de Janeiro. V. 40, n.3, 1997.

SERRA, José; AFONSO, José R. Rodrigues. Federalismo Fiscal à brasileira: algumas reflexões. **Revista do BNDDES**. v. 6. n.12, p.3-30, dez, 1999. <<http://www.bndes.gov.br>>.

SIMONSEN, Mario Henrique. **Reforma Tributária**. Instituto de Pesquisas e Estudos Sociais (IPES), São Paulo. s/d.

SOUZA, Celina. **Federalismo e intermediação de interesses regionais nas políticas públicas brasileiras**. Trabalho apresentado ao Seminário Internacional sobre Reestruturação e Reforma do Estado: Brasil e América Latina no processo de globalização. São Paulo, 18-21 de maio. Banco da Federação. BNDDES, 1998. <<http://www.bndes.gov.br>>.

STRAPAZZON, Carlos Luiz; SILVA, Rogerio Luiz Nery da. Orçamento brasileiro da seguridade social e a proteção de direitos fundamentais. Conpedi, UFU: Fundação Boiteux, Florianópolis, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. Substituição tributária e cobrança antecipada do ICMS. In: **ICMS: Problemas jurídicos**. São Paulo: Dialética, 1996.

VARSANO, Ricardo. **A evolução do sistema tributário brasileiro ao longo do século: anotações e reflexões para futuras reformas**. Rio de Janeiro: IPEA, Texto para discussão n. 405, 1996.

_____. **A tributação do Comércio interestadual: ICMS atual versus ICMS partilhado**. Banco da Federação. BNDDES, 1995. Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br>>.

VASCONCELOS, José Romeu de (Cord); CASTRO Demian. **Paraná: Economia, Finanças Públicas e Investimentos nos Anos 90**. Brasília: IPEA, Texto para discussão n. 624, 1999. <<http://www.ipea.gov.br>>.

VELASCO Jr. Licínio. **A economia política das políticas públicas: as privatizações e a reforma do Estado**. BNDDES. mai, 1997. <<http://www.bndes.gov.br>>.

VELLOSO, João Paulo dos Reis (Cord). **Combate à inflação e reforma fiscal**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1992.

VELLOSO, Raul. **Balanco da situação das contas públicas no pós-real**. Trabalho apresentado ao fórum nacional –INAE/BNDDES de maio, 1998. Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br>>.

VIOL, Andréa Lengruher. **O fenômeno da competição tributária: aspectos teóricos e uma análise do caso brasileiro**. IV Prêmio de Monografia do Tesouro Nacional, 1999.

- 1 Neste sentido, constitui uma espécie de aprofundamento da dissertação de mestrado defendida por Carlos Strapazzon, sobre o mesmo tema, no PPGD/UFSC, em 2001.
- 2 É exemplar nesse ponto o Programa Nacional de Desestatização, criado pela Lei 8.031, de 12/04/90, e depois reiterado pela Lei 9.491, de 09/09/97. Nele consta, no art. 1º, os seguintes objetivos fundamentais: I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; II - contribuir para a redução da dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do setor público; III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; IV - contribuir para modernização do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia; V - permitir que a administração pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais; VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.
- 3 Ideia presente, ainda que com menos ênfase, no programa "crescer com firmeza", item "Criar um ambiente macroeconômico favorável ao crescimento sustentado" do programa AVANÇA BRASIL 2000-2003", onde se lê: "a reforma econômica, com o fim dos monopólios estatais, abriu espaço para novos investimentos e para uma maior eficiência na infra-estrutura básica do país, combinando a presença do estado com forte participação do setor privado, nacional e estrangeiro. Para a conclusão desse processo, existe a determinação de acelerar o programa nacional de desestatização, responsável pela privatização e concessão de serviços públicos à iniciativa privada. O novo modelo beneficia duplamente o Brasil. Primeiro, os custos dos serviços passam a assemelhar-se aos do mercado internacional, pela introdução da concorrência e o fortalecimento gerencial e financeiro das empresas. Segundo, eliminam-se as restrições ao investimento, decorrentes de um estado cronicamente endividado. (p.78-9).
- 4 Por causa dessa omissão da União na coordenação do novo modelo econômico, alguns analistas denominaram o programa liberalizante de programa de "abertura pela abertura". cf. BATISTA, Paulo Nogueira. O Mercosul e os interesses do Brasil. *Revista de Estudos Avançados*. n. 8. v. 21.1994a.
- 5 De acordo com a já mencionada Resolução n. 22 do Senado Federal, art. 2º, que entrou em vigor em 1º de junho de 1989, a alíquota do ICMS, nas operações de exportação para o Exterior, até 1996 era de 13% (treze por cento).
- 6 O art. 3º, inciso II, da Lei Kandir dispôs que o ICMS não incide sobre operações e prestações que destinem ao Exterior mercadorias, inclusive produtos primários e produtos industrializados semielaborados, ou serviços. Seu art. 32, inciso I, reitera a mesma norma ao instituir que a partir da data de publicação da referida Lei Complementar 87/96 o ICMS não incidirá sobre operações que destinem ao Exterior mercadorias, inclusive produtos primários e produtos industrializados semielaborados, bem como sobre prestações de serviços para o Exterior.
- 7 Esse Fundo foi regulamentado pela Lei Complementar n. 61 de 26 de dezembro de 1989.
- 8 De acordo com a Resolução n. 22, de 1º de junho de 1989, em seu art. 1º, a alíquota do ICMS, nas operações e prestações interestaduais, será de 12% (doze por cento). Em seu parágrafo único, a Resolução define que, nas operações e prestações realizadas nas Regiões Sul e Sudeste, destinadas às Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e ao Estado do Espírito Santo, as alíquotas serão, a partir de 1990, de 7% (sete por cento). Além desta, há a Resolução n. 95, de 1996, que define em 4% a alíquota do ICMS na prestação de transporte aéreo interestadual de passageiro, carga e mala postal.
- 9 BANCO MUNDIAL. O Estado num mundo em transformação. Relatório sobre o desenvolvimento mundial. Indicadores selecionados do desenvolvimento mundial. Washington. EUA, 1997. p. 135; McLURE Jr., Charles E. **O problema da atribuição de impostos**: Considerações conceituais e de caráter administrativo para se alcançar a autonomia das unidades subnacionais. Rio de Janeiro: BNDES, 1994. Banco da Federação.
- 10 Para a outorga de benefícios fiscais a referida Lei do CONFAZ estabelece o seguinte:
Art. 2º - Os convênios [entre as unidades federadas] (...) 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.
§ 1º - As reuniões se realizarão com a presença de representantes da maioria das Unidades da Federação.
§ 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. [Não há destaques no original]
- 11 Ver Constituição Federal Art. 3º, I e III cumulado com Art. 23 § único.
- 12 FARRELL, Chris. Cresce a guerra fiscal nos Estados Unidos. **O Estado de São Paulo**. Caderno Economia. 4 Jan. 1998.

- 13 GONÇALVES CAVALCANTI, Carlos Eduardo. Política de incentivos fiscais no Estado do Rio de Janeiro. In: PRADO, Sérgio (Cord). **Guerra Fiscal no Brasil: três estudos de caso: Minas Gerais, Rio de Janeiro e Paraná.** São Paulo: Fundap, 1999. (Estudos de Economia do Setor Público; 5). p. 77-96
- 14 De acordo com o autor nesse período convênios celebrados no âmbito do CONFAZ restringiam essa prorrogação a 180 dias. Id. *ibid.*, p. 89.
- 15 GONÇALVES CAVALCANTI, op. cit., p. 93.
- 16 Essa foi uma das mais comentadas decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito da guerra tributária. Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1.179, com pedido de medida cautelar, originária de São Paulo, publicada no Diário de Justiça em 12-04-96, às p.11.071, Ementário vol. 1.823-01, p. 69, julgada pelo Tribunal Pleno em 29/02/1996 com Ementa transcrita no item que trata das decisões da Corte Suprema sobre a “guerra fiscal”, abaixo.
- 17 cf. OLIVEIRA, op. cit., p. 22.
- 18 *Ibid.*, p. 24-30.
- 19 Id. *ibid.*, p. 35-36 [não há negritos no original]
- 20 A regulamentação jurídica dessas mudanças foram feitas pela Lei 12.228, de 04/07/1996, pelos Decretos 38.106, de 02/07/1996 e Resolução Conjunta FIND/Pró-Indústria nº 5, de 04/07/1997; Decreto 38.331/96, Decreto 38.332/96 e Decreto nº 38.343, de 14/10/1996, cf. id. *ibid.*, p. 40-45.
- 21 Id. *ibid.*, p. 43.
- 22 Os valores são os seguintes: R\$112,16 milhões, originários do FIND/Proim para capital fixo e de giro; R\$16 milhões do FUNDIEST/PROE-indústria, para capital fixo, com prazo de carência de 120 meses, isenção de juros e correção monetária; concessão de financiamento para capital de giro por dez anos, após a entrada em operação da empresa, correspondente a um percentual de 9,1% do faturamento mensal de veículos. Id. *ibid.*, p. 47-49.
- 23 Dentre as quais vale citar a responsabilidade pela construção de acessos viários na BR 040 para a área da fábrica, edificar o pátio de estacionamento da fábrica, num total de 61,8 mil m² pavimentados, montar uma pista de testes, garantir a cessão de uso gratuito dos escritórios da empresa Belgo-Mineira/Siderúrgica Mendes Júnior, aparelhar o aeroporto de Juiz de Fora, garantir constante fornecimento de água, energia elétrica, gasoduto, cabos de fibra ótica para comunicação de voz e transmissão de dados, assegurar a prestação de serviços portuários bem como o acesso a áreas especiais nos portos do Rio de Janeiro e Sepetiba.
- 24 OLIVEIRA, F.A.; DUARTE, F.C.F op. cit. In: PRADO, Sérgio (Cord). **Guerra fiscal...1999.** p. 50.
- 25 Cf. Folha de São Paulo, **Em 11 anos, participação na arrecadação nacional de ICMS passou de 43,37% para 37,40%.** 20 fev. 2000.
- 26 Em sete anos, 474 empresas metalúrgicas fecharam suas portas ou saíram da cidade de São Paulo para montar fábricas no interior paulista e em outros Estados. O movimento deixou no mínimo 25 mil pessoas desempregadas entre junho de 1991 e junho de 1998. (...) Com a evasão - e ainda a reestruturação nas empresas que ficaram -, a indústria, que empregava 32,6% da força de trabalho paulistana em 1993, passou a empregar em 1996 apenas 21%. Hoje, a relação deve ser ainda mais desfavorável para o operário fabril. Conforme o estudo, a guerra fiscal foi o fator de maior motivação para as indústrias (...) Mas a guerra fiscal não é o único motivo. Segundo a pesquisa, o salário médio dos metalúrgicos, de R\$ 1,2 mil na capital, é de R\$ 840 no Interior. Na comparação com outros Estados, a vantagem da Grande São Paulo fica ainda mais evidente. A Black & Decker, que trocou Santo André por Uberaba (MG), divulgou que hoje tem folha de pagamentos equivalente à metade do que era no ABC. Cf. O Estado de São Paulo, **Em sete anos, São Paulo perdeu 474 empresas metalúrgicas.** 27 jun. 1998.
- 27 Id. *ibid.*
- 28 Cf. Folha de São Paulo, **São Paulo perdeu R\$ 1,9 bi de ICMS em 94,** 26 jul. 1995.
- 29 Cf. O Estado de S. Paulo, **Covas assina lei e São Paulo entra na guerra fiscal.** 05 março 1997
- 30 Cf. O Estado de São Paulo, **São Paulo declara guerra.** 16 julho 1997.
- 31 Os empreendimentos instalados no Estado obtêm recursos do tesouro estadual e de créditos suplementares, a juros de 5% ao ano, carência de até dez anos e prazo máximo de uso do capital de 12 anos.
- 32 Cf. O Estado de São Paulo. **Da guerra à pilhagem fiscal.** 7 agosto 1998; Folha de São Paulo, **Empresa ganha R\$ 48 mi.,** 20 fevereiro 2000.
- 33 (a) veículos automotores terrestres de passageiros e de uso misto de duas rodas ou mais e jipes; (b) caminhonetes, furgões, *pick-ups* e veículos automotores, de quatro rodas ou mais, para transporte de mercadorias de capacidade máxima de carga não superior a quatro toneladas; (c) veículos automotores terrestres de transporte de mercadorias de capacidade de carga igual ou superior a quatro toneladas, veículos terrestres para transporte

- de dez pessoas ou mais e caminhões-tratores; (d) tratores agrícolas e colheitadeiras; (e) tratores, máquinas rodoviárias e de escavação e empilhadeiras; (f) carroçarias para veículos automotores em geral; (g) reboques e semi-reboques utilizados para o transporte de mercadorias; (h) partes, peças, componentes, conjuntos e subconjuntos – acabados e semi-acabados – e pneumáticos, destinados aos produtos acima relacionados.
- 34 Cf. § 1º do Art. 1º, MP 1.532/96 e da Lei 9.440/97
- 35 Depois de atender as bancadas do Nordeste, do Norte e do Centro-Oeste, criando condições excepcionais para atrair montadoras de automóveis, o governo federal tem de se entender com os parceiros do Mercosul. Por enquanto, a pressão vem da Argentina. Até agora, só uma indústria, a coreana Asia, confirmou a intenção de se instalar na Bahia, aproveitando os novos benefícios fiscais. Mas o governo do presidente Carlos Menem já se manifesta, enumerando possíveis cobranças. Tudo isso era previsível, desde que o presidente Fernando Henrique Cardoso, pressionado por aquelas bancadas, aceitou criar uma política automotiva paralela, para satisfazer a aliados baianos. Com isso, o governo federal não só se envolveu na guerra fiscal interna, patrocinando uma parte do País, mas ainda se expôs a dificuldades no Mercosul. (...). Uma das saídas mencionadas, hipoteticamente, pelo ministro das Relações Exteriores da Argentina, Guido di Tella: não considerar como originários do Mercosul os veículos produzidos nas áreas favorecidas por incentivos excepcionais. (...) Se os veículos produzidos na Bahia, por exemplo, não puderem ser vendidos nos demais países do Mercosul, em condições normais, para onde serão exportados? Nesse caso, o mercado interno será o destino natural desses produtos. Isso tornará mais desiguais as condições das fábricas instaladas em diferentes regiões. (...) A reação argentina é exatamente o que se espera. Diante de uma novidade tão discutível, tratará, com razão ou sem ela, de buscar o máximo de vantagens. (...) Segundo o ministro Di Tella, o presidente Fernando Henrique já mencionou a ampliação da cota como uma das compensações possíveis. Mas o governo argentino, como indicou o ministro da Indústria, do Comércio e da Mineração, Alietto Guadagni, prefere estudar as reivindicações das montadoras em operação na Argentina, antes de apresentar quaisquer exigências. (...). O Estado de São Paulo. **A cobrança argentina**, 27 dez 1996. Em março de 1997, o mesmo jornal divulgou o seguinte:
- A Província de Buenos Aires, a principal da Argentina, anunciou ontem isenção de impostos por sete anos às empresas que se instalarem na região. A medida está sendo tomada como resposta aos subsídios brasileiros às montadoras no Nordeste. Por causa desses estímulos brasileiros, a Argentina perdeu, em um mês, mais de US\$ 200 milhões em investimentos. O Estado de São Paulo. **A Argentina inicia guerra fiscal contra o país**. 07 mar 1997.
- 36 “É um projeto exagerado”, reagiu o então governador de Minas Gerais, Eduardo Azeredo. «Esta proposta prejudica a economia e divide a política», criticou o à época governador do Rio Grande do Sul, Antônio Brito. Também o secretário de Ciência e Tecnologia de São Paulo, Êmerson Kapaz, classificou a medida de «exagerada e infeliz». Para ele, o maior risco é ela servir para acirrar ainda mais a guerra fiscal. «A partir de agora as empresas vão usar isso para tentar negociar mais benefícios com o restante do País», disse. Azeredo já conversou com o governador do Paraná, Jaime Lerner, para pressionar as bancadas no Congresso contra a alteração. Brito está confiante na possibilidade de mudanças. «O Congresso é uma casa com corredores longos», comentou. (...). (in: O Estado de São Paulo. **Governadores do Sul e Sudeste se articulam**, 25 jul. 1996.)
- 37 O Estado de São Paulo, **Uma MP feita sob medida**, 21 dez. 1996.
- 38 Comédia de erros seria um nome impróprio para o caso Ford. Não tem graça nenhuma o fechamento de postos de trabalho, especialmente quando resulta de um projeto bancado com dinheiro público. Mas a história, até este ponto, foi claramente uma sequência de erros, alguns até grotescos. O mais grave foi tomar uma questão de política econômica, no sentido mais amplo, como problema de desenvolvimento regional – ou, pior ainda, como um problema de concorrência entre regiões. (...) A medida provisória editada pelo governo para definir os benefícios à empresa norte-americana ficou nos limites permitidos pela lei. Estabeleceu os incentivos e fixa prazo para a habilitação de interessados, sem referência à manutenção de empregos na fábrica paulista da montadora. Proibiu, no entanto, a transferência de fábrica já instalada - uma exigência inócua. A frustração dos sindicalistas era previsível: eles cobraram do governo o que ele não podia dar, enquanto o governo deu à Ford o que não devia. (...) Para começar, o governo federal nunca deveria ter entrado numa disputa marcada, sem disfarce, como guerra fiscal entre Estados. Se pudesse, deveria ter impedido essa guerra. Não só deixou de fazê-lo, como ainda acabou transferindo o erro para um nível mais alto. Em segundo lugar, desenvolvimento regional pode ser tratado, politicamente, de duas maneiras: 1) como estratégia do governo central, baseada em planejamento amplo (...); 2) como política de Estados ou de grupos de Estados – neste caso, com recursos próprios e sem guerra fiscal. Agir de outra forma é correr o risco de queimar dinheiro e de violar princípios simples de equidade – com o contribuinte forçado a bancar

o engano administrativo. A ação do governo federal, no caso Ford, é incompatível com qualquer padrão de boa administração financeira ou de planejamento econômico. Brasília há muito tempo deixou de ter uma política de desenvolvimento regional. Os incentivos criados como parte do regime automotivo são mera caricatura de uma política desse tipo. O episódio da Ford é um remendo numa caricatura. A pressão política pode ter sido a causa imediata do erro, mas pressões desse tipo têm mais sucesso quando falta uma política geral e o governo carece de um esquema de prioridades. A questão era basicamente simples: a Ford tem real interesse em ampliar seu investimento no Brasil? A resposta é aparentemente positiva. A disputa pela nova fábrica surgiu quando o projeto se tornou conhecido. Se o projeto, sem os benefícios gaúchos, deixou de ter sentido para a empresa, por que o governo federal deveria meter-se no assunto? Se ainda é interessante, por que financiar uma indústria capaz de emitir nos Estados Unidos, como se noticiou recentemente, um enorme volume de bônus? Incentivos fiscais talvez sejam o ponto menos notável nesse episódio de casuísmo. Agora, o investimento da Ford será financiado, em parte, por volumoso empréstimo do BNDES. No entanto, falta crédito a custo razoável para a maioria das empresas brasileiras – e esse é um dos problemas principais de quem luta para exportar. O BID acaba de conceder ao Brasil novo empréstimo para repasse a empresas pequenas e médias. Para que mais essa dívida, se o BNDES tem dinheiro de sobra para ajudar um dos grupos mais financiados do mundo? Falta crédito para pequenas e médias, mas o BNDES vai financiar quem menos precisa. (O Estado de São Paulo. **Caso Ford mostra falta de rumo**. 02 ago 1999.).

39 cf. O Estado de São Paulo. Projeto que muda ICMS provoca rebelião. 09 set. 96.

40 cf. O Estado de São Paulo. Aprovada isenção de ICMS nas exportações. 12 set. 96

THE POSITIVE DIMENSION OF THE “RESERVE OF POSSIBLE”: CRITICAL REVISION OF THE TAX WAR POLICY AND ITS REPERCUSSIONS FOR THE PROTECTION AND SATISFACTION OF SOCIAL RIGHTS

ABSTRACT

The article analyses the rationality of tax policies practiced under a liberal and non-directive political regime. The results indicate the manner in which State tax revenues were oriented, in this tax policy management model, for purposes objectively distinct from the achievement of public policies that one socially inclusive and protective of expectations generated by fundamental, social and instalment evasion rights. The paper points out some important causes of this phenomenon. The current analysis, set in the 1990's Tax War scenario, provides an important description of the dysfunctional state that the Brazilian tax legislation experienced and states that, even today, it is not immune to setbacks. In conclusion, the article aims to providing connections between the proper management of tax policy and the protection of the “reserve of possible”, regarding the satisfaction of social rights.

Keywords: Taxes. Tax policy. Fundamental rights. Social rights.

A LEGITIMIDADE DO “ATIVISMO JUDICIAL” AOS OLHOS DA TEORIA DO ESTADO E DO DIREITO: UM ESTUDO VOLTADO À GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Estefânia Maria de Queiroz Barbosa*
Gilberto Andreassa Junior**

1. Introdução. 2. Fundamentos teóricos à judicialização da política: 2.1. A teoria da separação dos poderes: do Estado Liberal ao Estado Social; 2.2. Ativismo para concretização dos direitos fundamentais. 3. Ativismo judicial e o princípio da proporcionalidade. 4. Soluções práticas para o “problema” do ativismo judicial: 4.1. Controle preventivo (jurisdicional) de constitucionalidade; 4.2. O legislativo como *amicus curiae* nas sessões de julgamento; 4.3. Filtragem das ações levadas ao Poder Judiciário pelos membros do Poder Legislativo. 5. Conclusão. Referências.

RESUMO

O presente artigo é fruto de uma discussão que vem tomando conta dos operadores do Direito, pois parte defende o ativismo judicial e parte o combate com argumentos de que os juízes não possuem legitimidade para controlar políticas públicas. O que se propõe, na realidade, é demonstrar que todo o ativismo do Poder Judiciário tem sido feito com amparo legal e dentro de uma nova ordem constitucional.

Palavras-chave: Judicialização da política. Ativismo. Separação dos poderes. Direitos fundamentais.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo abordará o crescente fenômeno da judicialização da política e demonstrará que tudo tem sido feito com amparo legal e dentro de uma nova ordem constitucional.

Em um primeiro momento, restará analisada a nova perspectiva da teoria da separação dos poderes, a qual é trazida à tona sempre que se questiona

* Doutorado em Direito (PUC/PR). Mestrado em Direito (PUC/PR). Pós-graduada em Direito Tributário e Processual Tributário (PUC/PR). Advogada e Professora Universitária (Uni-Brasil, UP, UniCuritiba e ESMAFE).

** Mestrando em Direito (UniBrasil). Pós-graduado em Direito Processual Civil Contemporâneo (PUC/PR). Membro Efetivo do Instituto dos Advogados do Paraná. Membro Honorário da Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Membro da Comissão de Juizados Especiais da OAB/PR (2010-2012). Advogado.

o ativismo judicial. Com fundamento em doutrina especializada, será de fácil visualização que a teoria proposta por *Montesquieu* – e, de certa forma, por *Locke* – já não mais se sustenta no ordenamento jurídico atual, sobretudo porque foi elaborada em um Estado absolutista e arbitrário.

Em momento posterior, será abordada a importância do ativismo para concretização dos direitos fundamentais. O que se procura demonstrar, na realidade, é que não importa como e através de quais meios, mas os direitos fundamentais devem ser assegurados de forma igualitária a todos os cidadãos.

Como consequência lógica do que fora exposto anteriormente, será descrito como deve proceder o Poder Judiciário nos casos de colisão entre direitos fundamentais, citando-se como exemplo a Súmula Vinculante nº 13 e o direito à greve e manifestação em vias públicas.

Por fim, serão apresentadas ao leitor soluções práticas para o “problema” do ativismo judicial, tais como o controle preventivo (jurisdicional) de constitucionalidade e a filtragem das ações levadas ao Judiciário pelos membros do Poder Legislativo.

Cumprir-se-á, ainda, que, ao invés de abordar o tema de forma pragmática, elaborar-se-á uma visão teórico-filosófica com o desiderato de demonstrar que, por todos os prismas, o ativismo judicial, quando realizado na concretização dos direitos fundamentais, é legítimo e benéfico para toda a sociedade.

2 FUNDAMENTOS TEÓRICOS À JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Primeiramente, é necessário ressaltar que parte da doutrina (ex. Luís Roberto Barroso¹) separa a ideia de *judicialização da política* do famigerado *ativismo judicial*. Contudo, no presente texto, ambas as nomenclaturas serão abordadas como sinônimo.

Pois bem. A judicialização da política nada mais é do que a intervenção decisória do Poder Judiciário em matérias que, *a priori*, deveriam ser debatidas exclusivamente pelos Poderes Executivo e Legislativo.

Os críticos alegam que, “ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também da função administrativa e, até mesmo, da função de governo”.²

Todavia, basta uma simples leitura dos autores que defendem o ativismo para que se chegue à conclusão de que, em momento algum, pretende-se conceder poderes maiores ao Poder Judiciário; pelo contrário. O que se busca é tão somente uma maior harmonia entre os Poderes – fato este não levado em consideração nos séculos anteriores –, assim como a concretização de todo e qualquer direito fundamental, que, diga-se de passagem, foi elevado a tal *status* após séculos de guerra e escravidão.

2.1.A teoria da separação dos poderes: do Estado Liberal ao Estado Social

A atividade política da jurisdição constitucional se realiza, hodiernamente, a partir de um desenho constitucional que viabiliza o exercício desta atividade. Porém, nem sempre foi assim, conforme se verifica a seguir.

O princípio da separação dos poderes surge, como teoria política, na obra de John Locke (1689). No mesmo período e com parecidos ideais, surge a obra de Montesquieu. Para ambos os autores, a teoria da separação dos poderes foi concebida para assegurar a existência de um governo moderado, mediante distribuição das atividades do Estado e consequente controle recíproco entre suas formas de expressão.³

Importante mencionar que a teoria somente foi concebida em contraposição à visão naturalista e, principalmente, ao absolutismo defendido por Thomas Hobbes (1651). Para referido autor, o poder é exercido pelo soberano (monarca) mediante a submissão dos indivíduos e é usado para reprimir os conflitos humanos.

Superando a ideia de Hobbes, Montesquieu afirma que nenhuma sociedade sem governo pode subsistir, discorrendo sobre a importância das leis para a garantia da vida em sociedade.⁴

Portanto, conforme exposto em parágrafo anterior, a teoria da separação dos poderes foi concebida para assegurar a existência de um governo moderado, mediante distribuição de atividades do Estado e consequente controle recíproco entre suas formas de expressão. Trata-se da tentativa de contenção do poder pelo poder.⁵

Percebe-se, nos estudos de Locke e Montesquieu, que a teoria da separação dos poderes surgiu e foi sustentada a fim de conferir proteção aos direitos fundamentais de primeira geração contra as iniciativas arbitrárias do Estado. Ou seja, é possível afirmar que as concepções dos autores acabaram por influenciar as Constituições liberais.

Conforme é cediço, o modelo do constitucionalismo liberal preocupava-se exclusivamente em proteger o indivíduo da ingerência do Estado. Não obstante, referido pensamento foi alterado com a Revolução Industrial e com o surgimento do sufrágio universal.

Na realidade, o enfraquecimento do Estado Liberal começa quando as grandes empresas começam a ser monopolistas e aniquilam a concorrência. Neste ponto, surge o proletariado que prega um Estado Social contra a autorregulação do mercado. A ação do Estado torna-se imprescindível para a correção dos desvios existentes no meio social.

Na visão de Osvaldo Canela Junior, "a transição entre Estado Liberal e o Estado Social promove alteração substancial quanto à concepção de Estado e de sua finalidade".⁶

Junto a este Estado social surge um novo sistema ético de referência – que, por muitos, já é considerado um Estado de Direito –, baseado na proteção dos direitos humanos. Inclusive, a partir de 1948, com a assinatura da Declaração Universal dos Direitos Humanos, os Estados se comprometeram a assegurar novos bens da vida, indispensáveis para a sobrevivência da humanidade.⁷

Destarte, a estabilidade objetivada no Estado Liberal é substituída pelo dirigismo estatal, alterando-se a concepção da teoria da separação dos poderes:

No Estado liberal, o objetivo da teoria da separação dos poderes, consoante já assentado, era o de evitar a concentração do poder estatal, a fim de que os direitos fundamentais de primeira geração fossem assegurados. O Estado, na premissa liberal, é um elemento catalisador do poder, instrumento para a sua contenção, em estrito respeito à liberdade individual. No Estado social, este objetivo permanece, mas a ele é acrescentado o desiderato de realização dos direitos fundamentais de segunda e outras gerações, com o propósito de se assegurar a igualdade substancial entre os cidadãos. De uma conduta meramente negativa, passiva, o Estado assume, também, uma conduta pró-ativa.⁸

Como consequência deste Estado Social, surge a nomenclatura do Estado Democrático (Constitucional) de Direito⁹, a qual perdura até a presente data no Brasil.

Percebe-se que “a separação foi historicamente necessária quando o poder pendia entre governantes que buscavam recobrar suas prerrogativas absolutas e pessoais e o povo que, representado nos parlamentos, intentava dilatar sua esfera de mando e participação na gerência dos negócios públicos”.¹⁰

Atualmente, por óbvio que se deve trabalhar com a máxima efetividade da Constituição e com a harmonia (pesos e contrapesos¹¹) entre os Poderes. Isto, inclusive, nos remete ao art. 2º da Constituição Federal que descreve: “São Poderes da União, *independentes e harmônicos* entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Paulo Bonavides é novamente preciso ao delinear que “numa idade em que o povo organizado se fez o único e verdadeiro poder e o Estado contraiu na ordem social responsabilidades que o Estado liberal jamais conheceu, não há lugar para a prática de um princípio rigoroso de separação”.¹²

Ainda mais profundo é o pensamento de Bruce Ackerman quando afirma que “a separação dos poderes é uma boa ideia, mas não há nenhuma razão para supor que os escritores clássicos esgotaram a sua excelência”.¹³

Para os críticos deste “novo” sistema de integração entre poderes, vale citar Clèmerson Merlin Clève que afirma: “Dizer *o que é o direito* é compreendê-lo enquanto localizado espaço-temporalmente. O que significa compreender sua flutuação histórica e a possibilidade de sofrer transformações”.¹⁴

Ademais, querendo ou não, os membros do Supremo Tribunal Federal são nomeados com a participação indireta do povo. A Constituição Federal emana do povo, prevê o ingresso de juízes no STF e, principalmente, possibilita o obste de ministros pelo Senado Federal.

Ainda, com base nas notas anteriores, em especial na máxima efetividade da Constituição, pode-se afirmar que a judicialização da política se tornou parte significativa e integrante do neoconstitucionalismo, o qual será devidamente abordado no próximo tópico.

2.2 Ativismo para concretização dos direitos fundamentais

Conforme analisado no tópico anterior, o Estado de Direito legalista e liberal do início do século XX foi superado por um novo meio de atuação estatal. Após as duas grandes guerras, não restou alternativa aos Estados, se não a criação de constituições com postura mais interventora e, principalmente, garantidora.

Neste novo período (neoconstitucionalismo), “as constituições não se limitariam a apenas organizar, estruturalmente, o Estado, fixando os seus limites políticos; são assegurados direitos de liberdade e de igualdade, aos quais é impressa nota de fundamentalidade formal e material, vinculantes para o Estado, prevendo-se, ainda, instrumentos de garantia e de proteção desses direitos”.¹⁵

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins alertam que os direitos fundamentais mantêm uma grande proximidade com a Política, o que certamente evidencia o porquê do intervencionismo do Judiciário nas políticas públicas.¹⁶

Um exemplo prático seria a cassação de um Senador, por meio dos outros membros do Senado, com viés totalmente político (ex. perseguição política) e sem provas concretas. Neste caso, poderia o Judiciário intervir e declarar que direitos fundamentais do parlamentar cassado estariam sendo violados ou decisões meramente políticas não podem ser revistas pelo Supremo Tribunal Federal?

A resposta parece evidente¹⁷, mas alguns procedimentalistas dirão – *de forma equivocada e temerária* – que a decisão do Senado é soberana e não permite qualquer tipo de reparo.

Clèmerson Merlin Clève afirma que “há momentos, como aqueles que envolvem a defesa das minorias contra a discriminação, a proteção da liberdade de manifestação e de opinião, a proteção do mínimo existencial, verdadeiras condições para o exercício da democracia, exigentes de controle forte do Judiciário”.¹⁸

Vale mencionar que, em momento algum, defende-se a ideia de intervenção do Poder Judiciário de forma desproposita, tal como ocorreu, infelizmente, nos casos da *lei da ficha limpa* e da *fidelidade partidária*. O que se procura demonstrar é que não importa como por quais meios, mas os direitos fundamentais

devem ser assegurados de forma igualitária a todos os cidadãos. Robert Alexy descreve que “o dever de igualdade na criação do direito exige que todos sejam tratados de forma igual pelo legislador”.¹⁹

John Rawls, em sua obra denominada *Uma teoria da justiça*, também alerta para a necessidade de igualdade/equidade entre os cidadãos. Referido autor retoma, ainda que de forma peculiar e diferente de Hobbes, Locke e Rousseau, a concepção contratualista e defende a eleição dos princípios de justiça por meio de um acordo celebrado entre todos numa situação inicial, definida como *posição original*.²⁰

Sendo assim, cumpre ao Supremo Tribunal Federal, ainda que de forma ativista, concretizar direitos fundamentais e ocasionar igualdade entre todos os cidadãos. Um exemplo prático e atual é a união entre casais do mesmo sexo. Durante anos, os congressistas, com medo de perder votos, deixaram de debater o assunto, ou seja, restou ao Poder Judiciário suprir esta lacuna e garantir direitos fundamentais dos homossexuais.

“A omissão das formas de expressão do poder estatal representa a quebra do compromisso com os objetivos do Estado. Como a harmonia entre os poderes objetiva o atendimento integral dos objetivos estatais, cumpre ao Poder Judiciário, por meio da jurisdição, restabelecê-la, mediante a integração da conduta omissiva dos agentes públicos”.²¹ Ou seja, nos casos em que a omissão do legislador estiver ocasionando danos para parte da sociedade, cabe ao Poder Judiciário agir de forma integradora.

Ronald Dworkin, outro grande filósofo contemporâneo, indica que o *ativismo*, quando utilizado para concretização dos direitos fundamentais ou para a manutenção da integridade do direito (moral, costumes, etc.), não deve ser levado como algo prejudicial ao ordenamento, mormente porque melhor um Judiciário garantidor a um Judiciário passivo que já demonstrou ser ineficaz em décadas anteriores nos mais diversos países.²²

Ainda, importante mencionar que os autores citados anteriormente, em especial Alexy, Rawls e Dworkin, defendem a liberdade e igualdade entre os cidadãos, porém, nem sempre estão ligados a um mesmo prisma. Inclusive, Ronald Dworkin, em sua obra intitulada como *A virtude soberana*, aponta falhas para a teoria de Rawls.

Não obstante a divergência existente entre os mais variados autores, o que se busca no presente texto é elucidar que a noção de liberdade, equidade e integridade deve sempre estar atrelada aos direitos fundamentais. Repita-se, “a legitimidade democrática do juiz não está em substituir o legislador nas escolhas, mas de auferir se a escolha feita pelo legislador está albergada na Constituição”.²³

3 ATIVISMO JUDICIAL E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE²⁴

Muito comum é a colisão de direitos fundamentais²⁵. Quando isto ocorre, deve o juiz ponderar qual princípio deve ser aplicado no caso concreto.

Um caso bastante criticado por parte dos juristas foi a criação da Súmula Vinculante nº 13, a qual trata do nepotismo²⁶. Isto porque os críticos alegam que não houve concretização de direitos fundamentais, mas sim restrição de direitos. Ademais, alega-se – *de forma correta* – que a formulação da súmula não se deu nos moldes descritos na Constituição Federal.

Inobstante a criação da súmula não ter se dado de forma correta, uma vez que se pautou em apenas um único caso²⁷, os motivos determinantes da decisão são perfeitamente legais e se enquadram na atual conjuntura do Estado Democrático de Direito.

Veja-se que os princípios da moralidade, impessoalidade, eficiência e igualdade (concorrência) certamente se sobrepõem aos interesses individuais dos contratantes e contratados sem o devido concurso público.²⁸

Outro exemplo seria o direito à greve ou manifestação em vias públicas:

A polícia proíbe o acesso de automóveis ao centro do Rio de Janeiro porque acontece uma manifestação de desempregados. Aqui não temos uma proibição geral de entrada e de circulação na cidade, nem uma lei que restrinja o acesso. Mesmo se a tivéssemos, a regra de harmonização deveria ser entendida como uma solução prévia do legislador (programa normativo de compreensão de uma colisão entre direitos fundamentais) passível de amplo controle abstrato quando de sua aplicação e suscitando a necessidade da justificação de ambas as intervenções implícitas no referido programa normativo de compreensão da colisão. Em vista da situação do momento, o exercício da liberdade de reunião impossibilita o pleno exercício da liberdade de ir e vir. Mas essa medida deve ser avaliada, aplicando o critério da proporcionalidade para identificar os meios necessários para preservar o direito de reunião sem limitar demasiadamente a liberdade de ir e vir, a liberdade econômica e outros direitos.²⁹

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins também alertam que as principais ferramentas para decidir sobre casos de conflito são duas:

Em primeiro lugar, a *interpretação sistemática da Constituição*, isto é, sua interpretação enquanto conjunto que permite levar em consideração todas as disposições relacionadas com o caso concreto e entender quais são os parâmetros que o constituinte mesmo estabeleceu. A segunda ferramenta é o critério da proporcionalidade.³⁰

Isto posto, sempre que houver colisão entre direitos fundamentais, deve o Poder Judiciário se utilizar do princípio da proporcionalidade.

4 SOLUÇÕES PRÁTICAS PARA O “PROBLEMA” DO ATIVISMO JUDICIAL

4.1 Controle preventivo (jurisdicional) de constitucionalidade

Uma das mais belas traduções da Constituição da República Federativa do Brasil diz respeito à separação dos poderes, a qual se faz presente em seu artigo 2º.

Em função da independência estabelecida entre os poderes, o Legislativo, de forma exclusiva, cria e julga preventivamente a constitucionalidade das leis e decretos legislativos.

Ocorre, porém, que, de alguns anos para cá, houve um crescimento assustador na criação de normas consideradas inconstitucionais, o que gera um significativo aumento no número de demandas tanto em primeiro grau de jurisdição quanto no Supremo Tribunal Federal.³¹

Não bastasse o que fora mencionado, é bastante visível o aumento no número de deputados e senadores eleitos sem o menor preparo escolar, psicológico, ético e moral. Assim, surge a ideia de se copiar uma parte do sistema jurídico francês, qual seja, o controle preventivo (jurisdicional) de constitucionalidade.³²

Na França, fica a cargo do Conselho Constitucional a manifestação acerca da constitucionalidade de uma proposição antes da promulgação. Inclusive, este controle tem por objetivo evitar que se elaborem leis com eivas de inconstitucionalidade, buscando-se sanar os vícios antes mesmo da publicação.

No Brasil, de um lado, estão os críticos – em sua maioria governantes e congressistas - do sistema de controle preventivo, cujo parecer lógico nos remete à separação dos poderes e ao ideal de que o Congresso já faria o controle prévio de constitucionalidade das leis nas comissões de Constituição e Justiça, enquanto que o Executivo faria o controle por meio da Advocacia-Geral da União. Já do outro lado, estão grande parte da população e do Poder Judiciário que defende uma análise prévia das leis que afetam a vida de todos os cidadãos.

Por óbvio que um exame pormenorizado nas leis por quem, em tese, possui um alto conhecimento jurídico e social, reduziria o número de normas inconstitucionais e, conseqüentemente, o ajuizamento de demandas judiciais.

Na realidade, necessária se faz a manifestação de cada profissional do Direito, a fim de que futuramente o Poder Judiciário – ou um Conselho Constitucional – possa analisar preventivamente as normas elaboradas por um Poder Legislativo cada vez mais fraco e irresponsável. Caso contrário, permaneceremos abarrotando as pautas de julgamentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, os quais certamente não possuem condições humanas de julgar tudo que é argüido pela população.

4.2 O legislativo como *amicus curiae* nas sessões de julgamento

Outro fator que poderia reduzir drasticamente as críticas ao *ativismo judicial* seria a maior presença dos representantes do Legislativo nas sessões de julgamento do Supremo Tribunal Federal.

Utilizando-se do procedimento do *amicus curiae*³³, os membros do Poder Legislativo deveriam se tornar peças mais presentes quando dos debates entre os ministros e, inclusive, deveriam prestar suas opiniões quando solicitadas.

Fato é que no atual momento os representantes do povo pouco se interessam nas consequências dos julgamentos do STF, deixando todo discurso para as decisões contrárias aos seus respectivos interesses.

4.3 Filtragem das ações levadas ao Poder Judiciário pelos membros do Poder Legislativo

Ao analisar as ações levadas ao Supremo Tribunal Federal, Luiz Werneck Vianna declarou que a ADIN é "recurso institucional estratégico de governo". Ou seja, os próprios membros do Congresso Nacional são os maiores responsáveis pelo ativismo do Poder Judiciário.³⁴

Destarte, seria importante que dentro do próprio Congresso Nacional fosse formulado um filtro para que somente as matérias de alta relevância fossem remetidas ao Judiciário. Tal procedimento, obviamente, necessitaria de uma maior integração entre os Partidos, os quais certamente sairiam fortalecidos.

5 CONCLUSÃO

Ao analisar de forma superficial o tema do ativismo judicial, até porque tal assunto renderia páginas e mais páginas de debate, é possível constatar que as críticas surgem de forma desarrazoada, pois se limitam a questionar a interferência do Poder Judiciário nas questões políticas com fulcro na separação dos poderes e na teoria procedimentalista.

Entretanto, não se pode perder de vista que a atual conjuntura do Brasil é de um país com democracia republicana que está longe de se tornar um Estado Democrático Liberal ou Deliberativo.

A intervenção do Poder Judiciário certamente serve para contrabalançar as omissões e abusos dos demais Poderes, os quais também possuem o direito e o dever de fiscalizar se a aplicação do Direito tem sido regularmente estabelecida por aquele.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. In: VASCONCELOS, Isabelle Maria Campos; SANTOS, Eliana Valadares (Trad.). **A nova separação de poderes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. 13ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). **Constituição, Democracia e Justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. **O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

MALISKA, Marcos Augusto; COMPLAK, Krystian (Coord.). **Entre Brasil e Polônia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. In: MOTA, Pedro Vieira (Trad.). **O espírito das leis**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PEREIRA, Bruno Cláudio Penna Amorim. **Jurisdição constitucional do processo legislativo: legitimidade, reinterpretação e remodelagem do sistema no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAWLS, John. In: SIMÕES, Jussara (Trad.). **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política**. Tempo social: São Paulo, 2007, vol. 19, n. 2. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=i so>. Acesso em: 03 jan. 2013.

- 1 "A judicialização, como demonstrado acima, é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva". (BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 372).
- 2 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 116.
- 3 "É evidente que o chamado "instrument of government" inglês já previa alguma forma de separação entre o Executivo e o Legislativo, contrapondo-se a uma economia mista, mas foi Locke quem a sistematizou e deu seus fundamentos teóricos". (PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 38).
- 4 MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. In: MOTA, Pedro Vieira (Trad.). *O espírito das leis*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 83-86.
- 5 CANELA JUNIOR, Oswaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 67-68.
- 6 *Ibidem*, p. 70.
- 7 *Ibidem*, p. 71.
- 8 *Ibidem*, p. 72.
- 9 Estado Democrático de Direito: Fundado não mais no princípio da legalidade, mas no princípio da constitucionalidade. Ademais, não só procura garantir a liberdade, mas também a igualdade.
- 10 BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. 13ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 146.
- 11 "Consideremos a seguir na prática constitucional do Estado moderno as mais conhecidas formas de equilíbrio e interferência, resultantes da teoria de pesos e contrapesos. Dessa técnica resulta a presença do executivo na órbita legislativa por via do veto e da mensagem, e excepcionalmente, segundo alguns, na delegação de poderes, que o princípio a rigor interdita, por decorrência da própria lógica da separação (...). Já a participação do executivo na esfera do poder judiciário se exprime mediante o indulto, faculdade com que ele modifica efeitos de ato proveniente de outro poder. Igual participação se dá através da atribuição reconhecida ao executivo de nomear membros do poder judiciário. Do legislativo, por sua vez, partem laços vinculando o executivo e o judiciário à dependência das câmaras. São pontos de controle parlamentares sobre a ação executiva: a rejeição do veto, o processo de impeachment contra a autoridade executiva, aprovação de tratado (...)". *Ibidem*, p. 141.
- 12 *Ibidem*, p. 146.
- 13 ACKERMAN, Bruce. In: VASCONCELOS, Isabelle Maria Campos; SANTOS, Eliana Valadares (Trad.). *A nova separação de poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 113.
- 14 CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 145.
- 15 PEREIRA, Ana Lucia Pretto. A atividade política da jurisdição constitucional brasileira: algumas dimensões. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). *Constituição, Democracia e Justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 19.
- 16 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 15.
- 17 STF já se pronunciou acerca do assunto e delineou que, ainda que em um grau mínimo, o Judiciário pode controlar a atividade jurisdicional exercida pelo Senado: MS nº 21.623-9 e MS nº 21.689-1.
- 18 CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 12.
- 19 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 396.
- 20 RAWLS, John. SIMÕES, Jussara (Trad.). *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 14.
- 21 CANELA JUNIOR, op. cit., p. 87.
- 22 DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. 2. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 271-275.
- 23 MALISKA, Marcos Augusto; COMPLAK, Krystian (Coord.). *Entre Brasil e Polônia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 30.
- 24 Método utilizado no Direito Constitucional brasileiro para resolver a colisão de princípios jurídicos.

- 25 “Há colisão de direitos fundamentais quando, in concreto, o exercício de um direito fundamental por um titular obstaculiza, afeta ou restringe o exercício de um direito fundamental de um outro titular”. (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. op. cit., p. 161)
- 26 STF Súmula vinculante nº 13: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a “Constituição Federal”.
- 27 Art. 103-A da Constituição Federal: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei (...)”
- 28 BRASIL. Constituição Federal. Art. 37: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência” (...).
- 29 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo, op. cit., p. 161-162.
- 30 Idem.
- 31 VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. “**Tempo social**”: São Paulo, 2007, vol. 19, n. 2. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nm=iso>. Acesso em 03/01/2013.
- 32 “O Conselho Constitucional francês, produto da Constituição de 1958, muito embora tenha se fundado no modelo dos Tribunais Constitucionais europeus, possui conotação original e diferenciada, principalmente no que diz respeito à sua estrutura, organização, funcionamento, funções e competências”. (PEREIRA, Bruno Cláudio Penna Amorim. **Jurisdição constitucional do processo legislativo**: legitimidade, reinterpretção e remodelagem do sistema no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 108).
- 33 “Amigo da Corte”. Intervenção assistencial em processos de controle de constitucionalidade por parte de entidades que tenham representatividade adequada para se manifestar nos autos sobre questão de direito pertinente à controvérsia constitucional. Não são partes dos processos, atuam apenas como interessados na causa.
- 34 “O alto índice de litigação contra normas dos legislativos estaduais aponta para a existência de problemas na formação da vontade política local, seja porque o executivo não detém maioria nas assembléias estaduais, seja porque essas instâncias de poder, expostas às pressões de grupos de interesses particularistas, eventualmente produzem uma legislação casuística e sem escopo universalista (...)” “(VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Op. cit.)”

THE LEGITIMACY OF "JUDICIAL ACTIVISM" IN THE EYES OF THE THEORY OF THE STATE AND OF LAW: A STUDY FOCUSED ON THE GUARANTEE OF FUNDAMENTAL RIGHTS

ABSTRACT

This article is the result of a discussion that has been ongoing among legal professionals, because some advocate judicial activism and others combat it under arguments that judges have no legitimacy to control public policies. What is proposed, in fact, is to demonstrate that the activism of the Judiciary has been done with legal support and within a new constitutional order.

Keywords: Judicialization of politics. Activism. Separation of Powers. Fundamental Rights.

A AÇÃO CIVIL PÚBLICA: EFETIVA TUTELA PROCESSUAL DE PROTEÇÃO AMBIENTAL

Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros*
Letícia Albuquerque**

1 Notas Introdutórias. 2 Ação Civil Pública em defesa do Meio Ambiente. 2.1 Objeto de tutela da Ação Civil Pública. 2.2 Legitimados para a Propositura da Ação Civil Pública. 2.3 O Ministério Público na Ação Civil Pública. 2.3.1 O Inquérito Civil Público. 2.3.2 As Recomendações do Ministério Público. 2.3.3 O Compromisso de Ajustamento de Conduta. 2.4 O Fundo de Defesa dos Interesses Difusos e Coletivos. 3 Êxitos e fracassos da Lei da Ação Civil Pública. 4 Conclusões. Referências.

RESUMO

O presente artigo busca realizar uma análise crítica da efetividade da tutela processual de proteção do meio ambiente por meio da ação civil pública. A reflexão perpassa um pensar do ambiente como um direito e um dever fundamental, analisando as possibilidades desse instrumento processual a partir de um caso concreto, qual seja, o caso da mineração de conchas calcárias na Barra do Camacho/SC.

Palavras-chave: Direito e dever fundamental. Proteção Ambiental. Ação Civil Pública.

1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

Podemos afirmar que, na civilização ocidental, a preocupação com a proteção do ambiente tem assumido marcadamente um desenvolvimento como sociedade, enquanto comportamento cultural e uma crescente evolução que ocorre nem sempre na mesma proporção em que os recursos tecnológicos, científicos e seu entendimento avançam. Prieur sustenta que a noção de ambiente assemelha-se a um camaleão, haja vista ser uma palavra que, em um primeiro momento, exprime fortes paixões, esperanças e incompreensões e, ainda, conforme o contexto no qual é utilizada, será entendida, simplesmente, como uma

* Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutorado Sanduíche pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professora dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da PUCRS. Professora Permanente do Projeto do Curso de Mestrado em Direito e Sociedade do Unilasalle. Presidente do Instituto Piracema – direitos fundamentais, ambiente e biotecnologias. Advogada. E-mail: flfmedeiros@gmail.com

** Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutorado Sanduíche pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC. Presidente do Instituto de Justiça Ambiental. Advogada.

palavra da moda, um luxo dos países ricos, um mito.¹ Enfrenta-se, aqui, essa noção camaleão, proposta por Prieur, pois a partir de um tema de contestação nas passeatas *hippies* ocorridas intensa e pontualmente em determinados cantos do mundo nos anos 70, hodiernamente a proteção da fauna e da flora é motivo de uma mobilização global, envolvendo desde ativistas, atores da sociedade civil organizada, até governos, em face da necessidade da preservação da biodiversidade e dos efeitos que ela provoca em toda a biota.

Contudo, nesse sempre foi assim, e Zsögön² adverte que a preocupação não se desenvolveu de forma global nem mesmo no mesmo ritmo em todos os povos e em todos os períodos históricos, nem mesmo poderia ter sido assim. Cada povo se desenvolve de acordo com a sua cultura, sua memória, sua geografia, seus recursos naturais ou mesmo com falta deles. Dessa forma, seria efetivamente impossível o desenvolvimento de uma consciência ambiental homogênea globalizada; essa consciência pela necessária proteção e preservação do ambiente foi se desenvolvendo paralelamente ao desenvolvimento das civilizações e ao conseqüente desaparecimento dos recursos ambientais.

Não é exagero, nos tempos em que se vive e nos tempos que estão por vir, relembrar e realçar a importância da questão ambiental e dessa conscientização da proteção dos recursos naturais³. As consequências da exploração descontrolada do meio ambiente são oriundas de uma falta de consciência ecológica e de uma tendência destrutiva do homem em relação ao meio em que vive e que se traduz em conseqüências negativas, produzindo danos incalculáveis e irreversíveis (extinção de espécies e de recursos ambientais), com reflexos econômicos, refletindo a importância da questão ambiental e da conscientização da proteção dos recursos naturais⁴. Uma inquestionável consagração do emergir de uma consciência ambiental veio a ocorrer em meados do século XX⁵, como um despertar de um movimento ambientalista moderno.

No que concerne ao movimento protecionista ambiental moderno, é indelével a marca da ameaça econômica nesse momento de descobertas. É como se houvesse o estabelecimento de uma relação pendular desequilibrada entre ambiente e desenvolvimento econômico e exploração dos recursos naturais, principalmente no que se refere à indústria. Ao ocorrer uma exploração excessiva dos recursos naturais a ponto de existir uma ameaça de extinção de boa parte deles, a vertente econômica da comunidade⁶ passa a se preocupar com o futuro do planeta, o que, em suposição, poderia ser o mesmo que se preocupar com o futuro da economia, sem prever as bases econômicas, necessárias ao mundo de hoje para a sobrevivência com qualidade, de uma nação globalizada e independente.

Fato que não surpreende haja vista que muitos dos problemas e das situações de risco⁷ ambiental, hoje vinculados a proteção da natureza, se originaram justo do desenvolvimento das civilizações e até, paradoxalmente, essencialmente sob o ponto de vista econômico.⁸ Desenvolvimento esse que, em regra, vem ocorrendo de forma descontrolada e pouco se importando com as

conseqüências que restam à natureza e ao ambiente em que se vive.⁹ E é nesse sentido que a sociedade capitalista e o seu modelo de exploração econômica atuam e se organizam em torno de práticas e comportamentos, no que concerne à exploração dos recursos naturais.¹⁰

Consoante já anunciado, efetivamente, a sociedade capitalista possui um comportamento muito mais agressivo que qualquer outra forma de proposta de Estado; portanto, seu sucesso pode ser um fator relevante para explicar a capacidade desse sistema na transformação no ambiente. Contudo, afirmar isso não significa dizer que, no socialismo, não existe poluição, ou mesmo que, na sociedade não industrializada, não se fizesse presente o dano ambiental. Goldblatt¹¹ sustenta, justamente, essa discussão, pois afinal houve sociedades capitalistas que não foram industriais e sociedades industrializadas que não são capitalistas. Tem-se de ter em mente que toda a poluição de um mundo moderno, que antes era inexistente, portanto tão diferente das sociedades primitivas, que Giddens¹² denominou de “ambiente criado”, se desenvolve, de uma forma ou de outra.

Nesse sentido, é possível acreditar que, por razões distintas, ambas as ideologias, ou seja, tanto o capitalismo quanto o socialismo de Estado tenham provocado efeitos semelhantes no meio ambiente.¹³ Essas razões diferentes devem se dar pelas naturezas peculiares da sua organização econômica e política, e não em virtude da tecnologia industrial que lhes é comum e muito menos em face de sua preocupação com um futuro, seja melhor ou não.

Portanto, o desafio da humanidade é tentar conciliar o desenvolvimento econômico e social com a proteção e a preservação ambiental, com o intuito de não inviabilizar a qualidade de vida das futuras gerações, nem mesmo das presentes gerações, assim como o exercício do direito de propriedade sobre os bens ambientais.¹⁴ É por derradeiro, e em decorrência dos recursos naturais que o ser humano desenvolve todas as suas atividades, econômicas ou não.

A necessidade de estabelecer um balanço equilibrado entre desenvolvimento social e ambiental no que tange à qualidade de vida das presentes e das futuras gerações faz nascer no horizonte próximo, para alguns no horizonte do presente¹⁵, o Estado Socioambiental e Democrático de Direito¹⁶. Nesse Estado, um princípio nuclear tem sede no direito fundamental à vida e na manutenção das bases que a sustentam, ou seja, um ambiente equilibrado e saudável que vai acabar por concretizar, na plenitude, a dignidade da pessoa humana e, numa visão mais ampla, a dignidade da vida.

O objetivo deste estudo é refletir, dentre os instrumentos jurisdicionais de tutela do meio ambiente, a Ação Civil Pública. A reflexão parte da análise de um caso prático, qual seja, o caso da mineração de conchas calcárias na Barra do Camacho/SC. A análise tem como ponto de partida a propositura de uma Ação Civil Pública, que consiste em um dos principais instrumentos processuais de defesa ambiental, mas que não seja o único instrumento possível de exercer tal papel.

Tendo em conta a já reconhecida importância da proteção do meio ambiente para a própria sobrevivência da humanidade, verifica-se também, segundo Silva¹⁷, que o ordenamento jurídico – competente para tutelar o interesse público – há de dar resposta coerente e eficaz para essa nova necessidade social. Em decorrência, portanto, desse novo anseio comunitário e universal acabou sendo reconhecido um novo direito fundamental, tendo como objeto justamente a proteção jurídica do meio ambiente na condição de bem fundamental.

Assim, pelo prisma constitucional, o ambiente constitui-se em bem jurídico tutelado pela nossa Constituição Federal. Tendo em conta a sua expressa presença no texto constitucional, mas fora do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), buscou-se uma fundamentação jurídico-constitucional adequada para que possa, na esteira do que já vem entendendo boa parte da doutrina¹⁸ e jurisprudência¹⁹, ser a proteção do meio ambiente reconhecida como direito (e também como dever) fundamental da pessoa humana na nossa ordem constitucional. Reconhecimento este, hodiernamente, pacificado e indiscutível.²⁰

No entanto, o fato de elevar a proteção ao meio ambiente ao *status* constitucional e ao patamar de direito e dever fundamental, não garante, de imediato, que tal proteção seja alcançada, ou mesmo garantida. A quantidade de normas de proteção ambiental, ou mesmo o aumento delas, não reflete necessariamente no aumento da qualidade ambiental. Obviamente, contar com um significativo conjunto normativo e mais, com o reconhecimento do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida como um direito fundamental é um passo importante para garantir a efetivação desse direito e conseqüentemente, uma melhora real das condições ambientais do planeta. Como salienta Canotilho:

A força normativa da Constituição ambiental dependerá da concretização do programa jurídico-constitucional, pois qualquer Constituição do ambiente só poderá lograr força normativa se os vários agentes – públicos e privados – que actuem sobre o ambiente o colocarem como fim e medida das suas decisões²¹

É importante salientar, nessa seara, que, apesar de o estudo de caso ter se limitado a um espaço geográfico determinado, a zona costeira do litoral centro-sul de Santa Catarina, em razão da amplitude dos problemas levantados, o caso em análise pode servir como referência para outras regiões do País, uma vez que as dificuldades em relação ao gerenciamento costeiro são semelhantes às encontradas nessa situação específica.

Dentre os principais instrumentos jurisdicionais de proteção ambiental para assegurar o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado conforme estabelece a Constituição Federal de 1988, encontra-se a Ação Civil Pública, prevista no artigo 129, inciso III; a Ação Popular, prevista no artigo 5º, LXXIII; o Mandado de Segurança Coletivo, previsto no artigo 5º, LXX; o Mandado de Injunção, previsto no artigo 5º, LXXI; as tutelas específicas do Código de Processo Civil (tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito),

previstas nos artigos 461 e 461-A do referido diploma legal; bem como por meio das ações de controle de constitucionalidade. De acordo com Machado, a utilização do Poder Judiciário como instrumento para dirimir conflitos ambientais é uma das grandes conquistas do último século²².

Para fins de melhor abordagem dos instrumentos jurisdicionais de defesa ambiental em relação ao objeto desse estudo, a análise detém-se na Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente.

2 AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DO MEIO AMBIENTE

A Ação Civil Pública é hoje um dos meios processuais mais importantes na defesa do meio ambiente, senão o mais importante, ao menos o mais utilizado. Disciplinada pela Lei n.º 7347/85, a qual, em seu artigo 1º, inciso I, assegura a propositura de ACP em defesa do meio ambiente, sua relevância está justamente em contemplar a tutela processual coletiva de uma forma sistemática, pois essa não era uma preocupação dos processualistas brasileiros até então. A falta de um diploma legal processual para tutelar os interesses difusos e coletivos, como o meio ambiente, dificultava o trabalho dos operadores jurídicos que ficavam restritos apenas ao Código de Processo Civil (CPC). Como bem coloca Abelha: “Sob o ponto de vista do direito material, a lei representou um marco definitivo na ciência ambiental, que até então se encontrava fragmentada e sem um tratamento digno da importância que o tema merecia”²³

Esclarece o referido autor que a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6938/81) incluiu, no seu artigo 14, § 1º, a possibilidade de o Ministério Público ajuizar ação civil de reparação de danos causados ao meio ambiente, mas sem prever regras a respeito dessa “ação de responsabilidade civil por dano ambiental”, ficando tal tarefa a cargo do CPC²⁴. Assim, inicialmente a ideia de elaboração da Lei da ACP foi justamente regulamentar o artigo 14, §1º, da Lei 6938/81. Urge-se recordar, portanto, que a origem da ação civil pública se deve ao trabalho de um conjunto de juristas, na época, liderados por Ada Pellegrini Grinover que buscavam uma solução aos problemas, entre outros, enfrentados pelo município de Cubatão, São Paulo. A questão ambiental é tão relevante à ação civil pública que, de seus cinco objetos tutelados, três são de natureza ambiental: o ambiente natural, o ambiente artificial (o ambiente urbano) e o ambiente cultural (proteção do patrimônio histórico e cultural).

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 129, III, determina que a ACP visa à proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, estando prevista dentre as atribuições do Ministério Público. Em 1990, com a edição do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90), a ACP passou a poder ser utilizada para a defesa de qualquer direito difuso e coletivo. Vale ressaltar que, no texto original da ACP, tal possibilidade havia sido vetada. A inclusão da defesa de qualquer direito difuso e coletivo,

fez com que a ACP deixasse de ser um instrumento de tutela processual apenas de danos causados ao meio ambiente e ao consumidor (como foi até 1988).

Com relação ao veto, a alegação do Executivo federal foi de que surgiria insegurança jurídica diante do conceito muito amplo de interesses difusos ainda não sedimentado na doutrina. Mazzilli²⁵ salienta, contudo, que o veto se deu porque o Poder Executivo percebeu os riscos que iria correr quando seus atos fossem questionados em ações civis públicas (como de fato tentou evitar mais tarde com a edição das medidas provisórias n° 2102-26/00 e n° 2180-35/01 que limitavam o CDC e a LACP, introduzindo um parágrafo único ao art.1° da LACP, tentando impedir o acesso coletivo à jurisdição nos casos de interesse do governo).

Com as alterações trazidas pelo art.117 do CDC (que introduziu o art.21 da Lei da ACP) foi criado o que se tem denominado de “jurisdição civil coletiva”, ou seja, um conjunto de regras processuais que formam um esqueleto de processo civil coletivo²⁶. A tutela de interesses difusos e coletivos introduzida pela Lei da ACP e aprimorada pelo CDC tem inspiração no direito norte-americano, como se depreende da justificação de motivos da própria lei, que faz referência às *class action*. Assim, nota-se que a jurisdição civil coletiva percorreu um longo caminho até ser firmada no Brasil, o que não impede que ainda hoje existam pontos polêmicos com relação à tutela processual dos interesses coletivos, sobretudo, no que diz respeito ao meio ambiente.

Machado²⁷ salienta que a eficácia da ACP depende, para além da sensibilidade e dinamismo dos juízes, promotores e associações, do espectro de ações propostas:

Se a ação ficar como uma operação “apaga incêndios” muito pouco se terá feito, pois não terá peso para mudar a política industrial e agrícola, nem influenciara o planejamento nacional. Ao contrário, se as ações forem propostas de modo amplo e coordenado, podemos encontrar uma das mais notáveis afirmações de presença social do Poder Judiciário.

Um dos pontos controversos com relação à utilização da ACP, por exemplo, dá-se com relação ao controle de atos administrativos. Como salienta Abelha²⁸, a tutela jurisdicional do meio ambiente permite que o controle de legalidade do ato seja feito a partir da escolha adequada da política pública definida pelo Poder Público, reduzindo-se, assim, a discricionariedade administrativa porque, em razão da introdução do princípio da eficiência no art.37 da CF/88, não há espaço para escolhas do administrador. Dessa forma, segundo esclarece o referido autor²⁹:

[...] a ação civil pública é também remédio jurisdicional para definição da própria política pública, quando a sociedade por via de seus legitimados do art.5° da LACP, decida contestar a opção política feita pelo administrador público no trato com o meio ambiente. O objeto da ação civil pública é extremamente estreito

com o princípio da precaução, servindo de controle corretivo na fonte, contra escolhas políticas públicas mal feitas que no futuro seriam irreversíveis para o meio ambiente.

No estudo de caso desta pesquisa, o que se pode observar é que, embora a ação civil pública tenha sido proposta para atender ao princípio de precaução, o desdobramento dos fatos demonstraram justamente o contrário: o princípio de precaução foi ignorado mais uma vez.

2.1 Objeto de tutela da Ação Civil Pública

A Lei 7347/85 (LACP) é uma norma de direito processual que visa a regular a tutela coletiva de direitos. Como já salientado, a Lei da ACP cabe para a defesa de quaisquer interesses difusos e coletivos, entre os quais o meio ambiente.

O CDC (Lei 8078/90) definiu os interesses difusos e coletivos em seu art.81, § único e respectivos incisos, como se vê:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Assim, a classificação apresentado pelo CDC com relação aos interesses difusos e coletivos aplica-se à LACP.

Mazzilli³⁰ apresenta um quadro sinótico com base no art.81 do CDC para tornar mais claro as principais diferenças entre os interesses tutelados, a saber:

Interesses	Grupo	Objeto	Origem
Difusos	Indeterminável	Indivisível	Situação de fato
Coletivos	Determinável	Indivisível	Relação jurídica
Ind.Homog.	Determinável	Divisível	Origem comum

Quadro 8: Principais diferenças entre os interesses tutelados com base no art.81 do CDC³¹

Esclarece o autor, no entanto, que o exame do quadro não deve levar à impressão errada de que, nos interesses difusos ou nos interesses individuais homogêneos, não exista uma relação jurídica subjacente, ou, ainda, a de que, nos interesses coletivos, não ocorra uma situação de fato anterior, ou, a de que, nos interesses individuais homogêneos, prescindam-se de uma situação de fato

comum, ou de uma relação jurídica básica que una todo o grupo lesado, ou seja, no que concerne a quaisquer interesses transindividuais, haverá sempre uma relação fática e jurídica subjacente³².

Mazzilli³³ salienta que, para identificarmos corretamente a natureza de interesses transindividuais ou de grupos, devemos responder as seguintes questões:

a) o dano provocou lesões divisíveis, individualmente variáveis e quantificáveis? Se sim, estaremos diante de interesses individuais homogêneos; b) o grupo lesado é indeterminável e o proveito reparatório, em decorrência das lesões, é indivisível? Se sim, estaremos diante de interesses difusos; c) o proveito pretendido em decorrência das lesões é indivisível, mas o grupo é determinável, e o que une o grupo é apenas uma relação jurídica básica comum, que deve ser resolvida de maneira uniforme para todo o grupo? Se sim, então estaremos diante de interesses coletivos.³⁴

A ação civil pública tem como objeto, segundo disposto no art.3º da LACP, a condenação em dinheiro ou o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer. Embora, aparentemente, pareça não ser possível haver condenação cumulativa, esse não tem sido o entendimento defendido tanto pela doutrina como pela jurisprudência. De acordo com Leite³⁵, o objeto principal da ação coletiva ambiental foi o de instrumentalizar o legitimado com um duplo fim em sua pretensão: a indenização e conjuntamente a obrigação de fazer ou não fazer. No mesmo sentido, o STJ, em Acórdão publicado no DJU de 17 de outubro de 2005³⁶, afirma que, na interpretação do art.3º da LACP, a conjunção “ou” deve ser considerada com o sentido de adição a fim de permitir a tutela integral do meio ambiente e não o de alternativa excludente.

Assim, visando a atender a reparação integral do dano e de acordo com as peculiaridades do caso concreto, é possível a acumulação das obrigações de fazer (e não fazer) com a indenização pecuniária.

2.2 Legitimados para a propositura da Ação Civil Pública

A Constituição Federal de 1988 consagrou ao Ministério Público a prerrogativa de propor a ACP, evidenciando o papel do *Parquet* na defesa dos interesses difusos e coletivos. Por outro lado, a LACP abriu as portas do Judiciário às associações civis que defendem tais interesses coletivos ao permitir no art.5º, V, que as associações constituídas há mais de um ano e que tenham entre as suas finalidades a proteção de ditos interesses possam ingressar em Juízo em defesa de tais interesses, utilizando-se do instrumento processual da ACP. Nas palavras de Machado³⁷: “no plano da legitimação foi uma extraordinária transformação”.

Além do Ministério Público e das associações civis, a LACP, também, faculta a utilização do instrumento, conforme prevê o art.5º e seus respectivos incisos, a Defensoria Pública; a União, Estados, DF e os Municípios; a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista.

A legitimação para a propositura da ACP é concorrente e disjuntiva, ou seja, os entes legitimados podem agir em juízo de forma isolada ou em conjunto. Como esclarece Mazzilli³⁸: “em tese, quaisquer colegitimados à ação civil pública podem defender em juízo os interesses ambientais, agindo isoladamente ou em conjunto”.

Com relação ao polo passivo, a ação será proposta contra o poluidor, pessoa física ou jurídica. A Constituição Federal de 1988, em seu art.225, §3º, determinou que “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”. Assim, a ACP por danos ambientais pode ser proposta contra o responsável direto, indireto ou contra ambos, em caso de responsabilidade solidária. Mazzilli³⁹ salienta que, em razão da legislação ambiental específica, a desconsideração da pessoa jurídica será admitida sempre que sua personalidade seja obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados à qualidade do meio ambiente, conforme estabelecido pelo art. 4º da Lei 9605/98, que trata dos crimes ambientais.

2.3 O Ministério Público na Ação Civil Pública

A LACP ampliou a legitimidade para a defesa do meio ambiente para além do Ministério Público. No entanto, o Ministério Público, em razão das suas atribuições e natureza, permanece sendo o principal agente na propositura de tais demandas, o que justifica uma análise mais detalhada com relação ao seu papel na tutela dos interesses coletivos em matéria ambiental.

A Constituição Federal de 1988 consolidou a legitimidade do MP com relação à ACP, conforme estabelece o art.129, III, do referido diploma legal. Contudo, o MP conta com outros instrumentos importantes que irão reforçar a sua atuação em defesa do meio ambiente e consequentemente auxiliar na propositura de eventual tutela coletiva. Entre os instrumentos que irão reforçar essa tutela da qualidade ambiental colocados à disposição do MP, temos o inquérito civil público, as recomendações do MP e o compromisso de ajustamento de conduta, que passamos a examinar.

2.3.1 O inquérito civil público

O inquérito civil público, previsto no art. 8º, §1º, da LACP e consolidado pelo art.127 da Constituição Federal de 1988, não é um instrumento indispensável para o exercício da ACP em defesa do meio ambiente, mas, como salienta Machado⁴⁰: “inegavelmente, tem auxiliado na preparação dessa ação perante o Judiciário”.

O inquérito civil é um procedimento administrativo exclusivo do Ministério Público (Federal ou Estadual) e serve, principalmente, como meio de colheita de provas para a eventual propositura de uma ACP. Mesmo não sendo condição para a propositura da ACP, a maior parte das ações civis públicas ambientais tem passado pela fase prévia do inquérito civil⁴¹.

As normas para autuação dos inquéritos civis e demais procedimentos, são tomadas pelos Conselhos Superiores do Ministério Público Federal e dos Estados. O procedimento deve atender aos princípios da publicidade e da informação, salvo interesse de segurança nacional ou sigilo comercial e industrial. Assim, os interessados poderão solicitar cópias dos documentos do inquérito.

O inquérito civil compreende as seguintes fases: instauração, instrução e conclusão. A instauração se dá por meio de portaria ou despacho em requerimento ou representação; a instrução consiste na coleta de provas, ouvida de testemunhas, do lesado, do investigado, da realização de perícia e vistorias, se necessário; e a conclusão consiste no relatório final, com promoção de arquivamento, ou, em caso contrário à propositura da ACP com base no inquérito civil⁴².

Mesmo sendo um importante instrumento na defesa dos interesses coletivos em matéria ambiental colocado à disposição do Ministério Público, é preciso, para que o instrumento atenda aquilo a que se propõe, que o Ministério Público disponha dos recursos necessários, tanto materiais, como pessoais, ou seja, não basta a previsão legal, é preciso o aparelhamento do MP em termos de especialistas, por exemplo, que podem auxiliar na instrução do procedimento. Como salienta Machado⁴³, por exemplo, o Ministério Público Federal conta com um corpo de especialistas, sediado em Brasília, para auxiliar em todo o território nacional na formação das provas e análise destas, atitude importante, mas ainda insuficiente, diante do volume de solicitações.

Cabe frisar que, sendo uma obrigação atribuída pela CF/88 ao MP à tutela do meio ambiente, o arquivamento do inquérito civil e a consequente não propositura da ACP devem ser fortemente justificados. Em caso de dúvida, o MP deve propor a ACP, uma vez que não tem poder de disponibilidade sobre os direitos tutelados. Mazzilli destaca que nem mesmo importa o nome que se dê às investigações do Ministério Público, preparatórias à propositura da ACP:

[...] em todas as hipóteses, a não propositura da ação sujeita-se a controle, ou seja, tanto o arquivamento do inquérito civil quanto de meras peças de informação pelo membro do Ministério Público será objeto de revisão obrigatória pelo Conselho Superior da Instituição.⁴⁴

O art.9º da LACP determina que o arquivamento deve ser examinado pelo Conselho Superior do MP. Machado⁴⁵ frisa que “o espírito de corporação e a política eleitoral interna não devem prevalecer sobre o interesse indisponível, na homologação do arquivamento ou na sua rejeição”. Em caso de rejeição do arquivamento, outro membro do MP será designado para ajuizar a ação. Além disso, o arquivamento do inquérito civil ou seu andamento não são causas que impedem a propositura da ACP pelos demais legitimados.

O inquérito civil também pode ser alvo de controle pelo Poder Judiciário, como frisa Voltaire de Lima Moraes⁴⁶:

[...] sendo o inquérito civil um procedimento administrativo destinado a apurar fatos que reclamam o agir do Ministério Público no desempenho de suas funções constitucionais ou legais, com a prática de atos administrativos, em seu nascimento, desenvolvimento e término, natural que o Poder Judiciário venha a ser chamado a manifestar-se sobre eles quanto a eventuais ilegalidades, abusividades ou constrangimentos que estejam a causar.

Assim, esclarece o referido autor que é possível atacar tais atos praticados no inquérito civil, por meio de mandado de segurança ou *habeas corpus*⁴⁷: “é cabível mandado de segurança toda a vez que os atos praticados no inquérito civil estiverem a macular direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, quer em decorrência de sua ilegalidade, quer por abuso de poder”.

Quanto à possibilidade de impetrar *habeas corpus*, Voltaire de Lima Moraes⁴⁸ afirma que o instrumento é cabível:

[...] quando uma pessoa, a ser ouvida no inquérito civil, esteja sendo cerceada no seu direito de ir, ficar e vir, pois, embora notificada a comparecer perante a autoridade apontada como coatora – o agente do MP -, não o foi na forma da lei, e deixa de comparecer, o que motivou o desencadeamento de atos executórios tendentes a sua condução coercitiva, o que é possível (arts. 26, I, a, da Lei 8625/93 e 8º, I, da Lei complementar 73/93), mas desde que comprovada sua necessidade e realizada de acordo com os ditames legais.

O inquérito civil compreende três fases distintas conforme se depreende da leitura dos artigos 8º e 9º da Lei da ACP: instauração, instrução e conclusão.

A fase inicial, ou seja, a instauração do inquérito civil está a cargo do MP, único legitimado para tanto. No entanto, Abelha⁴⁹ esclarece que o ato inaugural do inquérito civil pode ser expedido de ofício do próprio MP ou aceitar requerimento ou representação de qualquer pessoa do ato objeto da investigação. Para o referido autor⁵⁰, o inquérito civil se inicia quando fonte idônea, digna de atenção, indique a necessidade de atuação do MP para a hipótese apresentada, pouco importando o modo como essa fonte chegou ao MP – notícia de jornal, relatório de CPI, representação de cidadão, etc. – o que importa é existir uma situação fática que demande a atuação do MP⁵¹.

A fase seguinte, instrução, é a fase que diz respeito ao objeto em si do inquérito civil, ou seja, a colheita de provas, razão pela qual os atos praticados em tal fase merecem todo o cuidado por parte do MP⁵². Devem-se observar todas as garantias constitucionais quanto à obtenção das provas por meio do inquérito civil. Como alerta Abelha⁵³: “O caráter inquisitório do IC não permite, nem de raspão, qualquer arremedo de parcialidade na condução de tal procedimento. Em respeito ao interesse público, o IC deve respeito apenas à verdade real”.

Concluído o inquérito civil, o mesmo pode apontar para a propositura da ACP ou para a não propositura, ensejando, assim, o arquivamento do procedi-

mento, de acordo com as exigências já examinadas, como exame pelo Conselho Superior do *parquet*.

O inquérito civil deve atender aos princípios da publicidade e da participação, uma vez que é a base para a propositura de demanda que visa à tutela de direitos coletivos, conforme salienta Abelha⁵⁴:

O objeto do IC é a coleta de elementos de prova para a propositura de demanda civil coletiva. Assim, é certo que todos os atos que serão realizados no inquérito civil, pelo menos imediatamente, são tendentes à formação dessa convicção. A persecução e captação dos elementos fáticos devem atender aos princípios da legalidade e moralidade, não podendo o *parquet* extrapolar poderes e submeter o inquirido a perda ou restrição de direitos.

A participação é de suma importância para garantir a legitimidade do MP no exercício de suas funções. Se a sociedade civil pode atuar na fase de colheita de provas do inquérito civil provendo o MP de elementos para evitar o arquivamento do procedimento, conforme estabelece o art.8º e o art.9º da LACP, não há porque não admitir que exista essa cooperação antes mesmo do controle de arquivamento⁵⁵. Assim, é possível, em razão do princípio da publicidade, o acesso aos autos do inquérito civil, tanto por qualquer dos entes legitimados à propositura da ACP, quanto ao inquirido⁵⁶.

Não há, na legislação, dispositivo sobre a duração do inquérito civil. Contudo, o prazo é algo importante a ser observado pelo MP, uma vez que a finalidade do procedimento é de suma importância, ou seja, a propositura ou não da ACP. Nesse sentido, Abelha⁵⁷ salienta que: “[...] embora o IC não tenha controle de prazos tal como ocorre no instituto similar do processo penal, é certo que seria de bom alvitre que se utilizasse, *de lege ferenda*, dos mesmos prazos que lá são previstos”.

O inquérito civil não é o único instrumento à disposição do MP na defesa do meio ambiente. Assim, nos próximos itens, serão apresentados outros instrumentos utilizados pelo *Parquet*

2.3.2 As recomendações do Ministério Público

As recomendações do MP estão reguladas pela lei orgânica nacional do Ministério Público (Lei 8625/93) e podem ser dirigidas aos órgãos públicos, aos concessionários e permissionários de serviço público estadual ou municipal e às entidades que exerçam outra função delegada do Estado ou do Município, ou executem serviço de relevância pública.

Paulo Afonso Leme Machado⁵⁸ esclarece que as recomendações não têm a mesma natureza das decisões judiciais, mas colocam o recomendado em posição de inegável ciência da ilegalidade de seu procedimento. Uma vez entregue as recomendações e persistindo o recomendado na sua atividade ou obra, está caracterizado seu comportamento doloso, com consequências no campo do Direito Penal⁵⁹.

As recomendações são mais um importante instrumento colocado à disposição do MP na defesa do meio ambiente, uma vez que criam ao recomendado o dever de responder-lhes.

2.3.3 O compromisso de ajustamento de conduta

O compromisso de ajustamento de conduta é um título executivo extrajudicial, por meio do qual um órgão público legitimado toma do causador do dano o compromisso de adequar sua conduta às exigências da lei⁶⁰. Por ser tomado por termo, o compromisso de ajustamento de conduta é usualmente denominado termo de ajustamento de conduta – TAC. Previsto no art.5º, §6º da Lei 7347/85, o TAC surge porque alguém não está no presente, ou não estará no futuro, cumprindo integralmente a legislação ambiental⁶¹.

A grande vantagem do TAC é que ele tem a eficácia de título executivo extrajudicial. Assim, o TAC é um instrumento colocado à disposição das partes interessadas no sentido de agilizar a proteção do meio ambiente, ao evitar a propositura de uma demanda judicial. No entanto, caso este não venha a ser efetivado, resta a possibilidade da execução judicial.

Embora o MP não seja o único legitimado a negociar o TAC, o MP é, sem dúvida, entre os legitimados, o que mais se utiliza desse instrumento. Sendo, inclusive, alvo de inúmeras críticas, como já expostas ao longo da pesquisa. De forma geral, podem tomar o compromisso de ajustamento de conduta os órgãos públicos legitimados à ação civil pública, ou seja, apenas as associações civis estão excluídas. No entanto, Mazzilli⁶² esclarece que estão autorizados a celebrar compromisso de ajustamento as pessoas jurídicas de direito público interno e seus órgãos, não as sociedades civis, nem as fundações privadas, nem os sindicatos, nem as entidades da administração indireta, nem as pessoas jurídicas que tenham regime jurídico próprio de empresas privadas mesmo contando com a participação do Estado.

Cabe salientar que o objeto do termo de ajustamento de conduta são interesses dos quais o órgão público que o toma não é o titular, uma vez que estamos falando de interesses indisponíveis e de natureza transindividual. Se necessário, o TAC poderá ser executado por qualquer dos colegitimados a propor a ação civil pública, justamente em razão da sua natureza indisponível. Nesse sentido, Mazzilli⁶³ afirma que:

Como o objeto do compromisso de ajustamento são interesses transindividuais, dos quais o órgão público que o toma não é o titular, não podendo, pois, transigir sobre direito que não lhe pertencem, sua natureza é de garantia mínima em favor do grupo lesado (não poderia constituir limitação máxima à direitos de terceiros).

Mesmo que o principal objetivo do TAC seja evitar a ação judicial de conhecimento, e portanto, ele se configure em título executivo extrajudicial, o TAC pode ser tomado perante o juiz. Como esclarece Abelha⁶⁴: “Não fosse assim, não se teria falado em “interessado” e nem em “título executivo extra-

judicial”. Entretanto, a intenção não é impeditiva de que o compromisso seja tomado em Juízo, qual seja, perante o juiz.” Assim, o TAC pode ser firmado tanto no decorrer de uma demanda judicial como para evitar a propositura da mesma. Como ensina Paulo Afonso Leme Machado⁶⁵:

O termo de ajustamento de conduta pode ser convencionado antes do ajuizamento da ação, sem intervenção judicial. Neste caso, o ajustamento não transita em julgado, pois não há homologação judicial, e, dessa forma, não impossibilita a qualquer outro legítimo, que não o tenha intervindo no acordo, propor a ação civil pública, sem que para isso tenha que acrescentar provas.

Assim, o TAC pode ser judicial ou extrajudicial. Quando formalizado em representação por qualquer interessado ou por meio de procedimento administrativo instaurado pelo MP ou, ainda, nos autos de inquérito civil público, será extrajudicial. Quando realizado nos autos de um processo, perante o juiz da causa e por este homologado, será judicial⁶⁶.

Segundo Voltaire de Lima Moraes⁶⁷, o TAC possui natureza jurídica de transação atípica:

Trata-se de transação atípica, considerando que a ação civil pública, esteja ela situada no plano constitucional ou no infraconstitucional, traz a marca da indisponibilidade quanto ao seu objeto material, pois os direitos que ela visa a proteger não são patrimoniais de caráter privado, caso em que ela “inadmissível” (art.84 do CC). Sendo assim, as concessões do Ministério Público, quanto aos aspectos circunstanciais do litígio, v.g., tempo em que deve o infrator ajustar-se às disposições legais ou forma de cumprimento destas disposições, circunstâncias que levam à conclusão de que o compromisso de ajustamento constitui uma transação atípica.

Não resta dúvida, do ponto de vista da tutela do meio ambiente, de que o TAC é mais um instrumento que vem somar na luta pela garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado e pela sadia qualidade de vida, conforme disposto no texto constitucional. Contudo, o MP deve dedicar maior atenção ao uso de tão importante instrumento, não só pela natureza do interesse tutelado que está em jogo, mas também para que o instrumento não caia em total descrédito.

Ainda não há, por parte do MP, um controle efetivo com relação ao número de compromissos de ajustamento de conduta levados a termo, nem quanto ao número dos que efetivamente atenderam ao que ficou estabelecido, bem como ao número de compromissos que foram levados à execução. Esses dados deveriam ser disponibilizados de forma clara à sociedade, não só para atender aos princípios da informação e da publicidade, mas também para que, por meio do controle estatístico de tais dados, o TAC fosse avaliado de forma isenta, ou seja, o TAC atende a finalidade que deveria atender – a tutela do meio ambiente?

2.4 O Fundo de Defesa dos Interesses Difusos e Coletivos

Outra inovação colocada pela LACP diz respeito ao Fundo de Defesa dos Interesses Difusos e Coletivos, estabelecido no art.13 da lei e que prevê que, havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

O dispositivo do artigo 13 da LACP foi criado visando a evitar que o dinheiro arrecado nas condenações ficasse disperso nos diversos órgãos públicos e que tivesse uma destinação desconexa com o dano causado, como salienta Abellha⁶⁸:

[...] o fundo deve ser visto como um importantíssimo instrumento de conservação das verbas oriundas das condenações difusas. Num País escandalosamente corrupto, formado por uma administração pública atavicamente manchada pela pecha da imoralidade, verifica-se que o fundo do artigo 13 é um excelente mecanismo para tornar mais difícil a manipulação inidônea das verbas públicas e ao mesmo tempo, permitir que a população possa cobrar e exigir que as verbas oriundas das condenações difusas tenham destinação transparente e vinculada à recuperação do dano difuso tutelado por intermédio dos instrumentos de jurisdição coletiva.

Assim, o próprio bem lesado deve ser o objeto da reparação. Caso não seja possível a reparação direta do bem lesado, o dinheiro da condenação poderá ser utilizado para preservar ou restaurar outros bens pertinentes. Apesar da LACP ter estabelecido um mecanismo interessante para enfrentar a questão da destinação do produto da condenação de interesses difusos e coletivos – o Fundo de Defesa dos Interesses Difusos e Coletivos – tal mecanismo tem sido alvo de diversas críticas, como aponta Mazzilli⁶⁹:

As maiores críticas ao sistema brasileiro que instituiu o fundo para reparação de direitos difusos lesados centralizam-se, a nosso ver, em dois pontos. De um lado, sustentam alguns a necessidade de ampliar as finalidades de utilização de seus recursos, como para custear perícias em matérias ambientais ou conexas; de outro, o Poder executivo tem criado conselhos gestores excessivamente centralizadores, de composição muito numerosa e atuação burocrática, o que tem dificultado seu funcionamento e a própria utilização dos recursos obtidos.

Cabe salientar que embora o objetivo inicial do fundo estabelecido no art.13 da LACP consista em criar recursos para a reconstituição dos bens lesados, tal objetivo foi ampliado em razão de inúmeras alterações legislativas de tal forma que, hoje, pode ser usado para recuperação de bens, promoção de eventos educativos e científicos, edição de material informativo relacionado com a lesão, bem como modernização administrativa dos órgãos públicos responsáveis pela

execução da política relacionada com a defesa do interesse envolvido, conforme dispõe o art. 1º, §3º, da Lei 9008/95⁷⁰.

No entanto, mesmo havendo certa flexibilidade, os recursos do fundo devem ser utilizados sempre levando em consideração finalidade compatível com a sua origem.

3 ÊXITOS E FRACASSOS DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A ideia deste capítulo é introduzir o leitor no universo da ACP. Para tanto, é apresentada uma descrição dos principais aspectos relativos à ACP a partir do que estabelece a Lei 7347/85 – LACP – e demais instrumentos legais pertinentes, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor - CDC.

Quase 25 anos após a edição da LACP, inúmeros foram os êxitos e fracassos que acompanharam a sua trajetória. Antes da edição da Lei 7347/85, não havia mecanismo processual específico para a tutela de interesses difusos e coletivos, de tal forma que a edição da lei foi decisiva para a tutela de tais interesses, sobretudo em matéria ambiental, até porque a origem da lei está ligada à proteção ambiental. Uma das primeiras ACPs propostas após a edição da LACP diz respeito à situação de Cubatão, município industrial da Grande São Paulo, amplamente conhecido em razão dos problemas ambientais causados pela poluição excessiva e o descaso com o meio ambiente.

A ACP, como destaca Mosmann⁷¹:

[...] é de natureza eminentemente processual. Assim, não cria direito ao meio ambiente equilibrado, posto esse ser reconhecido à coletividade por meio de normas destinadas à tutela ambiental. O espaço em que a lei inova, portanto, está em oferecer um novo instrumento para a tutela de direitos antes já reconhecidos à coletividade, e que foram afirmados pela atual Constituição Federal.

No entanto, o fato da edição de um instrumento específico para a tutela dos interesses difusos e coletivos, por si só não significa que tais interesses estejam amplamente atendidos a partir da edição da lei. Para que a LACP realmente venha a atender ao que se propõe – a tutela dos interesses difusos e coletivos – e, assim, contribua para o acesso à justiça, para o fortalecimento da democracia e da cidadania, é preciso que a ACP deixe de ser um instrumento utilizado apenas pelo MP e passe a ser amplamente utilizado pela sociedade civil; afinal os problemas de desrespeito aos interesses difusos e coletivos são ainda inúmeros no Brasil, não só na área ambiental, mas também nas áreas do consumidor, saúde, entre outros.

A lei garante legitimidade às associações civis para a propositura da ACP, mas, na prática, o MP ainda é o órgão que concentra a propositura de tais demandas. O fato do MP concentrar a propositura de ACPs demonstra que ainda há pouca mobilização da sociedade na defesa dos interesses difusos e coletivos.

Essa ausência de mobilização muitas vezes se dá não só por ausência de uma cultura de defesa de tais interesses, mas, sobretudo pela falta de recursos para a propositura de uma demanda judicial que, na maioria dos casos, irá tramitar por um longo período de tempo, o que demanda recursos materiais e pessoais. No Brasil, são poucas as organizações civis que contam com um quadro profissional fixo. A maior parte do trabalho é realizada por voluntários, e, nem sempre, as associações contam com profissionais da área jurídica, o que contribui sobremaneira para a dificuldade de acesso ao judiciário por meio da propositura de ACPs. Assim, o MP acaba sendo a única alternativa na hora de ajuizamento de uma demanda. Afinal, além de ser o ente legitimado para exercer a defesa de tais interesses em juízo, o MP conta com toda uma série de recursos materiais e pessoais que as associações, em sua maioria, não possuem.

Contudo, alguns problemas têm sido apontados em razão dessa prerrogativa quase que “natural” que o MP possui com relação ao ajuizamento da ACP. Um deles é a possibilidade de celebração do compromisso de ajustamento de conduta. Conforme já apresentado em item específico, o TAC é um importante instrumento colocado à disposição do MP na defesa do meio ambiente. Obviamente que a possibilidade de se evitar uma demanda judicial e, ao mesmo tempo, resolver de forma imediata uma situação que levaria anos para ser resolvida, parece sem dúvida algo extremamente positivo. A importância de um instrumento como este é inegável, assim como é inegável a importância da edição da LACP. No entanto, o TAC vem sendo utilizado como um instrumento para legalizar a “teoria do fato consumado”, ao invés de buscar a efetiva proteção do meio ambiente. Como demonstrado por meio dos exemplos citados ao longo da pesquisa, a teoria do fato consumado passou a ser um argumento amplamente utilizado pelos “poluidores” e aceito pelos operadores jurídicos, ou seja, mesmo quando a legislação ambiental é evidentemente desrespeitada, o argumento de que não é possível reverter a situação ao *statu quo ante* acaba convalidando esse desrespeito, mesmo que flagrante.

Com relação à proteção da zona costeira, os fatos corroboram a “teoria do fato consumado”, sobretudo em razão do alto índice de ocupação humana e conseqüentemente da super exploração desse espaço. Apesar de a legislação brasileira oferecer um aparato considerável de instrumentos normativos que podem e devem ser utilizados para preservar o que ainda não foi destruído da nossa zona costeira, a realidade é que a zona costeira brasileira continua sendo alvo de uma exploração desordenada e desenfreada, que desconsidera não apenas os dispositivos legais, mas também qualquer noção de “desenvolvimento” que leve em conta parâmetros de sustentabilidade. O caso apresentado nesta pesquisa – mineração de conchas calcárias na Barra do Camacho/SC – é um entre tantos outros que ocorrem na costa brasileira. Casos que vão desde a pesca predatória até a ocupação imobiliária de forma desordenada.

Ainda que o cenário de destruição a que está sujeita a zona costeira aponte para um futuro cada vez mais perigoso, a possibilidade da sociedade civil contar com um instrumento como a ACP para a defesa de interesses difusos e

coletivos, como o meio ambiente costeiro, representa uma esperança de frear essa destruição massiva e preservar o que ainda resta de natureza e conhecimentos tradicionais das populações caiçaras. A zona costeira, além de ser um ecossistema relevante do ponto de vista ecológico, também é um espaço que abriga diversas populações tradicionais, que cada vez mais são privadas do seu espaço geográfico em razão da especulação imobiliária.

Foram levantadas ao longo da pesquisa inúmeras situações que demonstram a fragilidade do ecossistema costeiro, tanto é, que o próprio ordenamento constitucional elevou a zona costeira à condição de patrimônio nacional (art.225, §4º, CF/88) sujeito, portanto a um regime de proteção ambiental diferenciado. O que, em realidade, refletiu muito pouco na diminuição da exploração direcionada a esse frágil ecossistema. Por isso, contar com um instrumento como o disponibilizado por meio da LACP para a defesa do meio ambiente é de suma importância. Os obstáculos existentes com relação à utilização da LACP para a defesa do meio ambiente não podem se tornar intransponíveis. Se a Lei surgiu de uma demanda real, ou seja, suprir a ausência de um instrumento processual de tutela coletiva, é preciso que esse sentido original seja resgatado e que o instrumento da ACP seja cada vez mais difundido como peça essencial para garantir o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a sadia qualidade de vida. Com isso, não queremos disseminar o uso “temerário” de demandas judiciais, como apontado por alguns juristas, mas sim fazer com que a LACP fortaleça o sentimento de cidadania, participação e cumplicidade com a preservação de todas as formas de vida.

Para além dos êxitos e dos fracassos verificados ao longo da existência da LACP, o que importa é garantir que ela atenda ao objetivo ao qual se propõe: a defesa dos interesses difusos e coletivos, sobretudo em matéria ambiental. Como frisa Voltaire de Lima Moraes⁷², a ACP inaugurou uma nova fase no direito processual brasileiro:

[...] em primeiro lugar, porque estabeleceu um marco histórico entre o fim de uma era, de tutela em juízo feita somente em relação aos interesses e direitos subjetivos, portanto sem alcance metaindividual; em segundo lugar, porque abriu a porta, de forma efetiva, para um novo tempo, de proteção de interesses difusos e coletivos.

A ACP, nas palavras do referido autor, fomenta o exercício da cidadania⁷³. Mesmo que a utilização da ACP pela sociedade civil ainda não seja expressiva, há, sem dúvida, um aumento do número de demandas propostas pelas organizações da sociedade civil. É possível citar alguns casos, que, apesar de exemplificativos, podem ser considerados paradigmáticos no uso da ACP em defesa do meio ambiente. São situações recentes, mas que demonstram o papel que a sociedade civil pode realizar em defesa do meio ambiente ao dispor de um instrumento tão poderoso como a ACP.

O primeiro caso tornou-se paradigmático ao ser tombado pelo patrimônio histórico do Tribunal Regional Federal – TRF - da 4ª Região em razão da relevância do objeto tutelado. Trata-se de uma ACP proposta por entidade da

sociedade civil, o Instituto Sea Shepherd Brasil, em razão da pesca predatória realizada no litoral do Rio Grande do Sul por empresa pesqueira do Estado de Santa Catarina. A ACP (Ação Civil Pública nº 2006.71.00.016888-4/RS) tramitou perante a Justiça Federal do Rio Grande do Sul que reconheceu os pedidos da entidade autora e condenou a empresa demandada por dano ambiental em razão da pesca predatória. O TRF manteve a decisão de primeira instância e de forma inédita tombou os autos da ação, em razão da sua relevância para a sociedade, pois, pela primeira vez, houve a condenação em dano ambiental por prática de pesca predatória.

O segundo caso trata de ACP em andamento (Ação Civil Pública nº 2009.71.00.003729-8/RS) ajuizada na Justiça Federal do Rio Grande do Sul, pelo Instituto Gaúcho de Estudos Ambientais – Ingá - em razão de empreendimento imobiliário a ser realizado no município litorâneo de Xangri-lá por uma incorporadora imobiliária. Nesse segundo exemplo, apesar de a ACP estar em andamento, foi concedida liminar em favor da entidade autora. A relevância da ação reside no fato de demonstrar o quão fundamental pode ser o papel da sociedade civil contra a avalanche imobiliária que assola a zona costeira. O MP, apesar de contar com um considerável aparato para a propositura de tais demandas, não tem como estar presente em todas as situações.

Por fim, vale citar outra demanda de extrema importância levada ao conhecimento do Judiciário por meio de associação da sociedade civil: o caso da fosfateira de Anitápolis em Santa Catarina. Trata-se de ACP (Ação Civil Pública nº 2009.7200006092-4/SC) interposta na Justiça Federal de Santa Catarina, pela ONG Montanha Viva, contra um megaempreendimento que pretende instalar uma unidade industrial para a prospecção de fosfato no município de Anitápolis, no estado de Santa Catarina. O empreendimento tem grande impacto ambiental e irá atingir áreas importantes do ponto de vista ecológico em mais de vinte municípios do estado de Santa Catarina, abrangendo áreas de preservação permanente, unidades de conservação e zona costeira. A ACP esta em andamento, mas é alvo de constantes debates em razão dos impactos que serão causados caso o empreendimento venha a ser realizado. De qualquer forma, mesmo que a ação esteja apenas na fase inicial, o fato de ter sido proposta por entidade civil reforça o sentimento de cidadania que a LACP propicia, uma vez que, a partir do ajuizamento da demanda, o debate com relação à realização (ou não) do empreendimento foi fomentado, permitindo uma maior participação da população atingida e da sociedade de forma geral, bem como uma maior publicidade dos investimentos trazidos para o estado, além de fomentar o debate sobre a “sustentabilidade” de investimentos de tal porte.

4 CONCLUSÕES

Vive a questão ambiental diante de uma realidade completamente distinta de qualquer outra quando se aborda a vulnerabilidade da natureza

provocada pela intervenção humana, demonstrando, paradoxalmente, a vulnerabilidade do próprio homem. A pesquisa priorizando, a partir do enfoque jurídico-constitucional brasileiro, buscou caracterizar a existência da defesa de um direito fundamental à vida alicerçado no princípio da dignidade, observado sob a ótica da vida e não somente sob o viés da proteção da dignidade da pessoa humana. A partir dessa perspectiva, foi possível determinar, decorrente das argumentações construídas e sustentadas no presente trabalho, a realidade de um dever fundamental de proteção do ambiente na Constituição Federal de 1988.

O objetivo dessa reflexão passou longe de esgotar o tema com relação à ação civil pública – ACP - e a edição da Lei 7347/85, Lei da Ação Civil Pública – LACP. Muito ainda tem de se analisar e (re)pensar acerca do objeto, dos legitimados ativos, da forma de participação cidadã. Como salientado, o objetivo foi trazer o tema à baila, em razão da sua pertinência com o objeto desta pesquisa que partiu de uma ACP: o estudo de caso apresentado teve como base a ACP nº 2003720700728-1/SC, proposta pelo MPF em face da CYSY Mineradora, FATMA, IBAMA e DNPM. Assim, conclui-se que a ACP é um importante instrumento processual colocado à disposição da sociedade para a tutela do meio ambiente e para o exercício pleno da cidadania.

REFERÊNCIAS

- ABELHA, Marcelo. **Ação civil pública e meio ambiente**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.
- ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza. **O princípio do poluidor pagador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2007.
- FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e a proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. São Paulo: Editora UNESP, 1991.
- GOLDBLATT, David. In: ANDRÉ, Ana Maria (Trad.). **Teoria social e ambiente**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.
- GOMES, Carla Amado, O ambiente como objecto e os objectos do direito do ambiente in **Revista Jurídica do Urbanismo e Ambiente**, n. 11/12, 1999.
- LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade de Risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Meio Ambiente: direito e dever fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.
- MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito Ambiental: proibição de retrocesso**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MORAES, Voltaire de Lima. **Ação Civil Pública: alcance e limites da atividade jurisdicional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- PRIEUR, Michel. **Droit de l'environnement**. Paris: Dalloz, 2004.
- SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. **O Direito ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- ZSÖGÖN, Silvia Jaquenod de. **Derecho Ambiental**. Madrid: Dykinson, 2004.

-
- 1 PRIEUR, Michel. **Droit de l'environnement**. Paris: Dalloz, 2004, p. 1.
 - 2 ZSÖGÖN, Silvia Jaquenod de. **Derecho Ambiental**. Madrid: Dykinson, 2004.
 - 3 GOMES, Carla Amado, O ambiente como objecto e os objectos do direito do ambiente. In **Revista Jurídica do Urbanismo e Ambiente**, n. 11/12, 1999. A referida autora portuguesa aponta para o paradoxo da relação homem/natureza, pois somente a partir de uma tomada global de consciência ecológica é que será possível refrear a destruição do planeta. Fato que é incontestável, contudo, mister registrar que se não se revisitar o modo de exploração econômica, de desenvolvimento e de consumo, talvez o a tomada de consciência chegue tarde demais. Aqui se recolhe a lição de Gomes (1999, p. 43): “[...] enaltecer uma realidade que ganha contornos crescentemente preocupantes para a Humanidade, trata-se, ao fim e ao cabo, de convocar as consciências ecológicas para a necessidade de contrariar a tendência destrutiva da ação humana sobre o ambiente”.
 - 4 TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. **O Direito ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. O autor adverte que foi essa situação de imprevisibilidade das catástrofes ecológicas, já alertadas por Prieur em sua obra (PRIEUR, Michel. **Droit de l'environnement**. Paris: Dalloz, 2004), que se elevou um grito de alerta para os limites de crescimento, haja vista o desenvolvimento desenfreado estar levando a um esgotamento dos recursos naturais. Teixeira sustenta que essas circunstâncias “criaram na consciência dos legisladores a necessidade de impor limites e de criar a obrigação de poupar os recursos para as gerações futuras”. No caso da pesquisa em tela, sempre há como se questionar a legitimidade e a efetividade da legislação ambiental. A título exemplificativo pode-se destacar a situação dos zoológicos no Brasil (Lei n.º 7.173/83), norma caracteristicamente antropocêntrica que se preocupa muito mais com o zelo pelo animal humano do que pelo animal não-humano, possuindo pouca ou nenhuma consciência ecológica.
 - 5 ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza. **O princípio do poluidor pagador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. A autora coimbrã esclarece e, aqui se recolhe a sua lição, que “A verdadeira percepção das características, perfeitamente terrenas, dos bens ambientais verificou-se apenas a partir de meados do século XX. Foi precisamente nesta altura, quando a sobre-exploração dos recursos ambientais se começou a fazer sentir como uma ameaça séria para a Economia, para o Homem e para a própria Natureza, que se tornou evidente a necessidade de adoptar medidas públicas dirigidas ao controlo da degradação ao ambiente e, particularmente, ao controlo da poluição”.

- 6 A simples observação das atuais “*merchandising*” dos grandes bancos multinacionais que atuam no país volta-se para destacar ações de ecologia social, ecologia ambiental e de desenvolvimento sustentável, além das já defendidas atividades de ecologia cultural em cada região específica.
- 7 Giddens (1991, p. 42-43) preocupado em delimitar o conceito de risco estabelece a diferença entre risco e perigo, afirmando que em que pese estarem intimamente relacionados não são a mesma coisa: “a diferença não reside em se um indivíduo pesa ou não conscientemente as alternativas ao contemplar ou assumir uma linha de ação específica. O que o risco pressupõe é precisamente o perigo (não necessariamente a consciência do perigo). Uma pessoa que arrisca algo corteja o perigo, onde o perigo é compreendido como uma ameaça aos resultados desejados. Qualquer um que assume um ‘risco calculado’ está consciente da ameaça ou ameaças que uma linha de ação específica pode por em jogo. Mas é certamente possível assumir ações ou estar sujeito a situações que são inerentemente arriscadas sem que os indivíduos envolvidos estejam conscientes do quanto estão se arriscando. Em outras palavras, eles estão inconscientes do perigo que correm”. Com relação à temática ambiental cumpre observar a ponderação de Giddens no que tange a individualidade e a coletividade e o risco, segundo o autor: “o risco não é apenas uma questão de ação individual. Existem ‘ambientes de risco’ que afetam coletivamente grandes massas de indivíduos – em certas instancias, potencialmente todos sobre a Terra, como no caso de risco de desastre ecológico ou guerra nuclear [...]”.
- 8 GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. São Paulo: Editora UNESP, 1991.
- 9 É sempre relevante salientar de que ambiente estamos nos referindo e de que civilização desenvolvida os autores, como os referidos, apontam como justamente vínculo preocupação com o ambiente, pois, é notório que muitas populações antigas primaram pela proteção do meio em sua cultura como forma de manter sua própria história.
- 10 LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade de Risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. Em obra de referência sobre a temática, Leite e Ayala (2002, p. 103) afirmam que: “A sociedade capitalista e o modelo de exploração capitalista dos recursos naturais economicamente apreciáveis se organizam em torno das práticas e comportamentos potencialmente produtores de situações de risco. Esse modelo de organização econômica, política e social submete e expõe o ambiente, progressiva e constantemente, ao risco”.
- 11 GOLDBLATT, David. In: ANDRÉ, Ana Maria (Trad.). **Teoria social e ambiente**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.
- 12 GIDDENS, op. cit.
- 13 GOLDBLATT, op. cit.
- 14 TEIXEIRA, op. cit.
- 15 MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito Ambiental: proibição de retrocesso**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- 16 Na doutrina nacional ver, para além dos já anunciados, MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito Ambiental: proibição de retrocesso**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007 e FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e a proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- 17 SILVA, op. cit., p.36.
- 18 Entre os doutrinadores nacionais podemos citar, dentre outros, P. Bonavides, I. W. Sarlet e J. A. da Silva. Na doutrina estrangeira salientamos, como exemplo, J. J. G. Canotilho, J. Miranda e J. C. Vieira de Andrade
- 19 Os Tribunais brasileiros já têm respondido a demandas de caráter ambiental, por intermédio das quais a sociedade busca a proteção do meio ambiente, como exemplo, podemos citar uma decisão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região: “As praias são bens públicos e devem ser preservados para uso comum do povo. Todo e qualquer ato causador de degradação ao meio ambiente estará sujeito à intervenção e controle do Poder Público tal como assegura a CF em vigor (art. 225). As construções de bares sem as mínimas condições higiênicas, em plena orla marítima não só prejudicam o bem-estar da coletividade quando degradam o meio ambiente. Padecem de nulidade os atos praticados pela Prefeitura do Município, que permitiu a edificação dos referidos bares em terrenos de marinha, pertencentes à União Federal, sem autorização legal. (TRF 5ª R. – REO AC 26.101 – PE – 3ª T. – Rel. Juiz José Maria Lucena – DJU 10.03.1995).
- 20 MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Meio Ambiente: direito e dever fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 109-152.
- 21 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 5.
- 22 MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 373.
- 23 ABELHA, Marcelo. **Ação civil pública e meio ambiente**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 15.

- 24 Ibid., p.15.
- 25 MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 132.
- 26 ABELHA, op. cit., p. 18.
- 27 MACHADO, op. cit., p. 381.
- 28 ABELHA, op. cit., p. 21.
- 29 Ibid., p. 21.
- 30 MAZZILLI, op. cit., p. 58.
- 31 Fonte: MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 58.
- 32 Ibid., p. 58.
- 33 Ibid., p. 58.
- 34 Ibid., p.58.
- 35 LEITE, op. cit., p. 44.
- 36 Disponível em: <http://www.stj.gov.br>
- 37 MACHADO, op. cit., p. 381.
- 38 MAZZILLI, op. cit., p. 157.
- 39 Ibid., p. 158.
- 40 MACHADO, op. cit., p. 375.
- 41 Ibid., p. 376.
- 42 MAZZILLI, op. cit., p. 452.
- 43 MACHADO, op. cit., p. 376.
- 44 MAZZILLI, op. cit., p. 448.
- 45 MACHADO, op. cit., p. 377.
- 46 MORAES, Voltaire de Lima. **Ação Civil Pública: alcance e limites da atividade jurisdicional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 47.
- 47 Ibid., p. 47.
- 48 Ibid., p. 48.
- 49 ABELHA, op. cit., p. 129.
- 50 Ibid., p. 129.
- 51 Ibid., p. 129.
- 52 Ibid., p. 130.
- 53 Ibid., p. 131.
- 54 Ibid., p. 120.
- 55 Ibid., p. 132.
- 56 Ibid., p. 132.
- 57 Ibid., p. 133.
- 58 MACHADO, op. cit., p. 378.
- 59 Ibid., p. 378.
- 60 MAZZILLI, op. cit., p. 407.
- 61 MACHADO, op. cit., p. 378.
- 62 MAZZILLI, op. cit., p. 404.
- 63 Ibid., p. 409.
- 64 MACHADO, op. cit., p. 100.
- 65 Ibid., p. 380.
- 66 MORAES, op. cit., p. 50.
- 67 Ibid., p. 50.
- 68 ABELHA, op. cit., p. 339.
- 69 MAZZILLI, op. cit., p. 528.
- 70 Ibid., p. 531.
- 71 (2008, p. 19)
- 72 MORAES, op. cit., p. 62.
- 73 Ibid., p. 61.

PUBLIC CIVIL ACTION: AN EFFECTIVE PROCEDURAL MECHANISM FOR ENVIRONMENTAL PROTECTION

ABSTRACT

This article seeks to critically analyse the effectiveness of procedural means for environmental protection through Public Civil Action. The reflection requires thinking of the environment as both a fundamental right and a fundamental duty and analysing the possibilities of this procedural instrument through an actual, concrete case, that of calcareous shells mining in Barra do Camacho/SC.

Keywords: Fundamental right and duty. Environment Protection. Public Civil Action.

CONFIGURAÇÃO DEMOCRÁTICA PARTICIPATIVA

Geisla Aparecida Van Haandel Mendes*

Ubirajara Carlos Mendes**

Introdução. 1. Participação democrática, cidadania e desigualdade social. 2. Educação democrática para o exercício da cidadania. 3. Exercício da cidadania como base para busca e defesa dos direitos fundamentais. 4. Ampliação do debate democrático no âmbito do Judiciário – possibilidades. Considerações finais. Referências.

RESUMO

O presente estudo pretende examinar, ainda que em breves linhas, a conformação participativa prevista pelo ideal democrático insculpido no texto constitucional e, nesse sentido, discutir as possibilidades reais de participação popular nos anseios e nas questões importantes de nosso país, partindo da premissa de que as imensas desigualdades sociais existentes no Brasil promovem também uma grande desigualdade de consciência cívica e política e, por conseguinte, um déficit de participação cidadã. Buscaremos examinar pensamentos alusivos ao exercício da cidadania e da participação democrática efetiva da população, com vistas à ampliação do debate democrático, inclusive no âmbito do Judiciário, tendo como horizonte a efetividade do ideal constitucional emancipador de concretização dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Democracia. Cidadania. Desigualdade. Direitos Fundamentais. Judiciário.

* Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia das Faculdades Integradas do Brasil – UNIBRASIL. Especialista em Direitos Humanos pela Universidad Pablo de Olavide Sevilha – ES. Especialista em Direito do Trabalho pela Faculdades Integradas do Brasil – UNIBRASIL e Escola da Magistratura do Trabalho – EMATRA IX. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Constitucional das Faculdades Integradas do Brasil – NUPECONST. Advogada. Email: geislaahaandel@hotmail.com

** Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pela Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil. Especialista em Direitos Humanos pela Universidad Pablo de Olavide Sevilha – ES. Aperfeiçoamento em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC SP. Professor da Graduação em Direito da Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG. Integrante do grupo de pesquisa Trabalho e Regulação no Estado Constitucional das Faculdades Integradas do Brasil – GP TREC. Desembargador Federal do Trabalho do TRT da 9ª Região. Email: ubirajaramendes@trt9.jus.br

INTRODUÇÃO

Um Estado Democrático de Direito pressupõe a participação efetiva da sociedade em seus desígnios, nos termos de um regime democrático baseado no princípio fundamental constitucional da soberania popular, fundamento da República Federativa do Brasil, proclamado pela Constituição Federal de 1988 em seus artigos 1º e 2º, que exaltam expressamente a soberania, a cidadania e a dignidade humana¹.

Democracias constitucionais caracterizadas pela positivação de uma Constituição longa e densa compreendem, além das regras inerentes à organização política-estrutural do Estado, também um extenso catálogo de direitos fundamentais, cujas normas, dotadas de rigidez, ressaltam a proteção e garantia a tais direitos. Nesse sentido, os direitos fundamentais estabelecidos em uma Constituição rígida funcionam como limites materiais à deliberação democrática. É o Constitucionalismo que garante o devido funcionamento da democracia, ao assegurar a proteção aos direitos fundamentais e estabelecer as regras a serem seguidas na estrutura organizacional do Estado pelos Poderes constituídos, incumbindo ao Judiciário o dever de zelar pela proteção e observância dos preceitos e valores constitucionais.

A participação popular nos ditames do país nos termos de um regime democrático insculpido no princípio fundamental constitucional da soberania popular se apresenta como ideal de democracia e, nesse sentido, também pode pensar em uma configuração democrática participativa no âmbito do Poder Judiciário, em que se possa promover uma ampliação do debate democrático quando do exame de questões constitucionais importantes para toda a população brasileira, sobretudo no controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Constitucional, pautado pela proteção e efetividade dos direitos fundamentais nos termos previstos pela Constituição Federal.

Diversos instrumentos podem ser utilizados, como a realização de audiências públicas ou por meio do exercício do direito de petição, que podem ser referenciados como veículos de ampliação do debate democrático. Tais instrumentos, além de serem utilizados no âmbito da administração pública, também, podem ser articulados como veículos de democratização na tutela jurisdicional, quando o Judiciário, em assuntos de relevante interesse jurídico e social, traz a sociedade ao debate, levando até o mundo dos autos e do direito as complexidades relacionais e multifacetárias da realidade plural em que vivemos e da qual participamos.

Porém, o que se quer perquirir por meio do presente estudo relaciona-se com o ideal democrático e as possibilidades reais de participação popular nos anseios e nas questões importantes de nosso país, de que modo essa participação pode se dar de forma efetiva e, nesse sentido, se possuímos maturidade democrática para tanto, partindo da premissa de que as imensas desigualdades sociais existentes no Brasil promovem também uma grande desigualdade de

consciência cívica e política e, por conseguinte, um *déficit* de participação cidadã. Buscaremos discutir, ainda que em breves linhas, pensamentos alusivos ao exercício da cidadania e da participação democrática efetiva da população, com vistas à ampliação do debate democrático, inclusive no âmbito do Judiciário, bem como da tomada do espaço público, sobretudo, da busca de efetividade do ideal constitucional emancipador de concretização dos direitos fundamentais.

1 PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA, CIDADANIA E DESIGUALDADE SOCIAL

Por democracia, José Afonso da Silva compreende “o meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana”², e, nesse sentido, envolvem não somente o regime político e a estrutura organizacional do Estado, mas toda a história e os movimentos sociais que a circundam, de modo que “a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e da garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história”³.

Trata-se de movimento contínuo, de constante transformação e sujeito ao conflito, de construção de autonomia e de distribuição democrática do poder, o próprio conceito de democracia, de definição muito densa, como poder que emana do povo, apresenta-se como um método de construção de vínculos sociais, sobretudo, de consensos sociais.

A sedimentação do Estado Democrático de Direito pressupõe a importância da promoção do debate democrático na formação desse vínculo social, “o princípio democrático exprime fundamentalmente a exigência da integral participação de todos e de cada uma das pessoas na vida política do país”⁴, o que demonstra que a construção da democracia é um processo de luta constante com objetivo emancipador, do contrário, não será democracia.

Segundo Gilmar Mendes, considera-se democrático “aquele Estado de direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também, e sobretudo, dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos”⁵. O grande desafio que se apresenta às democracias contemporâneas, dentre elas a democracia brasileira, corresponde à sua manutenção e desenvolvimento em face de uma realidade que coloca o mercado como ponto central de todas as relações sociais e ao qual toda a sociedade se encontra subordinada. Tal circunstância põe em dúvida a legitimidade, a credibilidade e a continuidade do sistema democrático⁶, na medida em que fomenta uma cultura de subordinação ao mercado e às suas relações econômicas, políticas e sociais, não permitindo a construção de uma cultura política participativa. Nesse contexto, a desigualdade social⁷ ocupa papel primordial na não integração dos atores sociais em uma democracia efetivamente substancial,

de participação ativa e consciência de sua valia e importância no processo de desenvolvimento democrático.

A sociedade contemporânea tem colocado o mercado como centro principal de todas as ações, pois sobreviver é preciso, e, para pessoas que vivem no limite entre a pobreza e a miséria extrema, mais do que pensar em processos coletivos de desenvolvimento social e de consciência cívica e política coletiva, sua realidade exige um esforço grandioso para a manutenção de condições básicas de subsistência, associados ao enfrentamento de todo tipo de dificuldade de acesso a serviços sociais de primeira necessidade. Nesse sentido, Charlise Colet e Viviane Coitinho propõem o seguinte questionamento: “como pensar a democracia contemporânea sob a primazia de uma sociedade de mercado capitalista?”⁸, e, nesse sentido, “é possível uma efetiva participação dos atores sociais considerados excluídos, ou incapazes de fazer frente ao processo complexo de articulação nos espaços nacional ou transnacional”⁹.

Segundo Jessé Souza, diante da ideologia do mérito imposta em uma sociedade de mercado capitalista, a forma como a sociedade brasileira percebe, hoje em dia, seus problemas sociais e políticos é “colonizada” por uma visão “economicista” e redutoramente quantitativa da realidade social, pois tende a reduzir todos os problemas sociais e políticos à lógica da acumulação econômica¹⁰. Nesse contexto, as condições econômicas é que trazem valor, respeito e dignidade à pessoa, o que implica na consideração de que são úteis e produtivas diante da sociedade e, por conseguinte, também irão assegurar na prática os direitos e o respeito formal da cidadania¹¹ quando atingido esse ideal de capacidade econômica de consumo.

Em face da estrutura econômica capitalista pautada, como acima referido, na meritocracia, a capacidade produtiva delimita, infelizmente para a maior parte da população brasileira, a condição de cidadão, segundo Marcello Baquero, “a cidadania não significou a completa integração da massa de trabalhadores ao regime salarial estável, em que a pobreza se constitui num fenômeno estrutural de massa e não numa questão residual ou emergente”¹².

Conforme adverte Marcos Augusto Maliska, sempre foram grandes as dificuldades em se implementar formas democráticas de participação social nos contextos latino-americanos que fossem capazes de assegurar materialmente o exercício da cidadania, “as consequências desse modelo são vistas até hoje, pois a exclusão e a marginalização de parte considerável da sociedade são características de todos os países da região.”¹³ Sublinha, ainda, que ao atraso econômico e ao atraso social ainda se soma a dependência econômica ao mercado mundial e, por consequência, redundando no atraso de desenvolvimento da cultura política¹⁴.

A pobreza reflete a dificuldade de integração em todos os níveis sociais tornando mais difícil o caminho do desenvolvimento de uma cultura de participação política. Segundo Jessé Souza, “por ironia da ‘lógica do mundo’ moderno, é necessário já ser reconhecido e tratado como indivíduo portador de

direitos para, de fato, conseguir exigir direitos e mudanças”¹⁵, nesse contexto de desigualdade social em que ser reconhecido como cidadão, sujeito de direitos, é o primeiro obstáculo a ser transposto, “uma pessoa que se habituou a não ser tratada como cidadã, muitas vezes, não sabe como exigir benefícios que, apesar de lhe serem garantidos em lei, exigiriam planejamento de ações, disciplina e autocontrole que ela não tem.”¹⁶.

O ideário democrático de nossa Constituição traz consigo a promessa de mudanças de paradigmas, retomando a centralidade ao homem, cidadão e sujeito de direitos, verdadeiro centro do ordenamento e das ações a serem promovidas pelo Estado. Subjaz a necessidade de o Estado redescobrir sua relação com a sociedade, considerada em um contexto político mais amplo, reconciliando democracia e direitos fundamentais, na medida em que o reconhecimento das necessidades sociais e a busca de sua superação por meio de ações concretas podem possibilitar a reaproximação de atores sociais excluídos pela desigualdade.

Sob muitos aspectos, a ideologia do mérito¹⁷ e conseqüentemente do sucesso pessoal reflete nas concepções individuais sobre a política, que passa a ser considerada somente sob o prisma individual imediato e não sob o ângulo coletivo e prospectivo de construção social.

A concepção sobre a política, em um contexto de desigualdade, passa muitas vezes pela imaginação de “soluções mágicas”, capazes de mudar o mundo por meio de uma única ação heroica e salvadora¹⁸ ou, como nos excertos de Raymundo Faoro, na continuidade da espera pela “política da salvação”¹⁹.

Para Marcello Baquero, “a aparência externa de uma democracia processual estável no Brasil omite um sistema político civil ainda frágil”²⁰, somente a redescoberta da relação do Estado com a sociedade pode possibilitar o “surgimento e o fortalecimento de uma cultura política cidadã ativa”²¹ que busque superar nossa incapacidade quase patológica, no pensamento de Jessé Souza, de trabalhar com a crítica e com a autocrítica²², posto que “O dia de hoje não é dos que simplesmente vivem. É dos vivos que fazem a vida um pouquinho diferente do legado que os mortos – e dos vivos que se comportam em vida como mortos – nos deixaram.”²³

A atuação da pessoa na realidade social e, portanto, do exercício da cidadania por meio de sua efetiva participação, embora de difícil conformação em uma realidade marcada pela necessidade produtiva²⁴, do trabalho imposto pela carência e necessidade de subsistência física²⁵ que, muitas vezes, impede o exercício da liberdade, o mais básico dos direitos fundamentais chamados de primeira geração ou dimensão, ainda que em contraste a todos esses obstáculos, é o que traz existência referencial à pessoa em sua dimensão política, sobretudo em sua dimensão social e pública.

A Constituição estabelece o caminho a ser seguido, estabelece as premissas e bases estruturais do Estado cujo centro de poder está no povo. Nesse sentido, afirma Marcos Augusto Maliska que a “Constituição, no correto sentido

da expressão, é determinada pelo povo, que se reúne e se atribui capacidade de ação política²⁶ e mais “o Poder do Estado deriva do Povo”²⁷, sendo que a “democracia pressupõe uma sociedade civil ativa, organizada em associações das mais diversas formas”, no sentido de se garantir a existência de uma democracia substancial e não apenas formal²⁸.

Para Eneida Desiree Salgado, o “substrato normativo” da democracia, tanto formal quanto substancial, está previsto no texto constitucional, é a Constituição quem traz o solo fértil para criação de experiências democráticas e as ferramentas para o exercício da cidadania.²⁹ Segundo afirma “as opções de participação na vontade política do Estado – núcleo do conceito de cidadão – mostram as alternativas para o agir republicano, para a construção coletiva de um estatuto de convivência baseado em valores compartilhados”³⁰, segundo sua perspectiva, “se souberem que suas vozes serão ouvidas, os cidadãos não hesitarão em fazer uso delas”³¹.

A ordem constitucional traz consigo um projeto democrático que, segundo Eneida Desiree Salgado, é inafastável, cuja democratização já estabeleceu o caminho a ser trilhado abrindo espaços para a efetiva participação popular³².

Paulo Bonavides ensina que o princípio da soberania popular traz em si as regras a serem seguidas, principalmente quanto ao “princípio do governo democrático e soberano, cujo destinatário na concretude do sistema é o cidadão”³³. Afirmando ainda que “o princípio da soberania popular é a carta de navegação da cidadania rumo às conquistas democráticas, tanto para esta como para as futuras gerações”³⁴.

A capacidade de inserção de cada indivíduo no mundo é o que se espera do homem livre e capaz de transformar a realidade na qual habita, cujo agir implica um agir coletivo, na medida em que é um ser social que vive em cooperação buscando propósitos comuns. Nesse sentido, a proposição de Adriano Correia, na apresentação à nova edição brasileira do livro “A Condição Humana” de Hannah Arendt, como se infere do excerto a seguir transcrito:

Que os homens e mulheres sejam capazes de ação é o que testemunha o nascimento de cada indivíduo singular, que, como estrangeiro em um mundo e por ser capaz de ser início, é uma promessa de inserção de novidade no mundo. A ação é atualizada do potencial de novidade que o nascimento enceta, pois ‘os homens são livres – diferentemente do possuírem o dom da liberdade – enquanto agem, nem antes, nem depois; pois ser livre e agir são uma mesma coisa’. Esse mesmo indivíduo é sempre capaz, portanto, de agir sozinho, ainda que, politicamente, sua ação esteja sempre contaminada pela imprevisibilidade e pela irreversibilidade e que, para sua efetivação, ele sempre dependa da cooperação de outros. Em todo caso, um indivíduo jamais é capaz de constituir poder sozinho, pois o poder sempre envolve a capacidade de articular propósitos comuns pelo discurso e de realizá-los na ação em concerto.³⁵

Por certo, o desenvolvimento de experiências democráticas de participação pressupõe a liberdade e igualdade entre os atores sociais envolvidos. Para Marcello Baquero, tal igualdade de perspectivas e de ações pode ser alcançada por meio do capital social, que “emerge como categoria que capacita os setores mais desfavorecidos a participar na arena política com mais eficácia na defesa dos seus interesses”³⁶.

A utilização do capital como auxiliar na garantia de participação desses desfavorecidos amplia a igualdade político-jurídica, promovendo a inclusão social de cidadãos antes excluídos da democracia substancial, na medida em que uma democracia substancial e, portanto, social, segundo aduz, não possui somente um caráter corretivo do sistema existente, mas também implica em importante potencial realizador de propostas e reformas, cujo objetivo é modificar os fundamentos básicos do ordenamento social³⁷ com vistas à efetividade dos direitos e à satisfação das necessidades humanas.

Apresenta-se como necessária e imperiosa a redução da desigualdade social e, por conseguinte, da pobreza e da miséria, para que o ideal democrático atinja sua consolidação, buscando repensar a democracia com o fito de atingir uma dimensão mais substantiva³⁸, mirando à melhora da sociedade. Explicar seus conflitos e questionar os falsos consensos sociais são medidas que colaboram na melhoria da sociedade enquanto sociedade, e não somente como mercado produtivo. “O aprendizado coletivo só é possível a partir da crítica à sociedade em que vivemos”, e na dimensão da vida coletiva “é a ‘ciência’ que, na imensa maioria dos casos, age como instância ‘autorizada’ para esclarecer os dilemas da vida pública”³⁹. Busquemos então o conhecimento e o aprendizado para o desenvolvimento social e democrático.

2 EDUCAÇÃO DEMOCRÁTICA PARA O EXERCÍCIO DA CIDADANIA

A educação para a democracia se apresenta como um processo de aprendizagem que necessita de formação, informação e de experiência, sobretudo de reconhecimento pessoal por parte das pessoas, de sua valia e importância na sociedade, bem como de seu poder como agente de transformação da realidade social e de desenvolvimento democrático, em direção a um horizonte emancipador.

Não raras vezes, o sentimento de ausência de representatividade e de marginalização faz com que os cidadãos se afastem do espaço público por não enxergarem motivos para participar das decisões coletivas; o pensamento capitalista e a necessidade de subsistência, muitas vezes, impõem tal comportamento sem que tenhamos consciência desse fato.

Segundo Vicente Barragán, muitos cidadãos possuem essa visão sobre o conceito de democracia, desconhecendo a existência de campos de atuação participativa, conforme aduz:

Si las personas son sistemáticamente marginadas o pobremente representadas, es probable que piensen que raramente se tomara en cuenta

*su opinión; en consecuencia, encontrarán pocas razones para participar en los procesos de toma de decisiones que afectan a sus vidas. En las democracias liberales, muchos ciudadanos de clase obrera, mujeres, personas pertenecientes a minorías étnicas o inmigrantes, tienen esta concepción de la democracia. Por el contrario, si las personas saben que existen oportunidades para una participación efectiva en la toma de decisiones, es probable que participen activamente.*⁴⁰

Essa tomada de consciência do agir participativo pode ser buscada por meio da formação e do conhecimento com vistas a uma ação transformadora da realidade. Segundo postulados de Paulo Freire, conhecer não é um ato por meio do qual um sujeito transformado em objeto recebe de forma passiva os conteúdos que outro lhe impõe. O conhecimento exige uma presença curiosa do sujeito em face do mundo, requer uma ação transformadora da realidade, demanda busca constante, implica em invenção e reinvenção, “Reclama reflexão crítica de cada um sobre o ato mesmo de conhecer, pelo qual se reconhece conhecendo e, ao reconhecer-se assim, percebe o ‘como’ de seu conhecer e os condicionamentos a que está submetido seu ato”⁴¹.

O posicionamento do homem no mundo é a de um ser ativo e reflexivo, cujo objeto de análise e ação é o próprio mundo em sua realidade existencial; nesse sentido, também, deve se pautar sua ação participativa social, cultural e política, porque “Ad-mirar a realidade significa objetivá-la, apreendê-la como campo de sua ação e reflexão. Significa penetrá-la, cada vez mais lucidamente, para descobrir as inter-relações verdadeiras dos fatos percebidos.”⁴².

A dialética com a realidade deve considerar todos os seus aspectos existenciais como o trabalho, o aspecto cultural, social, familiar e político, construindo passo a passo a formação da pessoa e de sua consciência cidadã a partir desses referenciais. A educação compreende nesse aspecto o processo de diálogo com o mundo promovendo o desvelamento de um caminhar para a liberdade. “Educação que, por isso mesmo, não aceitará nem o homem isolado do mundo – criando este em consciência – nem tampouco o mundo sem o homem – incapaz de transformá-lo.”⁴³ A ação participativa e transformadora do *habitat* social a que estamos vinculados compõe o processo de aprendizagem, na medida em que se aprende a participar participando, como explicitado por Vicente Barragán, “la evidencia demuestra que se aprende a participar participando; también que las personas están más interesadas y tienen una opinión más formada en los problemas y asuntos que afectan a su vida de forma directa.”⁴⁴.

Paulo Freire é esclarecedor quando pontua que o esforço da tomada de consciência, a qual exige a inserção crítica da pessoa na realidade que se lhe desvela, deve ser de caráter social e não individual, porquanto a conscientização se verifica nos homens concretos e nas estruturas sociais, e não em seres abstratos⁴⁵. Sob sua perspectiva, todo esforço de educação deve possuir como objetivo fundamental a “problematização do homem-mundo ou do homem em

suas relações com o mundo e com os homens, possibilitar que estes aprofundem sua tomada de consciência da realidade na qual e com a qual estão⁴⁶.

A participação democrática se desenvolve pela tomada de consciência e de inserção crítica na realidade, buscando apreender a realidade e transformá-la, contribui com a eliminação da sensação de alienação e de distanciamento político sentido por muitos cidadãos⁴⁷.

A formação do cidadão para a participação na vida democrática do país é fundamental para esse processo. A educação em um Estado Democrático de Direito deve buscar, pois despertar cidadãos participativos, que por sua vez implica a formação de pessoas com pensamento crítico, capazes de entender seus direitos e buscar sua realização na prática, “a tomada de consciência como uma operação própria do homem, resulta, como vimos, de sua defrontação com o mundo, com a realidade concreta, que se lhe torna presente como uma objetivação⁴⁸. Compreender a democracia e a formação estrutural de nosso Estado é a base para formação de cidadãos conscientes de seu papel na sociedade e da importância de sua participação nos desígnios do país, capazes, assim, de ocupar os espaços públicos apresentando suas reivindicações, participando ativamente da vida política do país.

Ao contrário de estabelecermos limites e cercearmos a realidade a uma verdade preestabelecida, Joaquín Herrera Flores propõe a ampliação dos marcos de discussão por meio do estabelecimento de novas formas de aproximação teórica e prática com o mundo ao propor que “pensar é pensar de outro modo, é problematizar a realidade e identificar o que existe de problemático⁴⁹”.

A tomada de consciência capaz de gerar uma ação transformadora da realidade social é o que se espera de cidadãos conscientes de seu dever enquanto titulares da soberania nacional; nesse sentido, o conhecimento deve ser aplicado como ação sobre a realidade, objetivando transformação social de modo a orientar a atuação e participação do cidadão no processo democrático, na medida em que o desenvolvimento democrático também envolve todo ato de transformação e empoderamento que, por sua vez, envolve questionar a realidade com atitude curiosa e buscar a construção de uma nova realidade social em uma relação dialógica com o mundo, conforme proposto por Paulo Freire⁵⁰ e Joaquín Herrera Flores⁵¹.

A conscientização, segundo Freire, permite aos indivíduos se apropriar criticamente da posição que ocupam com os demais no mundo⁵². Afirma que a rejeição à problematização com o mundo corresponde a uma injustificável atitude pessimista do homem com a sua própria vida e que essa negação de interação com a realidade serve tão somente à reprodução de falsos saberes e de “domesticação” dos homens⁵³ que anulam o espírito e o pensamento crítico.

A educação como processo dialógico de transmissão e recepção de conhecimentos deve idear inspiração humanista⁵⁴ com esperança crítica⁵⁵ por meio da convicção de que os homens podem transformar sua realidade e o mundo, fazen-

do e refazendo, agindo e reagindo, questionando e refazendo questionamentos, pensando e repensando, em uma contínua ação comunicativa com o mundo.

A conexão do homem com o mundo com vistas à formação de um pensamento crítico emancipador é o horizonte de toda dimensão educativa com vistas à prática da liberdade, permeando todos os espaços de socialização do ser humano e, dessa forma, de desenvolvimento democrático e cidadão, promovendo uma leitura de mundo para além dos discursos dominantes e preestabelecidos, em que se possa vislumbrar uma nova história. Ainda que transformações sejam difíceis, são realmente possíveis, sobretudo quando partimos de uma efetiva ação participativa comprometida com o progresso social e coletivo.

3 EXERCÍCIO DA CIDADANIA COMO BASE PARA BUSCA E DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O envolvimento ativo dos cidadãos na dimensão política da sociedade é indispensável para o processo de consolidação e desenvolvimento democrático. O afastamento da população nessas questões implica em perda de legitimidade e de substancialidade da democracia e, nesse sentido, de efetividade dos direitos fundamentais previstos pelo texto constitucional, pois, se não há participação, não há cobrança e, em não havendo cobrança, não há concretização.

Para Macello Baquero, em que pese a existência de instituições políticas de representação e intercessão entre a população e o Estado, a participação ativa é extremamente importante e necessária, afirma que “a democracia contemporânea requer uma cidadania ativa que se envolva na arena política via discussões, deliberações, referendos e plebiscitos, ou seja, por meio de mecanismos formais e informais, sem que isso comprometa as instituições convencionais de mediação política.”⁵⁶

Segundo seu entendimento, existe “um consenso de que, sem o envolvimento popular no processo de construção democrática, ela perde em legitimidade, mantendo simplesmente sua dimensão formal”⁵⁷.

A presença da sociedade civil junto aos poderes públicos na busca da concretude dos direitos idealizados pela Constituição é imperiosa e inafastável, na medida em que a participação popular impõe maior compromisso do Estado na gestão pública. O comprometimento com o desenvolvimento e a concretização dos direitos fundamentais constitui o horizonte a ser alcançado, conforme as bases previstas no texto constitucional, priorizando, como já afirmado por Clèmerson Merlin Clève, “um modelo de desenvolvimento inclusivo, democrático, em tudo distinto do modelo econômico excludente e concentrador que, praticado nos últimos anos, vai afastando cada vez mais os país das promessas constitucionais”⁵⁸.

Compreender a democracia como um projeto de sociedade implica pensar em convivência política⁵⁹ em todas as dimensões ou âmbitos de vida a que as

pessoas se inserem, de modo que a cidadania não se resume à mera participação nas eleições⁶⁰.

A participação cidadã tem a ver com a realização do projeto constitucional de centralidade da pessoa humana ao propor, como forma de defesa, a proteção e a valorização do homem, a intangibilidade dos direitos fundamentais, dentre eles o direito à liberdade, à propriedade, os direitos civis e, sobretudo, os direitos políticos.

Os direitos fundamentais nasceram e se desenvolveram com as Constituições nas quais foram reconhecidos e garantidos. No contexto brasileiro, essa proteção e reconhecimento dos direitos fundamentais se deu de forma mais efetiva a partir da Constituição Federal de 1988, que trouxe em seu âmago o fomento à proteção pelo direito de valores éticos e morais relacionados diretamente à dignidade da pessoa humana, e, nesse sentido, também a importância conferida à participação popular, conforme se verifica no parágrafo único do art. 1º do texto constitucional.

Vicente Barragán chama a atenção para o fato de que a participação cidadã não visa somente à proteção de direitos e interesses individuais, mas a uma convivência social comprometida com o social e com as questões relevantes para toda a sociedade. Nesse sentido, aduz:

La participación en la vida política no es sólo necesaria para la protección de los intereses de los individuos, sino también para la creación de una ciudadanía informada, capaz y comprometida. Pateman desarrolla esta idea y plantea que la democracia participativa descansa en dos hipótesis: por un lado, la función educativa de la participación; por otro, el rol central del trabajo en la sociedad. La atomización social y la apatía solo pueden ser combatidas a través de la participación en las cuestiones que son de absoluta relevancia en la vida cotidiana de las personas.⁶¹

A participação ativa, nesse contexto, pode trazer alternativas para muitos dos dilemas sociais que se apresentam na atualidade; traz consigo um salto qualitativo incorporando uma dimensão emancipadora, na medida em que também incorpora uma dimensão pedagógica e capacitadora a partir da qual os cidadãos aprendem a utilizar de sua força enquanto comunidade e de seu potencial transformador, quando, ao tomar posse do espaço público que lhe pertence, passam a colaborar ativamente com a tomada de decisões.

Heráclito já dizia que “o povo deve lutar por suas leis como luta por suas muralhas”, nesse sentido, o cidadão, ao efetivar sua atuação social se colocando como centro de todo o ordenamento jurídico constitucional, confere proteção ao ordenamento que também o protege de eventuais ingerências que visem a fragilizar ou retirar direitos já assegurados, ademais de outorgar-lhe maior legitimidade democrática.

O Direito, como ensina Joaquín Herrera Flores, está diretamente relacionado aos contextos sociais, econômicos e culturais, por meio dos quais

as pessoas buscam tornar factíveis condições de vida com dignidade e, desse modo, a participação do processo democrático por meio dos vários instrumentos possíveis buscam o cumprimento de tais necessidades humanas⁶².

Os direitos fundamentais são a base, constituem a condição material da democracia, são pressupostos para que esse princípio seja realizado em sua integralidade. A participação e o exercício da cidadania constituem, por sua vez, a garantia de que tais direitos sejam o horizonte a ser alcançado pelo Estado enquanto estrutura organizacional que somente existe em função da pessoa humana.

A democracia se apresenta como um projeto social⁶³, um processo que vai se desenvolvendo a partir da participação dos atores sociais que a compõem. O aprofundamento da participação cidadã está na raiz do conceito de democracia, cujo florescimento, crescimento e manutenção, dependem diretamente da construção social coletiva. Como propugna Joaquín Herrera Flores, “*la democracia no se otorga, la democracia se conquista*”⁶⁴, e essa conquista se dá ao longo da existência, no cotidiano, no evoluir social, a democracia,

*[...] se conquista luchando día a día construyendo las condiciones materiales que nos van a permitir disfrutar de las libertades formales ya conseguidas. Es preciso, pues, “distribuir” entre la ciudadanía las posibilidades que éstas nos garantizan. En otros términos, hay que conseguir distribuir el poder político lo máximo posible para que en conjunto todas y todos, no sólo los que parten ya de condiciones materiales adecuadas, podamos disfrutar de la libertad y del estado de derecho.*⁶⁵

4 AMPLIAÇÃO DO DEBATE DEMOCRÁTICO NO ÂMBITO DO JUDICIÁRIO – POSSIBILIDADES

O Poder Judiciário, como ator social habilitado a dar eficácia objetiva aos direitos fundamentais, sem descurar dos princípios democráticos e da separação entre os Poderes, conforme proclamam os artigos 1º e 2º da Constituição Federal, atua na harmonização dos elementos da democracia participativa e da democracia representativa ao também possuir a prerrogativa de promover o diálogo com a sociedade com o fito de debater assuntos de relevante interesse jurídico e social, por meio de instrumentos como a realização de audiências públicas nas ações de controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal e a possibilidade de utilização do direito de petição pelo cidadão como forma de exposição de seus argumentos junto a Corte Suprema do país. Não se pretende examinar minuciosamente cada um dos institutos referidos, mas apenas tecer considerações relativas à possibilidade de ampliação do debate democrático no âmbito do Judiciário e, nesse sentido, da importância da participação do cidadão em questões levadas ao Judiciário brasileiro que são importantes para toda a população por trazerem consequências diretas para a vida em sociedade, como em recentes decisões sobre a união estável entre pessoas homossexuais, a utilização de células-tronco em pesquisas científicas, a possibilidade de interrupção da gravidez nos casos de anencefalia, a reserva de

vagas em universidades públicas para pessoas afrodescendentes, dentre tantas outras questões de indiscutível importância para a vida cotidiana do cidadão.

No caso das audiências públicas, os Ministros do Supremo Tribunal Federal já vêm se utilizando desse expediente para coletar subsídios para o exame de ações diretas de inconstitucionalidade e ações de descumprimento de preceito fundamental, autorizados pelo art. 9º, § 1º, da Lei nº 9.868/1999⁶⁶ e art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999⁶⁷, sobre temas relevantes como os acima elencados.

Recentemente o Tribunal Superior do Trabalho também realizou sua primeira audiência pública conclamando a sociedade para o debate sobre aspectos atinentes a terceirização de mão de obra nas relações de trabalho.

O direito de petição assegurado pelo art. 5º, XXXIV, da Constituição Federal⁶⁸, em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder, segundo o Supremo Tribunal Federal, “qualifica-se como prerrogativa de extração constitucional assegurada à generalidade das pessoas pela Carta Política (art. 5º, XXXIV, a). Traduz direito público subjetivo de índole essencialmente democrática”⁶⁹ e mais “O direito de petição, presente em todas as Constituições brasileiras, qualifica-se como importante prerrogativa de caráter democrático”⁷⁰.

A previsão pelo texto constitucional da utilização do direito de petição por qualquer pessoa na defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder, no entender de Eneida Desiree Salgado⁷¹, parece consignar um amplo espectro de aplicabilidade do instituto, podendo ser veiculado em face de todos os poderes da República, inclusive perante o Judiciário.

Embora não exista lei regulamentando o exercício do direito de petição, segundo Eneida Desiree Salgado, o desafio está exatamente no desenvolvimento do instituto enquanto instrumento democrático de fortalecimento da cidadania⁷². Conforme aduz, “No âmbito do Poder Judiciário, o direito de petição entendido de maneira mais ambiciosa, em toda a sua fundamentalidade política, poderia levar à efetiva realização do direito de acesso à justiça e à real democratização do controle de constitucionalidade”⁷³.

O Estado Democrático de Direito pressupõe a participação efetiva da sociedade em seus desígnios, de modo que instrumentos como a audiência pública e o direito de petição constituem veículos de democratização não somente na atuação da administração pública, mas também de democratização na tutela jurisdicional, quando o Judiciário, em assuntos de relevante interesse jurídico e social, propõe uma ponte direta com a sociedade trazendo ao mundo do direito as complexidades relacionais e multifacetárias da realidade plural em que vivemos e da qual participamos, segundo os passos dados no movimento da vida e do constante devir que presenciamos a cada novo amanhecer.

No entendimento de Gustavo Rabay Guerra, ter acessibilidade aos espaços judiciais “é a cidadania e a participação política por meio do direito”. A cidadania pela via judiciária⁷⁴.

A transição dos modelos constitucionais e a sedimentação do Estado Democrático de Direito, sobretudo na primeira década do século XXI, também, confirmam a importância de tais institutos ao promover o debate democrático, na medida em que se considera que “o princípio democrático exprime fundamentalmente a exigência da integral participação de todos e de cada uma das pessoas na vida política do país”⁷⁵. De outro vértice, considera-se democrático “aquele Estado de direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos”⁷⁶. Instrumentos como a audiência pública e o direito de petição, nesse aspecto, podem possibilitar ao cidadão a oportunidade de trazer ao conhecimento do aplicador do Direito a realidade na qual está inserido de forma a justificar a ação ou omissão a serem observadas para a realização de determinado direito em determinado contexto social, bem como possibilitam a cobrança de explicações sobre circunstâncias de ilegalidade ou de abuso de poder.

O fortalecimento da participação do cidadão no debate democrático possibilitando sua interação no espaço público, sobretudo, no processo de tomada de decisão, como reiterado ao longo do texto, apresenta-se como ideal democrático estabelecido pelo texto constitucional, cujo desenho institucional é mais exigente de cidadania. Conforme explica Clèmerson Merlin Clève, “o constituinte, embora com cautela, abriu as portas do Estado brasileiro à democracia participativa”⁷⁷, chamando o cidadão⁷⁸ a participar da administração da coisa pública.

Instrumentos como a audiência pública e o exercício do direito de petição podem ser entendidos como pequenas sementes de abertura democrática do Judiciário à sociedade⁷⁹; tais sementes podem germinar e crescer como processo de construção e transformação da realidade social, conectando fenômenos e contextos, teorias e realidade, de modo que, ao ampliar a relação triangular juiz, autor e réu, passe a compor toda a sociedade diretamente interessada na consecução de soluções e respostas aos questionamentos feitos pela mesma sociedade que agora participa da construção das soluções.

Percebidos como corolários do princípio democrático, cuja importância material, imbuída em seus resultados, podem ser amplamente utilizados pelo Poder Judiciário, máxime quando examinados direitos de índole constitucional e de relevante repercussão social, se sobrelevam na exata medida em que se passa a considerar que a efetivação da democracia depende em grande parte da concretização dos direitos fundamentais em superação a mera declaração formal de direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ideário de nossa Constituição propõe trazer o homem, na condição de sujeito de direitos, ao centro do ordenamento e das ações a serem desenvolvidas pelo Estado, pois a própria existência do Estado somente possui razão

e significância em face de sua funcionalidade ao homem, ao cidadão, fonte de todo poder e soberania estatal.

A participação ativa do homem-cidadão em todas as dimensões da vida em sociedade, sobretudo de participação política, é imprescindível para a conformação do ideal democrático e desenho institucional proposto pela Constituição Federal de 1988.

Muitos desafios, no entanto, apresentam-se a tal desiderato. O primeiro e talvez mais difícil de ser transposto corresponde à superação da visão individualista econômica e de consumo que o sistema capitalista de mercado nos impõe na atualidade.

Não olvidamos, todavia, do potencial emancipador que subjaz ao espírito de cada cidadão que, ao partir da análise crítica da realidade em que vive, adquire as ferramentas necessárias à construção das bases para o caminho do progresso e do desenvolvimento democrático, retomando sua centralidade como sujeito de direitos e fim último de toda organização estrutural do direito e do Estado.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. In: RAPOSO, Roberto (Trad.). **A condição humana**. 11. ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

BAQUERO, Marcello. Democracia formal, cultura política informal e capital social no Brasil. **Revista Opinião Pública**. Campinas, vol. 14, n. 2, nov. 2008, p. 380-413.

BARRAGÁN, Vicente; ROMERO, Rafael; SANZ, José M. Fundamentos políticos y tipología de los presupuestos participativos. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. v. 8, n. 8, jul./dez. 2010, p. 31-64.

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

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

CABANNES, Yves; BRAUN, Clara; ROBERT, Valérie. Programa URB-AL Rede Temática n. 3. **La Democracia en la ciudad**. France: Issy-le-Moulineaux, 1999.

CLÉVE, Clémerson M. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. nº 54, p. 28-39.

_____. O cidadão, a administração pública e a nova Constituição. **Revista Informação Legislativa**. Brasília: n. 106, abr./jun. 1990, p. 81-98.

COLET, Charlise Paula; COITINHO, Viviane Teixeira Dotto. O poder local como espaço de articulação da cidadania e construção do direito social: a refundação política do Estado Democrático pela ação comunicativa de Jürgen

Habermas. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**. Curitiba, v. 10, n. 10, jul./dez 2011, p. 137-163.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. 4. ed. São Paulo: Globo, 2008.

FLORES, Joaquín Herrera; GÓMEZ, Manuel J. Sabariego; MARTÍN, Rocío Medina; ROBLES, Vicente Barragán; MARTÍN, Gemma Lorente. La democracia en proceso participativo: principios, fundamentos y requisitos. In: MARTÍNEZ, Joaquín Recio et al (Coord). **La Pedagogía de la decisión**. Aportaciones teóricas y prácticas a da construcción de las democracias participativas. Sevilla: CIMAS.

FLORES, Joaquín Herrera. **Los Derechos Humanos como productos culturales**. Crítica del humanismo abstracto. Madrid: Libros de La Catarata, 2005.

_____. 16 Premissas de una teoría crítica del derecho y de los derechos humanos. In: PRONER, Carol; CORREAS, Oscar (Coord.). **Teoria crítica dos direitos humanos in memoriam Joaquín Herrera Flores**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

FREIRE, Paulo. **Extensão ou Comunicação?** 15. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.

GUERRA, Gustavo Rabay. O papel político do judiciário em uma democracia qualificada: a outra face da judicialização da política e das relações sociais. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. v. 4, n. 4, jul./dez. 2008, p. 1-19.

MALISKA, Marcos Augusto. **Estado e Século XXI**. A integração supranacional sob a ótica do Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo G. G. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2005.

SALGADO, Eneida Desiree. **Constituição e Democracia**. Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: Vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

_____. **O desenvolvimento democrático e os direitos fundamentais: levando o direito de petição a sério**. Disponível em: <<http://www.seminariotabrasileiro.com.br/arquivos/66-82.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2012.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 8. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1992.

SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira**. Quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011.

- 1 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.
- Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- 2 SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 8 ed., São Paulo: Editora Malheiros, 1992, p. 114.
- 3 *Ibid.*, p. 114.
- 4 MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2005, p. 17.
- 5 MENDES, Gilmar; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo G. G. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 149.
- 6 “Nas chamadas novas democracias da terceira onda, dentro das quais o Brasil se insere, o mercado tem assumido papel central nas relações econômicas, políticas e sociais. No entanto, dentro do modelo de desenvolvimento transnacionalizado, essas democracias coexistem com práticas políticas tradicionais, as quais fragilizam as instituições, inflacionam o poder do presidencialismo propiciando uma relação assimétrica de poder entre o legislativo e o executivo, e colocam a sociedade em uma situação de subordinação que não permite a construção de uma cultura política participativa e de natureza crítica. Esses fatores incidem diretamente não só na qualidade da democracia, mas, sobretudo, colocam em xeque a legitimidade e a credibilidade do sistema democrático vigente.” BAQUERO, Marcello. Democracia formal, cultura política informal e capital social no Brasil. **Revista Opinião Pública**, Campinas, v. 14, n. 2, nov. 2008, p. 385.
- 7 Segundo Jessé Souza, “A primeira impressão que geralmente temos sobre o mundo é econômica. A má distribuição de renda é a primeira coisa que nos vem à mente quando se fala em desigualdade. Assim, é normal que uma pessoa comum, que provavelmente não parou para pensar muito no assunto, entenda seu lugar no mundo por meio dessa imagem imediata da sociedade.” SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira**. Quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011, p. 255.
- 8 COLET, Charlise Paula; COITINHO, Viviane Teixeira Dotto. O poder local como espaço de articulação da cidadania e construção do direito social: a refundação política do Estado Democrático pela ação comunicativa de Jürgen Habermas. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**. Curitiba, v. 10, n. 10, jul/dez 2011, p. 140.
- 9 *Ibid.*, p. 139.
- 10 SOUZA, *op.cit.*, 16.
- 11 “É fundamental aqui a conexão entre respeito, condição e dignidade. Ela é a prova de que uma posição privilegiada na hierarquia moral do trabalho é um critério central para que as pessoas sejam respeitadas, o que significa serem consideradas naturalmente pelos outros como úteis e de valor. Esse respeito é indispensável para o bem-estar pessoal, além de assegurar na prática os direitos e o respeito formal da cidadania.” SOUZA, **A ralé brasileira**. Quem é e como vive, p. 257.
- 12 BAQUERO, **Revista Opinião Pública**, p. 400.
- 13 MALISKA, Marcos Augusto. **Estado e Século XXI**. A integração supranacional sob a ótica do Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 16.
- 14 MALISKA, **Estado e Século XXI**. A integração supranacional sob a ótica do Direito Constitucional, p. 16.
- 15 SOUZA, **A ralé brasileira**. Quem é e como vive, p. 327.
- 16 SOUZA, **A ralé brasileira**. Quem é e como vive, p. 327.
- 17 “O poder da ideologia do mérito e do desempenho pessoal se reflete também na concepção sobre a política. A única maneira na qual Alberto consegue se imaginar dentro da política é como um super-homem que resolveria em um estalo de dedos todos os problemas dos pobres, num gesto nobre de boa vontade. É claro que é isso que ele espera dos governantes. O grande problema para a cidadania e a democracia, como consequência, é que a percepção da política é fragmentada ao nível individual. É impossível percebê-la como um assunto de construção coletiva.” SOUZA, **A ralé brasileira**. Quem é e como vive, p. 258.
- 18 “Muitos brasileiros gostam de saídas ‘mágicas’, decretos que mudam o mundo com uma penada, uma política pública salvadora e genial, ou seja, tudo que tenha que ver com mudanças ‘lá fora’, que nunca acontecem nele mesmo, no seu coração e na sua mente, e nem, conseqüentemente, na forma como cada um de nós percebe o mundo. É esse brasileiro que se perguntaria ao terminar a leitura deste livro: afinal, depois de tanta crítica, qual é a solução? Quando alguém faz uma interpelação desse tipo, na verdade, o que se demanda é algo do tipo: qual é a sua ‘magia’ para mudar o mundo com um estalo de dedos?” SOUZA, *op.cit.*, p.430.

- 19 “(...) na base da pirâmide, no outro extremo dos manipuladores olímpicos do poder, o povo espera, pede e venera, formulando a sua política, expressão primária de anseios e clamores, a política da salvação.” FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. 4. ed. São Paulo: Globo, 2008, p. 828.
- 20 BAQUERO, op. cit., p. 386.
- 21 *Ibid.*, 386.
- 22 “O que se deixa de perceber por força dessa “ansiedade mágica”, no fundo uma incapacidade patológica de lidar com a crítica e com a autocrítica, é que quando mudamos a forma como percebemos o mundo nós “já mudamos o mundo” sem perceber. “Pensar” de modo diferente o mundo já é “atuar” de modo distinto nele. O real aprendido é “performático”, dado que redonda em outras formas de agir e de se comportar.” SOUZA, op. cit., p. 430.
- 23 *Ibid.*, p. 431.
- 24 “O valor do trabalho digno é, assim, um critério fundamental para se considerar merecedor da vida. Mas para um desqualificado, a dignidade significa um desafio.” SOUZA, op. cit., p. 256.
- 25 Para Hannah Arendt, “Embora o trabalho [para Marx] fosse uma ‘eterna necessidade imposta pela natureza’ e a mais humana e produtiva das atividades do homem, a revolução, segundo Marx, não tinha a tarefa de emancipar as classes trabalhadoras, mas de emancipar o homem do trabalho; somente quando o trabalho é abolido pode o ‘reino da liberdade’ suplantiar o ‘reino da necessidade’. Pois o ‘reino da liberdade começa somente onde cessa o trabalho imposto pela carência e pela utilidade exterior’, onde termina o ‘império das necessidades físicas imediatas’.” ARENDT, Hannah. In. RAPOSO, Roberto (Trad.). **A condição humana**. 11.ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011, p. 128-129.
- 26 MALISKA, op.cit., p. 122.
- 27 *Ibid.*, p. 122.
- 28 *Ibid.*, p. 122.
- 29 “A Constituição traz o substrato normativo e as tarefas a serem cumpridas. A democracia formal – garantia das regras do jogo, alcançando inclusive o momento de formação do voto, existência de espaços de participação e possibilidade de criação de experiências democráticas – e a democracia substancial – com o respeito aos direitos fundamentais e às minorias – encontram guarida nas normas constitucionais e infraconstitucionais. Ainda não ecoam com a mesma força nos poderes instituídos e no coração dos cidadãos, mas as ferramentas estão ao alcance das mãos”. SALGADO, Eneida Desiree. **Constituição e Democracia**. Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: Vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 256.
- 30 *Ibid.*, p. 258.
- 31 *Ibid.*, p. 258.
- 32 *Ibid.*, p. 244.
- 33 BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 10-11.
- 34 *Ibid.*, p. 11.
- 35 CORREIA, Adriano. Apresentação à nova edição brasileira. In: ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Roberto Raposo (Trad.). 11. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. XXXV
- 36 BAQUERO, op. cit., p. 398.
- 37 *Ibid.*, p. 399.
- 38 “Em tal cenário, a demanda de consolidação democrática atualmente vai além da dimensão formal, e inclui a redução da pobreza e da desigualdade social. Esses aspectos requerem um novo desenho político que aumente a produtividade social por meio da fiscalização da gestão pública. É fundamental, portanto, problematizar a forma como os impostos são distribuídos entre a classes sociais e de que forma são destinados a elas. A incorporação dos aspectos socioeconômicos à teoria da democracia não se alcança por meio da flexibilização das perspectivas teóricas existentes, mas sim repensando a própria democracia na sua dimensão mais substantiva.” BAQUERO, op. cit., p. 406.
- 39 SOUZA, op. cit., p. 51.
- 40 BARRAGÁN, Vicente; ROMERO, Rafael; SANZ, José M. Fundamentos políticos y tipología de los presupuestos participativos. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. v. 8, n. 8, jul/dez 2010, p. 38.
- 41 FREIRE, op. cit., p. 28-29.
- 42 *Ibid.*, p. 35-36.
- 43 *Ibid.*, p. 102.
- 44 BARRAGÁN, op. cit., p. 38.
- 45 FREIRE, op. cit., p. 105.

- 46 *Ibid.*, p. 39.
- 47 Barragán, citando Pateman aduz que “*la democracia participativa reduce la sensación de enajenación respecto al poder y fomenta la sensación de eficacia política, contribuye de este modo a la formación de una ciudadanía activa, capaz de actuar políticamente, preocupada por los problemas colectivos y conscientes de las cuestiones de gobierno.*” BARRAGÁN, et al., op. cit., p. 38.
- 48 FREIRE, op. cit., p. 104.
- 49 FLORES, Joaquín Herrera. **Los Derechos Humanos como productos culturales**. Crítica del humanismo abstracto. Madrid: Libros de La Catarata, 2005, p. 25.
- 50 Segundo Freire o diálogo e a problematização conscientizam. “Na dialogicidade, na problematização, educador-educando e educando-educador vão ambos desenvolvendo uma postura crítica da qual resulta a percepção de que este conjunto de saber se encontra em interação”. FREIRE, op. cit., p. 70.
- 51 “Por esa razón, el derecho, el pensamiento y la práctica jurídicos no deben considerarse como categorías previas ni a la acción política ni a las prácticas económicas. Las plurales y diferenciadas luchas por la dignidad humana constituyen la razón y la consecuencia de la lucha por la democracia y por la justicia. No estamos ante privilegios, meras declaraciones de buenas intenciones o postulados metafísicos de una naturaleza humana aislada de las situaciones vitales. Por el contrario, el derecho, visto de los presupuestos de la “crítica jurídica” debe constituirse en la afirmación de la lucha del ser humano por ver cumplimentados sus deseos y necesidades en los contextos vitales en que está situado.” FLORES, Joaquín Herrera. 16 Premisas de una teoría crítica del derecho y de los derechos humanos. In: PRONER, Carol; CORREAS, Oscar (Coord.). **Teoría crítica dos direitos humanos in memoriam Joaquín Herrera Flores**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 14.
- 52 FREIRE, op. cit., p. 43.
- 53 *Ibid.*, p. 71
- 54 “humanismo, que vendo os homens no mundo, no tempo, ‘mergulhados’ na realidade, só é verdadeiro enquanto se dá na ação transformadora das estruturas em que eles se encontram ‘coisificados’ ou quase ‘coisificados.’” E que por isso é crítico. FREIRE, **Extensão ou Comunicação?**, p. 99.
- 55 “A esperança crítica deste humanismo repousa na crença em que os homens podem fazer e refazer as coisas, podem transformar o mundo. É neste humanismo científico que deve estar apoiada a ação comunicativa do agrônomo-educador. FREIRE, **Extensão ou Comunicação?** p. 100.
- 56 BAQUERO, op. cit., p. 381.
- 57 *Ibid.*, p. 381.
- 58 CLÉVE, Clémerson M. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. N. 54, p. 39.
- 59 “En este sentido hablamos de democracia participativa. La dimensión social de la democracia está vinculada con la convivencia democrática, con el desarrollo de relaciones sociales de bienestar para la mayoría; tiene que ver con la construcción de equidad social en todos los ámbitos de la economía – de mercado y de producción de bienes - y de la vida cotidiana. En ese sentido hablamos de democracia social”. ALFORJA apud CABANNES, Yves; BRAUN, Clara; ROBERT, Valérie. **Programa URB-AL Rede Temática nº 3. La Democracia en la ciudad**. France: Issy-le-Moulineaux, 1999, p. 06.
- 60 “En sentido amplio, nos referimos a la democracia de manera integral como un modo de convivencia político-social que cruza todos los ámbitos sociales, por tanto no excluye ni le resta importancia a la institucionalización de procedimientos políticos que permiten que los ciudadanos ejerzan sus derechos de participar en las deliberaciones de los asuntos políticos. Pero no reduce la democracia a procedimientos políticos, ni restringe la participación ciudadana a la votación. En sentido amplio, la democracia se entiende como un modo de convivencia que organiza la sociedad con base en la voluntad general y el bien común, y que se gestiona a través de un régimen político normado para un conjunto de procedimientos que garantizan la participación amplia y segura del pueblo en la elección de sus gobiernos y en la adopción de sus programas.” ALFORJA apud CABANNES, et al., Programa URB-AL Rede Temática nº 3. La Democracia en la ciudad, p. 06.
- 61 BARRAGÁN, op. cit., p. 38.
- 62 “Lo que hace universales a los derechos no radica, pues, en la adaptación a una ideología determinada que los coloque como ideales más allá de los contextos sociales, económicos y culturales, sino el ser ese marco que permita a todos ir creando las condiciones que hagan factibles sus particulares concepciones de la dignidad. Por esa razón, el derecho, el pensamiento y la práctica jurídicos no deben considerarse como categorías previas ni a la acción política ni a las prácticas económicas. Las plurales y diferenciadas luchas por la dignidad humana constituyen la razón y la consecuencia de la lucha por la democracia y

- por la justicia. No estamos ante privilegios, meras declaraciones de buenas intenciones o postulados metafísicos de una naturaleza humana aislada de las situaciones vitales. Por el contrario, el derecho, visto de los presupuestos de la “crítica jurídica” debe constituirse en la afirmación de la lucha del ser humano por ver cumplimentados sus deseos y necesidades en los contextos vitales en que está situado.” FLORES, Joaquín Herrera. 16 Premissas de una teoría crítica del derecho y de los derechos humanos. In: PRONER, et al., **Teoría crítica dos direitos humanos in memoriam Joaquín Herrera Flores**, p. 14-15.
- 63 “La democracia como proyecto social y la democratización como proceso, son realidades inseparables, están intrínsecamente unidas. Por eso decimos que la democracia es al mismo tiempo un proceso y un fin, un conjunto de procedimientos políticos y un proyecto de sociedad, un objetivo político y una práctica metodológica y organizativa”. ALFORJA apud CABANNES, et al., **Programa URB-AL Rede Temática nº 3. La Democracia en la ciudad**, p. 06.
- 64 HERRERA FLORES, Joaquín; GÓMEZ, Manuel J. Sabariego; MARTÍN, Rocío Medina; ROBLES, Vicente Barragán; MARTÍN, Gemma Lorente. La democracia en proceso participativo: principios, fundamentos y requisitos. In: MARTÍNEZ, Joaquín Recio et al (Coord). **La Pedagogía de la decisión**. Aportaciones teóricas y prácticas a da construcción de las democracias participativas. Sevilla: CIMAS, p. 89.
- 65 FLORES, Joaquín Herrera; et al. La democracia en proceso participativo: principios, fundamentos y requisitos. In: MARTÍNEZ, Joaquín Recio et al (Coord). **La Pedagogía de la decisión**. Aportaciones teóricas y prácticas a da construcción de las democracias participativas. p. 89.
- 66 Art. 9º, § 1º, Lei nº 9.868/1999. “Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.”
- 67 Art. 6º, § 1º, Lei nº 9.882/1999. “Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a argüição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.
- 68 Art. 5º, XXXIV, CF/88 – “São a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;”
- 69 Supremo Tribunal Federal, AR 1.354-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 21-10-1994, Plenário, DJ de 6-6-1997. No mesmo sentido: MS 28.857-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 15-12-2010, Plenário, DJE de 15-4-2011; AO 1.531-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 3-6-2009, Plenário, DJE de 1º-7-2009; MS 21.651-AgR, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 5-5-1994, Plenário, DJ de 19-8-1994; Pet 762-AgR, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 1º-2-1994, Plenário, DJ de 8-4-1994.
- 70 ADI 1.247-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 17-8-1995, Plenário, DJ de 8-9-1995.
- 71 “Parece, no entanto, conforme ao objetivo do direito de petição, defender sua ampla aplicabilidade em face dos três órgãos de soberania, do Ministério Público, dos Tribunais de Contas, dos órgãos da Administração indireta e ainda daqueles que prestam serviços públicos sob a delegação do Estado.” SALGADO, Eneida Desiree. **O desenvolvimento democrático e os direitos fundamentais: levando o direito de petição a sério**. Disponível em: <<http://www.seminarioitalobrasileiro.com.br/arquivos/66-82.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2012, p. 75-76.
- 72 SALGADO, op. cit., p. 77.
- 73 Ibid., p. 78.
- 74 GUERRA, Gustavo Rabay. O papel político do judiciário em uma democracia qualificada: a outra face da judicialização da política e das relações sociais. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. v. 4, n. 4, jul./dez. 2008, p. 14.
- 75 MORAES, op. cit., p. 17.
- 76 MENDES, et al., op. cit., p. 149.
- 77 CLÈVE, Clèmerson Merlin. O cidadão, a administração pública e a nova Constituição. **Revista Informação Legislativa**. Brasília: n. 106, abr./jun. 1990, p. 83.
- 78 “O significante cidadão, aqui, é tomado a partir da uma perspectiva ampla, não circunscrita ao universo daquelas pessoas que, porque detentoras de direitos políticos, podem votar ou podem ser votadas. O conteúdo desse termo, cidadão, tomemo-lo em sua dimensão dialética, para identificar o sujeito, aquele ser responsável pela história que o envolve. Sujeito ativo na cena política, sujeito reivindicante ou provocador da mutação do direito. Homem envolto nas relações de força que comandam a historicidade e a

natureza da política. Enfim, queremos tomar o cidadão como ser, sujeito e homem a um tempo. O cidadão é o agente reivindicante possibilitador, na linguagem de LEFORT, da floração contínua de direitos novos.” CLÈVE, *Revista Informação Legislativa*, p. 82.

- 79 “Democracia, Derecho y Justicia. Si se entiende que la Democracia es un espacio de reglas regidas por el principio de la igualdad de todos ante la ley, la Justicia, según Lefort y sus estudiosos, es su custodio. Esta clara afirmación del papel central de la Justicia, hace eco a las conversaciones entre Platón y Sócrates sobre el fundamento y el mando en la ciudad: “Pero Sócrates, ¿qué es lo que ves en la búsqueda de lo justo? Te lo voy a decir, respondió. La justicia, afirmamos, es un atributo del individuo, pero también de toda la vida ciudadana”. CABANNES, et al., *Programa URB-AL Rede Temática n° 3. La Democracia en la ciudad*, p. 07.

A CONFIGURATION FOR DEMOCRATIC PARTICIPATION

ABSTRACT

The present study intends to analyse, even if in short terms, the participatory configuration foreseen by the democratic ideal within the constitutional text, thus discussing the real possibilities for popular participation, regarding issues considered important in our country, accepting as a premise that huge social inequalities in Brazil also promote great inequality in civic and political consciousness, hence creating a deficit in citizen participation. The article seeks to analyse thoughts on the exercise of citizenship and the effective participation of the population, with aims at expanding the debate, including in the Judiciary, having the achievement of the constitutional ideal of fundamental rights as a goal.

Keywords: Democracy. Citizenship. Inequality. Fundamental Rights. Judiciary.

A TUTELA JURÍDICA DOS REFUGIADOS AMBIENTAIS SOB O ENFOQUE DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Germana Parente Neiva Belchior*
Martasus Gonçalves Almeida**

Introdução. 1 Aspectos da crise ambiental na perspectiva dos direitos humanos. 2 Os dilemas da existência dos refugiados ambientais na atualidade. 3 A Proteção Internacional dos Refugiados e os princípios fundamentais aplicáveis. 4 As perspectivas da proteção dos refugiados ambientais em face das catástrofes naturais: do global ao local. 4.1 A proteção mediante a ampliação do status de refugiado. 4.2 A proteção diante da formulação de um documento específico e a possível contribuição do Brasil. 4.3 A proteção pela reformulação da Lei dos Refugiados. Considerações finais. Referências.

RESUMO

Os movimentos territoriais migratórios entre Estados, oriundos de danos ambientais, geram um novo tipo de refugiado não protegido juridicamente pelos ordenamentos nacionais e internacionais. Os problemas quanto a essa situação ocorrem pela ausência de conceituação legal. O objetivo geral deste artigo repercute na busca por um sistema jurídico de cooperação entre os Estados e nas possíveis formas de o Direito Internacional dos Direitos Humanos de protegerem os refugiados ambientais. O trabalho se desenvolverá valendo-se de uma pesquisa bibliográfica, descritiva e exploratória. Percebe-se que os riscos e os danos ambientais enfrentados pelos deslocados ambientais necessitam de medidas urgentes e emergenciais, que são possíveis por meio da elaboração de um documento específico que traga a conceituação formal da expressão “refugiado” ambiental, ou da retificação de instrumentos jurídicos nacionais e internacionais que os protejam com o objetivo de orientar e esclarecer sobre as celeumas provocadas por esse tema.

Palavras-chave: Meio ambiente. Direitos Humanos. Mudanças climáticas. Refugiados ambientais.

* Doutoranda em Direito Ambiental pela UFSC. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Professora universitária. E-mail: germana_belchior@yahoo.com.br.

** Pós-Graduada *lato sensu* em Direito Constitucional pela ESMEC. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Christus. E-mail: martasus@ymail.com.

INTRODUÇÃO

Historicamente, ao analisar o desenvolvimento da humanidade, vislumbra-se que, com a globalização, o individualismo e o consumismo desenfreado, o homem, durante muitos anos utilizou e utiliza os bens naturais a seu bel-prazer, valendo-se da concepção arcaica da sua infinitude.

A pós-modernidade vincula-se a uma sociedade caracterizada de risco, em especial, de um risco imprevisível, em abstrato, em função das incertezas científicas a ponto de exigir ações dos Estados e do Direito para minimizar os impactos da crise ambiental.

Novos dilemas ecológicos surgem a cada dia, entre eles, a formação de uma nova categoria de pessoas necessitadas e merecedoras de proteção e assistência comunitária, oriundas do *status* de refugiado, denominadas refugiados ambientais.

Referidos refugiados ainda não estão protegidos internacionalmente, uma vez que, embora fatores ambientais possam, de fato, impelir deslocamentos humanos entre fronteiras, não há um estatuto, um tratado ou uma convenção própria para solucionar as questões adversas e repentinas às quais são submetidos.

A Convenção de Genebra de 1951 e o Protocolo Adicional de 1967 protegem os refugiados realocados após a Segunda Guerra Mundial, perseguidos e ameaçados por razões de religião, raça, nacionalidade, opiniões políticas e grupos sociais, porém, por falta de definição do conceito do que seja um refugiado ambiental, a proteção jurídica pelos instrumentos legais existentes a esses novos refugiados é insuficiente no âmbito internacional.

O fato de as catástrofes naturais ocasionarem o deslocamento forçado de pessoas de uma área para outra, ou seja, extraterritorial, gera uma crescente perturbação na ordem política, social, econômica e geográfica dos Estados, a ponto de repercutir nas soberanias estatais em razão das suas atuações, omissões e violações, uma vez que o meio ambiente, como direito difuso e complexo, induz atos conscientes, solidários e ativos do indivíduo, da sociedade internacional e do próprio Estado.

O problema, de fato, é bem mais abrangente do que se possa imaginar, uma vez que situações novas e até então ainda não vivenciadas pelo instituto jurídico do refúgio surge e modifica as relações internacionais e a proteção internacional aos direitos humanos.

O objeto geral deste estudo, relevante e necessário na atual realidade mundial, situa-se em investigar, a partir da perspectiva dos Direitos Humanos, os instrumentos jurídicos internacionais (universais e regionais) que possibilitem a conceituação, a proteção e a assistência ao refugiado ambiental.

Os objetivos específicos visam a verificar a problemática e os dilemas dos deslocados ambientais no contexto internacional e propor meios jurídicos viáveis e efetivos para a proteção dos refugiados ambientais, vítimas de catástrofes naturais, em conformidade com o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A relevância de fazer um estudo das questões que envolvem os refugiados ambientais e a proteção no contexto dos direitos humanos é essencial devido às diversas nuances e controvérsias existentes e nunca antes imaginadas no âmbito internacional, após o surgimento de uma nova categoria de refugiados, não amparados juridicamente.

A metodologia utilizada quanto aos objetivos de pesquisa foi exploratória, por levantamento bibliográfico, com ênfase em artigos e em periódicos, uma vez que o assunto por abordar um tema novo, dispõe, na atualidade, de poucos livros com informações pertinentes à elaboração do trabalho acadêmico; e descritiva para explicitar os poucos e novos posicionamentos, discussões e propostas já existentes sobre a temática. E, por último, deu-se a fase explicativa, para expor de uma maneira clara e didática o que determina e o que contribui para a ocorrência dos fenômenos dos deslocamentos em função do meio ambiente.

1 ASPECTOS DA CRISE AMBIENTAL NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS

O séc. XXI vislumbra para o Direito Internacional Público (DIP) grandes desafios em busca da paz mundial e, como reflexo, uma melhor qualidade de vida para os seres humanos. Tal preocupação enfatizou-se após as atrocidades da Segunda Guerra Mundial e das grandes mudanças ocorridas no Planeta em virtude da globalização.

A formação do arcabouço jurídico internacional voltado à proteção internacional dos direitos humanos surge, em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, na qual constam a dicotomia dos direitos civis e políticos e dos direitos econômicos, sociais e culturais¹. Ressalta-se que, segundo Mazzuoli,² caso fosse redigida na contemporaneidade, certamente haveria menção ao direito ao meio ambiente sadio.

Essa Declaração que enfatiza a amplitude, a universalidade e a interdependência dos direitos humanos consta, tecnicamente, como uma recomendação da Assembleia Geral das Nações Unidas para seus membros, portanto sem força vinculante. Não possui, por conseguinte, natureza jurídica de tratado internacional. Todavia, hoje, o costume e os princípios jurídicos internacionais a reconhecem como *jus cogens*, ou seja, como normas imperativas de Direito Internacional geral, com natureza vinculante, ao passo que influenciam os instrumentos jurídicos e políticos do século XXI.

Um aspecto paradoxal da história dos direitos humanos é que, apesar de serem direitos de todos os seres humanos, o que deveria levar à conclusão lógica de que ninguém é contra tais direitos, não é isso que se tem verificado. Há pessoas que colocam suas ambições pessoais, sua busca de poder, prestígio e riqueza acima dos valores humanos.³

Preocupados com a degradação ambiental e com seus efeitos a curto, médio e longo prazo, é que os Estados tomaram consciência da necessidade de proteger o meio ambiente de forma solidária e cooperativa. Nesse intuito, as nações reuniram-se, em 1972, na Suécia (Estocolmo), para formular princípios básicos propondo ações efetivas e um esforço conjunto para solucionar a crise ambiental planetária.⁴

A Declaração de Estocolmo, instituída na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, é um dos marcos do Direito Internacional do Meio Ambiente ao estabelecer que o homem tem direito fundamental à vida saudável, em ambiente de qualidade, ou seja, um direito à vida digna, como bem-estar.

É a primeira vez que o meio ambiente sadio goza de proteção como um direito humano. Por ocasião desse instrumento, o meio ambiente é equiparado com a liberdade e a igualdade, ambos direitos fundamentais, sendo, ainda, um direito inalienável em prol das presentes e futuras gerações.⁵

A partir da Convenção de 1972, “as nações passaram a compreender que nenhum esforço, isoladamente, seria capaz de solucionar os problemas ambientais do Planeta.”⁶ O novo paradigma levou a humanidade a não mais considerar o meio ambiente ecologicamente equilibrado como uma questão local, mas sim de âmbito global ou planetário.

A Convenção reconhece o direito de todas as pessoas de procurar segurança, assim como o faz o art. 14 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Além disso, o art. 25 da Declaração determina que toda pessoa tem direito a um nível adequado de vida que lhe garanta saúde e bem-estar, o que se torna latente na questão dos refugiados ambientais, uma vez que o ambiente antes habitado por eles se torna insalubre e inabitável.

A Declaração de Estocolmo influenciou a formulação de tratados e constituições. No âmbito interno, o constituinte de 1988 orientado pelo Princípio 1 dessa Declaração instituiu, no artigo 225, que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

Assim, não foi só internacionalmente que o direito ao meio ambiente tornou-se um direito humano, mas também um direito fundamental, haja vista o fato de se encontrar previsto em vários textos constitucionais dos Estados.

Decorridos alguns anos da Declaração de 1972, a Assembleia Geral das Nações Unidas prosseguiu os seus trabalhos de amenizar a crise ambiental com a criação da Comissão Mundial do Meio Ambiente e Desenvolvimento, que elaborou o Relatório *Brundt land*, denominado também de **Nosso Futuro Comum**.

Supracitado Relatório foi proferido em 1987 e reconheceu a dependência existencial do homem em relação à biosfera, tornando pública, global e urgente a adoção de instrumentos que levassem os Estados a enfrentar a crise ecológica em virtude da escassez dos recursos naturais percebida em nível planetário.

O Relatório *Brundt land* foi um trabalho preparatório para a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, sediada no Rio de Janeiro, em 1992. A RIO-92 visava à elaboração de estratégias e medidas nacionais e internacionais, para deter a degradação ambiental, visto o fato de os Tratados multilaterais oriundos pós- Declaração de Estocolmo, vigentes, então, consolidarem-se como *soft law*.⁷

A Conferência do Rio foi a primeira reunião de grande repercussão internacional, após a Guerra Fria, a enumerar uma série de direitos e deveres em prol do meio ambiente, instituindo um desafio aos atores sociais no sentido de proporcionar um desenvolvimento que ocasionasse uma melhor qualidade de vida a cada membro das sociedades internacionais uma vez que:

A reunião não foi apenas consequência de um intenso processo de negociações internacionais acerca de questões ligadas à proteção do meio ambiente e ao desenvolvimento. Seus resultados significaram, também, a reafirmação de princípios internacionais de direitos humanos, como os da indivisibilidade e interdependência, agora conectados com as regras internacionais de proteção ao meio ambiente e aos seus princípios instituidores. Os compromissos específicos adotados pela Conferência Rio-92 incluem duas convenções, uma sobre mudança do clima e outra sobre Biodiversidade, e também uma Declaração sobre Florestas, além de um plano de ação que se chamou de *Agenda 21*, criado para viabilizar a adoção do desenvolvimento sustentável (e ambientalmente racional) em todos os países.⁸

A Declaração do Rio reafirmou a necessidade de uma vida saudável [Princípio 1], complementando os direitos fundamentais do homem, em particular, o direito à vida e à saúde. Assim, a obediência em relação aos instrumentos internacionais que versem sobre a problemática ambiental implicou o surgimento de um direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado por ser uma extensão do direito à vida.

A mudança de percepção de que as questões ambientais abrangem uma esfera complexa e não só a poluição decorrente da industrialização marcou a inserção do tema no discurso dos direitos humanos com a Resolução 1990/41, de 6 de março de 1990, a qual a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas intitula os Direitos Humanos e o Meio Ambiente na sua abrangência, firmando, assim, sua preocupação com a complexidade e a seriedade dos problemas ambientais e a necessidade de medidas nacionais, regionais e internacionais adequadas aos problemas.⁹

A necessidade de aproximar a proteção internacional dos Direitos Humanos ao Direito Internacional do Meio Ambiente é uma tendência do contemporâneo Direito Internacional Público, uma vez que as declarações sobre cada esfera de proteção sejam cada vez mais amplas, abrindo espaço para que os vínculos sejam unificados entre as diversas categorias de direitos. Nesse ensejo:

Embora tenham os domínios da proteção do ser humano e da proteção ambiental sido tratados até o presente separadamente, é necessário buscar maior aproximação entre eles, porquanto correspondem aos principais desafios de nosso tempo, a afetarem em última análise os rumos e destinos do gênero humano.¹⁰

Ações protecionistas, no intuito de elencar um meio ambiente sadio, como um direito natural dos povos, evidenciam-se, hodiernamente, não só como direitos fundamentais (garantidos nas Constituições positivadas de cada Estado), mas também como direitos humanos (presentes nos documentos internacionais), uma vez que o dano ambiental produzido em um território, segundo Teixeira,¹¹ pode ultrapassar suas fronteiras, gerando, assim, poluição em outros Estados ou em espaços internacionais.

Tal situação se deve ao fato de a atmosfera ser uma unidade global, sem barreiras criadas pelo homem. De forma que é incontestável a cooperação entre os Estados soberanos para que se possa combater a poluição transfronteiriça.¹²

Normatizar essas medidas nas Constituições ou nos Tratados que versem sobre meio ambiente deveria ser desnecessário, mas inerente a eles, visto ser um interesse direto do homem. Todavia, isso não ocorre, “razão de ser da positividade de normas destinadas a proteger os direitos, até mesmo contra os próprios destinatários que não sabem ou não querem poupá-los do perdimento”¹³ em face da realidade atual.

Sobre o tema, é importante ressaltar que o Direito Internacional dos Direitos Humanos:

[...] é *corpus juris* de salvaguarda do ser humano, conformado, no plano substantivo, por normas, princípios e conceitos elaborados e definidos em tratados e convenções, e resoluções de organismos internacionais, consagrando direitos e garantias que tem por propósito comum a proteção do ser humano em todas e quaisquer circunstâncias. Emanado do Direito Internacional, este *corpus juris* de proteção adquire autonomia, na medida em que regula relações jurídicas dotadas de especificidade, imbuído de hermenêutica e metodologias próprias.¹⁴

Assim, a efetivação do meio ambiente como um direito humano surge com a expressa proteção internacional ambiental em tratados e convenções, pois, à medida que ocorrem as lesões ambientais, haverá outros direitos fundamentais violados, como o direito à vida, ao bem-estar, à saúde, todos amplamente reconhecidos nas sociedades internacionais como direitos humanos.

2 OS DILEMAS DA EXISTÊNCIA DOS REFUGIADOS AMBIENTAIS NA ATUALIDADE

A discussão acerca dos problemas que envolvem os refugiados ambientais desenvolve-se em inúmeros aspectos. Trata-se da análise de desafios,

obstáculos e expectativas que se impõem à garantia básica dos direitos humanos. A pessoa ou o grupo de pessoas sai do seu local de origem em busca de uma viável sobrevivência em outra área territorial. Assim, o direito à vida, indiscutivelmente consagrado nos instrumentos internacionais, deve ser resguardado amplamente.

A respeito do direito à vida, Hathaway¹⁵ assevera que:

O direito à vida, como definido no art. 6 da Convenção dos Direitos Civis e Políticos, é um direito inerente, significando que o **direito de uma pessoa à vida não pode ser tirado por um estado ou dispensado, rendido ou renunciado pelo arbítrio individual, uma vez que o ser humano não pode ser privado da vida, nem pode privar-se ele mesmo da sua condição humana.** O direito à vida, já foi dito pela Corte Internacional de Justiça, é parte do **irredutível conjunto de direitos humanos.** O Comitê de Direitos Humanos refere-se a ele como o **direito supremo**, e insiste que é a **base de todos os direitos humanos e não deve ser interpretado de maneira restritiva.** (Tradução livre). (Destques nossos).

A questão dos refugiados ambientais deve ser enfrentada com cautela, principalmente, no Brasil, pois o volume de pessoas que se deslocam de uma área para outra em função das mazelas ambientais é grande, e, não raro, resultam em migrações definitivas, em virtude da inviabilidade de permanecerem no local pela escassez dos recursos naturais ou da inexistência de áreas territoriais viáveis para residirem.¹⁶

Vários são os óbices que se opõem a um refugiado ao se deslocar de uma área territorial para outra, que perpassam a esfera da própria manutenção de valores, hábitos e costumes pessoais, entre eles, o da liberdade de religião em face de um Estado com valores distintos.

As práticas de xenofobismo, racismo e a própria adaptação a um clima, às vezes, diferente do habitualmente vivenciado, são fatores externos e adversos à nova realidade do refugiado ambiental. Algumas comunidades veem os deslocados como uma ameaça à economia, à segurança, à identidade cultural, enfim, à estabilidade nacional como um todo.

Verificam-se, em verdade, poucas iniciativas por parte dos Estados e das organizações internacionais para viabilizar medidas adequadas de proteção, de cooperação e de assistência humanitária, embora a proliferação de indivíduos nessas condições seja inegável e cada vez crescente.

É inconteste que a defesa e a proteção do meio ambiente e, consequentemente, aos refugiados ambientais, exigem solidariedade, pois não importa se tão-somente um Estado, um município ou uma região tenha consciência ambiental na orientação de suas políticas públicas de participação de todo povo.

Esta crise está associada à anarquia do sistema internacional e à complementar inexistência de autoridades com poderes reais para

assumir a responsabilidade da gestão dos bens naturais comuns da humanidade. A política internacional encontra-se dominada por atores (políticos e econômicos) orientados por uma racionalidade individualista e competitiva, que dificilmente poderiam encontrar motivos para colocar a cooperação acima do antagonismo dos interesses particulares.¹⁷

Outro ponto relevante que surge com a presença da figura do refugiado ambiental é o fato de as catástrofes naturais ocasionarem o deslocamento forçado de pessoas de uma área para outra, intra ou extraterritorial, gerando uma crescente perturbação na ordem política, social, econômica e geográfica dos Estados, a ponto de repercutir nas soberanias estatais em razão das suas atuações, omissões e violações, uma vez que o meio ambiente, como direito difuso, complexo e intergeracional, induz atos conscientes, solidários e ativos do indivíduo, das sociedades e do próprio Estado.

O dever de proteger o meio ambiente, por ser um direito difuso, presuppõe atitudes conscientes do indivíduo, da coletividade e do próprio Estado, que se configura como o grande titular dos deveres fundamentais, segundo entendimento de Nabais:¹⁸

Todos os deveres fundamentais estão ao serviço de valores comunitários, de valores que, ainda que dirigidos directamente à realização de específicos direitos fundamentais dos próprios destinatários dos deveres ou de terceiros, são assumidos pela comunidade nacional como valores seus, constituindo, assim, ao menos de um modo directo ou imediato, deveres para com a comunidade estadual. E nesta medida, o estado é o titular activo número um de todos os deveres fundamentais.

À medida que o homem atua de forma ecologicamente consciente, com a noção de que “a finitude precisa estar presente na consciência da raça humana que se acredita infinita e nessa pretensão desrespeita aquilo que não sabe criar, mas consegue destruir de forma rápida e eficiente”¹⁹, torna-se um cidadão planetário.

De fato, o problema é bem mais abrangente do que se possa imaginar, uma vez que situações novas e até então ainda não vivenciadas pelo instituto jurídico do refúgio estão surgindo e modificando as relações internacionais e a proteção internacional aos direitos humanos. Vale enfatizar que não é só o Direito como ciência que irá resolver tais situações, com suas regras, princípios, preceitos, muito menos outra área do conhecimento isoladamente. A questão ambiental é essencialmente transdisciplinar, uma vez que se agrava no âmbito global e exige um diálogo entre as diversas áreas do conhecimento e o Direito.

3 A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS E OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS APLICÁVEIS

Uma eventual Convenção sobre a proteção aos refugiados foi solicitada ao professor Jacques Vernant do *Centre d'Études de Politique Étrangère*, em

Paris, na França, pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), logo após a II Guerra Mundial. O texto e as demais considerações foram aprovadas pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (AG) em 26 de julho de 1951, que instituiu a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (CRER), com entrada em vigor a partir de 22 de abril de 1954.

Com a CRER, passou a ter uma definição jurídica do refúgio, com o estabelecimento de elementos essenciais e critérios claros e objetivos para a sua atuação e aplicação. Uniformizou-se, assim, a proteção dos refugiados no âmbito internacional, sem a distinção de certo grupo de refugiado, em detrimento de outros.

Apesar de todos os esforços para abranger a maior proteção ao refugiado, a CRER possui duas limitações restritivas, uma temporal e outra geográfica. A limitação temporal existe no tocante a sua aplicação, haja vista a previsão expressa da necessidade de nortear os dispositivos da Convenção aos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951. Nessa perspectiva, evidencia-se que:

[...] la definición del Estatuto y aquella de la Convención de 1951 posee una doble limitación que puede en evidencia la dificultad con la cual la solidaridad va imperando en el mundo internacional. Ante toda la limitación “temporal” pues la definición del Estatuto (1950) tanto como aquella de la Convención (1951) establecen en la primera línea de la definición del término “refugiado” que éste es una persona que “como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951 y debido a fundados temores. [...] La segunda limitación, la llamada “limitación geográfica” aparece en la Convención de 1951 [...] Esta limitación es hecha por diversos Estados que la mantienen incluso con la adopción del Protocolo de 1967. El Protocolo de 1967 estuvo hecho fundamentalmente para suprimir la “limitación temporal”! establecida por la Convención de 1951: sin el Protocolo, las disposiciones de la Convención el día de hoy sólo tendrían importancia para los estudiosos.

A limitação ou reserva geográfica indica que “Estado-Contratante, a seu livre critério, poderia escolher quem queria ajudar: europeus ou ‘inclusive’ não europeus”²⁰, o que ocasiona que a atuação da Convenção de 1951 vigorará somente na Europa, o que pressupõe que um Estado signatário da CRER, no momento de assinar, ratificar e aderi-lo, pode adotar apenas indivíduos que foram acometidos de situações que ocorreram somente no continente europeu.

Em razão de tais falhas, em 31 de janeiro de 1967, em Nova Iorque, foi aprovado o Protocolo Relativo ao Estatuto dos Refugiados (PRER), que associado à Convenção de 1951, consolidou o núcleo normativo central da proteção universal e contemporânea da figura do refugiado.

A PRER retificou a limitação temporal existente na CRER, ao eliminar a expressão 1º de janeiro de 1951, por meio do disposto no art. 1º, § 2º. Quanto à limitação geográfica, não modificou e continua a vigorar o expresso

na Convenção. Em função disso, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) continua o trabalho de “convencer os Estados de que, além de aderirem à Convenção de 1951 e ao Protocolo de 1967, que o façam sem estabelecer a limitação ou reserva geográfica. Caso o tenham feito com tal limitação, que a suprimam”.²¹ Na realidade, poucos são os Estados que aderiram à limitação geográfica; no entanto, para coibir futuras adesões, o ACNUR vem reforçando suas atividades a esse respeito.

Há de se ressaltar a existência, também, da limitação individual, defendida por uma parcela minoritária da doutrina, que é proveniente da expressão “temendo ser perseguido por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas”, expressas no art. 1º, A, 2, da Convenção dos Refugiados, impondo, assim, que cada deslocado, em virtude da subjetividade inerente à sensação de temor, comprove individualmente o seu medo para fundamentar em uma das causas elencadas.²² Tal fato ocasiona o procedimento da concessão do *status* de refugiado extremamente dispendioso e moroso, não atendendo ou dificultando aos anseios da Comunidade Internacional quanto à proteção aos refugiados. Sobre o tema, manifestam-se Jubilit e Apolinário:²³

Diferentemente das vítimas de perseguição, as pessoas que se deslocam em razão de um desastre ambiental podem, em geral, valer-se da ajuda e do suporte do próprio governo, mesmo que tal suporte seja limitado. Isso não se confunde com a situação em que o agente perseguidor utiliza a degradação ambiental como meio de perseguição. Neste caso, a razão da perseguição pode ser uma das previstas na Convenção de 1951, e a forma de perseguição é o dano ambiental; assim, trata-se de um refugiado. Nesse sentido, deve-se estabelecer o fundado temor de perseguição.

Com a revisão da limitação temporal e a tentativa de eliminar a limitação geográfica e individual, a proteção internacional dos refugiados baseia-se de acordo com as interpretações dos:

[...] seguintes princípios: (i) princípio da proteção internacional da pessoa humana; (ii) princípios da cooperação e da solidariedade internacionais; (iii) princípio da não devolução, ou seja, do *non-refoulement*; (iv) princípio da boa-fé; (v) princípio da supremacia do direito de refúgio; (vi) princípio da unidade familiar; e, por fim, (vii) princípio da não discriminação.”²⁴

O **princípio da proteção internacional da pessoa humana** está fundamentado especialmente no artigo 14 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), bem como no preâmbulo da CRER. Diante de tal princípio, há a incorporação, sem distinção, dos direitos aos seres humanos a toda e qualquer proteção das liberdades fundamentais e dos direitos e garantias humanas. Assim, o requisito mínimo de proteger qualquer vítima de perseguição é assegurado incondicionalmente.

No preâmbulo do CRER, os **princípios da cooperação e da solidariedade internacionais**, complementares do princípio da proteção internacional da pessoa humana, têm como fito solucionarem os problemas dos refugiados em uma perspectiva multilateral de comunhão de esforços estatais pertencentes à sociedade internacional. Assim,

[...] a solução satisfatória dos problemas cujo alcance e natureza internacionais a Organização das Nações Unidas reconheceu, não pode, portanto, ser obtida sem cooperação internacional; Exprimindo o desejo de que todos os Estados, reconhecendo o caráter social e humanitário do problema dos refugiados, façam tudo o que esteja ao seu alcance para evitar que esse problema se torne causa de tensão entre os Estados [...].

O **princípio da não devolução ou *non-refoulement***, previsto no art. 33 da CRER, figura como o núcleo central da proteção internacional dos refugiados por impor aos Estados signatários a Convenção dos Refugiados, sendo impossível negar a proteção e devolver o refugiado sem justificativa, obrigando-o a retornar ao Estado de origem no qual teve sua vida e sua liberdade cerceadas.

O princípio do *non-refoulement* aplica-se, portanto, diante da solicitação do reconhecimento da condição jurídica de refugiado expressa pelo indivíduo estrangeiro. É o momento da entrada do estrangeiro no território nacional de maneira que a rejeição do mesmo, ainda que não esteja em, território nacional, mas na fronteira ou em territórios internacionais, implica a violação do princípio.²⁵

Para Flávia Piovesan,²⁶ o princípio da não devolução deve ser reconhecido e respeitado como *jus cogens*, por ser um princípio geral tanto dos Direitos Humanos como dos Direitos dos Refugiados. Não se confunde com as formas coercitivas de saída de um estrangeiro de um Estado para outro [extradição, expulsão ou deportação], com o fim de evitar arbitrariedades e a desproteção de um indivíduo ou grupo de pessoas que estão sofrendo perseguição e desamparo físico, social, econômico e emocional.

O **princípio da boa-fé** evidencia-se na obrigação de um Estado signatário da CRER de cumprir as normas contidas nesta Convenção, a ponto de não agir de forma arbitrária em desacordo com o pactuado em 1951 e retificado, em parte, no Protocolo de 1967. A boa-fé, outrossim, está instituída no art. 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT), de 1959, ao dispor explicitamente sobre o princípio *pacta sunt servanda*.

O bem-estar da sociedade internacional e a segurança das relações jurídicas passam a ser percebidos com o cumprimento harmonioso do disposto nas normas acordadas internacionalmente pelos Estados signatários, como o aduzido no artigo 35, 1, da CRER.

O **princípio da supremacia do direito do refúgio**, previsto no art. 1º da Convenção sobre Asilo Territorial, de 1954, é complementar ao princípio da boa-fé ao estipular que a concessão do reconhecimento do refúgio ou do asilo por um Estado não pode ser compreendido como um estremecimento das relações diplomáticas entre os Estados envolvidos, nem como uma afronta à soberania do Estado que gerou o *status* de refúgio ou asilo pelo Estado que o(s) acolheu. Pelo contrário, deve ser entendido como uma expressão de cumprimento às normas internacionais de proteção à pessoa humana, sobretudo as normas do Direito Internacional dos Refugiados, caso o Estado acolhedor seja signatário do CRER.

Segundo Piovesan, “a concessão do asilo não pode jamais ser interpretada como um ato inamistoso, de inimizade ou hostilidade com relação ao país de origem do refugiado”,²⁷ sendo incabível a reclamação por parte do Estado de origem contra qualquer atitude de proteção de um Estado acolhedor. Nesse esteio, o art. 6 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) complementa o princípio da supremacia do refúgio, ao prever que é elemento fundamental de uma sociedade o direito de toda pessoa constituir uma família e receber proteção para ela.

O **princípio da unidade familiar**, apesar de não previsto expressamente na CRER e no Protocolo de 1967, é recomendado pelo Direito Internacional dos Refugiados aos Estados sob dois pilares principais. O **primeiro** é em virtude da proteção aos filhos menores, particularmente meninas e crianças não acompanhadas, mas aptas à adoção e à tutela.

O **segundo** é pela manutenção da unidade familiar, essencialmente nas hipóteses em que o chefe da família tenha preenchido as condições necessárias para a sua admissão num determinado país. Ressalta-se que, em uma eventual dissolução do elo familiar, em face de um divórcio, morte ou separação, o reconhecimento do *status* de refúgio é preservado aos dependentes do ex-chefe da família, seja este mulher ou homem.

No Brasil, em conformidade com as práticas do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) e da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (CRER), a Lei 9.474/97 adotou em seu artigo 2º que:

Os efeitos da condição dos refugiados serão extensivos ao cônjuge, aos ascendentes e descendentes, assim como aos demais membros do grupo familiar que do refugiado dependerem economicamente, desde que se encontrem em território nacional.

Por fim, o **princípio da não-discriminação**, instituído no art. 3º da CRER, enaltece a não discriminação quanto à religião, à raça ou ao Estado de origem dos solicitantes do refúgio ou do asilo. Outrossim, não há de se criar medidas discriminatórias àqueles que necessitem de outro tipo de proteção pelo instituto jurídico do refúgio, que não se enquadrem nos quesitos de raça, religião ou país de origem.

4 AS PERSPECTIVAS DA PROTEÇÃO DOS REFUGIADOS AMBIENTAIS EM FACE DAS CATÁSTROFES NATURAIS: DO GLOBAL AO LOCAL

Em face da complexidade da crise mundial dos deslocados internos, dos imigrantes e dos refugiados, a sociedade internacional deve adotar um planejamento abrangente para coordenar atividades e promover a cooperação entre países e organizações pertinentes nessa área, levando em consideração o mandato do ACNUR, com base nos princípios da humanidade, da solidariedade e da cooperação internacional e, em perspectiva convergente, a atuação de cada Estado para adotar soluções duradouras de prestar assistência humanitária, incluindo, neste caso, os refugiados ambientais.

Apesar das limitações apresentadas, especialmente no que concerne à falta de conceituação legal do que seja um refugiado ambiental, o Direito Internacional dos Refugiados com o Direito Internacional dos Direitos Humanos não podem se eximir da responsabilidade precípua.

Referida responsabilidade está disposta no art. 13, 1 e 2 da Declaração Universal dos Direitos Humanos ao proporcionar a todo ser humano “[...] o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio e a ele regressar” (artigo 13, 2, da DUDH, de 1948), sobretudo diante de situações que o deixe vulnerável “[...] visando à eliminação de todas as formas de discriminação contra estes e o fortalecimento e implementação eficaz dos instrumentos de direitos humanos existentes” (Artigo 24, da Declaração e Programa de Ação de Viena (DPAV), de 1993). A questão das migrações forçadas em razão de fatores ambientais merece uma melhor análise para tutelá-la internacionalmente. Hipóteses e perspectivas para tanto serão apresentadas, objetivo principal deste trabalho.

4.1 A proteção mediante a ampliação do status de refugiado

A não uniformização da terminologia refugiado ambiental que identifique tanto pessoas deslocadas forçadamente internamente como as obrigadas a cruzar fronteiras internacionais por fatores ambientais torna o termo refugiado ambiental uma problemática, por misturar a noção de deslocado interno com refugiado. Os “refugiados ambientais são, portanto, parte deste novo cenário global onde as transformações sociais condicionam as incertezas fabricadas, gerando novas abordagens para o conceito de migrantes”.²⁸

Uma das possibilidades da proteção ao refugiado ambiental seria a “ampliação do conceito de refugiado nos tratados internacionais, para incluir os refugiados em razão de impactos socioambientais que provoquem o deslocamento forçado de pessoas em seus territórios de origem.”²⁹ Dessa forma, chega-se à necessária reflexão acerca da viabilidade da revisão do conceito tradicional de refugiado para incluir a “motivação ambiental ou climática” entre as hipóteses de concessão de refúgio e da previsão de uma responsabilidade compartilhada entre o Estado de origem, por falhar diretamente na proteção dos seus cidadãos

em face dos impactos ambientais e os Estados que mais contribuem para as mudanças climáticas.³⁰

A solução da questão da terminologia, ao inserir o critério ambiental como possível fato gerador do reconhecimento do *status* de refugiado, garantiria para esses indivíduos ou grupos de pessoas, uma qualidade de vida mais viável e sadia para onde se deslocassem e recomeçassem sua vida.

Em uma análise conceitual alargada do termo, a Convenção da Organização da Unidade Africana poderia auxiliar a celeuma existente, por se tratar de um documento regional que rege aspectos específicos dos refugiados africanos, adotada em 10 de setembro de 1969, vigente a partir de 20 de junho de 1974, que reconhece o caráter universal e fundamental da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, a ponto de adaptar as normas universais da proteção dos refugiados à realidade africana.

Ao enfatizar o caráter humanitário e primordial dos refugiados, o referido documento apresenta duas hipóteses de ampliação estatuídas no art. 1º, §§ 1 e 2 da Convenção da Organização da Unidade Africana (OUA), que assim dispõem:

§ 1º O termo refugiado aplica-se a qualquer pessoa que, receando com razão, ser perseguida em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou da suas opiniões políticas, se encontra fora do país da sua nacionalidade e não possa, ou em virtude daquele receio, não queira requerer a proteção daquele país; ou que, se não tiver nacionalidade e estiver fora do país da sua anterior residência habitual após aqueles acontecimentos, não possa ou, em virtude desse receio, não queira lá voltar.

§ 2º O termo refugiado aplica-se também a qualquer pessoa que, devido a uma agressão, ocupação externa, dominação estrangeira ou a acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública numa parte ou na totalidade do seu país de origem ou do país de que tem nacionalidade, seja obrigada a deixar o lugar de residência habitual para procurar refúgio noutro lugar fora do seu país de origem ou de nacionalidade.

A dimensão de refugiado, ao ser ampliada por este instrumento regional africano, abre a oportunidade de proteção, independentemente de possuírem o temor de perseguição. Com isso, surge uma maior abrangência à noção tradicional, como uma alternativa à ausência da proteção ao refugiado ambiental; portanto, há uma maior relevância nos aspectos objetivos, ao invés dos aspectos subjetivos, fato que proporciona a percepção do nexo de causalidade do deslocado com a catástrofe ambiental.

Outro ponto de destaque da Convenção Africana da OUA é a nova relação de noção individualista, presente na primeira parte da definição tradicional, com a coletivista da segunda parte da definição ampliada, que possibilita uma melhor compreensão de que os desastres ambientais não se centralizam unicamente em requerentes individuais, mas é possível que atinja uma coletividade.

A garantia a um meio ambiente saudável e sadio são direitos fundamentais do homem, logo, ao adotar a sustentabilidade e a cooperação entre os povos como princípios essenciais, fica inquestionável interpretar a segunda parte do conceito vigente na Convenção da Organização da Unidade Africana dissociada da proteção ao refugiado ambiental. Afinal, as catástrofes ambientais desencadeiam problemas de ordem econômica, social, cultural e estrutural, além das violações aos direitos humanos, capazes de configurarem a expressão “acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública”, como consta no artigo 1º, 2 da Organização da Unidade Africana (OUA).

Apesar do avanço atribuído ao alargamento do termo refugiado com a Convenção da OUA, tal documento não passa de um instrumento regional, de caráter complementar ao Estatuto dos Refugiados. Referido fato limita sua aplicação a uma pequena parcela de atingidos. O mesmo acontece com a Declaração de Cartagena, de novembro de 1994, elaborada após as crises políticas e as guerras armadas dos anos 70 e 80 que assolaram a América Latina.³¹

A Declaração de Cartagena tem um caráter dual (coletivista/individualista) por levar em consideração os aspectos subjetivos e objetivos dos acontecimentos que ocorrem às pessoas ou ao grupo de pessoas acometidas por algum desastre associado ao meio ambiente, que reitera a análise alargada do *status* de refugiado:

Face à experiência adquirida pela afluência em massa de refugiados na América Central, se torna necessário encarar a extensão do conceito de refugiado tendo em conta, no que é pertinente, e de acordo com as características da situação existente na região, o previsto na Convenção da Organização da Unidade Africana (artigo 1, parágrafo 2) e a doutrina utilizada nos relatórios da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos. Deste modo, a definição ou conceito de refugiado recomendável para a sua utilização na região é o que, além de conter os elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, considere também como refugiados as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública. (Terceira Conclusão da Declaração da Cartagena).

Na prática, a Declaração de Cartagena, apesar de ter uma dimensão mais realista e ampla, por introduzir a variável “circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública” é um instrumento que possui dupla limitação para se alcançar a proteção ao refugiado ambiental, pois é um documento regional e consequentemente, por ser de abrangência restrita, não é vinculante em relação a outros documentos internacionais.

Apesar das constatações limitativas, a Declaração de Cartagena tem o seu valor histórico e normativo, por reconhecer a complementaridade “[...] - em termos normativos, interpretativos e operativos – existente entre os três ramos da proteção internacional da pessoa humana, à luz de visão integral e convergente do direito humanitário, dos direitos humanos e do direito dos refugiados.”³² Hodiernamente, então:

O direito internacional dos refugiados ainda mantém a diretriz do conceito clássico do refugiado. O conceito ampliado de refugiado, tendo como origem a Convenção Africana de 1969 e a Declaração de Cartagena de 1984, dificilmente conseguiria apoio para ser expandido dentro do regime dos refugiados pelos países da América do Norte e Europa. A razão principal é que os refugiados atuais dificilmente são aceitos com base no conceito clássico, porque a razão de saída de seus países de origem enquadra-se no conceito ampliado implementado na África e América Latina. E mesmo quando a minoria dos refugiados clássicos consegue, por exemplo, chegar à Europa para solicitar refúgio, eles são impedidos por uma série de restrições criadas para dificultar o seu reconhecimento, em uma clara violação da Convenção de Genebra de 1951.³³

O Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) pode contribuir com os governos locais ao lidar com os deslocados por calamidades naturais ou humanas. No entanto, em face das normas internacionais vigentes, a ampliação do direito internacional do refugiado é algo complexo e difícil de ser obtido em curto prazo.

As restrições à ampliação do *status* de refugiados criadas na Europa e na América do Norte não permitem espaço para a inclusão de um conceito ampliativo de refugiado. Outro ponto que dificulta o alargamento do conceito é o fato de o ACNUR não ter uma estrutura organizacional própria para esta situação e dos restritos recursos orçamentários destinados para este fim. Afinal, os Estados não são obrigados a arcar e a financiar a proteção aos refugiados ambientais.

A ampliação da proteção ao *status* de refugiado, na prática, possui dois grandes entraves. O primeiro recai sobre a capacidade efetiva de ter um acordo entre os Estados, que formam a sociedade internacional, para a anuência da expansão do rol taxativo do artigo 1º, A, 2 da Convenção de 1951.

A ratificação de tal postura implica a ampliação de suas responsabilidades internacionais frente às normas do Direito Internacional dos Refugiados, especialmente no que tange ao princípio máximo da proteção internacional aos refugiados, o *non-refoulement*. Na prática, se a obrigatoriedade e a efetividade jurídica perante as normas do Direito Internacional dos Refugiados não vigerem, tal medida estará estipulada apenas no papel, sem capacidade, portanto, de solucionar a situação fática dos refugiados ambientais.

O segundo entrave recai sobre a não compatibilidade da natureza jurídica do Direito Ambiental com a do refúgio. A averiguação de tal celeuma recai o do Direito Ambiental, por ser um direito difuso, ter natureza transindividual e indivisível. Enquanto a natureza jurídica do refúgio se configura como individual, segundo o disposto no artigo 1º, A, 2 da Convenção de 1951.

Para que a proposta de ampliação do rol taxativo instituído na CRER não seja infundada, deverá tal ampliação contemplar não somente a perspectiva individual, como a coletiva, nos moldes, por exemplo, da proteção *prima facie*, que se configura como “[...] uma obrigação que se deve cumprir, a menos que ela entre em conflito, numa situação particular, com um outro dever de igual ou maior porte.”³⁴

Esse conceito proposto por Sir David Ross, em 1930, propõe que não pode haver nem há regras sem exceções. Assim, não se pode proteger apenas os elencados no rol do artigo 1º, A, 2 da Convenção de 1951, sem a possibilidade de, por meio da analogia, sejam ampliadas a proteção e a assistência humanitária a grupos e populações inteiras de refugiados por fatores ambientais, tornando-se, nessas situações, imprescindível a proteção não somente individual, mas a da coletividade.

4.2 A proteção diante da formulação de um documento específico e a possível contribuição do Brasil

Outra perspectiva futura à proteção dos refugiados ambientais seria a confecção e a posterior adoção de um instrumento jurídico internacional específico e viável sobre o assunto, instituído no seio das Nações Unidas, pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (ECOSOC), pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (AG) ou até mesmo pelo próprio Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR).

Em uma especulação ideológica, poderia ser um Tratado que integrasse as normas vigentes do Direito Internacional dos Refugiados (DIR) com aquelas que estabelecessem os refugiados ambientais como uma nova categoria de refugiado, claramente definido como indivíduos que se configurariam quando se deslocassem forçadamente de uma fronteira internacional para a outra em decorrência de alguma alteração no meio ambiente.

Referido novel instrumento estaria apto a se guiar pelos princípios fundamentais de proteção aos direitos humanos e a criar princípios norteadores da proteção internacional dos refugiados ambientais, a ponto de limitar sua atuação e sua destinação, com parâmetros claros e objetivos, bem como estipular as medidas a serem aplicadas pelo Estado receptor.

Caso não seja possível tal proposta, em virtude da falta de consenso entre os Estados e da preservação de suas soberanias, que, pelo menos, haja a aprovação de uma resolução ou de um recurso que auxilie a construção de regras para um Tratado que legisle sobre a matéria, um *guideline*. Pode ser inclusive um

documento genérico, que trate da proteção da pessoa humana frente ao Direito Internacional (DI), não somente para salvaguardar os refugiados ambientais, mas os migrantes econômicos, os deslocados internos, os refugiados ecológicos, todos para os quais a causa do deslocamento fosse relacionado ao meio ambiente.

Em uma perspectiva mais atual, a elaboração de normas de condutas e conceituais poderia ser proposta na Conferência Internacional para o Desenvolvimento Sustentável que faz alusão aos vinte anos da ECO 92, a denominada Rio+20, que ocorrerá em junho de 2012, no Rio de Janeiro, com cerca de 193 Estados participantes da ONU e vários outros setores.

O evento pretende realizar um balanço do que foi feito nas últimas duas décadas e debater maneiras salutares de recuperar os estragos ambientais existentes, sem deixar de progredir sócio, econômico e ambientalmente. Para isso, no mesmo período da reunião oficial da Rio+20, grupos da sociedade civil, entre eles empresas e ONGs, promoverão a Cúpula dos Povos para discutir sobre os mesmos temas da Conferência da ONU.

Há vinte anos os debates, palestras e comprometimentos estatais ocorridos na ECO 92 rendeu a criação de vários documentos importantes como a Agenda 21, a Convenção do Clima, a Carta da Terra, a Convenção da Diversidade Biológica, entre outros.

Do ponto de vista do ambientalismo, o aspecto mais forte da Conferência do Rio de Janeiro [ECO 92] não foram acordos assinados pelos governos, mas precisamente a emergência germinal de uma sociedade civil planetária, expressada na constituição de um espaço público comunicativo onde se encontraram as diversas dimensões que compõem o ambientalismo, com raízes tanto no Sul quanto no Norte, no Leste como no Oeste, e pertencentes tanto ao sistema político como aos sistemas social e econômico³⁵. Então, por que não se direcionar os debates para um assunto tão emergencial.³⁵

A Rio+20 tem como objetivo assegurar o comprometimento estatal com o desenvolvimento sustentável, avaliar os progressos e averiguar as lacunas existentes. Então, diante destes novos desafios emergenciais, por que não propor um documento que verse sobre a proteção internacional dos refugiados ambientais?

Como ainda não é possível a mudança normativa com ações proativas do Governo brasileiro quanto às questões dos refugiados oriundos de uma catástrofe ambiental, há de se esperar que à Carta de São Paulo pré-Rio+20/2011, advinda do Simpósio Internacional rumo a Conferência da ONU sobre Meio Ambiente, Rio – 2012 e Oficina de Trabalho MPF Rio + 20, de 28 de junho de 2011, possa contribuir para a elaboração de um instrumento específico de proteção ao refugiado ambiental, com a aprovação do Projeto de Convenção do Estatuto Internacional dos Deslocados Ambientais, conforme o aduzido no item primeiro das medidas urgentes que deverão ser adotadas para a efetiva proteção dos refugiados ambientais. Assim,

Visando a garantir dignidade humana e efetividade da Declaração Universal dos Direitos Humanos às pessoas ou grupos desterritorializados, não raro vítimas da marginalização econômica, deve ser aprovado o **“Projeto de Convenção do Estatuto Internacional dos Deslocados Ambientais”** (grifo nosso), como norma independente, vinculante e não como adendo ou complemento da Convenção de Genebra de 1.951, Protocolo sobre o Estatuto do Refugiado de New York de 1967 e Convenção das Nações Unidas para Mudanças do Clima, visando a evitar que se criem situações de discriminação e desigualdades em relação aos demais refugiados. Tal convenção deverá ser elaborada no âmbito de uma Conferência Internacional da qual participem diversos organismos internacionais e com convite a todos os países.

A criação de um Estatuto Jurídico Mundial, conforme proposto na Carta de São Paulo pré-Rio+20/2011, tem como objetivo prever princípios preventivos para o constante e crescente surgimento dos deslocados ambientais e protegê-los, por meio de normas internas e internacionais a serem cumpridas pelos países signatários.

Dessa forma, o traslado ou o reassentamento dos deslocados ambientais para um Estado acolhedor, bem como a integração sócio-étnico-ambiental com a população receptora devem ser previstos e cumpridos conforme cada caso específico, com o fito de garantir a reconstituição de estilos de vida e a reparação de perdas sofridas pelos deslocados.

4.3 A proteção pela reformulação da Lei dos Refugiados

Outra proposta de solução da questão da proteção internacional dos refugiados ambientais é a criação de um Protocolo Adicional à Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (CRER), pela qual os Estados pudessem ampliar formalmente as razões de atribuição do *status* de refugiado instituída no rol do art. 1º, A, 2, do Estatuto dos Refugiados.

Neste esteio, e, ainda, descartando a necessidade da análise do elemento **perseguição**, expressamente normatizado, para os deslocados internacionais em razão de fatores ambientais, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) trabalharia a partir dessa ampliação dos critérios novos surgidos do instituto do refúgio. O ACNUR, então, como um mandato estendido, passaria a proteger e dar assistência a esta nova categoria de cidadão mundial.

A Organização das Nações Unidas (ONU) compreende o caráter social e humanitário de que os refugiados necessitam, a ponto de perceber a necessidade da cooperação e da garantia de direitos, indistintamente, estatuídos na Convenção de Genebra. Contudo, as restrições temporal, geográfica e individual limitam a total proteção aos refugiados ambientais. Além do que:

O Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) reconhece que há grupos de migrantes fora do âmbito de

proteção internacional que necessitam de ajuda humanitária e de outras formas de assistência, mas entende que isso não justificaria uma revisão do Estatuto dos Refugiados de 1951. Esta lacuna jurídica, no tocante ao reconhecimento dos refugiados ambientais, favorece a imigração ilegal, o tráfico internacional de pessoas e o aliciamento para atividades criminosas.³⁶

A ampliação da definição tradicional, à primeira vista, apresenta-se como uma das hipóteses mais viáveis. No entanto, a longo prazo, gerará uma falsa sensação de proteção por a sua aplicabilidade abranger apenas deslocados ambientais que ultrapassem as fronteiras nacionais, não tendo como remediar os impactos sócioeconômicos dos deslocados internamente.

Outro ponto adverso é a aplicabilidade em curto espaço de tempo das ampliações do Estatuto do Refugiado. Afinal, na melhor das hipóteses, mesmo que precisassem apenas das adequações das novas normas as legislações internas dos Estados signatários da Convenção de 1951, tais ajustes ocorreriam a médio e longo prazo. Como se vê, é muito tempo para questões tão emergenciais. Logo, correria o risco da efetividade dessas ampliações serem inviáveis pela morosidade na transposição para os ordenamentos nacionais.

Além do mais, a ampliação de um instrumento jurídico que já possui um objeto de aplicabilidade determinado, uma vez que refugiado é o gênero e refugiados ambientais seriam uma de suas espécies, poderia privilegiar e ocasionar uma possível discriminação quando da assistência humanitária em relação às outras vítimas, como os deslocados internos e os refugiados ecológicos.

Em face disso, verifica-se a tendência de se buscar enquadrar todas as situações de migrantes nos poucos institutos legais internacionais específicos existentes, o que, por um lado, gera falta de utilização criteriosa das distinções entre os migrantes e, por outro lado, impede o desenvolvimento de novas formas de proteção, ao mesmo tempo que minimiza a efetividade das poucas normas existentes.³⁷

O anseio de que a implementação de novas normas de assistência, de proteção e de ajuda humanitária prejudique as que estão em vigor sob a atual concepção de refugiado resulta em uma dificuldade no acatamento dessas ampliações pela comunidade internacional. Assim, diante das explanações expostas, a viabilidade da modificação das normas da CRER como meio de proteção ao refugiado ambiental se constata ser inoperante e ineficiente para garantir a dignidade humana dos refugiados ambientais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cresce o número de refugiados ambientais no contexto internacional enquanto sua definição legal permanece nebulosa, uma vez que a situação dos indivíduos deslocados geograficamente por fatores atinentes à degradação ambiental não tem respaldo na Convenção de 1951, que regula a situação

dos refugiados, tampouco no Protocolo Adicional de 1967, a ponto de a proteção internacional dos direitos humanos desses indivíduos ser ineficiente e pouco vislumbrada.

Há necessidade urgente e universal de se pautar uma proteção efetiva ao indivíduo ou grupos de indivíduos que se deslocaram ou irão forçadamente se deslocar do seu Estado de origem para um receptor. Perspectivas quanto à concessão de tutela jurídica a essas pessoas existem e são plausíveis de serem efetuadas. No entanto, há de ser observado que existem fatores favoráveis e desfavoráveis a essa concessão que precisam ser revistos e aceitos pela comunidade internacional com o objetivo único e final de garantir uma melhor qualidade de vida a todos.

A vontade humana é muito importante nesse processo, tendo em vista o fato de uma norma, um tratado ou uma convenção que versem sobre a tríade - direitos humanos, meio ambiente e refugiados ambientais - não conseguir modificar uma realidade mundial ou nacional sem o comprometimento dos destinatários das normas jurídicas: o ser humano.

Não se pode viver tão vulnerável às incertezas e aos riscos iminentes ou em iminência de ocorrer, relativos à interdependência das vivências humanas com as demais formas de vida, sob pena de se evidenciar um retrocesso na busca do equilíbrio ambiental.

Nesse contexto, a presença atual e futura da figura do refugiado ambiental sem proteção jurídica e social atingirá, inevitavelmente, os seres vivos em caráter intergeracional. Posto isso, há de se questionar se essa é uma das heranças que se pretende deixar para as futuras gerações.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Martasus Gonçalves; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Desafios da soberania no âmbito da proteção internacional do meio ambiente. In: LEITÃO, Cláudia Sousa; COSTA, Andréia da Silva. (Org.). **Direitos Humanos: uma reflexão plural e emancipatória**. Fortaleza: Faculdade Christus, 2010.

APOLINÁRIO, Sílvia Menicucci de Oliveira Selmi. Desenvolvimento sustentável na perspectiva da implementação dos direitos humanos (1986-1992). In: ALMEIDA, Guilherme Assis de; PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira; LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. Uma apresentação aos 12 anos do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE). **Cadernos de Debates Refúgio, Migrações e Cidadania**, v. 4, n. 4, 2009. Brasília: Instituto Migrações e Direitos Humanos.

BREITWISSER, Liliane Graciele. Refugiados ambientais: breves notas sobre sua proteção jurídica internacional. In: LECEY, Eladio; CAPELLI, Sílvia (Coord.).

Revista de Direito Ambiental, São Paulo ano 14, n. 56, p. 142-165, out./dez. 2009.

CAPELLA, Vicente Bellver. **Ecologia: de las razones a los derechos**. Granada: Comares, 1994.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos em dissertações e teses da USP**. São Paulo: Edusp/ Editora da Universidade de São Paulo, 2000.

GOLDIM, José Roberto. Dever *prima facie*. **UFRGS**. Disponível em: < <http://www.bioetica.ufrgs.br/primafd.htm> >. Acesso em: 14 abr. 2012.

GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM. **The Refugee in International Law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.

HATHAWAY, James C. **The rights of refugees under International Law**. Cambridge University Press: Cambridge, 2005.

JESUS, Tiago Schneider de. **Um Novo Desafio ao Direito: Deslocados / Migrantes Ambientais**. Reconhecimento, proteção, solidariedade. 2009. Dissertação. (Mestrado em Direito) - Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul. 2009.

JUBILUT, Liliana Lyra; APOLINÁRIO, Silvia Menicucci de Oliveira Selmi. A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração. **Revista Direito GV**. São Paulo, n. 6, p. 275-294, jan. / jun. 2010.

LEIS, Héctor Ricardo. **A modernidade insustentável: as críticas do ambientalismo à sociedade contemporânea**. Petrópolis: Vozes, 1999.

_____. **Ambientalismo: um projeto realista-utópico para a política mundial**. In: VIOLA, Eduardo at al (Org.) . **Meio ambiente, desenvolvimento e cidadania: desafios para as ciências sociais**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1998, p. 34.

LUIZ FILHO, José Francisco Sieber. Non-refoulemen: breves considerações sobre o limite jurídico á saída compulsória do refugiado. In: ARAÚJO, Nádia de; ALMEIDA, Guilherme, Assis de. **O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. A proteção internacional dos direitos humanos e o Direito Internacional do meio ambiente. **Revista Amazônia Legal de estudos sócio-jurídico-ambientais**. Cuiabá, ano 1, n. 1, p. 169-196, jan./ jun. 2007.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Meio Ambiente: Direito e Dever Fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2004.

MENEZES, Fabiano L. de. Contribuição crítica ao debate sobre a caracterização do conceito de refugiado ambiental. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 8, p. 97-109, out. 2010.

MORIKAWA, Márcia Mieko. **Deslocados Internos: Entre a soberania do Estado e a proteção internacional dos Direitos do Homem. Uma crítica ao sistema internacional de proteção dos refugiados.** Coimbra: Coimbra Editora, 2006, (Stvdia Ivridica, 87).

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos.** Coimbra: Almedina, 1998.

NALINI, José Renato. As mudanças climáticas perante o direito. In: BENJAMIN, Antonio Herman et al (Org.). **Florestas, mudanças climáticas e serviços ecológicos.** São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2010.

OJINA, Ricardo; NASCIMENTO, Thais Tartalha do. Meio Ambiente, migração, e refugiados ambientais: novos debates, antigos desafios. IV Encontro Nacional da Associação Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Ambiente e Sociedade. **Anais...** Brasília: ANPPAS, 2008.

PEREIRA, Luciana Diniz Durões. **O Direito Internacional dos Refugiados: análise crítica do conceito “refugiado ambiental”.** 2009. 172 f. Dissertação. (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte. 2009. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_PereiraLD_1.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, Érika Pires. A Força Expansiva dos Direitos Humanos no Contexto da Crise Ambiental Global: o Fenômeno dos “Refugiados Ambientais”. In: MENEZES, Wagner. Estudos de direito internacional: **Anais...**, vol. 19. Curitiba: Juruá, 2010.

ROCHA, João Carlos de Carvalho. A emergência dos refugiados ambientais. In: João Carlos de Carvalho Rocha et. al. **Direitos Humanos: desafios humanitários contemporâneos.** Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

RODRIGUES, Nilce Cunha. O Princípio da Proporcionalidade e os Direitos Fundamentais à propriedade e ao meio ambiente. In: MATIAS, João Luis Nogueira (Coord.). **Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais.** São Paulo: Atlas, 2009.

SANTIAGO, Jaime Ruiz de. El Derecho Internacional de los Refugiados: desarrollos para os estudiosos, perspectivas en el novo nuevo milenio. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos.** Fortaleza: v. 2, n. 2, p. 155-170, 2001.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. **Direito ambiental internacional.** 2. ed. Rio de Janeiro: Thex, 2002.

SHAW, Malcolm N. **International Law.** Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. **O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado et al. **As Três Vertentes da Proteção Internacional dos Direitos da Pessoa Humana: Direitos Humanos, Direito Humanitário e Direito dos Refugiados**. Brasília: ACNUR - CICV - IIDH, 1996.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

_____. **O direito internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ZARPELON, Janiffer T. G.; ALENCASTRO, Mário S. C.; MARCHESINI, Otavio E. M. **Tuiuti: Ciência e Cultura**, n. 43, p. 135-138, Curitiba, 2010.

- 1 COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- 2 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. A proteção internacional dos direitos humanos e o Direito Internacional do meio ambiente. **Revista Amazônia Legal de estudos sócio-jurídico-ambientais**. Cuiabá, ano 1, n. 1, p. 169-196, jan./ jun. 2007.
- 3 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos em dissertações e teses da USP**. São Paulo: Edusp/ Editora da Universidade de São Paulo, 2000, p. 36.
- 4 ALMEIDA, Martasus Gonçalves; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Desafios da soberania no âmbito da proteção internacional do meio ambiente. In: LEITÃO, Cláudia Sousa; COSTA, Andréia da Silva. (Org.). **Direitos Humanos: uma reflexão plural e emancipatória**. Fortaleza: Faculdade Christus, 2010.
- 5 CAPELLA, Vicente Bellver. **Ecologia: de las razones a los derechos**. Granada: Comares, 1994.
- 6 MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Meio Ambiente: Direito e Dever Fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2004, p. 44.
- 7 SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. **Direito ambiental internacional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Thex, 2002.
- 8 MAZZUOLI, op. cit., p. 171.
- 9 APOLINÁRIO, Silvia Menicucci de Oliveira Selmi. Desenvolvimento sustentável na perspectiva da implementação dos direitos humanos (1986-1992). In: ALMEIDA, Guilherme Assis de; PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- 10 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 23.
- 11 TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. **O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- 12 SHAW, Malcolm N. **International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- 13 RODRIGUES, Nilce Cunha. O Princípio da Proporcionalidade e os Direitos Fundamentais à propriedade e ao meio ambiente. In: MATIAS, João Luis Nogueira (Coord.). **Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 227-228.
- 14 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado **O direito internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 406.
- 15 HATHAWAY, James C. **The rights of refugees under International Law**. Cambridge University Press: Cambridge, 2005, p. 405.
- 16 BREITWISSER, Liliane Graciele. Refugiados ambientais: breves notas sobre sua proteção jurídica internacional. In: LECEY, Eladio; CAPELLI, Silvia (Coord.). **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo ano 14, n. 56, p. 142-165, out./dez. 2009.
- 17 LEIS, Héctor Ricardo. **A modernidade insustentável: as críticas do ambientalismo à sociedade contemporânea**. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 24.

- 18 NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1005.
- 19 NALINI, José Renato. As mudanças climáticas perante o direito. In: BENJAMIN, Antonio Herman et al. (Org.). **Florestas, mudanças climáticas e serviços ecológicos**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2010, p. 160.
- 20 MORIKAWA, Márcia Mieko. **Deslocados Internos**: Entre a soberania do Estado e a protecção internacional dos Direitos do Homem. Uma crítica ao sistema internacional de protecção dos refugiados. Coimbra: Coimbra Editora. 2006, (Stvdia Iuridica, 87), p. 43.
- 21 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado et al. **As Três Vertentes da Protecção Internacional dos Direitos da Pessoa Humana**: Direitos Humanos, Direito Humanitário e Direito dos Refugiados. Brasília: ACNUR - CICV - IIDH, 1996, p. 269.
- 22 GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM. **The Refugee in International Law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- 23 JUBILUT, Liliãna Lyra; APOLINÁRIO, Silvia Menicucci de Oliveira Selmi. A necessidade de protecção internacional no âmbito da migração. **Revista Direito GV**. São Paulo, n. 6, p. 275-294, jan. / jun. 2010, p. 287.
- 24 PEREIRA, Luciana Diniz Durões. **O Direito Internacional dos Refugiados: análise crítica do conceito “refugiado ambiental”**. 2009. 172 f. Dissertação. (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte. 2009. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_PereiraLD_1.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2011, p. 67.
- 25 LUIZ FILHO, José Francisco Sieber. Non-refoulemen: breves considerações sobre o limite jurídico á saída compulsória do refugiado. In: ARAÚJO, Nádia de; ALMEIDA, Guilherme, Assis de. **O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 180.
- 26 PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- 27 *Ibid.*, p. 50.
- 28 OJINA, Ricardo; NASCIMENTO, Thais Tartalha do. Meio Ambiente, migração, e refugiados ambientais: novos debates, antigos desafios. IV Encontro Nacional da Associação Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Ambiente e Sociedade. **Anais...** Brasília: ANPPAS, 2008, p. 9.
- 29 ROCHA, João Carlos de Carvalho. A emergência dos refugiados ambientais. In: João Carlos de Carvalho Rocha et. al. **Direitos Humanos: desafios humanitários contemporâneos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 269.
- 30 RAMOS, Érica Pires. A Força Expansiva dos Direitos Humanos no Contexto da Crise Ambiental Global: o Fenômeno dos “Refugiados Ambientais”. In: MENEZES, Wagner. **Estudos de direito internacional: Anais...**, vol. 19. Curitiba: Juruá, 2010, p. 100.
- 31 JESUS, Tiago Schneider de. **Um Novo Desafio ao Direito: Deslocados / Migrantes Ambientais**. Reconhecimento, protecção, solidariedade. 2009. Dissertação. (Mestrado em Direito) - Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul. 2009.
- 32 BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira; LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. Uma apresentação aos 12 anos do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE). **Cadernos de Debates Refúgio, Migrações e Cidadania**, v. 4, n. 4, 2009. Brasília: Instituto Migrações e Direitos Humanos, p. 10.
- 33 MENEZES, Fabiano L. de. Contribuição crítica ao debate sobre a caracterização do conceito de refugiado ambiental. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 8, p. 97-109, out. 2010, p. 104.
- 34 GOLDIM, José Roberto. Dever prima facie. **UFRGS**. Disponível em: < <http://www.bioetica.ufrgs.br/primafd.htm>>. Acesso em: 14 abr. 2012.
- 35 LEIS, Héctor Ricardo. Ambientalismo: um projeto realista-utópico para a política mundial. In: VIOLA, Eduardo et al (Org.) . **Meio ambiente, desenvolvimento e cidadania: desafios para as ciências sociais**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1998, p. 34.
- 36 ZARPELON, Janiffer T. G.; ALENCASTRO, Mário S. C.; MARCHESINI, Otavio E. M. **Tuiuti**: Ciência e Cultura, n. 43, p. 135-138, Curitiba, 2010, p. 167.
- 37 JUBILUT; APOLINÁRIO, op. cit., p. 277.

THE LEGAL PROTECTION OF ENVIRONMENTAL REFUGEES UNDER THE INTERNATIONAL PROTECTION OF HUMAN RIGHTS

ABSTRACT

Migration flows among States deriving from environmental damages, generate a new type of refugee that is not legally protected by national or international laws. The problems regarding said situation occurs due to the lack of a legal definition. The aim of this paper is to contribute to the search for a juridical system of cooperation among States and the possibilities for International Human Rights Law to protect environmental refugees. This work is developed based on descriptive and exploratory bibliographical research. It notices that the risks and environmental damages faced by the refugees need very urgent measures, that are possible through the elaboration of a specific document that states the formal definition of the expression “environmental refugee”, or the revision of national and international legal instruments that protect them aiming at guidance and explanation on the disagreements on this theme.

Keywords: Environment. Human Rights. Climate change. Environmental refugees.

PLANEJAMENTO URBANO E NOVA ORDEM JURÍDICO-URBANÍSTICA: PLANOS DIRETORES APÓS A PRIMEIRA DÉCADA DO ESTATUTO DA CIDADE

*Henrique Botelho Frota**

1 Introdução. 2 O novo paradigma jurídico da política de desenvolvimento urbano. 3 O papel dos planos diretores na efetivação da nova ordem jurídico-urbanística brasileira. 4 O estado dos planos diretores cearenses na primeira década do estatuto da cidade. 5 Considerações finais. Referências.

RESUMO

A Constituição brasileira de 1988 inovou ao estabelecer um capítulo específico destinado ao tratamento da política de desenvolvimento urbano. Isso decorreu da apresentação de proposta de emenda popular da reforma urbana no processo constituinte. Devido à incorporação dos princípios da função social da propriedade e da cidade e da justiça social, inaugurou um novo marco jurídico do planejamento urbano. Em 2001, foi aprovada a Lei Federal 10.257, denominada Estatuto da Cidade, com o objetivo de regulamentar o Capítulo da Política Urbana. A ordem jurídico-urbanística, entretanto, não se esgota na legislação federal, devendo integrar os planos diretores municipais, já que a ordenação do território urbano é de competência desses entes. A presente pesquisa visa a analisar como se encontram os planos diretores de municípios do Estado do Ceará, investigando se há incorporação dos princípios e instrumentos previstos no Estatuto da Cidade. Foi realizada pesquisa com base nos dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística e na análise da legislação de 25 municípios. Percebe-se que houve um significativo avanço no número de cidades com planos diretores aprovados ou em fase de elaboração. Contudo, há uma dificuldade na aplicação efetiva dos mecanismos estabelecidos na legislação federal.

Palavras-chave: Planejamento urbano. Plano Diretor. Nova ordem jurídico-urbanística brasileira.

* Graduado em Direito e Mestre em Desenvolvimento e Meio Ambiente pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professor e Coordenador Geral Adjunto do Curso de Direito do Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS). Diretor Administrativo do Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico (IBDU). Membro Fundador do Instituto de Pesquisa Direitos e Movimentos Sociais (IPDMS), no qual coordena o Grupo de Trabalho sobre Cidades. Membro da Rede Nacional de Advogados e Advogadas Populares (RENAP). Endereço eletrônico: henriquebfrota@yahoo.com.br.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil chegou à segunda década do século XXI com mais de 84% de sua população residindo em cidades. O intenso processo de concentração urbana nas décadas anteriores esteve desconectado da oferta satisfatória de serviços, moradia, transporte e saneamento ambiental. Assim, uma significativa parcela da população vive em assentamentos irregulares em condições precárias.

A crise urbana brasileira não pode, contudo, ser justificada pela ausência de planejamento. Ao longo de todo o século XX, muitos planos foram elaborados, a maioria sob a concepção modernista e tecnocrática. O efeito foi um planejamento que ignorou a informalidade e impossibilitou a integração da cidade que cresceu espontaneamente sem seguir os padrões normativos. Com isso, a exclusão social revelou sua dimensão territorial.

Os movimentos sociais urbanos, fortalecidos pela redemocratização do país ocorrida na década de 1980, influenciaram fortemente a inclusão de um Capítulo da Política Urbana na Constituição de 1988. Foi o início de uma transformação fundamental na concepção de planejamento e do próprio direito urbanístico. Atualmente, com a aparente consolidação dessa concepção na escala federal, a nova ordem jurídico-urbanística carece de maior efetivação na escala local.

O presente artigo tem por objetivo analisar de que forma os planos diretores de municípios cearenses incorporaram os princípios, as diretrizes e os instrumentos dessa nova ordem.

2 O NOVO PARADIGMA JURÍDICO DA POLÍTICA DE DESENVOLVIMENTO URBANO

No processo de elaboração da Constituição de 1988, o Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte, conforme previsão em seu artigo 24, assegurou a possibilidade de apresentação de proposta de emenda popular ao projeto de constituição, desde que subscrita por trinta mil ou mais eleitores em listas organizadas por, no mínimo, três entidades associativas legalmente constituídas. Cada proposta deveria circunscrever-se a um único assunto, independentemente do número de artigos que contivesse, mas os eleitores poderiam subscrever mais de uma proposta, até o limite de três. Ainda que as propostas de emenda tenham sido submetidas ao crivo dos constituintes, tendo sido alteradas e, em outros casos, até mesmo rejeitadas, é inegável que conferiram uma marca democrática à redação final da Carta Magna. Foram apresentadas 122 propostas de emenda reunindo mais de 12 milhões de assinaturas, deixando como legado a positividade do maior rol de direitos fundamentais da história constitucional brasileira.

Especificamente sobre a questão urbana, o Movimento Nacional pela Reforma Urbana apresentou proposta de emenda com mais de 130 mil assinaturas. Foi o embrião do que veio a ser, ao final do processo, o capítulo específico sobre política urbana (arts. 182 e 183 da Constituição de 1988). Foi a primeira vez que o tema recebeu tratamento constitucional no país.

Grazia De Grazia lembra que a emenda popular da reforma urbana, assim como as demais ações do Fórum Nacional de Reforma Urbana (FNRU), foi orientada pelos seguintes princípios fundamentais:

“Direito à Cidade e à Cidadania”, entendido como uma nova lógica que universalize o acesso aos equipamentos e serviços urbanos, a condições de vida urbana digna e ao usufruto de um espaço culturalmente rico e diversificado e, sobretudo, em uma dimensão política de participação ampla dos habitantes das cidades na condução de seus destinos.

“Gestão Democrática da Cidade”, entendida como forma de planejar, produzir, operar e governar as cidades submetidas ao controle e participação social, destacando-se como prioritária a participação popular.

“Função Social da Cidade e da Propriedade”, entendida como a prevalência do interesse comum sobre o direito individual de propriedade, o que implica no uso socialmente justo e ambientalmente equilibrado do espaço urbano¹. (destaques no original)

Analisando o texto original da emenda da reforma urbana, composta por vinte e três artigos, percebe-se que muito do que fora proposto não foi incorporado à redação final nos dois artigos do Capítulo da Política Urbana. Além disso, os setores conservadores, articulados pelo bloco de parlamentares denominado “Centrão”, condicionaram os instrumentos destinados à aplicação da função social da propriedade ao Plano Diretor Municipal e a uma Lei Federal a ser aprovada, o que não estava previsto na proposta original².

As derrotas sofridas no processo constituinte, entretanto, não foram capazes de eliminar os princípios fundamentais da proposta de emenda popular, de maneira que o resultado simbolizou uma ruptura com o paradigma de planejamento urbano hegemônico até então. A previsão dos princípios da função social da propriedade e da cidade como elementos basilares da política de desenvolvimento urbano, bem como a preocupação com o combate à retenção especulativa da terra e a previsão de uma nova modalidade de usucapião³, representaram um compromisso com a justiça social. Além disso, em outras passagens, a Constituição previu direitos de cidadania, como os mecanismos de participação democrática, que passaram a influenciar uma visão menos tecnocrática do planejamento das cidades.

Logo após a promulgação da Constituição, os movimentos populares, organizações não-governamentais e setores ligados a universidades que compunham o Fórum Nacional da Reforma Urbana reuniram-se em seu segundo encontro nacional, oportunidade em que reafirmaram seus princípios de atuação e identificaram como uma importante estratégia a luta pela positivação de direitos na legislação infraconstitucional. O próximo passo, então, seria a aprovação da lei federal que disciplinaria o capítulo da Política Urbana.

Apresentado originalmente, em 1989, pelo senador Pompeu de Souza, sob a identificação oficial no Senado de Projeto de Lei nº 181/89 e, posteriormente, ao chegar à Câmara dos Deputados, Projeto de Lei nº 5.788/90, a proposta de regulamentação da política de desenvolvimento urbano no Brasil tramitou por doze anos no Congresso Nacional. José Roberto Bassul faz um rico resgate desse processo, destacando que, enquanto as entidades alinhadas ao ideário da reforma urbana pressionavam para que o Congresso aprovasse a nova lei, opunham-se a ela as entidades representativas do empresariado urbano, alinhadas com setores conservadores que defendiam a propriedade privada como causa política⁴.

Vencida a longa jornada, marcada por fortes críticas, pressão popular e inúmeras negociações, em 10 de julho de 2001, foi promulgada a Lei 10.257, denominada Estatuto da Cidade.

Em seu Capítulo I, o Estatuto da Cidade traz as diretrizes da política urbana no Brasil, delimitando a função social da propriedade urbana e as funções sociais da cidade. No Capítulo II, encontram-se os instrumentos da política urbana, com destaque para: planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social; plano diretor; disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo; zoneamento ambiental; gestão orçamentária participativa; instituição de zonas especiais de interesse social; parcelamento, edificação ou utilização compulsórios; usucapião especial de imóvel urbano; direito de superfície; direito de preempção; regularização fundiária; assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos; estudo prévio de impacto ambiental (EIA) e estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV).

Adiante, em consonância com um dos pontos centrais de reivindicação do Fórum Nacional de Reforma Urbana, o Estatuto da Cidade dispensa atenção especial à gestão democrática das cidades, estabelecendo que sua efetivação poderá ocorrer por meio de órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal; debates, audiências e consultas públicas; conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal; iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano; e gestão orçamentária participativa, dentre outros instrumentos.

Ao incorporar os valores presentes no ideário da reforma urbana, o Estatuto da Cidade aprofundou a transformação pela qual passava, desde 1988, o direito urbanístico brasileiro. Um novo papel foi conferido a esse ramo do Direito, destinando-o à efetivação de direitos fundamentais individuais e, sobretudo, coletivos. O direito urbanístico sai das sombras do direito administrativo e deixa de ser visto apenas como um conjunto de normas de caráter proibitivo que disciplinam o poder de polícia edilícia, submetido ao valor maior da propriedade privada. Seu compromisso deriva, agora, diretamente da ordem constitucional, devendo ser interpretado a partir dos valores fundamentais da República, em particular a dignidade da pessoa humana.

Assim, uma das transformações mais significativas ocorridas nos últimos anos foi a emergência de um novo direito fundamental que orientaria o direito urbanístico, o chamado direito à cidade. Este, de acordo com o artigo 2º do Estatuto, pode ser entendido como “o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações”. Na avaliação de Nelson Saule Junior⁵, o Estatuto da Cidade acarretou um “profundo impacto no direito à cidade”, fazendo com que este deixasse de ser reconhecido unicamente no campo da política e se tornasse um novo direito fundamental, integrando a categoria dos direitos coletivos e difusos.

Um delineamento mais preciso do que se entende por esse direito pode ser encontrado na Carta Mundial do Direito à Cidade, fruto da articulação de movimentos sociais de diversos países nas edições do Fórum Social Mundial de 2002 e 2005, do Fórum Social das Américas e do Fórum Mundial Urbano, ambos ocorridos em 2004. Para a Carta Mundial do Direito à Cidade, ele é definido como sendo “o usufruto equitativo das cidades dentro dos princípios de sustentabilidade, democracia e justiça social”. Seus princípios norteadores são: o exercício pleno da cidadania e a gestão democrática da cidade; as funções sociais da cidade e da propriedade; o direito à igualdade e à não discriminação; a proteção especial de grupos e pessoas vulneráveis; o compromisso social do setor privado; e o impulso à economia solidária e a políticas impositivas e progressivas.

Para Letícia Osório, o direito à cidade “busca reverter a predominância dos valores econômicos sobre as funções sociais da cidade”⁶. A autora vai além, ao afirmar que:

O direito à cidade é interdependente a todos os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, concebidos integralmente, e inclui os direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais. Inclui também o direito à liberdade de reunião e organização; o direito ao exercício da cidadania e da participação no planejamento, produção e gestão da cidade; a produção social do habitat; o respeito às minorias e à pluralidade étnica, racial, sexual e cultural; o respeito aos imigrantes e a garantia da preservação e herança histórica e cultural. O direito à cidade inclui também o direito ao desenvolvimento, a um meio ambiente sadio, ao desfrute e preservação dos recursos naturais e à participação no planejamento e gestão urbanos⁷.

Já David Harvey chama atenção para o fato de que

The democratization of that right, and the construction of a broad social movement to enforce its will is imperative if the dispossessed are to take back the control which they have for so long been denied, and if they are to institute new modes of urbanization. Lefebvre was right to insist that the revolution has to be urban, in the broadest sense of that term, or nothing at all^{8,9}.

Nelson Saule Junior argumenta que o direito à cidade passou a ser a pedra fundamental do direito urbanístico brasileiro por força do que estabelece o Estatuto da Cidade. O Poder Público, particularmente na esfera local, deverá orientar sua atuação para a efetivação desses elementos, com a finalidade de estabelecer melhores índices de justiça social e equidade nas cidades. “Quanto maior for o estágio de igualdade, de justiça social, de paz, de democracia, de harmonia com o meio ambiente, de solidariedade entre os habitantes das cidades, maior será o grau de proteção e implementação do Direito à Cidade”¹⁰.

A ruptura que esses valores estabeleceram em relação à ordem jurídica anterior, de viés segregador e tecnocrático, marcou o surgimento do que Edésio Fernandes chama de “nova ordem jurídico-urbanística”¹¹. Para Oliveira Ascensão, ordem jurídica é uma noção englobante que compreende as situações jurídicas, as normas e os arranjos institucionais¹². Portanto, a incorporação dos valores da reforma urbana pela Constituição de 1988, para que se possa afirmar que produziu uma nova ordem, deve ter como consequência a irradiação de transformações na própria estrutura organizativa do Estado brasileiro, bem como na forma como a sociedade e o próprio Estado passaram a encarar o fenômeno urbano. O que se percebe é que existem mudanças em curso após o marco constitucional. Sobretudo a partir da criação do Ministério e do Conselho das Cidades, em 2003 e 2004, respectivamente, a instituição de um Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social, em 2005, e os investimentos em capacitação técnica dos quadros de pessoal da administração pública. O fomento federal para que os municípios elaborassem novos planos diretores e a previsão de instrumentos de regularização fundiária, dentre outras novidades, evidenciam que há uma ordem nova. Além disso, após a aprovação do Estatuto da Cidade, outras normas passaram a integrar o sistema jurídico seguindo a mesma ordem de valores¹³.

Mas, passados 25 anos da promulgação da Constituição e mais de dez anos do Estatuto da Cidade, por qual motivo essa ordem jurídico-urbanística ainda pode ser qualificada como “nova”?

Em primeiro lugar, porque é preciso que haja algum elemento distintivo que expresse a ruptura que ela promove em relação a uma ordem anterior, que, importante lembrar, ainda está vigente. O planejamento democrático e o ideário da reforma urbana não superaram por completo as práticas anteriores; são, portanto, em grande medida, novos se forem tomadas como referência as ações adotadas pela maioria dos municípios e dos estados brasileiros. Não se pode ignorar que muitos profissionais e gestores públicos responsáveis pelo planejamento urbano nos diversos entes da Federação tiveram uma formação orientada sob o padrão anterior ao instituído pela Constituição e continuam a reproduzi-lo, mediante práticas tecnocráticas e elitistas. Isso ocorre porque existe um “delay” entre a mudança legislativa e a incorporação dos valores da nova ordem no cotidiano dos profissionais. As universidades necessitam de certo tempo para que seu corpo docente possa, ele mesmo, assumir e reconhecer o

atual paradigma e formar novos técnicos. Estes, por sua vez, dificilmente ingressarão nos postos de trabalho, seja no setor público ou no privado, com poderes para tomar decisões que afetem o cerne do planejamento. Da mesma forma, a população carece de tempo para conhecer e reivindicar os direitos previstos na novidade constitucional e na legislação dela derivada. Ademais, há setores que, ao perceberem que terão interesses atingidos pelos instrumentos da reforma urbana, combatem-nos e procuram retardar seu avanço.

Seria ingenuidade pensar que, após tantos anos, o planejamento democrático estaria instituído de maneira pacífica e unânime. Há muitos embates sendo travados nas mais diversas escalas e nem sempre o avanço foi significativo. Portanto, embora se possa arriscar dizer que, na escala federal, a ordem jurídico-urbanística constitucional é uma realidade conhecida, no âmbito local, ela ainda é novidade.

Um segundo motivo para considerar ainda como nova a ordem jurídico-urbanística pós-Constituição de 1988 diz respeito à própria dinâmica dessa ordem. Por intentar ser democrática e participativa, não pode ela se fechar em si mesma; pelo contrário, precisa ser porosa às novidades e à criatividade local. Os mecanismos de intervenção urbana não devem se restringir àqueles dispostos pela legislação federal, sendo possível que outros arranjos e técnicas sejam pensados a partir de cada realidade urbana. Uma dinamicidade assim possibilita que o planejamento seja sempre renovado.

3 O PAPEL DOS PLANOS DIRETORES NA EFETIVAÇÃO DA NOVA ORDEM JURÍDICO-URBANÍSTICA BRASILEIRA

Como mencionado anteriormente, na emenda popular da reforma urbana proposta à Constituição de 1988, não havia previsão de submeter a política de desenvolvimento urbano ao plano diretor municipal. A tradição de planejamento até então em voga no Brasil caracterizava-se por um enfoque tecnocrático e elitista. Os planos diretores elaborados até então ignoravam a ilegalidade urbana, o que impossibilitou que significativa parcela da população brasileira pudesse exercer dignamente seus direitos de cidadania, a começar pela moradia adequada. Como destaca Ermínia Maricato, “os planos funcionalistas, vigentes durante quase todo o século XX, eram holísticos e previam uma aplicação universal, que, entretanto, não acontecia. [...] apenas uma parte da cidade seguiu os parâmetros modernistas”¹⁴. A crise urbana passou a ser compreendida também como uma crise do planejamento das cidades e o plano diretor, símbolo desse planejamento, passou a ser visto com ressalvas.

Segundo a mesma autora, pode-se explicar as dificuldades de implementação de um planejamento democrático e igualitário no Brasil em razão da indissociabilidade entre o ambiente construído e a sociedade que o constrói. “É impossível esperar que uma sociedade como a nossa, radicalmente desigual e autoritária, baseada em relações de privilégio e arbitrariedade, possa

produzir cidades que não tenham essas características”¹⁵. Outras marcas da formação social brasileira apontadas pela autora como motivos que dificultam o planejamento includente são o distanciamento entre o discurso e a prática e a importações de soluções estrangeiras. “As ideias fora do lugar”¹⁶ desprezam o que não é exógeno e impedem que os problemas urbanos sejam encarados a partir dos paradigmas locais.

Além dos problemas concernentes à concepção de planejamento urbano, a execução dos planos também enfrenta problemas. Em regra, as equipes técnicas dos municípios possuem uma quantidade de servidores aquém daquela necessária para atender a toda a cidade. A formação desses servidores também nem sempre condiz com os valores expressos no plano. E, por fim, não se pode ignorar que, na escala local, os interesses econômicos e políticos do setor privado encontram maior porosidade.

Apesar de todas as críticas, a redação final do artigo 182 da Constituição passou a estabelecer que o plano diretor é o instrumento básico da política de desenvolvimento urbano. Dessa forma, mesmo após a aprovação do Estatuto da Cidade, os instrumentos de intervenção urbanística, para que possam ser aplicados em cada caso, devem estar previstos na lei municipal do plano diretor. Por essa razão é que passou a ser comum na literatura especializada a alusão ao Estatuto da Cidade como uma “caixa de ferramentas” da qual o plano diretor elege os mecanismos a serem aplicados no município.

Diante da impossibilidade de ignorar o plano diretor no processo de efetivação e aplicação dos instrumentos do Estatuto da Cidade, o Ministério das Cidades, em parceria com o Conselho das Cidades, lançou a Campanha Nacional “Plano Diretor Participativo: Cidade de Todos” em maio de 2005. O objetivo da campanha era estimular os municípios a elaborarem ou revisarem seus planos diretores em consonância com os princípios, as diretrizes e os instrumentos da legislação federal.

A intenção do Governo Federal era atingir aqueles municípios obrigados a elaborar planos diretores. De acordo com a Constituição de 1988, essa imposição atinge as cidades com mais de vinte mil habitantes (art. 182, §1º). Por sua vez, o Estatuto da Cidade ampliou essa lista, englobando as cidades (art. 41):

- I – com mais de vinte mil habitantes;
- II – integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas;
- III – onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4º do art. 182 da Constituição Federal;
- IV – integrantes de áreas de especial interesse turístico;
- V – inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional.

Nos casos dos incisos I e II, foi originalmente estabelecido o prazo de cinco anos contados da vigência do Estatuto da Cidade para elaboração ou revisão do plano diretor. Posteriormente, diante da constatação que muitos municípios ainda não haviam aprovado a legislação local, a Lei Federal nº 11.673/2008 estendeu o prazo para 30 de junho de 2008.

Ainda em 2005, o Conselho das Cidades emitiu as Resoluções nº 25 e nº 34, que tratam, respectivamente, sobre o processo participativo na elaboração dos planos diretores e sobre o seu conteúdo mínimo.

Quanto ao processo participativo, a Resolução nº 25/2005 estabelece que deve haver ampla comunicação pública, em linguagem acessível, por meio dos meios de comunicação social de massa disponíveis; divulgação do cronograma e dos locais das reuniões, da apresentação dos estudos e propostas sobre o plano diretor com antecedência de no mínimo 15 dias; e publicação e divulgação dos resultados dos debates e das propostas adotadas nas diversas etapas do processo. Para assegurar uma participação popular mais ampla, a resolução determina também a realização dos debates por segmentos sociais, por temas e por divisões territoriais, tais como bairros, distritos, setores entre outros, e a alternância dos locais de discussão.

A Resolução nº 25/2005 reforça a determinação já prevista no Estatuto da Cidade quanto à integração entre o planejamento urbano e as leis orçamentárias, prescrevendo que “o processo participativo de elaboração do plano diretor deve ser articulado e integrado ao processo participativo de elaboração do orçamento [...]” (art. 6º).

No que se refere ao conteúdo mínimo do plano diretor, a Resolução nº 34/2005 determina:

Art. 1º O Plano Diretor deve prever, no mínimo:

I – as ações e medidas para assegurar o cumprimento das funções sociais da cidade, considerando o território rural e urbano;

II- as ações e medidas para assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana, tanto privada como pública;

III- os objetivos, temas prioritários e estratégias para o desenvolvimento da cidade e para a reorganização territorial do município, considerando sua adequação aos espaços territoriais adjacentes;

IV- os instrumentos da política urbana previstos pelo art. 42 do Estatuto da Cidade, vinculando-os aos objetivos e estratégias estabelecidos no Plano Diretor.

O Quadro 1 mostra a evolução da quantidade de municípios com planos diretores na primeira década do Estatuto da Cidade. Note-se que, após 2005, quando lançada a Campanha Nacional “Plano Diretor Participativo: Cidade de Todos”, houve um significativo aumento desse número. Se considerados apenas os casos em que existe obrigatoriedade de elaboração dos planos em

função da população, o avanço foi bastante significativo: em 2012, 87,6% dos municípios com mais de 20 mil habitantes tinham aprovado seus respectivos planos diretores.

Quadro 1: Municípios Brasileiros com Plano Diretor

	2001	2005	20012
Total de municípios brasileiros	5.560	5.564	5.565
Total de municípios brasileiros com plano diretor aprovado	980 (17,6%)	805 (14,5%)	2.658 (47,8%)
Total de municípios com 20 mil habitantes ou mais	1.501	1.611	1.669
Total de municípios com 20 mil habitantes ou mais e plano diretor aprovado	573 (38,1%)	478 (29,7%)	1.462 (87,6%)

Fonte: Dados sistematizados pelo autor, a partir da Pesquisa de Informações Básicas Municipais (Munic), realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

A seguir, será analisada de que forma os municípios cearenses integraram esse processo e como a nova ordem jurídico-urbanística foi incorporada pela realidade local.

4 O ESTADO DOS PLANOS DIRETORES CEARENSES NA PRIMEIRA DÉCADA DO ESTATUTO DA CIDADE

A ocupação do que hoje é o Estado do Ceará, no período colonial, sofreu fortes influências das atividades econômicas e das limitações ambientais presentes na região. Como uma considerável parcela do território é marcada pelo clima semiárido, não foi próspera a cultura da cana-de-açúcar. Uma das principais atividades era a criação de gado para produção de carne seca e produtos de couro. Assim, os entrepostos localizados nos vales de rios e cidades portuárias desenvolveram-se com maior intensidade.

A ascensão de Fortaleza, atual capital do estado, como importante componente dos fluxos comerciais ligados à produção algodoeira no Ceará iniciou-se somente no fim do século XVIII¹⁷. Em 1799, o Ceará foi desmembrado da Província de Pernambuco, recebendo um governo próprio. Com isso, Fortaleza passou a exportar diretamente os produtos da região para o mercado internacional. A partir de meados do século XIX, a capital passa a atrair um grande volume de investimentos públicos e privados, tornando-se o polo de maior atração da população sertaneja em busca de trabalho e melhores condições de vida.

A disparidade dos investimentos ao longo do século XX fez com que Fortaleza chegasse ao ano de 2010 com uma população de mais de 2,4 milhões de habitantes, enquanto a segunda maior cidade do estado, Caucaia, conta com pouco mais de 325 mil habitantes. Destaque-se que essa última integra a Região Metropolitana de Fortaleza. A maior cidade fora da RMF é Juazeiro do Norte, com quase 250 mil habitantes. Portanto, ao analisar a realidade urbana cearense, é importante distinguir que Fortaleza e os municípios de sua região metropolitana conformam um grupo peculiar de cidades. A maior parte dos municípios, porém, vivencia outra realidade, conforme indicado na Quadro 2.

Quadro 2: Quantidade de municípios cearenses por população absoluta

POPULAÇÃO	ANO				
	1970	1980	1991	2000	2010
Até 20.000	70	64	99	98	92
20.001 a 50.000	56	59	60	62	59
50.001 a 100.000	13	14	14	18	25
100.001 a 300.000	1	3	4	5	6
Mais de 300.000	1	1	1	1	2
TOTAL	141	141	178	184	184

Fonte: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) - Censos Demográficos de 1970, 1980, 1991, 2000 e 2010.

Tomando como critério a quantidade de habitantes, dos 184 municípios cearenses, apenas metade está obrigada a elaborar plano diretor. Evidentemente, isso não impossibilita que os municípios com menos de 20 mil habitantes queiram planejar seu território por meio desse instrumento. Como demonstra o Quadro 3, o número de municípios com plano diretor aprovado ou em elaboração chega a 113, enquanto que somente 92 municípios teriam obrigação de fazê-lo. Pode-se dizer, portanto, que, sob um enfoque quantitativo, a campanha nacional empreendida pelo Ministério das Cidades em 2005 parece ter alcançado bons resultados no Ceará. Essa conclusão, entretanto, não assegura que a nova ordem jurídico-urbanística inaugurada pela Constituição de 1988 foi incorporada por essa legislação municipal.

Quadro 3: Municípios cearenses com Plano Diretor

	2005	2012
Total de municípios cearenses	184	184
Municípios com Plano Diretor	42	94
Municípios em processo de elaboração do Plano Diretor	-	19

Fonte: Dados sistematizados pelo autor a partir da Pesquisa de Informações Básicas Municipais (Munic), realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Em pesquisa realizada no ano de 2009 pela Rede Nacional de Avaliação e Capacitação para Implementação dos Planos Diretores Participativos¹⁸, foram analisadas as legislações de vinte e cinco municípios cearenses a fim de compreender qual o estado dos recentes planos diretores. A seleção das cidades buscou abranger a maior diversidade possível em relação a tamanho, à população e às características ambientais. Foram avaliados os municípios de Aquiraz, Beberibe, Brejo Santo, Chorozinho, Coreau, Eusébio, Farias Brito, Forquilha, Fortaleza, Icó, Irauçuba, Itarema, Nova Russas, Ocara, Pacatuba, Redenção, Russas, Santana do Acaraú, São Benedito, Sobral, Tabuleiro do Norte e Ubajara, todos com planos diretores elaborados após o Estatuto da Cidade. Além desses, três municípios estudados possuíam plano diretores anteriores a 2001, Quixadá, Juazeiro do Norte e Jaguaribe.

De uma maneira geral, o que se constatou foi que, em sua maioria, os planos avaliados incorporaram os princípios e as diretrizes do Estatuto da Cidade. Contudo, no que diz respeito à efetivação desses valores, há um distanciamento entre o que é estabelecido nos planos diretores e na legislação urbanística específica dos municípios. Segundo o relatório estadual da pesquisa, “na quase totalidade [dos municípios], tais diretrizes não são consideradas no seu zoneamento, na definição de prioridades, no estabelecimento de instrumentos e na sua aplicabilidade imediata”¹⁹.

Quando os planos diretores previram expressamente instrumentos de intervenção urbana do Estatuto da Cidade, a regra encontrada foi a da não aplicabilidade, pois, na maioria dos casos, a redação do plano diretor remete a outras leis a regulamentação dos instrumentos, impossibilitando sua aplicação imediata (Ver Quadro 4).

Outro fator que merece destaque é a adequação ou adaptação dos instrumentos do Estatuto da Cidade à realidade dos municípios. A regra foi, na verdade, a reprodução quase literal do texto da norma federal. Assim, “não há quase nenhuma inovação na utilização dos instrumentos, nem sua adequação ao porte dos municípios do interior”²⁰.

Quadro 4: Previsão de instrumentos do Estatuto da Cidade nos 25 Planos Diretores Cearenses analisados

INSTRUMENTO	PREVÊ (%)	PREVÊ E É AUTOAPLICÁVEL (%)
Edificação/Parcelamento Compulsórios IPTU progressivo no tempo	86,36	13,63
Direito de preempção	59,09	10
ZEIS – Zonas Especiais de Interesse Social	68,18	13,63
Concessão de uso especial para fins de moradia	54,54	31,81

Fonte: Rede Planos Diretores Participativos / Observatório das Metrôpoles (2009).

A superação desse quadro exige que alguns desafios sejam enfrentados. Em primeiro lugar, é preciso investir no corpo técnico dos próprios municípios. Muitos dos planos diretores elaborados na última década foram produzidos por consultorias contratadas, reproduzindo a mesma lógica do planejamento que busca soluções exógenas, tão comuns na tradição brasileira.

O planejamento includente pressupõe também o avanço da participação democrática, que, na maioria das experiências, mostrou-se bastante precária. Seja pela ausência de informações, pelo desinteresse da população ou pela interferência de interesses privados no processo de planejamento, a real capacidade de tomada de decisões pelos cidadãos foi ainda tímida diante da expectativa gerada pela Campanha Nacional dos Planos Diretores Participativos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nas duas décadas passadas, ocorreu uma mudança de eixo na concepção do direito urbanístico brasileiro. O ideário da reforma urbana, na medida em que foi incorporado pela Constituição de 1988, trouxe para o debate jurídico a questão da justiça social e do desenvolvimento de cidades sustentáveis. Assim, com base na norma constitucional, esses valores foram irradiados para a legislação que se seguiu.

O Estatuto da Cidade, depois de tantos anos de tramitação, regulamentou o Capítulo da Política Urbana da Constituição, reafirmando o planejamento democrático e includente, embora tenha havido derrotas nesse processo. Esse quadro, associado a uma reestruturação dos órgãos estatais para conferir maior atenção à questão urbana no país, constitui a nova ordem jurídico-urbanística brasileira.

Entretanto, esse circuito não se esgota na legislação federal, sendo imprescindível que os planos diretores municipais dele participem, compartilhando os mesmos princípios e diretrizes. É no âmbito local que se colocam os desafios atuais de efetivação do direito à cidade. A tradição política brasileira, refletida no planejamento urbano, marcada pelo clientelismo e pelo autoritarismo, é uma barreira a ser transposta.

Os planos diretores não precisam, contudo, reproduzir sem nenhum tipo de adaptação, os instrumentos do Estatuto da Cidade. Em grande medida, a Lei Federal foi pensada para a crise urbana enfrentada pelas grandes metrópoles. Isso está longe de significar que seja ela inútil para os pequenos e médios municípios brasileiros. Mas é preciso reconhecer que alguns instrumentos previstos na Lei são inadequados para a realidade das pequenas cidades. Portanto, a criatividade local pode ser uma saída mais eficaz, desde que não viole a lógica global da ordem jurídica.

Após mais de uma década de vigência do Estatuto da Cidade, está-se diante do início de uma nova “safra” de planos diretores. Momento de avançar em direção às promessas ainda não cumpridas.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito**: introdução e teoria geral. Porto: Almedina, 2006.

BASSUL, José Roberto. **Estatuto da Cidade**: quem ganhou? Quem perdeu? Brasília: Senado Federal, 2005.

DE GRAZIA, Grazia (org.). Carta de Princípios para elaboração do Plano Diretor. In: **Plano Diretor**: instrumento de reforma urbana. Rio de Janeiro: FASE, 1990.

DE GRAZIA, Grazia. Estatuto da Cidade: uma longa história com vitórias e derrotas. In: OSÓRIO, Leticia Marques (org.). **Estatuto da Cidade e Reforma Urbana**: novas perspectivas para as cidades brasileiras. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

FERNANDES, Edésio. A nova ordem jurídico-urbanística no Brasil. In: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (org.). **Direito urbanístico**: estudos brasileiros e internacionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HARVEY, David. The Right to the City. **New Left Review**, London, n. 53, p. 23-40, sep./oct. 2008.

MARICATO, Ermínia. As ideias fora do lugar e o lugar for a das ideias. In: ARANTES, Otilia et all. **A cidade do Pensamento Único**: desmanchando consensos. Petrópolis: Vozes, 2000.

_____. **Brasil, Cidades**: alternativas para a crise urbana. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

OBSERVATÓRIO das Metrôpoles. **Relatório Estadual do Ceará**. 2009. Disponível em: <<http://www.observatoriodasmetropoles.net/planos-diretores/produtos/ce/CE%20-%20Relat%C3%B3rio%20estadual%20de%20avalia%C3%A7%C3%A3o%20Planos%20Diretores%20-%20Val%C3%A9ria%20Pinheiro.pdf>> Acesso em: 12 jan. 2013.

OSÓRIO, Leticia Marques. Direito à Cidade como Direito Humano Coletivo. In: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (org.). **Direito urbanístico**: estudos brasileiros e internacionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SANTOS JUNIOR, Orlando Alves dos; MONTANDON, Daniel Todtmann (org.). **Os Planos Diretores Municipais Pós-Estatuto da Cidade**: balanço crítico e perspectivas. Rio de Janeiro: Letra Capital: Observatório das Metrôpoles: IPPUR/UFRJ, 2011.

SAULE JUNIOR, Nelson. **Direito urbanístico**: vias jurídicas das políticas urbanas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

SILVA, José Borzacchiello da. **Quando os incomodados não se retiram**: uma análise dos movimentos sociais em Fortaleza. Fortaleza: Multigraf Editora, 1992.

SOUZA, Maria Salete de. Ceará: bases de fixação do povoamento e o crescimento das cidades. In: SILVA, José Borzacchiello da; CAVALCANTE, Tércia Correia; DANTAS, Eustógio Wanderley Correia (org.). **Ceará: um novo olhar geográfico**. 2. ed. Fortaleza: Edições Demócrito Rocha, 2007.

- 1 DE GRAZIA, Grazia (org.). Carta de Princípios para elaboração do Plano Diretor. In: **Plano Diretor**: instrumento de reforma urbana. Rio de Janeiro: FASE, 1990.
- 2 DE GRAZIA, Grazia. Estatuto da Cidade: uma longa história com vitórias e derrotas. In: OSÓRIO, Leticia Marques (org.). **Estatuto da Cidade e Reforma Urbana**: novas perspectivas para as cidades brasileiras. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- 3 Antes da Constituição de 1988, existiam apenas as modalidades de usucapião ordinário e extraordinário previstas no Código Civil. No primeiro caso, os requisitos exigidos para aquisição da propriedade eram a posse contínua e sem contestação por 15 anos, justo título e boa-fé do ocupante. No segundo caso, o justo título era dispensado, mas a posse deveria ser de 20 anos sem interrupção e nem oposição. No usucapião especial de imóvel urbano previsto no art. 183 da Constituição, percebe-se uma nítida preocupação com a realização da justiça social, pois foram indicados como requisitos o uso residencial, o tamanho máximo do imóvel de até 250 m², a impossibilidade de aquisição da propriedade por pessoas que tenham outro imóvel urbano ou rural ou que já tenham se beneficiado dessa modalidade em outra ocasião. O tempo de posse também se distingue dos outros casos, sendo exigidos apenas cinco anos.
- 4 BASSUL, José Roberto. **Estatuto da Cidade**: quem ganhou? Quem perdeu? Brasília: Senado Federal, 2005.
- 5 SAULE JUNIOR, Nelson. **Direito urbanístico**: vias jurídicas das políticas urbanas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.
- 6 OSÓRIO, Leticia Marques. Direito à Cidade como Direito Humano Coletivo. In: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (org.). **Direito urbanístico: estudos brasileiros e internacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 195.
- 7 Id. *Ibid*.
- 8 HARVEY, David. The Right to the City. **New Left Review**, London, n. 53, p. 23-40, sep./oct. 2008, p. 40.
- 9 A democratização desse direito [direito à cidade] e a construção de um amplo movimento social para impor sua vontade é imperativo para que os despossuídos retomem o controle que a eles têm sido por muito tempo negado, e para que eles instituem novos modos de urbanização. Lefebvre estava certo em insistir que a revolução tem de ser urbana, no sentido mais amplo do termo, ou não será. (Tradução livre).
- 10 SAULE JUNIOR, op. cit., p. 64.
- 11 FERNANDES, Edésio. A nova ordem jurídico-urbanística no Brasil. In: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (org.). **Direito urbanístico: estudos brasileiros e internacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- 12 ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito**: introdução e teoria geral. Porto: Almedina, 2006.
- 13 Apenas como exemplo, pode-se citar a Lei 11.124/2005, que cria o Sistema e o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social; a Lei 11.888/2008, que assegurou o direito das famílias de baixa renda a assistência técnica pública e gratuita para o projeto de construção de habitação de interesse social; a Lei 11.977/2009, que instituiu o Programa Minha Casa, Minha vida e disciplinou uma série de instrumentos de regularização fundiária.
- 14 MARICATO, Ermínia. **Brasil, Cidades**: alternativas para a crise urbana. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 69.
- 15 Id. *Ibid*. p. 51
- 16 MARICATO, Ermínia. As ideias fora do lugar e o lugar fora das ideias. In: ARANTES, Otília et all. **A cidade do Pensamento Único**: desmanchando consensos. Petrópolis: Vozes, 2000.
- 17 Para maiores detalhes sobre o processo de ocupação do território no Ceará, consultar SILVA, José Borzacchiello da. **Quando os incomodados não se retiram**: uma análise dos movimentos sociais em Fortaleza. Fortaleza: Multigraf Editora, 1992 e SOUZA, Maria Salete de. Ceará: bases de fixação do povoamento e o crescimento das cidades. In: SILVA, José Borzacchiello da; CAVALCANTE, Tércia Correia; DANTAS, Eustógio Wanderley Correia (org.). **Ceará: um novo olhar geográfico**. 2. ed. Fortaleza: Edições Demócrito Rocha, 2007.

- 18 No Ceará, a pesquisa foi coordenada por Valéria Pinheiro pela organização não-governamental Cearah Periferia. Além do autor, compuseram a equipe de pesquisadores Camila Girão, Filomeno Abreu, Rodrigo Faria e Themis Amorin. Para maiores detalhes sobre a metodologia da pesquisa, consultar SANTOS JUNIOR, Orlando Alves dos; MONTANDON, Daniel Todtmann (org.). **Os Planos Diretores Municipais Pós-Estatuto da Cidade: balanço crítico e perspectivas**. Rio de Janeiro: Letra Capital: Observatório das Metrópoles: IPPUR/UFRJ, 2011.
- 19 OBSERVATÓRIO das Metrópoles. **Relatório Estadual do Ceará**. 2009. Disponível em: <<http://www.observatoriodasmetropoles.net/planosdiretores/produtos/ce/CE%20-%20Relat%C3%B3rio%20estadual%20de%20avalia%C3%A7%C3%A3o%20Planos%20Diretores%20-%20Val%C3%A9ria%20Pinheiro.pdf>> Acesso em: 12 jan. 2013.
- 20 Id. Ibid.

URBAN PLANNING AND NEW LEGAL-URBAN ORDER: MASTER PLANS AFTER THE FIRST DECADE OF THE STATUTE OF THE CITY

ABSTRACT

The Brazilian Constitution of 1988 broke new ground by establishing a specific chapter for the treatment of urban development policy. This occurred thanks to the presentation of the urban reform popular amendment, proposed during the constitutional process. Due to the incorporation of the principles of the social function of property and the city and of social justice. This opened a new legal framework for urban planning. In 2001, Federal Law 10,257, known as the Statute of the City, was approved in order to regulate the chapter on urban policy. The legal-urban order, however, is not limited to federal law, and must integrate the municipal master plans, since organizing urban territory is responsibility of the latter. This research aims to analyse the state of the master plans of municipalities in the State of Ceará, investigating whether the incorporation of the principles and tools provided by the Statute of the City is being implemented. Research was conducted based on data from the Brazilian Institute of Geography and Statistics and on the analysis of legislation from 25 municipalities. It is noticed that there was a significant improvement in the number of cities with master plans approved or in preparation. However, there is difficulty in implementing effective mechanisms established by the federal law.

Keywords: Urban planning. Master Plan. New Brazilian legal order on cities.

FUNDAMENTOS EPISTEMOLÓGICOS DA CIÊNCIA DO DIREITO EM TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR: A QUESTÃO DA CIENTIFICIDADE DO MODELO DE DECIDIBILIDADE¹

Horácio Wanderlei Rodrigues*
Leilane Serratine Grubba**

1 Considerações iniciais. 2 O *quê* da ciência: existe uma ciência jurídica autônoma? 3 Os modelos da ciência do Direito. 4 Entre a ciência dogmática do direito e a pesquisa dogmática do direito. 5 Considerações Finais. Referências.

RESUMO

O artigo tem por objeto o estudo da concepção de Ciência do Direito de Tércio Sampaio Ferraz Júnior e sua contribuição para a constituição de um modelo de pesquisa científica do Direito que permita o efetivo avanço do conhecimento jurídico. O texto está estruturado de forma a incluir a abordagem do que é considerado ciência para esse autor e do critério de demarcação utilizado para identificar a Ciência Jurídica, a descrição dos modelos de Ciência do Direito por ele trabalhados – as concepções de dogmática analítica, hermenêutica e empírica – e a realização, ao final, a análise da proposta do autor estudado.

Palavras-chave: Conhecimento Jurídico. Metodologia Jurídica. Ciência do Direito. Ciência Jurídica. Teoria da decisão jurídica. Dogmática jurídica. Zetética Jurídica. Tércio Sampaio Ferraz Júnior.

* Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), com estágio de Pós-doutorado em Filosofia na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professor Titular do Departamento de Direito da UFSC, lecionando no Curso de Graduação e no Programa de Pós-graduação (PPGD - Mestrado e Doutorado). Sócio fundador do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) e da Associação Brasileira de Ensino do Direito (ABEDi). Membro do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP). Coordenador do Núcleo de Estudos Conhecer Direito (NECODI). Pesquisador do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). E-mail: horaciowr@gmail.com

** Doutoranda em Direito e Mestre em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora Substituta do Curso de Graduação em Direito da UFSC. Pesquisadora do Núcleo de Estudos Conhecer Direito (NECODI) e do Grupo de Estudos Direito e Literatura (LITERATO). Bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O conhecimento científico busca se distinguir dos demais modelos de conhecimento em razão de um critério de demarcação próprio, mas a definição desse critério, ou mesmo a sua existência, é um tema sobre o qual não há unanimidade na epistemologia.

Para Feyerabend², não há ciência em sentido próprio, na medida em que considera que todas as teorias valem igualmente. De maneira diversa, para Popper³, o conhecimento científico é somente aquele que pode ser testável empiricamente e passível de ser falseado quando submetido ao Debate Crítico Apreciativo (DCA).⁴ Em comum, na epistemologia contemporânea, o que podemos encontrar é a concordância em torno da ideia de que a Ciência sempre busca se aproximar da verdade (sem nunca ter a garantia de tê-la encontrado), ainda que nem todos concordem com o significado atribuído a essa expressão.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior, um dos maiores nomes do pensamento jurídico brasileiro, transitou entre os mundos das Ciências Humanas, da Filosofia e das Ciências Jurídicas e Sociais. Nesse caminho, refletiu sobre as possibilidades de definição de um critério de demarcação entre as Ciências Naturais e as Ciências Humanas, no intuito de identificar o espaço próprio da Ciência Jurídica.

Este artigo tem por objeto exatamente o estudo da concepção de Ciência do Direito de Tércio Sampaio Ferraz Júnior e sua contribuição para a constituição de um modelo de pesquisa científica do Direito que permita o efetivo avanço do conhecimento jurídico. O seu texto é em grande parte muito mais descritivo do pensamento do autor do que propriamente uma análise ou crítica do mesmo, embora essas também se façam presentes.

Há primeiramente uma abordagem do que é considerado Ciência para Ferraz Júnior e do critério de demarcação utilizado para identificar a Ciência Jurídica. Após são descritos os modelos de Ciência do Direito por ele trabalhados – as concepções de dogmática analítica, hermenêutica e empírica. Finalmente, é realizada a análise da proposta do autor estudado.

2 O QUÊ DA CIÊNCIA: EXISTE UMA CIÊNCIA JURÍDICA AUTÔNOMA?

Existe uma ciência jurídica autônoma? Esse questionamento, assim como as dificuldades da investigação dos fundamentos epistemológicos da Ciência do Direito foram alguns dos problemas que Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁵ se propôs a resolver.

Segundo Ferraz Júnior, a Ciência do Direito é percebida, regra geral, como o sistema de conhecimentos sobre a realidade jurídica. Contudo, essa concepção genérica engloba discussões sobre o objeto e também sobre a própria dimensão dessa ciência. Isso faz com que ele destaque a dificuldade de análise do tema, tendo em vista tanto a ambiguidade do termo “Ciência”,

quanto à diversidade de critérios utilizados pelos juristas para situar o campo temático da Ciência do Direito.⁶

Aliás, Ferraz Júnior afirma que o próprio termo “Ciência” não é unívoco, não existindo um exato e único critério que determine a sua extensão e natureza. Nesse sentido, considera que:

A ciência é constituída de um conjunto de enunciados que visa transmitir, de modo altamente adequado, informações verdadeiras sobre o que existe, existiu ou existirá. Estes enunciados são, pois, basicamente, constatações.

[...] a ciência é constituída de enunciados que completam e refinam as constatações da linguagem comum. Daí a diferença geralmente estabelecida entre o chamado conhecimento vulgar (constatações da linguagem cotidiana) e o conhecimento científico, que procura dar às suas constatações um caráter estritamente designativo ou descritivo, genérico, mais bem comprovado e sistematizado.⁷

As constatações científicas, por conseguinte, revestem-se do caráter de veracidade: elas são melhor comprovadas e sistematizadas. Daí porque existe uma distinção entre as hipóteses, que são os enunciados com verificação frágil, e as leis, que são os enunciados com verificação e comprovação plena. Para Ferraz Júnior⁸, as modernas “[...] discussões sobre o termo *ciência* estão sempre ligadas à metodologia, embora, em geral, se reconheça que as diversas ciências têm práticas metódicas que lhes são próprias [...]” e que “uma ciência pode utilizar muitas e variadas técnicas, mas só pode ter um único *método*.”⁹

Para Ferraz Júnior¹⁰, o *método* é um conjunto de princípios de “[...] avaliação da evidência, cânones para julgar a adequação das explicações propostas, critérios para selecionar hipóteses, ao passo que *técnica* é o conjunto dos instrumentos, variáveis conforme os objetos e temas.”

Uma investigação tem caráter científico em função do método empregado, não das técnicas utilizadas. Para Ferraz Júnior¹¹, uma Ciência se vale de diferentes técnicas. Contudo, não são as técnicas “[...] que decidem sobre o caráter científico da investigação e sim o método. Ora, a pluralidade dos métodos desconcerta o teórico que reflete sobre o sentido da atividade do cientista do Direito.”

Em outras palavras, ainda que uma ciência possa se utilizar de variadas técnicas, ela possui apenas um método, cujo problema “[...] diz respeito à própria definição de enunciado verdadeiro. Note-se, de *enunciado* verdadeiro e não de *verdade*.”¹²

Segundo Ferraz Júnior, as Ciências Humanas exigem métodos próprios, diferenciados dos das Ciências Naturais. A grande diferença entre as Ciências Naturais e as Humanas é que as Naturais tem um método de abordagem que busca explicar os fenômenos naturais, dedutivamente. Já nas Ciências Humanas,

o método também busca, além de explicar, compreender o sentido dos fenômenos do comportamento humano, ocorrendo então uma valoração. E é justamente nessa dimensão das Ciências Humanas que surge o questionamento de haver propriamente uma Ciência Jurídica autônoma. Quer dizer:

Embora haja um acordo em classificar a Ciência do Direito entre as ciências humanas, surgem aí debates entre as diversas epistemologias jurídicas sobre a existência ou não de uma ciência exclusiva do Direito, havendo aqueles que preferem vê-la como uma simples técnica ou arte, tomando a ciência propriamente dita do Direito como uma parte da Sociologia, ou da Psicologia, ou da História, ou da Etnologia etc., ou de todas elas no seu conjunto.¹³

O fato é que não existe uma concordância com relação ao método valorativo das Ciências Humanas. Mais ainda, no caso da Ciência do Direito, existe, ademais, uma grande distinção das demais Ciências Humanas, como a Economia ou a Antropologia, visto que na Ciência do Direito é difícil de se proceder a uma clara distinção entre o cientista e o agente social.

Ainda que não exista uma concordância no que tange ao seu método valorativo, a Ciência Jurídica é autônoma das Ciências Humanas. Segundo Ferraz Júnior¹⁴, isso porque ela não apenas “[...] se debate entre ser compreensivo-valorativa ou axiologicamente neutra, mas também, para além disso, uma ciência *normativo-descritiva* que conhece e/ou estabelece normas para o comportamento.” Quanto à cientificidade da Ciência do Direito, Ferraz Júnior afirma que:

[...] encontramos, comumente, a afirmação de que se trata de conhecimentos ‘sistemáticos’, isto é, metodicamente obtidos e comprovados. A ‘sistematicidade’ é, portanto, argumento para a cientificidade. Entende-se, com isto, uma atividade ordenada segundo princípios próprios e regras peculiares, uma vez ou outra procurando o seu modelo nas chamadas ciências da natureza.

Quanto a esta transposição de modelos, que foi efetivamente buscada sobretudo no século XIX, a experiência histórica demonstrou a grande dificuldade desta pretensão. Ela conduziu o jurista a cuidar apenas das relações lógico-formais dos fenômenos jurídicos, deixando de lado o seu conteúdo empírico e axiológico.

Na verdade, esta possibilidade de fundar-se a Ciência do Direito nunca chegou a realizar-se. [...] A tentação, por sua vez, ao evitar-se, o rígido ‘formalismo’, de fazer da Ciência do Direito uma ciência empírica, nos moldes da Sociologia ou da Psicologia, também não chegou a consagrar-se. Alguma coisa do ‘formalismo’ ficou, ao menos no que se refere à especificidade do seu trato dos problemas. O epíteto ‘ciência *dogmática*’ quer, assim, significar algo peculiar.¹⁵

Se a Ciência do Direito se caracterizasse pela captação da norma, ela se reduziria a uma ciência interpretativa, com a tarefa de extrair o sentido dos

textos e situações a eles referidos, visando a uma finalidade prática. Trata-se, mais do que isso, de além de compreender o texto, também atribuir-lhe força e alcance. Assim, a Ciência do Direito não é somente interpretativa, mas também normativa: possui enunciados de natureza prescritiva, o que engloba a questão da decidibilidade.¹⁶

Nesse sentido é que Ferraz Júnior aponta para o fato de que a investigação do Direito pressupõe a relevância do fator social nos processos de conhecimento. É preciso, portanto, além de determinar as condições de cognoscibilidade da elaboração dogmática, também determinar as relações existentes entre os seus processos cognoscitivos e a realidade social à qual ela se dirige.

Segundo Ferraz Júnior, foi a positivação que forçou a tematização do ser humano enquanto objeto da Ciência do Direito, visto que mesmo as modernas correntes que procuram “[...] fazer da ciência jurídica uma ciência da norma não podem deixar de enfrentar o problema do comportamento humano e suas implicações na elaboração e aplicação do Direito.”¹⁷

Ou seja, foi o fenômeno da positivação¹⁸ do Direito que estabeleceu a dimensão da moderna Ciência do Direito, visto que é uma questão que envolve necessariamente o ser humano, passando as reflexões sobre o Direito também a envolvê-lo. Isso não implica afirmar que somente o direito positivo é objeto dessa Ciência – o pensamento positivista –, mas que ele condiciona o seu método e objeto.

Além disso, para adquirirem validade, as normas, as valorações e ou expectativas de comportamento devem ser filtradas por meio de processos decisórios. Ferraz Júnior percebe que, independentemente do objeto que adjudicarmos à Ciência do Direito, ela estará sempre delimitada pelo fenômeno da positivação. E esse fenômeno envolve o problema da decidibilidade.

Ora, esta situação modifica o *status* científico da Ciência do Direito, que deixa de se preocupar com a determinação daquilo que materialmente sempre foi o Direito com o fito do descrever aquele que, então, *poder ser* direito (relação causal), para ocupar-se com a oportunidade de certas decisões, tendo em vista aquilo que *deve ser* direito (relação de imputação).

Neste sentido, o problema não é propriamente uma questão de verdade, mas de *decidibilidade*. Os enunciados da Ciência do Direito que compõe as teorias jurídicas têm, por assim dizer, natureza criptonormativa, deles decorrendo consequências programáticas de decisões, pois devem prever, em todo caso, que, com sua ajuda, uma problemática social determinada seja solucionável sem exceções perturbadoras. Enunciados dessa natureza são *verificáveis* e, portanto, refutáveis como são os enunciados científicos a que aludimos. Em primeiro lugar, porque a refutabilidade não exclui a possibilidade de um enunciado ser verdadeiro, ainda que uma comprovação adequada não possa ser realizada por ninguém. Neste

sentido, a validade da ciência depende de sua transformação numa técnica utilizável [...].

Ao contrário, os enunciados da ciência jurídica têm sua validade dependente da sua relevância prática. Embora não seja possível deduzir deles as regras de decisão, é sempre possível encará-los como instrumentos mais ou menos utilizáveis para a obtenção de uma decisão.¹⁹

Por estar vinculada à decidibilidade, a Ciência do Direito se manifesta como um pensamento tecnológico, ou seja, trata-se de uma Ciência de caráter sistêmico e tecnológico, que envolve questões abstratas e empíricas. Em suma, é uma Ciência que, por ser tecnológica, opera uma dogmatização dos seus pontos de partida – a dogmática jurídica – para promover uma problematização da sua aplicabilidade na solução dos conflitos – a zetética jurídica.

Assim, primeiro se age por meio de técnicas e, em segundo lugar, quando temos de escolher entre as técnicas jurídicas, a ciência jurídica se aproxima de uma teoria da decisão, na qual deve haver uma análise das possibilidades conforme a relação custo/benefício.²⁰

Devemos entender, segundo Ferraz Júnior,²¹ que em toda investigação jurídica, deparamo-nos com perguntas e respostas, ou seja, com problemas que exigem soluções. Nesse sentido é que, para a investigação, podemos acentuar o aspecto da pergunta ou o aspecto da resposta.

Quando concedemos ênfase ao aspecto da pergunta, questionamos todo um sistema de enunciados, quer dizer, dos dogmas que conferem estrutura e base a um sistema. Por sua vez, quando concedemos ênfase ao aspecto da resposta, subtraímos determinados elementos à dúvida, isto é, aceitamo-los como dogmas e os colocamos fora de qualquer questionamento.²²

No primeiro caso, trata-se de uma questão zetética. No segundo, de uma questão dogmática. Além disso, entre ambas, não existe uma separação radical, visto que se referem mutuamente. Assim, são separadas apenas pela análise.²³

As questões ‘dogmáticas’ são tipicamente tecnológicas. Neste sentido, elas têm uma função diretiva explícita. Pois a situação nelas captada é configurada como um dever-ser. Questões desse tipo visam possibilitar uma decisão e orientar a ação. De modo geral, as questões jurídicas são ‘dogmáticas’, sendo sempre restritivas (finitas) e, neste sentido, ‘positivistas’ (de positividade). As questões jurídicas não se reduzem, entretanto, às ‘dogmáticas’, à medida que as opiniões postas fora de dúvida – os dogmas – podem ser submetidas a um processo de questionamento, mediante o qual se exige uma fundamentação e uma justificação delas, procurando-se, através do estabelecimento de novas conexões, facilitar a orientação da ação. O jurista revela-se, assim, não só como o especialista em questões ‘dogmáticas’, mas também em questões ‘zetéticas’.²⁴

Sob esse prisma, em sendo a Ciência Jurídica sistêmica e tecnológica e, muito embora ela encerre questões zetéticas e dogmáticas, o seu caráter de cientificidade está vinculado à dogmática jurídica.

Em outras palavras, Tércio Sampaio Ferraz Júnior efetua um tipo de análise do fenômeno jurídico que pode ser definida, de forma simplificada, como sistêmica. Quer dizer, ele vê o sistema jurídico como um sistema de comunicação²⁵ por meio de normas, tendo como princípio básico a interação – o Direito é percebido como um sistema de controle, e o que o caracteriza é a sua positividade, sendo que essa envolve, necessariamente, o problema da decidibilidade.

Isso significa que Ferraz Júnior considera que o sistema jurídico apresenta a função de estabilizar as relações sociais por meio de uma previsibilidade das expectativas comportamentais. Em outras palavras, trata-se de, sistemicamente, generalizar padrões comportamentais por meio de um processo congruente²⁶.

Nesse sentido é que Ferraz Júnior caracteriza a Ciência Jurídica como um pensamento tecnológico que dogmatiza os pontos de partida e problematiza apenas sua aplicabilidade na solução de conflitos²⁷. Dessa forma, a Ciência do Direito possui um caráter ambivalente: encerra questões dogmáticas e zetéticas.

3 OS MODELOS DA CIÊNCIA DO DIREITO EM FERRAZ JÚNIOR

Ferraz Júnior concebeu a Ciência Jurídica como um pensamento tecnológico que dogmatiza os seus fundamentos (as suas bases) e problematiza a aplicabilidade na solução dos conflitos. Quer dizer, trata-se de uma ciência que apresenta uma base dogmática e a decidibilidade baseada no enfoque zetético. A partir disso, propõe três modelos de Ciência Jurídica, mas sempre inter-relacionados, como se fossem aspectos funcionais de um único problema, que deve ser enfrentado pelos operadores do Direito. Em suma, trata-se de uma “[...] unidade sistemática do saber dogmático”,²⁸ ou seja, segundo Ferraz Júnior:

[...] a racionalidade do saber dogmático sobre o Direito não se localiza nem em soluções visadas (racionalidade dos fins), nem na discricionariedade fechada dos meios (racionalidade dos meios), mas no tratamento correlacional de fins e meios, na correlação funcional de questões e solução de questões. É isto que lhe dá o caráter arquitetônico de combinatória de modelos, aberta para os problemas de decidibilidade, mas delimitada pelo espírito do ‘docere’.²⁹

Os modelos que perfazem a unidade da Ciência Jurídica são, segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior:³⁰

- a) a *dogmática analítica* (teoria da norma), que rege a sistematização das regras de comportamentos. A decidibilidade é a relação hipotética entre o conflito e a decisão, ou seja, delimita as possibilidades de decisão para um possível conflito. A Ciência do Direito aparece como a sistematização das regras para a obtenção das soluções possíveis;

- b) *a dogmática hermenêutica* (teoria da interpretação), que rege a questão da interpretação e/ou aferição de sentido às prescrições normativas. Esse modelo vê a decidibilidade do ângulo da sua relevância significativa; trata-se da relação entre a hipótese de um conflito e de uma decisão, tendo em vista o seu sentido. Em outras palavras, “[...] dada a hipótese de conflito e a hipótese de decisão, constrói-se um sistema compreensivo do comportamento humano”³¹; e
- c) *a dogmática da decisão ou empírica* (teoria da argumentação jurídica), que trata do controle das normas sobre os comportamentos humanos, fornecendo as condições à decidibilidade. Ela encara a decidibilidade como a busca das condições de possibilidade de uma decisão hipotética para um conflito hipotético.

A dogmática analítica – a ciência jurídica como teoria da norma – identifica o que é o Direito, compreendendo a estruturação do discurso normativo. Isso não quer dizer uma limitação à compreensão lógico-formal, que é a sintaxe das normas jurídicas. Assim, com a contínua modificação das normas, a dogmática analítica busca encontrar um núcleo estruturante, que é justamente dizer o que é o Direito, em sua categoria da validade³², possibilitando as posteriores argumentações do discurso jurídico.

No pensamento de Ferraz Júnior, a noção de norma aparece como um ente integrador, que determina tanto o objeto quanto o âmbito da Ciência do Direito. O autor nos fala de um modelo analítico de Ciência Jurídica, o qual se propõe “[...] inicialmente, a questão do método, tendo em vista a noção de norma como núcleo teórico.”³³. E o modelo analítico é o “[...] modo pelo qual a ciência do direito tenta captar o fenômeno jurídico como um fenômeno normativo, realizando uma sistematização das regras para a obtenção de decisões possíveis.”³⁴

Trata-se, por conseguinte de um procedimento de análise – de decomposição do todo para a análise das partes – para que seja possível a sistematização: os procedimentos lógicos (a dedução e indução) e, no caso do direito, principalmente a analogia, o que leva alguns teóricos a discutirem o seu rigor científico, uma vez que a analogia tem por princípio a noção de semelhança, o que implica um juízo de valor.

Segundo Ferraz Júnior³⁵, essa analítica jurídica, vista como um método da Ciência do Direito, está vinculada ao pensamento tecnológico. Contudo, ele discute o seu sentido metódico em razão do problema da verdade. Ferraz Júnior questiona se a Ciência do Direito tem caráter prescritivo: se assumirmos que as proposições da Ciência do Direito são prescritivas, o direito se liga a uma finalidade a ser cumprida. Não se configura, então, num saber teórico constativo, mas num saber prático.

Nesse sentido, o pensamento tecnológico implica uma Ciência do Direito que “[...] não diz o que é direito em tal e tal circunstância, época, país, situação,

mas que, assumindo-se que o direito em tais e tais circunstâncias se proponha a resolver tais e tais conflitos, então deve ser compreendido desta e não daquela maneira. Esta forma dever-ser dá à analítica o seu caráter peculiar.”³⁶ O pensamento tecnológico da Ciência do Direito implica uma forma de resolução dos conflitos sociais.

Além do mais, a norma é o conceito-chave da teoria jurídica, visto que um “[...] postulado do modelo analítico da Ciência Jurídica diz que todo e qualquer comportamento humano pode ser visto como cumprimento ou descumprimento de normas jurídicas, caso contrário ele é tido como juridicamente irrelevante”.³⁷ Contudo, conforme Ferraz Júnior, inexistente um conceito unívoco de norma jurídica, visto que a expressão consegue abarcar situações diversas.

O que importa, por conseguinte, é separar a norma jurídica das demais normas, como as morais e religiosas, por exemplo. Nesse sentido, tem-se que as normas distinguem-se em razão da sua dimensão de validade e em razão de sua estrutura condicional, a hipótese de incidência e a sanção, assim como pelo modo do seu entrelaçamento. As normas jurídicas, então, em virtude da sua estrutura, têm a forma de um juízo hipotético e somente excepcionalmente a de um juízo imperativo.³⁸

No que diz respeito ao modelo da Ciência do Direito como teoria da interpretação – a dogmática hermenêutica³⁹ –, ela busca descobrir os modos pelos quais o Direito identificado pode ser entendido. Uma vez que a dogmática analítica tenha identificado o Direito (atribuído validade a uma norma), cabe à hermenêutica atribuir-lhe sentido, por meio da teoria da interpretação, que decodifica os símbolos jurídicos para a linguagem, por meio de regras sintáticas (as combinações entre normas), semânticas (relação entre a norma e o objeto) e pragmáticas (as funções da norma).

Daí o porquê de Ferraz Júnior⁴⁰ afirmar que existe um postulado quase universalmente aceito na dimensão da Ciência do Direito moderna: não há norma sem interpretação ou, o que é o mesmo, toda a norma é passível de ser interpretada.

Essa atribuição de sentido, ademais, não se funda em juízo de verdade ou de falsidade, mas em grau de aceitabilidade do enunciado normativo, que varia conforme o tradutor do sentido. Este, considerando a existência de variadas técnicas de interpretação do sentido da norma, deve se valer de instrumentos neutralizadores, para diminuir a contingência das valorações e significações. Daí a importância dos processos de escolha – da racionalidade. Dessa forma, são também criadas as condições para a decisão – a dogmática empírica –, embora este não seja o seu objetivo privilegiado.

Modernamente, importa a constituição da Ciência do Direito por meio de um modelo de interpretação hermenêutica: não se trata mais, por conseguinte, de técnicas interpretativas, mas de uma teoria da interpretação. Nesse ponto é que, segundo Ferraz Júnior⁴¹, surge o problema de se buscar um critério para

a autêntica interpretação. “A pergunta é: qual o paradigma para se reconhecer que uma interpretação do texto da lei é autêntica? A resposta envolve a possibilidade de um sentido último e determinante.”

Quer dizer que a atividade jurídica apresenta seu problema básico não apenas na configuração sistemática da ordem normativa, mas antes, na determinação do seu sentido. E se a doutrina subjetivista busca a compreensão da vontade do legislador, por sua vez, a objetivista busca o sentido próprio da norma.

Para Ferraz Júnior, essa polêmica conduz aos pressupostos básicos da hermenêutica jurídica: interpretar é compreender outra interpretação, visto que existem dois atos. O primeiro ato é o que dá sentido à norma, o segundo é o que tenta captá-lo. Ou seja:

[...] se partimos da observação de que o ato da interpretação tem por objeto não um texto, mas o sentido que ele expressa que foi determinado ou é determinado por outro ato interpretativo – o da autoridade competente –, que por sua vez é condicionado por uma série de fatores que podem alterá-lo, restringi-lo, aumentá-lo, coloca-se aqui o problema do *ponto de partida* da interpretação.⁴²

Ainda segundo esse autor, se a interpretação jurídica requer a fixação de ao menos um ato doador de sentido, um dos pressupostos da hermenêutica na área do direito é o caráter dogmático do seu ponto de partida: o importante é que “[...] a interpretação jurídica tenha sempre um ponto de partida tomado como indiscutível,”⁴³ pois é justamente esse ponto de partida que impede que a interpretação recue ao infinito, o que seria um óbice à decisão. Outro pressuposto da hermenêutica jurídica, para esse pensador, é a liberdade do intérprete.

Assim, a hermenêutica possui um caráter objetivo, o do dogma, e um subjetivo, o da liberdade, o que leva a um novo pressuposto, que é o caráter deontológico e normativo de toda a interpretação. É justamente o caráter dogmático dos pontos de partida e o caráter zetético da liberdade do intérprete na hora da interpretação que conduz ao problema da decidibilidade: criar as condições para uma possível decisão.

Ou seja, uma vez que a decidibilidade é o problema que domina a Ciência Jurídica, a hermenêutica tem por objeto a criação das condições para a resolução dos eventuais conflitos com o mínimo de perturbação social.

A investigação sobre como se obtém a decisão prevaiente é estudada pela *dogmática da decisão* – é a Ciência do Direito como teoria da decisão jurídica. Tratam-se dos processos deliberativos que conduzem à aplicação do Direito. É justamente nesta *etapa* que os dogmas estruturantes do Direito podem ser contestados em seu sentido ou sobre a imunização de regras. Ela tem como objeto a preocupação com o comportamento e o convencimento dos destinatários desse discurso, privilegia a dimensão pragmática do discurso jurídico

Na medida em que o pensamento jurídico busca sistemicamente explicar o comportamento humano e regulá-lo por meio de normativas, a Ciência Jurídica se constitui num modelo empírico. Não se trata de aventar, para Ferraz Júnior,⁴⁴ uma sociologia jurídica, mas sim um modelo tecnológico do Direito que é voltado para a questão da decidibilidade normativa dos conflitos.

Nesse sentido, a *dogmática empírica* é tanto a aplicação do Direito quanto o próprio desenvolvimento das técnicas de argumentação e convencimento dos destinatários. Sob esse prisma é que Ferraz Júnior considera que o Direito, em sua questão da decidibilidade, transmite para o sistema social disputas de forças e de relações de poder. Assim é que o Direito é percebido como um instrumento de controle social e não pode ser compreendido quando alijado de seus aspectos de dominação, ainda que vinculados à legitimação de aspectos ideológicos.⁴⁵

Dessa forma, o modelo empírico pode ser entendido “[...] não como descrição do direito como realidade social, mas como investigação dos instrumentos jurídicos de e para o controle do comportamento.”⁴⁶ Assim, não se indaga se o Direito é ou não um sistema de controle. Pelo contrário, ao percebê-lo como um sistema de controle, Ferraz Júnior entende que o questionamento recai simplesmente em como exercer esse controle, ou seja, a Ciência Jurídica não é uma ciência sobre a decisão, mas para a obtenção das decisões – detém caráter criptonormativo.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior entende que a grande diferença da teoria da decisão jurídica para as teorias analítica e hermenêutica é que aquela ainda não está concluída, ou seja, a tarefa reside, primeiramente, em encontrar um sentido nuclear para o que possamos chamar de decisão jurídica, para que, após, possamos analisar os instrumentos “[...] conceituais tradicionais usados pelo jurista para captá-la e, finalmente, mostrar os caminhos que vêm sendo abertos nos últimos anos, com o intuito de dar à teoria da decisão jurídica uma operacionalidade mais eficiente.”⁴⁷

Somente existe uma decisão jurídica na medida em que também existe um conflito jurídico; decidir é um ato que busca transformar as incompatibilidades indecidíveis em alternativas decidíveis. E por mais que as decisões não eliminem os conflitos, terminam com eles, pois é justamente uma norma (individual) que põe um fim a um conflito – a coisa julgada.⁴⁸ Nesse sentido é que o ato de decidir é percebido como um componente de uma situação de comunicação em um sistema interativo. “A ciência jurídica como teoria da decisão capta, assim, o problema da decidibilidade dos conflitos sociais como uma intervenção contínua do Direito na convivência humana, vista como um sistema de conflitos intermitentes.”⁴⁹

Segundo Ferraz Júnior⁵⁰, ainda é incipiente o desenvolvimento de um sistema teórico que perceba o direito como um sistema de controle do comportamento, vinculado à decidibilidade – a Ciência do Direito em um modelo empírico. Para isso, faz-se necessária uma reinvenção da noção de sistema jurí-

dico, que além de abarcar o conjunto de normas e instituições, devem abarcar um fenômeno de partes em comunicação – a interação é peça chave, uma vez que o controle jurídico é exercido nas relações de comunicação entre as partes e a norma com o seu interprete.

Assim a Ciência do Direito se liberta dos quadros de uma mera exegese, como se o direito fosse um quadro a ser examinado e vai “[...] mais adiante e exige uma concepção do direito como uma verdadeira técnica de invenção, algo que não está pronto mas está sendo constantemente construído nas interações sociais.”⁵¹ Trata-se de uma concepção sistêmica do Direito, que consiste na:

[...] tendência em examinar os fenômenos jurídicos como sistema em termos de um *conjunto de elementos* (comportamentos vinculantes e vinculados) e de um *conjunto de regras* que ligam os elementos entre si, formando uma estrutura (princípios, normas legais, costumeiras, jurisprudenciais, regras técnicas e outras), implica não isolá-lo em contextos estreitos, mas também em estabelecer interações para examinar áreas mais amplas. Todo sistema, neste sentido, tem um limite interno (o que está *dentro*) e um limite externo (o que está *fora*, mas influenciando e recebendo influências). Assim, as variações nas estruturas e nos elementos do sistema podem ser vistas como esforços construtivos para harmonizar e acompanhar as pressões do seu ambiente e do próprio sistema.⁵²

A Ciência do Direito, enquanto uma teoria sistêmica de controle jurídico do comportamento humano, pode ser considerada uma teoria ampliada do problema da decidibilidade. E “enquanto teoria da decisão, ganha aspectos novos e ampliados que requerem uma metodologia própria.”⁵³

Essa metodologia consiste em perceber o direito como um “[...] comportamento específico, caracterizado como um procedimento decisório regulado por normas.”⁵⁴ Quer dizer que o ponto de partida não será necessariamente uma norma, mas os conflitos nela contidos, visando obter enunciados tecnológicos que resolvam os conflitos.

A ciência jurídica caracteriza-se, dessa forma, segundo Ferraz Júnior, como um pensamento tecnológico que dogmatiza seus pontos de partida e problematiza sua aplicabilidade na solução de conflitos. Essa questão é assim explicada:

Sendo a ciência jurídica um pensamento tecnológico, por estar ligada ao fazer e à realização de uma proposta, não diz o que é o **direito** em tal circunstância, época ou lugar, mas que, assumindo-se que o direito em certas situações se proponha a resolver tais conflitos, então *deve ser* compreendido desta e não daquela maneira. Assim sendo, o *dever ser* das proposições da ciência jurídica dá-lhe o caráter *criptonormativo*, isto é, faz dela uma teoria com função de solucionar uma perturbação social.⁵⁵

A Ciência do Direito tem em vista o problema da decidibilidade em abstrato, não como solução ou critério fechado, mas sim como questão aberta.

“Portanto, não há correlação, no nível da Ciência Jurídica, entre cientificidade e perfeição lógica do modelo construído.”⁵⁶ A sua práxis revela-se numa combinação de modelos pela qual se produzem teorias que têm uma função social e uma natureza tecnológica, pois não se constituem em meras explicações dos fenômenos. Na prática, se transformam em doutrinas que ensinam e prescrevem o como fazer. Assim se pronuncia o autor:

A Ciência Jurídica coloca problemas *para ensinar*. Isto a diferencia de outras formas de abordagem do fenômeno jurídico, como a Sociologia, a Psicologia, a História, a Antropologia etc., que colocam problemas e constituem modelos cuja intenção é muito mais explicativa. Enquanto o cientista do Direito se sente vinculado, na colocação dos problemas, a uma proposta de solução, possível e viável, os demais podem inclusive suspender o seu juízo, colocando questões para deixá-las em aberto.⁵⁷

E assim, essa ciência tem um caráter ambivalente que encerra questões dogmáticas e questões zetéticas, dependendo se o enfoque é a decidibilidade do ponto de vista das respostas ou das perguntas. Em outras palavras, a “[...] Ciência Jurídica possui, por contingências históricas (o predomínio do positivismo no século XIX), um caráter *tecnológico* notável, que faz o centro do pensar jurídico o problema da decidibilidade de conflitos.”⁵⁸

4 ENTRE A CIÊNCIA DOGMÁTICA DO DIREITO E A PESQUISA DOGMÁTICA DO DIREITO

Tércio Sampaio Ferraz Júnior analisa sistemicamente o Direito – o sistema jurídico – e o percebe como um sistema de comunicação por meio de normas. Nesse sentido, o seu princípio básico é a interação – o Direito é visto como um sistema de controle, caracterizado pela positivação de suas normas.

Na medida em que o pensamento jurídico busca sistemicamente explicar o comportamento humano e regulá-lo por meio de normas, a Ciência Jurídica se constitui num modelo empírico, ou seja, num modelo tecnológico que é voltado para a questão da decidibilidade normativa dos conflitos.⁵⁹

Segundo Ferraz Júnior, o século XX marcou a modificação de um saber jurídico dogmático vinculado a premissas das asserções tidas como verdadeiras e à ideia de um sistema jurídico que trabalha de maneira dedutiva. Quer dizer, no século XX, a pesquisa dos fundamentos do fenômeno do Direito se tornou secundária: a produção do Direito é relegada “[...] a algo espontâneo, sobre o qual não temos controle direto, e a teoria da legislação se torna secundária; mas em lugar disso entra uma preocupação hermenêutica, dentro de um modelo judicial de aplicação do Direito.”⁶⁰

Em outras palavras, Ferraz Júnior quer dizer que o trabalho da dogmática jurídica se volta a “[...] um modelo jurisprudencial, enxergando seu objetivo na criação de condições de aplicabilidade e decidibilidade. O

trabalho dogmático do jurista, nas suas construções, é criar condições para que os conflitos sejam solucionáveis.”⁶¹

Justamente por isso, para Ferraz Júnior não existe uma correlação entre cientificidade e perfeição lógica do modelo construído. A Ciência do Direito não é meramente explicativa, pois ela busca propostas de soluções, possíveis e viáveis. Portanto, ela apresenta, conforme já vimos, um caráter tecnológico. E o seu ponto de apoio é a decidibilidade e não a questão da verdade.

Este é, sem dúvida, um ponto extremamente interessante da proposta teórica efetivada por Ferraz Júnior. Ele supera a concepção de ciência como conhecimento neutro e descritivo da realidade, aceitando-a como prescritiva no momento em que a concebe como um conhecimento tecnológico e, portanto, construcional. Dessa forma, não associa a ideia de Ciência do Direito à busca da verdade, mas sim à decidibilidade.

Esse posicionamento, entretanto, abre espaço para críticas de caráter epistemológico à sua teoria. A mesma ciência, seja qual for o seu objeto, possui historicamente como característica a busca da verdade, ainda que dela somente possa se aproximar.

Contudo, a dogmática⁶², na visão de Ferraz Júnior⁶³, não se confunde com um saber acrítico. Para ele, partir de dogmas “[...] significa que eu não posso colocá-los para fora – eu não posso esquecer que existe a Lei, por exemplo. Aí entra um princípio chamado legalidade, que não me deixa fazer diferente.”. Ele coloca o dogma como ponto de partida, não como ponto de chegada.

Ao considerar a positivação como o fenômeno que caracteriza o Direito, Tércio Sampaio Ferraz Júnior concretiza a concepção de ciência jurídica como ciência dogmática. Para ele, esta tem de ser dogmática – aceitando sem discussão os pontos de partida – em função de uma razão técnica: possibilitar a decisão com base no Direito. Ele entende que o questionamento dos pontos de partida – as normas – não permitiria alcançar a decidibilidade jurídica dos conflitos.

Nessa perspectiva, não indaga se o Direito é o não um sistema de controle. Pelo contrário, ao percebê-lo como um sistema de controle, Ferraz Júnior entende que o questionamento recai simplesmente em como exercer esse controle. Assim, a Ciência Jurídica não é uma ciência sobre a decisão, mas para a obtenção das decisões – detém caráter criptonormativo. Essa visão envolve o risco de que a Ciência do Direito deixe de ter um caráter científico para se apresentar como instrumento ideológico de justificação da dominação e do controle.

Além disso, Ferraz Júnior constrói um modelo de Ciência do Direito que, baseado da ideia de decidibilidade, não somente se afasta da própria concepção do que é ciência por permitir a *avaliação* à decisão, mas igualmente cristaliza os dogmas do alicerce de seu edifício jurídico, deixando de partir de problemas, para partir de verdades.

É possível questionar se esse pressuposto de sua teoria não pode servir para reforçar a ordem política vigente. Em nome do fator segurança – entendido aqui como a possibilidade de decisão jurídica dos conflitos – podemos acabar defendendo a simples reprodução do *status quo*. Isso devido à impossibilidade de negação do direito dominante pela Ciência Jurídica; essa, embora prescritiva no entender de Ferraz Júnior, é dogmática por não poder negar o direito positivado como ponto de partida para a decisão jurídica dos conflitos.

Nesse sentido, é necessário questionar sobre os riscos de a Ciência do Direito se transformar em um saber *doutrinário*, tal como o saber teológico que, com a confirmação da razão e da autoridade dos textos, busca a criação das condições à decisão unicamente dentro do sistema, sem questioná-lo. Se assim ocorrer, a dogmática jurídica não passará de uma *pseudo ciência* que não busca submeter a testes os seus enunciados – o que poderia levar a sua refutação⁶⁴ –, mas que se presta unicamente para a confirmação de suas próprias premissas, no intuito de garantir a sua validade.

No Brasil comumente, como o próprio Ferraz⁶⁵ Júnior afirma, notamos nos livros jurídicos os autores meramente reproduzindo um saber “muitas vezes compramos um livro com 40% de reprodução do texto legal, e o resto em reprodução parafrásica – esta é a representação mais desesperada dessa dogmática.”

Entretanto, segundo Ferraz Júnior, a dogmática não precisa ser repetidora. É preciso cuidado. Se, de um lado, o estudo da dogmática jurídica é importante, de outro, o perigo é deixar a dogmática absorver a pesquisa. Quando “[...] a pesquisa se abre, temos a possibilidade de promover mudanças em velhos conceitos.”⁶⁶

E a pesquisa do Direito, se se quer científica, deve ter um caráter zetético. Nesse sentido, é que ao lado da questão dogmática, Ferraz Júnior salienta a importância da questão zetética. Esta significa o processo de questionamento ao qual pode ser submetido o conhecimento produzido pela Ciência Jurídica. Esse questionamento busca verificar a sua justificação e fundamentação. As investigações zetéticas sobre o fenômeno do Direito, regra geral, se constituem num conjunto de “[...] enunciados que visa a transmitir, de modo altamente adequado, informações verdadeiras sobre o que existe, existiu e existirá.”⁶⁷

Conforme Wolkmer⁶⁸ a “[...] possibilidade de um saber crítico no Direito só pode ser pensada no interior da Ciência Jurídica dogmática, resgatando seu aspecto zetético”. Trata-se, conforme Ferraz Júnior,⁶⁹ de não deixar que a dogmática absorva a pesquisa, mas, pelo contrário, de a pesquisa também se utilizar da dogmática. Isso porque o estudo do Direito abarca não somente a dogmática, mas igualmente um campo imenso de saber complexo. Nesse sentido é que aqui existe uma disjunção entre a Ciência do Direito e a técnica jurídica; embora relacionados, ambos não se confundem.

Embora dependa do direito positivo posto e positivado pelo poder – o Direito é um fenômeno decisório vinculado ao poder – a Ciência Jurídica a ele

não se reduz. Ela não deve trabalhar apenas com certezas (os pontos de partida) e sim com as incertezas dos conflitos na vida social (os problemas).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao questionar sobre a possibilidade de existir uma Ciência Jurídica autônoma, primeiramente, Ferraz Júnior percebeu que a própria concepção de Ciência não é clara e imutável. Quer dizer, não existe um critério único que determine a sua extensão e natureza.

Relativamente à Ciência do Direito, Ferraz Júnior afirma a sua existência de forma autônoma, separada das demais Ciências Humanas e Sociais. Isso porque a Ciência do Direito, além de ser explicativa, é compreensiva, ou seja, busca compreender o sentido dos fenômenos do comportamento humano. É ela uma Ciência valorativa. Além disso, a Ciência do Direito, por estar vinculada ao problema da decidibilidade, manifesta-se como um pensamento tecnológico.

Nesse sentido, a Ciência Jurídica, enquanto uma Ciência normativo-descritiva que estabelece normas para o comportamento humano, seria autônoma. E, segundo Ferraz Júnior, foi o fenômeno da positivação do Direito que condicionou o método e o objeto desta Ciência.

Nesses termos, a Ciência do Direito possui caráter sistêmico e tecnológico, que envolve questões abstratas e empíricas. Ela é uma Ciência que, por ser tecnológica, opera uma dogmatização dos seus pontos de partida – a dogmática jurídica – para promover uma problematização da sua aplicabilidade na solução dos conflitos – a zetéica jurídica. Em sendo a Ciência Jurídica sistêmica e tecnológica e, muito embora ela encerre questões zetéicas e dogmáticas, o seu caráter de cientificidade está vinculado à dogmática jurídica, segundo Ferraz Júnior.

Isso porque ele entende que o sistema jurídico apresenta a função de estabilizar as relações sociais, por meio de uma previsibilidade das expectativas comportamentais. Diante disso, é necessário, além de determinar as condições de cognoscibilidade da elaboração dogmática, também determinar as relações existentes entre os seus processos cognoscitivos e a realidade social à qual ela se dirige.

Para Ferraz Júnior, a Ciência do Direito – em suas concepções de dogmática analítica, hermenêutica e empírica – não se preocupa com a busca da verdade, mas, em sentido diverso, por configurar-se como uma ciência tecnológica e sistêmica, que intenta a resolução de conflitos, preocupa-se com a decidibilidade. Trata-se de uma ciência concebida como um pensamento tecnológico que dogmatiza os seus fundamentos (as normas) e problematiza a sua aplicabilidade na solução dos conflitos.

O autor analisa o Direito, tendo-o percebido como um sistema de comunicação através de normas: um sistema de controle caracterizado pela positivação de suas normas. Considerando essa realidade, a Ciência do Direito

não é meramente explicativa. Ela busca propostas de solução, possíveis e viáveis. Possui, portanto, caráter tecnológico. E seu ponto de apoio é a decidibilidade, não a questão da verdade.

Essa visão de Ferraz Júnior se distancia do que se considera propriamente científico, sob o prisma epistemológico, nas outras áreas do conhecimento, inclusive nas ciências sociais e humanas. Quer dizer, a ciência mesma busca se aproximar da verdade ou, em outras palavras, a pesquisa científica se direciona sempre no sentido do alcance da verdade, ainda que isso nunca venha a ocorrer. No pensamento de Ferraz Júnior não existe qualquer aproximação entre o conhecimento do direito, a resolução de conflitos e a questão da verdade.

Além disso, ao dogmatizar os pontos de partida – mesmo considerando o aspecto zetético – e permitir apenas o questionamento posterior, na hora da decisão, sempre há o risco de enclausurar a estrutura do sistema do direito, obstando a possibilidade de denunciar a sua falibilidade e, inclusive, de refutar o conteúdo de sua normas. Há também o risco de impedir o debate intersubjetivo no que tange à estrutura do próprio sistema, permitindo apenas a discussão de qual a decisão mais adequada.

Para Ferraz Júnior, a Ciência do Direito tem de ser dogmática – aceitando sem discussão os pontos de partida – em função de uma razão técnica: possibilitar a decisão com base no Direito. Ele entende que o questionamento dos pontos de partida – as normas – não permitiria alcançar a *decidibilidade* jurídica dos conflitos. Esse pressuposto de sua teoria pode servir para reforçar a ordem política vigente. Em nome do fator segurança – entendido aqui como a possibilidade de decisão jurídica dos conflitos – sua teoria pode ser utilizada para defender a simples reprodução do *status quo*.

No pensamento de Ferraz Júnior, o Direito é visto como um *instrumento* de controle. Daí o porquê de não importar a questão da verdade e, mais ainda, de haver um engessamento dos seus dogmas (pontos de partida). Isto é, ainda que o pensamento de Ferraz Júnior seja de maior importância para a prática profissional do Direito, que requer a dogmatização dos pontos de partida (as normas) para possibilitar a resolução dos conflitos (a decisão com base no Direito), a sua proposta não se coaduna com o que é efetivamente Ciência. Essa, de maneira oposta, não pode partir de certezas, mas de questionamentos, estando a estrutura a ser construída sempre passível de falseada.

Entendemos que é necessário considerar a distinção entre o Direito enquanto instrumento e a Ciência do Direito. Existem diferenças entre a prática profissional do Direito e a Ciência do Direito – a pesquisa científica. Enquanto a prática profissional busca a resolução de conflitos com base em um sistema vigente, a Ciência do Direito deve se preocupar com a compreensão e a crítica do sistema e mesmo com a proposição de sistemas alternativos que possam substituí-lo.

Quando Ferraz Júnior entende que o Direito não se configura num saber teórico que busca a mera constatação, mas num saber prático e, além disso, que

existe um postulado no qual não existe norma sem interpretação, sendo que a atribuição de sentido não se funda em juízo de verdade ou de falsidade, mas em grau de aceitabilidade do enunciado normativo, que varia conforme o tradutor do sentido, existe uma negação do ideal de cientificidade.

Assim, ainda que a teoria de Ferraz Júnior ocupe um lugar privilegiado no pensamento jurídico brasileiro contemporâneo, ela coloca limites ao avanço do progresso, na área do direito, da ciência mesma, a ciência teórica (ou ciência básica), em contraposição à ciência aplicada. A sua perspectiva parece endereçada no sentido de ver a Ciência do Direito unicamente como ciência aplicada – conhecimento instrumental –, que não é propriamente ciência, mas sim tecnologia.

REFERÊNCIAS

- BRUM, Nilo Bairros de. Tércio Sampaio Ferraz Júnior e a ciência do Direito. *Seqüência*, Florianópolis, UFSC, I(1), p. 115-21, 1. sem. 1980.
- DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1988.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 1977.
- _____. **A ciência do Direito**. 2. ed. São Paulo, Atlas, 1980a.
- _____. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980b.
- _____. Existe um espaço no saber jurídico atual para uma teoria crítica? In: PLASTINO, Carlos Alberto (Org.). **Crítica do direito e do Estado**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1984. p. 65-72.
- _____. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo, Atlas, 1988. (2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.).
- _____. A relação entre a dogmática jurídica e a pesquisa, parte II. In: NOBRE, Marcos *et alii*. **O que é pesquisa em Direito?** São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 73-80.
- FEYERABEND, Paul. **A conquista da abundância**. São Leopoldo: UNISINOS, 2005.
- _____. **Contra o método**. Tradução de Augusto Mortari. São Paulo: UNESP, 2007.
- LUHMANN, Niklas. In: CÔRTE-REAL, Maria da Conceição (Trad.). **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.
- _____. **Introducción a la teoría de sistemas**. Guadalajara: Barcelona: An-thropos, 1996.

_____. In: PETIL, Santiago López; SCHMITZA, Dorothee (Trad.). **Sociedade y sistema: la ambición de la teoría**. Barcelona: Paidós, 1997.

POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Cultrix, 1972.

_____. **Conhecimento objetivo**. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: EDUSP, 1975.

_____. In: MARTINS, Estevão de Rezende (Trad.). **A lógica das ciências sociais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

_____. In: TAIPAS, Paula de. (Trad.). **O mito do contexto: em defesa da ciência e da racionalidade**. Lisboa: Edições 70, 2009.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. O racionalismo crítico de Karl Popper e a Ciência do Direito. In: XIX Congresso Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2010. **Anais**. Florianópolis: CONPEDI, 2010. p. 7977-7991. Disponível em: ><http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/florianopolis/Integra.pdf>>.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; AGACCI, Francielli Stadtlober Borges. Sobre a relativização da coisa julgada, seus limites e suas possibilidades. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, a. 37, n. 203, jan. 2012. p. 15-38.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; GRUBBA, Leilane Serratine. **Conhecer Direito I: a teoria do conhecimento no século XX e a Ciência do Direito**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. Disponível em: <http://funjab.ufsc.br/wp/?page_id=1819>.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. São Paulo: Acadêmica, 1991.

1 O presente trabalho foi realizado com apoio do CNPq, Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – Brasil, no âmbito do projeto de pesquisa Conhecer Direito: os processos de produção do conhecimento na área do Direito - o conhecimento jurídico produzido através da pesquisa, do ensino e das práticas profissionais.

2 FEYERABEND, Paul. **A conquista da abundância**. São Leopoldo: UNISINOS, 2005 e FEYERABEND, Paul. **Contra o método**. Tradução de Augusto Mortari. São Paulo: UNESP, 2007.

3 POPPER, Karl. In: MARTINS, Estevão de Rezende (Trad.). **A lógica das ciências sociais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004. POPPER, Karl. In: TAIPAS, Paula de. (Trad.). **O mito do contexto: em defesa da ciência e da racionalidade**. Lisboa: Edições 70, 2009.

4 Sobre as teorias de Feyerabend e Popper ver: RODRIGUES, Horácio Wanderlei; GRUBBA, Leilane Serratine. **Conhecer Direito I: a teoria do conhecimento no século XX e a Ciência do Direito**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. Disponível em: <http://funjab.ufsc.br/wp/?page_id=1819>.

5 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 1977.

6 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do Direito**. 2. ed. São Paulo, Atlas, 1980a, p. 9.

7 Ibid., p. 10.

8 Ibid., p. 9

9 Ibid., 1980a, p. 11

10 Ibid., 1980a, p. 11.

11 FERRAZ JÚNIOR, 1977, op. cit., p. 357.

- 12 FERRAZ JÚNIOR, 1980a, op. cit., p. 11.
- 13 Ibid., p. 9-10.
- 14 Ibid., 1980a, p. 12.
- 15 Ibid., p. 13-14.
- 16 Ibid., p. 14.
- 17 Ibid., p. 42.
- 18 A positivação é um fenômeno que atribui validade ao Direito (à norma). Tendo surgido no século XIX, hoje em dia, ele garante a validade do direito em razão de uma decisão, sendo que somente por meio de uma nova decisão essa validade pode ser revogada. Segundo Ferraz Júnior, a “[...] principal característica do direito positivado é que ele se liberta de parâmetros imutáveis ou longamente duradouros, de premissas materialmente invariáveis e, por assim dizer, institucionaliza a mudança e a adaptação mediante procedimentos complexos e altamente móveis. Assim, o direito positivado é um direito que pode ser mudado por decisão, o que gera, sem dúvida, certa insegurança com respeito a verdades e princípios reconhecidos, alcançados então, para um segundo plano, embora, por outro lado, signifique uma condição importante para melhor adequação do direito à realidade em rápida mutação, como é a de nossos dias.” (FERRAZ JÚNIOR, 1980a, op. cit., p. 41)
- 19 Ibid., p. 44.
- 20 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Existe um espaço no saber jurídico atual para uma teoria crítica? In: PLASTINO, Carlos Alberto (Org.). *Crítica do direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1984. p. 65-72, p. 71.
- 21 FERRAZ JÚNIOR, 1980a, op. cit., p. 45-46.
- 22 Ibid., p. 45-46.
- 23 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo, Atlas, 1988, (2. ed. São Paulo: Atlas, 1994), p. 44.
- 24 FERRAZ JÚNIOR, 1980a, op. cit., p. 46.
- 25 A noção de comunicação já estava presente no pensamento de Luhmann (1983; p. 1996), que construiu uma teoria sociológica baseada na ideia de comunicação, em seu sentido amplo, que é o da interação. Assim, para ele, o sistema social surge do processo resultante da interação e, por isso mesmo, não tem como função regular as ações humanas, mas orientar a própria comunicação, tornando mais provável a ocorrência de umas ações sobre outras.
- 26 FERRAZ JÚNIOR, 1994, op. cit., p. 192.
- 27 Segundo Ferraz Júnior, de maneira preliminar, o conhecimento tecnológico se sustenta da seguinte maneira: após a pesquisa propriamente teórica, exige-se “[...] um desenvolvimento que eu colocaria no campo tecnológico. Depois, realmente será necessário o treinamento de técnicos para lidar com isto, o que é uma outra etapa. Provavelmente, para realizar essa pesquisa tecnológica, é indispensável lidar com uma teoria pura [...], para preparar esse saber e lidar com ele. [...] Esse lado técnico do Direito trata mais de fazer que de discutir. A ideia de separar as três noções tinha o objetivo de mostrar onde se encaixa o saber dogmático (eu acho que entra no saber tecnológico).” FERRAZ JÚNIOR, A relação entre a dogmática jurídica e a pesquisa, parte II. In: NOBRE, Marcos et alii. *O que é pesquisa em Direito?* São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 73-80, p. 99.
- 28 FERRAZ JÚNIOR, 1994, op. cit., p. 93.
- 29 FERRAZ JÚNIOR, 1977, op. cit., p. 108.
- 30 FERRAZ JÚNIOR, 1980a, op. cit., p. 47-49
- 31 BRUM, Nilo Bairros de. Tércio Sampaio Ferraz Júnior e a ciência do Direito. *Seqüência*, Florianópolis, UFSC, I(1), p. 115-21, 1. sem. 1980, p. 116.
- 32 A questão da validade, no pensamento de Ferraz Júnior, comporta uma perspectiva pragmática, visto que a validade da norma, sistemicamente percebida sempre em interação, não é uma qualidade ontológica e, por isso, não repousa sobre si, nem em razão de outra norma hierarquicamente superior. A validade é vista como um atributo que advém da relação de imunização de um enunciado normativo em face de uma norma anterior. O importante é que, identificada a validade de uma norma do ordenamento jurídico – a dogmática analítica –, deverá ser-lhe atribuído um sentido, por meio da dogmática hermenêutica – a teoria da interpretação.
- 33 FERRAZ JÚNIOR, 1980a, op. cit., p. 52.
- 34 Ibid., p. 53.
- 35 Ibid., p. 54-55.
- 36 Ibid., p. 55.

37 *Ibid.*, p. 57.

38 *Ibid.*, p. 57.

39 A tematização da Ciência do Direito como ciência hermenêutica é relativamente recente. “Isto nos conduz ao século XIX como o período em que a interpretação deixa de ser uma questão técnica da atividade do jurista para ser objeto de reflexão, tendo em vista a constituição de uma teoria. [...] O núcleo constituinte desta teoria já aparece esboçado no fim do século XVIII [visto que o] jusnaturalismo, como vimos, já havia cunhado, para o direito, o conceito de sistema, que se resumia, basicamente, na noção de um conjunto de elementos ligados entre si pelas regras da dedução.” (FERRAZ JÚNIOR, 1980a, op. cit., p. 69). Nesta época, tratava-se de uma “[...] elaboração com quatro técnicas: a interpretação gramatical, que procurava o sentido vocabular da lei; a interpretação lógica, que visava ao seu sentido proposicional; a sistemática, que buscava o sentido global; e a histórica, que tentava atingir o seu sentido genético.” (FERRAZ JÚNIOR, 1980a, op. cit., p. 69)

40 *Ibid.*, p. 68.

41 *Ibid.*, p. 69-70.

42 *Ibid.*, p. 72.

43 *Ibid.*, p. 73.

44 *Ibid.*, p. 87.

45 FERRAZ JÚNIOR, 1994, op. cit., p. 345.

46 FERRAZ JÚNIOR, 1980a, op. cit., p. 87.

47 *Ibid.*, p. 88.

48 Atualmente mesmo a coisa julgada tem sua definitividade questionada. Sobre o tema ver: RODRIGUES, Horácio Wanderlei; AGACCI, Francielli Stadlober Borges. Sobre a relativização da coisa julgada, seus limites e suas possibilidades. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, a. 37, n. 203, jan. 2012. p. 15-38.

49 FERRAZ JÚNIOR, 1980a, op. cit., p. 98.

50 *Ibid.*, p. 100-101.

51 *Ibid.*, p. 101.

52 *Ibid.*, p. 101.

53 *Ibid.*, p. 102.

54 *Ibid.*, p. 102.

55 DINIZ, op. cit., p. 181.

56 FERRAZ JÚNIOR, 1980a, op. cit., p. 106.

57 *Ibid.*, p. 106.

58 *Ibid.*, p. 104.

59 *Ibid.*, p. 87.

60 FERRAZ JÚNIOR, 2005, op. cit., p. 75-76.

61 *Ibid.*, p. 77-78.

62 Para Ferraz Júnior é impossível a construção hipotética de um modelo de dogmática jurídica que tome o fenômeno jurídico em sua complexidade. Somente por meio da teoria sistêmico-funcional, apreende seu modelo de dogmática por meio de seu aspecto normativo, embora o Direito não é reduzido à norma, bem como relacionado à norma em seu sentido linguístico e pragmático, apesar de ela possuir outras dimensões. (FERRAZ JÚNIOR, 1994, op. cit., p. 5-7).

63 FERRAZ JÚNIOR, 2005, op. cit., p. 100.

64 De maneira resumida, para Popper (2009), o critério que determina a cientificidade de uma teoria reside fundamentalmente na possibilidade de a hipótese ser falseável, ou seja, passível de refutação. Quer dizer, por meio de uma lógica dedutiva, deve existir a possibilidade de se verificar empiricamente uma hipótese para testá-la. Assim é científica uma preposição quando dela se puder deduzir um conjunto de enunciados de observação que possam falseá-la, ainda que isso não ocorra. Ou seja, os enunciados devem ser passíveis de teste empírico. Sobre uma proposta para a Ciência do Direito baseada no critério popperiano ver: RODRIGUES, Horácio Wanderlei. O racionalismo crítico de Karl Popper e a Ciência do Direito. In: XIX Congresso Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2010. **Anais**. Florianópolis: CONPEDI, 2010. p. 7977-7991. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/florianopolis/Integra.pdf>>.

65 FERRAZ JÚNIOR, 2005, op. cit., p. 78.

66 *Ibid.*, p. 79.

67 FERRAZ JÚNIOR, 1994, op. cit., p. 42.

68 WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. São Paulo: Acadêmica, 1991, p. 116.

69 FERRAZ JÚNIOR, 2005, op. cit., p. 79.

EPISTEMOLOGICAL BASIS OF THE SCIENCE OF LAW, ACCORDING TO TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR: THE ISSUE OF A SCIENTIFIC MODEL OF DECIDABILITY

ABSTRACT

The article aims to studying the concept of Legal Science, as established by Tércio Sampaio Ferraz Júnior, and Ferraz's contribution to a model of scientific research in Law that contributes for an effective advance in legal knowledge. The text is structured so as to include what is considered as science by this author and his criteria for identifying Legal Science, the description of the scientific models that he studies – the concepts of analytical, hermeneutic and empirical dogmatic – and, at the end, an analysis of the author's proposal.

Keywords: Juridical Knowledge. Juridical Methodology. Science of Law. Juridical Science. Theory of Juridical Decision. Juridical Dogmatic. Juridical Zetetic. Tércio Sampaio Ferraz Júnior.

O FINANCIAMENTO PÚBLICO DE CAMPANHAS ELEITORAIS: A IGUALDADE DE CHANCES E A MELHORIA DA QUALIDADE DA REPRESENTAÇÃO POLÍTICA DEMOCRÁTICA

Jânio Pereira da Cunha*
Heyde Medeiros Costa Lima**

“A história não caminha ao ritmo de nossa impaciência”.
(Antonio Machado, poeta espanhol)¹

“Quanto à riqueza, que nenhum cidadão seja assaz opulento para poder comprar o outro, e nenhum assaz pobre para ser obrigado a vender-se”. (Rousseau)²

1 Considerações iniciais. 2 O modelo de financiamento atual e seus problemas. 3 O financiamento público exclusivo e possíveis benefícios para a democracia representativa. 4 Considerações finais. Referências.

RESUMO

O artigo tem por objeto o financiamento de campanhas eleitorais no Brasil. Nele se defende a implantação do custeio público exclusivo das eleições como um dos mecanismos a minorar a crise de representatividade política da democracia moderna. Sustenta-se, nesse sentido, a ideia de que o modelo de financiamento vigente, que permite a doação de dinheiro privado por pessoas físicas e jurídicas, desequilibra o jogo político-eleitoral, pois o poder econômico passa a ser determinante, em grande medida, dos resultados eleitorais. Ademais, as verbas privadas podem comprometer a autonomia e a autenticidade do mandato político, já que o representante popular pode ficar “refém” de seus financiadores, submetendo a perigo a proteção do proveito comum da sociedade em relação aos interesses privados de particulares. Postula-se ainda o custeio totalmente público das campanhas para garantir a igualdade mínima de chances entre os candidatos no processo eleitoral, bem como para blindar a interferência antirrepublicana dos financiadores no mandato

* Doutorando e mestre em Direito Constitucional. Professor de Teoria Geral do Estado, Ciência Política e Direito Constitucional do Centro Universitário Christus (Unichristus) e de Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (Unifor). E-mail: janiopcunha@ig.com.br

** Discente do Curso de Direito do Centro Universitário Christus (Unichristus). Bolsista do Programa de Iniciação Científica da Unichristus. E-mail: heyde_lima@hotmail.com

representativo. Por fim, tem-se que o financiamento público será um passo importante para o aumento da legitimidade do processo eleitoral e do aprofundamento da qualidade da democracia representativa brasileira.

Palavras-chave: Financiamento público. Campanha eleitoral. Igualdade de chances. Melhoria da representação. Democracia.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Constituição Federal de 1988 constitui um marco na redemocratização do Brasil. Na medida em que rompeu formalmente com o regime autoritário implantado pelos militares em 1964, plasmando um sistema político de feição nitidamente democrática, já que traz a cidadania e a soberania popular como princípios fundamentais do Estado de Direito brasileiro.

No caso particular dos direitos políticos, a Constituição vigente, além de estender o sufrágio para os analfabetos e para os jovens de 16 a 18 anos, ampliou os instrumentos de participação política dos cidadãos, numa deferência à democracia participativa ou semidireta.

Nada obstante, se, de um lado, o direito ao sufrágio universal direto e de igual valor para todos se concretiza efetivamente, por outro, o direito de ser votado ou, melhor, de ser um representante político continua de concretude difícil, ainda que normativamente quase inexistam obstáculos para o exercício da cidadania passiva (capacidade eletiva) pelos nacionais.³ É que fatores materiais, como desigualdade de renda e riquezas, assimetria de recursos políticos e institucionais, entre outros, constituem sérios elementos a limitar a participação razoavelmente igualitária e livre dos cidadãos no processo político decisório.

Na verdade, o direito de ser eleito representante popular, entre nós, nunca foi tarefa das mais simples, dado que o processo eleitoral é marcado, em grande medida, pela influência decisória do poder econômico, de tal sorte que aqueles candidatos mais aquinhoados, financeiramente falando, possuem maiores chances de alcançar êxito eleitoral.

E isso é assim pelo fato de que, ante o elevado custo de uma campanha eleitoral, os candidatos destituídos de recursos materiais para arcar com as despesas do processo político não podem disputar em pé de igualdade com os seus concorrentes.

Não bastasse o abuso de poder econômico, é de se registrar o fato de que o processo eleitoral no Brasil é historicamente marcado pela corrupção, em especial no tocante à utilização de recursos privados secretos e ilegais, conhecidos vulgarmente por caixa dois⁴, por parte de partidos e candidatos, seja para o custeio da propaganda eleitoral ou para a captação ilícita de votos.

Tal estado de coisas compromete não somente a lisura e a higidez do processo eleitoral, mas também o próprio instituto da representação política, já

que o ator político – eleito numa ambiência caracterizada pelo abuso de poder econômico e corrupção – ocupará um mandato ilicitamente conquistado.

É de se acrescentar a ideia de que o problema da interferência do dinheiro e da corrupção na escolha dos agentes eletivos resvala diretamente na legitimidade do exercício do mandato político, comprometendo, mais ainda, a imagem negativa dos políticos e das instituições representativas.⁵⁻⁶

É verdade que a rejeição à política e aos políticos exprime uma questão mais grave e complexa, relacionada à crise da representação política na atualidade. Realmente, a problemática do regime representativo decorre, principalmente, do fato de os cidadãos não se verem devidamente representados e, por conseguinte, exprimirem sérias reservas aos atores políticos e às instituições representativas (partidos, parlamento, governo).⁷

Em adição, o instituto da representação traz duas questões essenciais, a saber, qual o melhor procedimento de escolha dos representantes (sistema proporcional ou majoritário, financiamento privado ou público de campanhas) e como garantir que os mandatários exerçam os seus mandatos em prol da vontade dos mandantes e do interesse geral da coletividade.

Perante tais indagações, a centralidade do presente artigo é perquirir se a implantação do financiamento público exclusivo das campanhas eleitorais pode contribuir para garantir um processo eleitoral mais autêntico e igualitário e, por conseguinte, para assegurar a melhoria da qualidade da representação política e da democracia no Brasil.

Adite-se, por fim, a noção de que projetos de reforma político-eleitoral de há muito tramitam no Congresso Nacional, entretanto, ante a complexidade de alteração das normas e do jogo político-partidário, ainda não há acordo possível entre os parlamentares em relação aos pontos fundamentais da reforma, principalmente os referentes ao sistema distrital misto, à cláusula de desempenho, à lista partidária, às coligações partidárias e, em especial, ao financiamento totalmente público do processo eleitoral.⁸

2 O MODELO DE FINANCIAMENTO ATUAL E SEUS PROBLEMAS

O sistema de financiamento partidário e eleitoral no Brasil é misto. As verbas de custeio são provenientes de fontes públicas e privadas. Os recursos públicos financiam o acesso gratuito dos partidos ao rádio e à televisão. Além disso, há o fundo especial de assistência financeira aos partidos (fundo partidário), composto por dotações orçamentárias da União, multas, penalidades, doações e outros recursos financeiros que lhes forem atribuídos por lei. Já os recursos privados podem vir tanto de pessoas jurídicas como de pessoas físicas.

Destaque-se, a propósito, a ideia de que as eleições no Brasil são consideradas uma das mais dispendiosas do mundo, tanto que há pesquisas no sentido de que os gastos numa campanha presidencial no Brasil são, em termos

proporcionais, mais elevados do que nos Estados Unidos, um país com uma população e um PIB significativamente maiores do que o brasileiro.⁹ E não se pode esquecer de que o processo eletivo é deveras exigente em termos financeiros, principalmente pela necessidade de utilização dos meios de comunicação coletiva e de todo o aparato de recursos humanos e técnicos para viabilizar a divulgação dos candidatos, partidos e dos programas.

Assim é que a temática “financiamento de campanhas” é fulcral no debate da reforma política, já que não se pode hoje falar em democracia eleitoral sem que o sistema eleitoral disponha de mecanismos financeiros para garantir um processo legítimo de escolha dos atores políticos.

Efetivamente, tem-se que o financiamento de campanhas vigente no Brasil é um dos elementos a contribuir ainda mais para a crise de representatividade política da jovial democracia nacional. É verdade, todavia, que o assunto de custeio de campanhas é um problema enfrentado por praticamente todos os países, vale dizer, “a relação entre dinheiro, campanhas eleitorais e partidos políticos atinge a todas as sociedades que formalmente aceitaram as regras da democracia”.¹⁰

De fato, a questão da qualidade da representação política liga-se ao nível de legitimidade do procedimento eleitoral de captação de sufrágio e da maneira como o ator político exerce o mandato eletivo, isto é, visando ou não ao interesse comum. É importante ter ciência de que o financiamento de campanhas talvez seja o fator mais determinante da lisura, da liberdade e da igualdade no processo eleitoral, assim como da autonomia e da autenticidade do exercício do mandato político.

A razão disso é o fato de que, se antes a preocupação se centrava no desvirtuamento da vontade real do eleitor pela violência, por coação e por fraudes eleitorais¹¹, hoje, com a informatização das etapas do certame eleitoral, principalmente com a implantação da urna eletrônica, os problemas centrais da vida política e eleitoral brasileira passaram a ser o abuso de poder econômico e a corrupção.

É certo que nenhum sistema político logrou – e talvez jamais conseguirá – imunizar completamente o processo eletivo da influência do poder econômico e da corrupção, pois “a combinação política e dinheiro é sempre explosiva”¹². No caso particular do Brasil, tem-se o agravante dos condicionantes históricos, intensamente desfavoráveis à contenção de tais problemas; dado que a patrimonialização do poder do Estado é uma herança ainda bastante presente na história política e institucional pátria e, em grande medida, determinante de comportamentos antirrepublicanos, como é o caso da ainda visível indiferenciação da esfera pública da privada.

Mais grave, entretanto, é o fato de que a presença de recursos privados na seara do espaço público do processo eleitoral destrói a igualdade de concorrência entre os candidatos, porquanto, aqui e alhures, é quase indúvidoso o fato

de que os mais ricos, a rigor, têm mais chances de serem eleitos – pois são mais votados! – do que os candidatos carentes de recursos financeiros.¹³ Segundo o cientista político estadunidense Robert Dahl, “Esse é um problema, pois o sistema capitalista automaticamente gera a desigualdade econômica, que acaba criando a desigualdade política, e isso é de difícil solução”.¹⁴ Na realidade, não se deve olvidar a lição sempre atual de Rousseau, na chave de leitura de Carlos Nelson Coutinho, em termos de que “existe uma incompatibilidade estrutural entre desigualdade e democracia”.¹⁵

Para David Samuels¹⁶, a evidente necessidade do dinheiro para o sucesso eleitoral na vida política produz mais efeitos negativos do que positivos para o regime democrático brasileiro, em especial para a competitividade dos concorrentes no certame eleitoral:

A importância do dinheiro para o sucesso eleitoral dos candidatos também tira o brilho de um sistema político que é formalmente muito competitivo, ao pender a balança em favor dos políticos que têm apoiadores abastados. O dinheiro aumenta a viabilidade dos candidatos no Brasil, mas a falta de dinheiro, do mesmo modo, limita severamente a competitividade de muitos candidatos. A contrapartida da pobreza de alguns candidatos é a opulência de outros.

De fato, o atual sistema eleitoral é deveras vulnerável à incidência do abuso de poder econômico e da corrupção, porquanto não há limite legal para os gastos eleitorais, devendo apenas o candidato não ultrapassar o valor dos recursos por ele mesmo fixado e informado à Justiça Eleitoral.

Ademais, a ausência de uma forte fiscalização e controle das contas eleitorais pelo Poder Público – uma “beatificação do ilícito”¹⁷, nas palavras do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Paulo Brossard – facilita sobremodo a ocorrência de caixa dois, isto é, utilização de recursos ocultos e ilegais de particulares e empresas no financiamento de campanhas.

Adunte-se a noção de que o caixa dois, “além de ser uma via de enriquecimento patrimonial, com as eventuais ‘sobras de campanhas’, (...) erode a própria ideia de representação”, já que “A quem afinal representa um parlamentar cuja campanha foi financiada por agentes ocultos?”¹⁸

Advirta-se, a propósito, acerca de que a junção entre dinheiro privado e política pode trazer um custo altíssimo para o interesse público. Tanto isso é verdade que já alertava o filósofo Rousseau: “Nada mais perigoso que a influência dos interesses privados nos negócios políticos”.¹⁹

A questão da assimetria dos recursos econômicos no regime democrático e republicano é tão perene e perigoso na história humana que obriga a se transcrever a observação de Robert Dahl²⁰:

[...] da Antiguidade até hoje, praticamente todos os defensores sensatos do governo democrático e republicano deram ênfase especial ao fato de que a democracia é ameaçada pelas desigualdades

nos recursos econômicos. Um dos axiomas da teoria republicana clássica, por exemplo, afirmava que o poder e a propriedade tendem a coincidir; e, portanto, para garantir a ampla distribuição do poder necessário para uma república, a propriedade deve necessariamente ser amplamente distribuída.

Seja adicionada, ainda, a ideia de que a influência da riqueza econômica, além de ser um recurso crucial para determinação do resultado eleitoral, com prejuízo irreparável para a autenticidade da representação, tende a produzir problemas gravíssimos para o exercício da representatividade pelo detentor de mandato, já que o eleito nessas condições ocupa um cargo político alcançado com recursos provenientes do setor privado, com todos os problemas e implicações daí decorrentes.

De fato, a benevolência e a generosidade dos financiadores de campanhas eleitorais não são fruto apenas das virtudes morais e republicanas da classe empresarial, mas, realisticamente, dos futuros benefícios, favores, privilégios que os eleitos podem garantir-lhe, como contratos de obras e serviços, nomeações para funções públicas em setores e atividades estratégicas, apadrinhamentos de parentes e amigos, facilidades de empréstimos e subsídios governamentais, influência nas políticas de governo, por exemplo, juros, tarifas, taxas de câmbio, entre outras vantagens e facilidades potencialmente fornecidas pelo Poder público.²¹

Na pertinente observação de Bruno Wilhelm Speck, essa prática de trocar “apoio financeiro à campanha por benefícios aos financiadores claramente viola os deveres de representação e tem um ônus para a sociedade”²². Estas doações que compram acesso ao poder ou a outras vantagens se caracterizam, conforme o sobredito autor, como improbidade administrativa.

Ainda que as notícias de jornais, pela natureza normalmente informativa, não sejam um referencial seguro no âmbito da pesquisa acadêmica, servem, pelo menos, como um indício razoável da enorme transitividade e acessibilidade dos financiadores privados com o Poder público, quando não revelam explicitamente esquemas de corrupção a beneficiar empresários e empresas doadoras de fundos para campanhas eleitorais.

Citem-se, a título meramente exemplificativo do “caráter incestuoso de certas relações entre financiados e financiadores”²³, os casos selecionados pelo cientista político David Samuels:

[...] em 1994, Fernando Henrique Cardoso recebeu um apoio substancial das firmas de telecomunicações, que queriam que ele seguisse adiante com sua promessa de campanha de privatizar o setor. Vieram à tona também alegações de que as empresas que acabaram ganhando as grandes concessões do setor de telecomunicações foram aquelas que mais contribuíram para a vitória de FHC (Folha de S. Paulo, 8/10/1995; O Globo, 26/11/1998). Empresas de vários setores também efetuaram contribuições de campanha

para persuadir Fernando Henrique a quitar suas dívidas com o governo federal (Folha de São Paulo, 12/4/1998).²⁴

Vê-se, daí, que o financiamento privado de eleições traz diversas consequências deveras graves e negativas para a representatividade política, eis que a atuação dos representantes populares pode receber a influência direta ou indireta de interesses particulares, submetendo a perigo a efetivação do interesse comum, que é a finalidade reitora da ideia de representatividade democrática.

Portanto, o financiamento privado de campanhas tem, no mínimo, a potencialidade de colocar as candidaturas financiadas por meio de recursos lícitos ou ilícitos na condição de “reféns dos grupos de interesse que as apoiem”, numa “forma de sequestro privado da coisa pública”. É plausível que “O custo social pode ser maior do que a economia no gasto público resultante do financiamento privado”, pois “Grupos de interesses cobrarão, depois, com forte ágio, o que pagaram”.²⁵ Esse perigo já era referido pelo filósofo Aristóteles: “O bom senso mostra que aqueles que compram os cargos vão procurar ter de volta o que lhes custou para alcançá-lo”.²⁶

Não é demais ainda citar, acerca da questão em análise, a advertência atualíssima do filósofo Espinosa, na interpretação de Marilena Chauí, para quem as relações pessoais de subordinação das autoridades públicas podem submeter a risco a ideia de república:

[...] o único cuidado dos cidadãos é o de impedir que os postos de decisão sejam ocupados por indivíduos que tenham laços pessoais de dependência com outros, pois isso os levaria a dirigir a coisa pública sob a forma do favor [...]. Ou seja, o único risco na democracia é o da corrupção da *res publica* por relações privadas de favor e clientela.”

Nesse passo, destaque-se, mais uma vez, o argumento de que a presença ainda bastante profunda do patrimonialismo na cultura política brasileira é um elemento intenso a explicar, em grande medida, a instrumentalização do Poder público a favor de interesses particulares de pessoas e empresas, principalmente, no caso em estudo, dos financiadores eleitorais. Na verdade, o Estado brasileiro, na linha interpretativa de Raymundo Faoro, formou-se e evoluiu com características patrimoniais do Estado português, entre elas, a confusão entre a propriedade/interesses particulares e os bens/interesses públicos, sendo, com efeito, a coisa pública apropriada e gerida como se fosse um bem particular dos governantes e da burocracia patrimonial.²⁷

Ainda na ordem de problemas do financiamento privado, há de ser salientado o fato de que os recursos particulares de empresas e pessoas físicas tendem a mercantilizar o sistema político eleitoral, na medida em que o eleitor, o voto e o mandato são vistos como mercadorias, logo, comercializáveis como qualquer bem, produto ou serviço, numa total inversão da ideia de cidadania e de sufrágio universal, como valores fundamentais inerentes à dignidade humana

e, por isso, inegociáveis; pois, na lição ética de Immanuel Kant, estão os valores protetivos da dignidade “acima de todo o preço”²⁸.

Não bastasse tudo isso, é também razoável sustentar a noção de que a permissão de financiamento privado das eleições potencializa as chances de permanência no poder dos atores políticos detentores de mandato eletivo, uma vez que estes, pela força política, têm um elevado poder de atração de financiadores para suas campanhas, principalmente das empresas já contratadas pelo poder público. Em relação a essas corporações, diz Bruno Wilhelm Speck que a inexistência de legislação brasileira “quanto a contribuições por empresas que prestam serviços ou realizam obras para o estado é questionável, pois o risco de uma troca de favores entre o doador e o futuro governante é iminente”.²⁹

3 O FINANCIAMENTO PÚBLICO EXCLUSIVO E POSSÍVEIS BENEFÍCIOS PARA A DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Em razão da impossibilidade de superar os problemas do financiamento privado das eleições, em decorrência da incompatibilidade dos negócios particulares com os interesses comuns da sociedade,³⁰ defende-se a ideia de que somente a institucionalização do financiamento público exclusivo dos gastos de campanhas eleitorais, inclusive com a proibição total de doações de terceiros e dos próprios candidatos, pode minorar a crise de representatividade da democracia brasileira.

De fato, o financiamento público pode contribuir positivamente em múltiplos aspectos para o sistema eleitoral e político brasileiro, haja vista que tende a aumentar a legitimidade da representação política e melhorar a qualidade da democracia. Além disso, a permissão de uso apenas de fundos públicos é de longe mais compatível com os valores constitucionais do ordenamento jurídico brasileiro.

Veja-se que, com a implantação do financiamento público, se terá maior equilíbrio do volume de recursos entre partidos e candidatos, bem como um limite de gastos para o pagamento das despesas eleitorais. Com isso, garante-se, ao mesmo tempo, maior paridade financeira entre os candidatos e agremiações partidárias, assim como um controle mais efetivo da prestação de contas de campanha pela Justiça Eleitoral, já que fica mais fácil, com o teto de gastos, detectar eventual extrapolação abusiva do poder econômico, por meio de “sinais exteriores de riqueza” observáveis durante a campanha eleitoral.³¹

Com efeito, não se pode olvidar que o financiamento de campanhas, para ser procedimentalmente legítimo, exige que os recursos de origem exclusivamente pública sejam distribuídos de forma razoavelmente igualitária entre os candidatos e os partidos, de tal modo a evitar, ao máximo possível, a transmutação das desigualdades fáticas desses atores concorrentes, em desigualdades políticas.

Como se sabe, sob a perspectiva democrática, todos os candidatos e partidos devem receber a mesma consideração e respeito do poder público, de modo a garantir-lhes “oportunidade de participação política direta nas decisões de governo”³², em nome do princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei. Assim, o financiamento público de campanha é muito mais democrático do que o privado, dado que assegura “um nível de financiamento para todos os partidos, independentemente de os eleitores serem ricos ou pobres. Sob esse sistema, todos os partidos seriam dotados de uma base necessária para levar sua mensagem a todos os eleitores”³³.

Presume-se também que o custeio público de campanhas tem o condão de ampliar o rol de candidatos – ante a existência de verbas para a divulgação do nome e programa do postulante e, conseqüentemente, de maior chance de vitória – com resultado positivo para a pluralização do debate político. Realmente, os cidadãos destituídos de dinheiro poderiam agora se apresentar ao crivo popular em condições reais e paritárias na disputa pelos cargos eletivos. Diferentemente, como hoje o poder econômico penetra a política de uma forma “tentacular e capilar, em todas as instâncias, [...] impede que o sistema político possa abrir brechas para aprofundar a soberania popular, uma exigência absolutamente inarredável do conceito de democracia.”³⁴

No plano da rotatividade do poder, é razoável sustentar a ideia de que o financiamento público produzirá o aumento da expectativa de alternância no poder entre os atores políticos, na medida em que a garantia de condições econômicas mínimas para todos os candidatos concorre para a renovação dos quadros políticos, reduzindo a taxa de reeleição³⁵, pela competitividade efetiva dos postulantes a cargos políticos. Nada mais saudável para a democracia do que a renovação periódica dos governantes, a fim de evitar a perpetuação no poder das mesmas autoridades e grupos políticos, com violação do princípio da alternância de poder entre a maioria e minoria e vice-versa.

O custeio público de campanhas é oportuno, igualmente, por trazer uma oportunidade ímpar de arrefecer a interferência ilegal, abusiva e perversa do poder econômico no certame eleitoral, tornando as eleições mais livres, competitivas e mais justas, já que é imperativo de um Estado de direito que as regras procedimentais do jogo político sejam acatadas para legitimidade formal do regime constitucional.

Não é só, no entanto.

Decerto, a razão mais importante – depois talvez da garantia da igualdade de oportunidades entre os candidatos, para justificar a utilização exclusiva de recursos públicos nas campanhas – reside na necessidade de obstar a influência predatória do poder de pessoas e grupos poderosos, em especial empresas, na condução dos negócios públicos, fato hoje não muito raro de acontecer pelas elevadas doações de recursos privados por pessoas físicas e jurídicas. Com isso, é razoável supor que haverá um nível menor de promiscuidade entre os atores políticos e os agentes privados, porquanto aqueles conquistarão seus mandatos eletivos sem auxílio

de fundos privados. Com efeito, ganhará o princípio republicano constitucional, num de seus principais requisitos, qual seja, o da supremacia do interesse público sobre os proveitos particulares. Não é demais salientar, à luz de Rousseau, que a “vontade particular, por sua própria natureza, tende às predileções, enquanto a vontade geral [interesse coletivo] propende para a igualdade.”³⁶

Outra razão que milita a favor do financiamento público é a necessidade de fortalecimento dos partidos políticos, pois ele eliminaria a busca desenfreada dos candidatos “atrás de dinheiro dos interesses econômicos privados e forçaria os partidos a adotar táticas de campanha que acentuassem programas de políticas nacionais mais claros para o eleitorado.”³⁷

Não bastasse toda a argumentação já declinada para justificar o financiamento público das eleições, tem-se ainda que esse sistema de custeio de campanhas é o que se harmoniza mais ao regime constitucional brasileiro, pois normativamente se visualiza a ideia de que a democracia é o princípio dos princípios da Constituição vigente, a qual elenca a soberania popular como vetor da sociedade e do Estado, de tal forma que a interferência indevida da corrupção e do poder econômico no direito do cidadão eleger livre e autonomamente os seus representantes implica vilipêndio da própria democracia.

Aduza-se, ademais, o argumento de que o financiamento público, pela fixação de teto máximo de despesas, possibilita uma fiscalização e um controle mais real e efetivo das contas de campanhas, ganhando, com isso, a imperativa transparência republicana. E ninguém explicitou com precisão e densidade a máxima do direito público moderno da visibilidade do poder do que Immanuel Kant, ao ponderar: “São injustas todas as ações que se referem ao direito de outros homens cujas máximas não se harmonizem com a publicidade.”³⁸

Necessário se faz abrir aqui um parêntese para analisar duas das principais objeções dos críticos ao custeio público exclusivo de campanhas políticas.

A primeira é de que o financiamento público é inaceitável num país com sérias limitações financeiras e com profundos problemas sociais, como é o caso do Brasil, dado que recursos em tese de áreas vitais como a saúde, a educação, a segurança, a moradia seriam utilizados para pagamento de gastos de atividades de campanha. Diga-se, todavia, que esse argumento não reflete a questão na sua inteireza, já que a corrupção “não custa apenas [...] dinheiro, mas afeta diretamente a democracia, uma vez que mina a construção da autoridade democrática. A corrupção não tem apenas custos econômicos, mas também custos políticos muito caros”.³⁹

De fato, se é inegável o volume de dinheiro do orçamento da União para custear o processo eleitoral, pensa-se que o custo financeiro disso ainda será inferior aos problemas que o financiamento privado enseja para o sistema político brasileiro, em especial para o processo eleitoral, a autonomia dos representantes parlamentares e governamentais, com prejuízo da legitimidade da representação política e, em última instância, da própria qualidade da democracia.

Portanto, não se pode reduzir o problema do financiamento de campanha ao volume de dinheiro público que deverá ser empregado, pois, como acertadamente asseverou Martonio Mont'Alverne Barreto Lima:

Não se está discutindo simplesmente um financiamento de partidos políticos. O que está em jogo é a qualidade da democracia brasileira. Como se sabe, democracia sempre custou muito caro, tanto em esforço abstrato como concreto. [...] Deve ser ponderado, porém, que o dilema consiste em arcar com este preço, ou com outro maior: o da ineficiência crônica de um sistema democrático a minar a confiança dos cidadãos em seu funcionamento, corroendo sua própria existência.⁴⁰

A segunda objeção dos críticos ao financiamento público é a acusação de que ele não elimina os recursos ilegais das campanhas, pois o caixa dois continuará existindo, independentemente da proibição do uso de recursos privados.

Relativamente a essa objeção, é preciso deixar bem claro que, conquanto o financiamento público não elimine totalmente a utilização de fundos privados não declarados nas campanhas eleitorais, ele tende a colaborar para a sua redução, e isso, por si, já seria um motivo razoável para introduzi-lo no sistema eleitoral brasileiro. O objetivo, entretanto, principal do modelo de custeio público exclusivo não é ser um antídoto perfeito e infalível contra o uso de dinheiro oculto e ilícito nas campanhas eleitorais, mas justamente, como já registrado, garantir minimamente a igualdade de disputa entre os candidatos, de maneira tal que os cidadãos comuns, independentemente de sua condição socioeconômica e política, tenham chances de concorrer com adversários ricos e poderosos.

A esse respeito, a ponderação do cientista político Jairo Nicolau responde à altura aos mais céticos quanto à positividade do custeio público de campanhas:

[...] o financiamento público, acompanhado por rigoroso sistema de fiscalização e de severas punições, é a melhor opção que temos para sair do péssimo sistema de financiamento em vigor no país. *Os benefícios para a democracia brasileira compensam em muito as possíveis imperfeições. Até mesmo a pior delas, a continuidade residual do caixa dois.* Enfim, democracia se inventa na disputa democrática.⁴¹ (Grifou-se)

Observe-se, por último, que a implantação do exclusivo custeio público das eleições é o modelo normativo mais adequado à proteção do direito político fundamental de elegibilidade, da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato, bem como para assegurar a normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência ou o abuso do poder econômico, de acordo com o consagrado na Constituição Federal vigente, em seu § 9º, art. 14. Em termos similares, prevê o Código Eleitoral que serão coibidos e punidos a interferência do poder econômico e o desvio ou abuso de poder de autoridade, em desfavor da liberdade do voto (art. 237).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crise de representatividade da democracia moderna não é um problema exclusivo do Brasil. Ela tem dimensão global e ainda não recebeu nem aqui nem alhures uma resposta satisfatória dos estudiosos no sentido da superação do baixo ou ausente sentimento de representação dos cidadãos para com os seus representantes políticos.

No caso particular do Brasil, tem-se que um dos pontos centrais da crise de credibilidade do instituto da representação popular reside no financiamento das campanhas eleitorais por meio de recursos privados de empresas e pessoas físicas.

Ficou assentado que o financiamento das eleições com dinheiro privado implica consequências danosas para o processo eleitoral e para o exercício do mandato representativo. No primeiro caso, pelo fato de que o dinheiro privado compromete a igualdade de competição política entre os candidatos, uma vez que aqueles com maior poder de arrecadar e gastar recursos em prol de suas candidaturas têm mais chances de sair eleitoralmente vitoriosos do que os demais. De fato, parece não pairar nenhuma dúvida de que o maior ou menor volume de recursos de um candidato pode significar ou não o seu sucesso eleitoral. Enfim, é inegável a influência, em maior ou menor grau, do poder privado do dinheiro na determinação do resultado eleitoral.

No segundo caso, a influência do poder econômico nas eleições pode trazer prejuízos que transbordem o processo eleitoral, podendo afetar sobretudo o exercício autônomo do mandato eletivo daquele que teve a campanha financiada por meio de doações de particulares. Isso é, decerto, percebido pelas denúncias de escândalos políticos e administrativos na história política brasileira, provocados pela promiscuidade entre os proveitos da coletividade e os interesses privados – nem sempre angelicais e altruístas – dos financiadores, que tendem a cobrar um preço muito alto pelas doações por eles desembolsadas.

Pela gravidade de tais problemas para o regime representativo e democrático brasileiro, este estudo defende a implantação do financiamento exclusivamente público das campanhas eleitorais. De fato, há uma clara e talvez insuperável incompatibilidade entre dinheiro privado e república, pois esta, por natureza, deve buscar o respeito pleno e integral aos interesses comuns da coletividade, enquanto aquele tende a criar condições desiguais de poder político, com vistas à satisfação de interesses privados dos particulares.

Assim sendo, tem-se que o financiamento público constitui um mecanismo de redução da interferência do poder econômico e da corrupção no processo político, tornando a eleição mais competitiva, livre e aberta a atores políticos destituídos de riquezas materiais e, por conseguinte, impingindo ao processo eleitoral um grau maior de legitimidade popular, pois os cidadãos comuns podem disputar, em igualdade mínima de condições, o acesso ao comando do poder político.

Acresça-se a ideia de que a democratização do acesso aos postos de comando político, que pode advir da aprovação do financiamento público, é medida indispensável num Estado democrático de direito, mais ainda do capitalismo periférico como o brasileiro, já que o poder se configura um dos recursos mais importantes, em qualquer sociedade, para a distribuição dos demais bens sociais, como a riqueza, a renda, a educação, o conhecimento, as oportunidades.⁴²

É certo que o financiamento público não pode ser visto como um remédio a superar, unilateral e definitivamente, a deturpação do instituto da representação política, mas como um dos pontos indispensáveis da reforma política ao aprofundamento da democracia representativa, em especial do nível de confiança dos cidadãos nos atores políticos e nas instituições eletivas.

É verdade também que o financiamento público não elimina a possibilidade de utilização ilícita e oculta de dinheiro nas campanhas eleitorais, porém isso não é justificativa para obstar a sua implantação, pois tais fundos (caixa dois) devem ser combatidos por meio de amplo e intensivo controle das contas de campanhas pelos órgãos responsáveis pela fiscalização das eleições, em especial a Justiça Eleitoral.

É importante deixar claro, pois, que o financiamento de campanha não deve ser visto apenas como uma mera questão de quantidade de recursos públicos, pois ela envolve um problema político mais sério e fundamental, que é a qualidade da legitimidade democrática da representação popular. De tal maneira, é razoável a conclusão de que, no resultado final, os benefícios e as vantagens da introdução do financiamento público exclusivo serão maiores do que as desvantagens decorrentes do valor financeiro a ser pago para o custeio das campanhas políticas.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. In: FERREIRA, Roberto Leal (Trad.). **A política**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BENEVIDES, Maria Victoria. Entrevista. **Revista Teoria e Debate**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, n. 91, a. 24, mar./abr. 2011.

_____. Nós, o povo: reformas políticas para radicalizar a democracia. In: BENEVIDES, Maria Victoria; VANNUCHI, Paulo; KERCHE, Fábio (Orgs.). **Reforma política e cidadania**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003.

COUTINHO, Carlos Nelson. **De Rousseau a Gramsci: ensaios de teoria política**. São Paulo: Boitempo, 2011.

CUNHA FILHO, Clayton Mendonça; COSTA JÚNIOR, Pedro Wilson de Oliveira da. O preço da democracia: caminhos para aperfeiçoar o sistema de financiamento de campanhas. In: VIANA, João Paulo Saraiva; SANTOS,

GILMAR dos (Orgs.). **O sistema político brasileiro**: continuidade ou reforma? Porto Velho: Eudfro, 2008. Disponível em: <http://www.academia.edu/1474257/O_preco_da_Democracia_caminhos_para_aperfeicoar_o_sistema_de_financiamento_de_campanhas>. Acesso em: 10 fev.2013.

DAHL, Robert A. In: RIBIRO, Patrícia de Freitas (Trad.). **A democracia e seus críticos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

_____. O mito da maior democracia. Matéria de Flávia Pardini. **Revista Carta Capital**. 5/jun., 2002.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 13 ed. São Paulo: Globo, 1998, v. 1 e 2.

FERNANDES, Maria Cristina. A fila dupla não sai nos jornais. In: AVRITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, Fernando (Orgs.). **Corrupção e sistema político no Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

FLEISCHER, David. Reforma política no Brasil: uma história sem fim. **Revista do Curso de Direito**. Brasília (DF). Associação de Ensino Unificado do Distrito Federal. Instituto de Ciências Sociais. v. 5, n. 1, jan./jun., 2004.

GUIMARÃES, Juez. Sociedade civil e corrupção: crítica à razão liberal. In: AVRITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, Fernando. **Corrupção e sistema político no Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia da Letras. 26. ed. 1995.

IANONI, Marcus. Lista fechada e financiamento público funcionam? **Revista Teoria e Debate**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo. a. 24, n. 91, mar./abril, 2011.

KANT, Immanuel. In: MOURÃO, Artur (Trad.). **A paz perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 2009.

_____. In: QUINTELA, Paulo (Trad.). **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2009.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Nova fronteira, 1997.

LEMO, Leany Barreiro; MARCELINO, Daniel; PEDERIVA, João Henrique. Porque dinheiro importa: a dinâmica das contribuições eleitorais para o Congresso Nacional em 2002 e 2006. *Opinião Publica*. [online]. vol. 16, n. 2, 2010, p. 05. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-62762010000200004>>. Acesso em: 9 fev. 2013.

LESSA, Renato. **Presidencialismo de animação e outros ensaios sobre a política brasileira (1993-2006)**. Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2006.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A democracia da atualidade e seus limites: o financiamento público de campanhas eleitorais. **Revista brasileira de direito eleitoral**. n. 17. Rio/São Paulo/Fortaleza: ABC Editora, 2005.

MORAES, Filomeno. **Contrapontos**: democracia, república e constituição no Brasil. Fortaleza: Edições UFC, 2010.

NICOLAU, Jairo. **Eleições no Brasil**: do Império aos dias atuais. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

REIS, Bruno P. Wanderley. Sistema eleitoral e financiamento de campanhas no Brasil: desventuras do Poder Legislativo sob um hiperpresidencialismo consociativo. In: OLIVEN, Ruben George; RIDENTI, Marcelo; BRANDÃO, Gildo Marçal (Orgs.). **A Constituição de 1988 na vida brasileira**. São Paulo: Aderaldo & Rothschild: Anpocs, 2008.

REIS, Fábio Wanderley. Engenharia e decantação. In: BENEVIDES, Maria Victoria; VANNUCHI, Paulo; KERCHE, Fábio (Orgs.). **Reforma política e cidadania**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003.

RENNÓ, Lucio R.; SMITH, Amy E.; LAYTON, Matthew L.; PEREIRA, Frederico Batista. **Legitimidade e qualidade da democracia no Brasil**: uma visão da cidadania. São Paulo: Intermeios; Nashville: LAPOP, 2011.

RIBEIRO, Renato Janine. Financiamento de campanha (público versus privado). In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (Orgs.). **Reforma política no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.

ROUSSEAU, J.-J. In: DANESI, Antonio Pádua (Trad.). **O Contrato social**: princípios do direito político. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SAMUELS, David. Financiamento de campanha no Brasil e propostas de reforma. In: SOARES, Gláucio Ary Dillon; RENNO, Lucio R. (Orgs.). **Reforma política**: lições da história recente. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SAMUELS, David. Financiamento de campanhas e eleições no Brasil: o que podemos aprender com o “Caixa um” e propostas de reforma. In: BENEVIDES, Maria Victoria; VANNUCHI, Paulo; KERCHE, Fábio (Orgs.). **Reforma política e cidadania**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003.

SANTOS, Fabiano. A reforma política e suas ilusões. Opinião. **Folha de São Paulo**. 06.07.2005. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0607200510.htm>>. Acesso em: 10 fev. 2013.

SPECK, Bruno Wilhelm. O financiamento de campanhas eleitorais. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima. **Reforma política no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.

VALENTE NETO, José. O voto facultativo e o financiamento público de campanha eleitoral no Brasil: corrupção, cidadania e democracia em debate. **Themis**. Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. Fortaleza (CE), v. 3, n. 2, 2003.

VITA, Álvaro de. Democracia e justiça. In: VITA, Álvaro de; BORON, Atilio A. (Orgs.). **Teoria e filosofia política**: a recuperação dos clássicos no debate Latino-americano. São Paulo: Edusp/ Buenos Aires: Clacso, 2004.

- 1 Antonio Machado, poeta espanhol, citado por BENEVIDES, Maria Victoria. Nós, o povo: reformas políticas para radicalizar a democracia. In: BENEVIDES, Maria Victoria; VANNUCHI, Paulo; KERCHÉ, Fábio (Orgs.). **Reforma política e cidadania**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003, p.116.
- 2 ROUSSEAU, J. J. In: DANESI, Antonio Pádua (Trad.). **O Contrato social**: princípios do direito político. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 63.
- 3 REIS, Fábio Wanderley. Engenharia e decantação. In: BENEVIDES, Maria Victoria; VANNUCHI, Paulo; KERCHÉ, Fábio (Orgs.). **Reforma política e cidadania**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003, p. 29. A Constituição vigente excluiu os analfabetos do direito de elegibilidade de cargos políticos (um verdadeiro preconceito antidemocrático do legislado constituinte!) e os brasileiros naturalizados, estes somente para os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República.
- 4 A formação de caixa dois pelos candidatos e partidos é proveniente de verbas de “doadores que não querem ou não podem ser identificados, seja por doarem com dinheiro não-compatibilizado já nas próprias empresas como forma de evadir ao fisco, por doarem dinheiro proveniente de atividades econômicas ilegais (narcotráfico, prostituição ou jogo do bicho, por exemplo), ou por estarem interessado no favorecimento direto em contratos com o governo uma vez vencida a eleição” CUNHA FILHO, Clayton Mendonça; COSTA JÚNIOR, Pedro Wilson de Oliveira da. O preço da democracia: caminhos para aperfeiçoar o sistema de financiamento de campanhas. In: VIANA, João Paulo Saraiva; SANTOS, GILMAR dos (Orgs.). **O sistema político brasileiro**: continuidade ou reforma? Porto Velho: Eudfro, 2008. Disponível em: <http://www.academia.edu/1474257/O_preco_da_Democracia_caminhos_para_aperfeiçoar_o_sistema_de_financiamento_de_campanhas>. Acesso em: 10 fev.2013.
- 5 “A quantidade de escândalos que o Congresso já protagonizou explica a percepção [negativa], mas dificilmente essa imagem teria se cristalizado se a Casa não fosse mais aberta ao escrutínio da sociedade que as demais. Suas votações, as sessões de suas comissões e as emendas ao Orçamento são muito mais fiscalizadas pela imprensa que a aplicação das verbas do Judiciário.” (FERNANDES, Maria Cristina. A fila dupla não sai nos jornais. In: Leonardo Avritzer; Fernando Filgueiras (Orgs.). **Corrupção e sistema político no Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 201.). Frise-se, também, que a ideia moralista e, por isso, conservadora de que a corrupção é uma questão simplesmente de personalidade e caráter individual – que pudesse ser resolvida com “choque ético” e pela mera substituição dos atores envolvidos – não reflete bem a complexidade dessa patologia, pois ela impregna o sistema político e institucional de forma difusa e em graus diferentes de profundidade, inclusive alcançado instituições políticas não eletivas, como é o caso do Judiciário.
- 6 Para Bruno P. Wanderley Reis, a generalização de que “todo político é ladrão” concorre para a deslegitimidade do regime democrático. Confira-se: “A naturalização do hábito de falar mal dos políticos talvez não seja o menor dos benefícios que a democracia terá trazido ao mundo moderno – e é frequente que a imagem dos parlamentares na opinião pública seja ainda pior que a dos governantes. O Brasil não tem sido exceção, mas receio que, nos últimos tempos, a banalização da ideia de que os políticos são um amontoado de bandidos tenha chagado a um ponto que arrisca comprometer gravemente a autoridade (no sentido arendtiano) do sistema.” (In: OLIVEN, Ruben George; RIDENTI, Marcelo; BRANDÃO, Gildo Marçal (Orgs.). **A Constituição de 1988 na vida brasileira**. São Paulo: Aderaldo & Rothschild: Anpocs, 2008, p. 57.).
- 7 “Regimes que não funcionam bem – que são ineficazes no combate à pobreza e desigualdade, que são corruptos e ineficazes na redução do crime e dos quais o cidadão comum não se sente representado – engendram cidadãos que apresentam baixos níveis de apoio ao regime político [...]” (RENNÓ, Lucio R.; SMITH, Amy E.; LAYTON, Matthew L.; PEREIRA, Frederico Batista. **Legitimidade e qualidade da democracia no Brasil**: uma visão da cidadania. São Paulo: Intermeios; Nashville: LAPOF, 2011. p. 29.).
- 8 Bruno P. Wanderley Reis sustenta que a inexistência de uma maioria parlamentar favorável à mudança no sistema eleitoral brasileiro explica-se por uma série de razões, em especial porque não interessaria ao Poder Executivo Federal direcionar esforços nessa direção, pelo fato de que, “sendo a reforma política matéria que inevitavelmente divide os partidos conforme suas respectivas (e legítimas) conveniências eleitorais – qualquer adesão ostensiva de um governo brasileiro a uma proposta específica de reforma arrisca estilhaçar sua base parlamentar.” (Sistema eleitoral e financiamento de campanhas no Brasil: desventuras do Poder Legislativo sob um hiperpresidencialismo consociativo. In: OLIVEN, Ruben George; RIDENTI, Marcelo; BRANDÃO, Gildo Marçal (Orgs.). **A Constituição de 1988 na vida brasileira**. São Paulo: Aderaldo & Rothschild: Anpocs, 2008, p. 79.).
- 9 SAMUELS, David. Financiamento de campanha no Brasil e propostas de reforma. In: SOARES, Gláucio Ary Dillon; RENNÓ, Lucio R. (Orgs.). **Reforma política**: lições da história recente. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 135-139.

- 10 LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A democracia da atualidade e seus limites: o financiamento público de campanhas eleitorais. In: **Revista brasileira de direito eleitoral**. n. 17. Rio/São Paulo/Fortaleza: ABC Editora, 2005, p. 122.
- 11 Para uma visão geral das fraudes e da corrupção no desvirtuamento do regime representativo brasileiro, ver a obra clássica de LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Nova fronteira, 1997, em especial o sexto capítulo, intitulado "Legislação Eleitoral". Ver, para um relato mais geral do processo de votação e suas respectivas fraudes eleitorais no Império e na República, o recente livro de NICOLAU, Jairo. **Eleições no Brasil: do Império aos dias atuais**. Rio de Janeiro: Zahar, 2012, especificamente as seguintes páginas: 4-44, 66-72, 86-87, 101-103, 116-118 e 133-136.
- 12 MORAES, Filomeno. **Contrapontos: democracia, república e constituição no Brasil**. Fortaleza: Edições UFC, 2010, p. 123.
- 13 FLEISCHER, David. Reforma política no Brasil: uma história sem fim. **Revista do Curso de Direito**. Brasília (DF). Associação de Ensino Unificado do Distrito Federal. Instituto de Ciências Sociais. vol. 5, n. 1, jan./jun., 2004. Uma pesquisa sobre os gastos nas eleições de 2002 e 2006 para o Senado Federal e para a Câmara dos Deputados levou à conclusão de que as contribuições financeiras afetam os resultados eleitorais, isto é, quanto maiores os recursos investidos, maior o número de votos conquistados pelos parlamentares. Para os autores desse estudo, "A primeira conclusão a que podemos chegar é que dinheiro importa para as campanhas: os eleitos gastam, em média, cinco vezes mais do que os não-eleitos". (LEMONS, Leany Barreiro; MARCELINO, Daniel; PEDERIVA, João Henrique. Porque dinheiro importa: a dinâmica das contribuições eleitorais para o Congresso Nacional em 2002 e 2006. **Opinião Pública**. [online]. vol. 16, n. 2, 2010, p. 05. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-62762010000200004>> Acesso em: 9 fev. 2013.).
- 14 DAHL, Robert. O mito da maior democracia. Matéria de Flávia Pardini. **Revista Carta Capital**. 5.jun., 2002, p. 70.
- 15 COUTINHO, Carlos Nelson. **De Rousseau a Gramsci: ensaios de teoria política**. São Paulo: Boitempo, 2011, p. 39.
- 16 SAMUELS, David. Financiamento de campanhas e eleições no Brasil: o que podemos aprender com o "Caixa um" e propostas de reforma. In: BENEVIDES, Maria Victoria; VANNUCHI, Paulo; KERCHÉ, Fábio (Orgs.). **Reforma política e cidadania**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003, p. 382-383.
- 17 REIS, Bruno P. Wanderley. Sistema eleitoral e financiamento de campanhas no Brasil: desventuras do Poder Legislativo sob um hiperpresidencialismo consociativo. In: OLIVEN, Ruben George; RIDENTI, Marcelo; BRANDÃO, Gildo Marçal (Orgs.). **A Constituição de 1988 na vida brasileira**. São Paulo: Aderaldo & Rothschild: Anpocs, 2008, p. 85.
- 18 LESSA, Renato. **Presidencialismo de animação e outros ensaios sobre a política brasileira (1993-2006)**. Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2006, p. 260.
- 19 ROUSSEAU, op. cit., p. 82.
- 20 DAHL, Robert A. In: RIBEIRO, Patrícia de Freitas (Trad.). **A democracia e seus críticos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 531.
- 21 SAMUELS, David. Financiamento de campanhas e eleições no Brasil: o que podemos aprender com o "Caixa um" e propostas de reforma. In: BENEVIDES, Maria Victoria; VANNUCHI, Paulo; KERCHÉ, Fábio (Orgs.). **Reforma política e cidadania**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003, p. 372-376. Acrescenta o autor que "No Brasil, o maior volume do financiamento de campanha se produz 'visando a serviço', trocando o dinheiro por futuros 'serviços' governamentais." (p. 383).
- 22 SPECK, Bruno Wilhelm. O financiamento de campanhas eleitorais. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima. (Orgs.) **Reforma política no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006, p. 155.
- 23 MORAES, Filomeno. **Contrapontos: democracia, república e constituição no Brasil**. Fortaleza: Edições UFC, 2010, p. 50.
- 24 SAMUELS, 2003, op. cit., p. 382.
- 25 RIBEIRO, Renato Janine. Financiamento de campanha (público versus privado). In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (Orgs.). **Reforma política no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006, p. 80.
- 26 ARISTÓTELES. op. cit., p. 300.
- 27 FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 13 ed. São Paulo: Globo, 1998, v. 1 e 2. A análise patrimonialista weberiana do Estado brasileiro já havia sido utilizada pelo sociólogo Sérgio Buarque de Holanda. Ver HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São

- Paulo: Companhia da Letras. 26 ed. 1995, p. 145-146. É importante ressaltar, nesta altura, que não se está aqui, ao defender a ideia de tradição patrimonialista do Estado brasileiro, advogando a tese de que a corrupção política é um fenômeno “natural” e, com efeito, insuperável da vida política e institucional do País. Não se pode, entretanto, negar o peso da formação social e política da sociedade e do poder no Brasil para um melhor entendimento da permanência enraizada da corrupção no País até os dias atuais. Aqui, ainda, é necessário desfazer a noção de que a corrupção política é mais elevada hoje no Brasil: “Esta noção baseia-se, de fato, em uma meia verdade: a percepção da corrupção é maior quando ela é mais combatida e exposta, não significando necessariamente que seja maior ou crescente. Uma situação de corrupção generalizada que não vem a público, por exemplo, em uma ditadura militar, pode ser percebida pela população como pouco corrupta. De modo inverso, um governo que estabeleça um trabalho sistemático de combate à corrupção enraizada historicamente nas várias estruturas do estado pode ser percebido automaticamente como mais corrupto.” (GUIMARÃES, Juarez. Sociedade civil e corrupção: crítica à razão liberal. In: AVRITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, Fernando (Orgs.). **Corrupção e sistema político no Brasil**. Rio de janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 90).
- 28 KANT, Immanuel. In: QUINTELA, Paulo (Trad.). **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 82.
- 29 SPECK, op. cit., p. 156.
- 30 Alguns autores colocam em dúvida a viabilidade do financiamento público das campanhas, sob a perspectiva de que ele não resolve os problemas de custeio das eleições, como, por exemplo, o caixa dois, e, por isso, defendem, como solução para a corrupção, o fortalecimento do controle e da fiscalização das contas de campanhas de partidos e candidatos. Entre eles, citem-se os cientistas políticos David Fleischer, David Samuels e Fabiano Santos. Este, inclusive, afirma que “O financiamento público é antiliberal porque proíbe indivíduos, empresas e instituições privadas de apoiarem, por meio de recursos pecuniários, os partidos e candidatos de sua preferência. A pergunta é: por que seremos proibidos de doar dinheiro a uma agremiação se ela defenderá nossas opiniões e interesses no Parlamento?”. (A reforma política e suas ilusões. Opinião. **Folha de São Paulo**. 06.07.2005. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0607200510.htm>>. Acesso: 10 fev. 2013.).
- 31 REIS, op. cit., p. 73.
- 32 DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 513, 514, 515, 519 e 520.
- 33 SAMUELS, David. Financiamento de campanhas e eleições no Brasil: o que podemos aprender com o “Caixa um” e propostas de reforma. In: BENEVIDES, Maria Victoria; VANNUCHI, Paulo; KERCHÉ, Fábio (Orgs.). **Reforma política e cidadania**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003, p. 384.
- 34 BENEVIDES, Maria Victoria. Entrevista. **Revista Teoria e Debate**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo. n. 91, a. 24, mar./abr. 2011, p. 6.
- 35 Do ponto de vista da arrecadação, os candidatos à reeleição recebem mais recurso do que os novatos. Ver, para conferir essa asserção, o estudo já referido dos pesquisadores LEMOS, Leany Barreiro; MARCELINO, Daniel; PEDERIVA, João Henrique. Porque dinheiro importa: a dinâmica das contribuições eleitorais para o Congresso Nacional em 2002 e 2006. **Opinião Pública**. [online]. vol. 16, n. 2, 2010, p. 05. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-62762010000200004>>. Acesso em: 9 fev. 2013.
- 36 ROUSSEAU, op. cit., p. 34.
- 37 SAMUELS, 2003, op. cit., p. 384.
- 38 KANT, Immanuel. In: MOURÃO, Artur (Trad.). **A paz perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 178.
- 39 GUIMARÃES, Juarez. Sociedade civil e corrupção: crítica à razão liberal. In: AVRITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, Fernando (Orgs.). **Corrupção e sistema político no Brasil**. Rio de janeiro: Civilização Brasileira, 2011.p. 154-155.
- 40 LIMA, op. cit., p. 137. Confira-se, a esse respeito, a bem elaborada passagem de VALENTE NETO, José: “[...] o financiamento público tem é a virtude de tentar exterminar com o patrocínio de grupos empresariais, os quais geram compromissos em sua maioria escusos, que acabam encarecendo o orçamento público com a fecundação de favores e distorções que não se sucedem no campo da probidade administrativa e muito menos no da condução ética dos assuntos concernentes à res publica” (O voto facultativo e o financiamento público de campanha eleitoral no Brasil: corrupção, cidadania e democracia em debate. **Themis**. Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceara. Fortaleza (CE), v. 3, n. 2, 2003, p. 222.).

- 41 NICOLAU, Jairo Apud IANONI, Marcus. Lista fechada e financiamento público funcionam? *Revista Teoria e Debate*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, a. 24, n. 91, mar./abril, 2011, p. 24.
- 42 DAHL, op. cit., p. 258. VITA, Álvaro de. Democracia e justiça. In: VITA, Álvaro de; BORON, Atilio A. (Orgs.). *Teoria e filosofia política: a recuperação dos clássicos no debate Latino-americano*. São Paulo: Edusp/ Buenos Aires: Clacso, 2004, p. 78.

PUBLIC FUNDING OF ELECTION CAMPAIGNS: EQUAL CHANCES AND THE IMPROVEMENT OF THE QUALITY OF DEMOCRATIC POLITICAL REPRESENTATION

ABSTRACT

The article focuses on the financing of electoral campaigns in Brazil. It supports the implementation of exclusive public funding of elections as one of the mechanisms to mitigate the crisis of political representation in modern democracy. It is argued in this sense that the current funding model, which allows for the donation of money by private individuals and corporations, unbalances the electoral political game because economic power becomes crucial in determining election results. In addition, private funding may compromise the autonomy and authenticity of the political mandate, as the popular representative can feel “hostage” to their funders, thus emphasizing the private interests of individuals over the protection of the common wellbeing. It is also proposed that fully public campaign funding ensures equality among the least likely candidates in the electoral process, and shields the interference of anti-republican funders in representative mandate. Finally, we have that public funding will be an important step towards increasing the legitimacy of the electoral process and deepening the quality of representative democracy in Brazil.

Keywords: Public funding. Electoral campaign. Equal chances. Improved representation. Democracy.

ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE A APLICAÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO AO DIREITO DO TRABALHO

Juliana Machado Massi*
Oksandro Gonçalves**

1 Introdução. 2 Análise Econômica do Direito (AED). 3 As falhas de mercado. 4 Os custos de transação. 5 A análise econômica do Direito do Trabalho. 6 A flexibilização. 7 Considerações finais. Referências.

RESUMO

A globalização e a revolução tecnológica tornaram o mercado mundial extremamente competitivo, dificultando a sobrevivência de diversas empresas. A essa nova realidade somam-se as crises econômicas que despertam a necessidade de mudança de paradigmas e levantam a discussão em torno da proteção do trabalhador: será ela excessiva? Fruto de lutas sociais, os direitos dos trabalhadores são considerados fundamentais e devem ser protegidos pelo Estado. Em contrapartida, os encargos desse contratos muitas vezes tornam difícil a manutenção das empresas no mercado. Assim, surge o debate entre aqueles que pregam a liberdade do empregado e do empregador para contratarem e de outro os que negam essa possibilidade, sustentando a necessidade de regulamentação e proteção estatal. Com o objetivo de proporcionar uma nova abordagem acerca do tema, os autores propõem a aplicação da análise econômica do direito.

Palavras-chave: Flexibilização. Direito do Trabalho. Análise Econômica do Direito.

* Advogada. Professora universitária do Curso de Direito da FANEESP – Araucária/PR (2012). Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2011/2013), sob o apoio (bolsista) da CAPES – Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Positivo (2009). Especialista em Direito do Trabalho e em Direito Previdenciário pela Escola da Magistratura do Trabalho do Paraná (2010/11). Graduada em Direito e Comércio Exterior pelo Centro Universitário Eurípides - Marília/SP (2007). E-mail para contato: juliana.massi@globo.com.

** Doutor em Direito Comercial pela PUC-SP. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Socioambiental da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Mestrado e Doutorado). Advogado. E-mail: oksandro@cgaadv.com.br.

1 INTRODUÇÃO

A história das relações de trabalho está ligada às lutas sociais que tiveram o objetivo de combater a exploração do trabalho humano. O tema é recorrente desde a Revolução Industrial Inglesa, tendo sido necessária a intervenção do Estado para o estabelecimento de normas jurídicas que assegurassem um mínimo de proteção ao trabalhador.¹

Na atualidade, a revolução tecnológica, o comércio mundial abrangente e competitivo e as crises econômicas que se sucedem, além de outros fatores decorrentes da globalização e domínio da informação, interferem na capacidade das empresas de manter-se no mercado, forçando mudanças na administração empresarial, além de causarem diminuição na oferta de postos de trabalho e mesmo desemprego. Daí a necessidade de repensar e discutir os limites da proteção ao trabalho e do papel do Estado.

Neste cenário que caracteriza nova crise do direito, a cavaleiro da crise econômica e política mundial, torna-se imprescindível o debate sobre os meios de sua superação, no sentido de ultrapassar a antinomia que ocorre entre o interesse das empresas na melhoria de sua produtividade e competitividade, e o interesse da classe trabalhadora em evitar o retrocesso nas já consolidadas conquistas do *Welfare State*.

Um desses meios é o instrumental da análise econômica do direito (AED), como será proposto neste trabalho.

2 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED)

Inicialmente, é preciso estudar como a análise econômica do direito (AED) pode contribuir para o estudo das normas trabalhistas. Basicamente a AED propõe-se a aplicar postulados da teoria econômica para examinar as normas na sua formação, estrutura e qual o impacto sobre o contexto no qual estão inseridas, de forma a permitir verificar “os problemas relativos à eficiência do Direito, o custo dos instrumentos jurídicos na persecução de seus fins e as consequências econômicas das intervenções jurídicas”.²

Importante destacar que se trata de um instrumento para o estudo das relações jurídicas do trabalho, mas com isso não se busca tornar a economia a finalidade primeira dessas mesmas relações.

Partindo dessa premissa, a AED pode estudar sob dois ângulos distintos. No primeiro, o enfoque recai sobre a dimensão positiva que estuda como o Direito repercute na prática sobre o cotidiano, enquanto, no segundo, estuda-se a dimensão normativa, ou seja, se a norma foi elaborada de forma eficiente para promover a maximização de bem-estar.³

Não há dúvida de que a sociedade possui recursos escassos, tanto de mão-de-obra quanto de remuneração. Sendo assim, as normas devem maximizar

esses recursos; todavia, elas estão sensivelmente permeadas de fatores culturais e históricos que impedem uma explicação purista a partir da economia porque ela não é capaz de captar totalmente a realidade social vigente.

Por essas razões, parece-nos que a AED pode contribuir para prever as possíveis consequências das regras jurídicas, e como estas influenciam os atores sociais em cada caso, retirando o fenômeno jurídico da periferia, trazendo-as para o centro do debate, de modo a ser possível ao profissional do Direito entender os prováveis efeitos que advirão das diferentes posturas legais.⁴ Ao final dessa análise, é possível concluir que o conjunto de regras é ineficiente e servir para propostas de modificação do sistema.

A AED não consegue responder se a norma é justa ou injusta, certa ou errada, pois essas categorias encontram-se no mundo dos valores e são, portanto, subjetivos, mas pode contribuir para a identificação do que é injusto, já que toda regra que gera desperdício é ineficiente e injusta.⁵

Para sua compreensão, é preciso enumerar quais seriam as premissas básicas para permitir a aplicação da AED, que são a escolha racional, o equilíbrio e a eficiência.

Os indivíduos em geral trabalham com escolhas racionais que geralmente estão vinculadas ao atendimento de seus interesses pessoais, sejam eles quais forem. Basicamente todo indivíduo busca racionalmente maximizar o seu bem-estar.⁶ Ser racional significa ser capaz de efetuar escolhas consistentes, o que significa que estas devem ser completas e transitivas. Em outros termos, o indivíduo deve ser capaz de estabelecer a sua preferência em face de suas alternativas, por exemplo, deve ser capaz de dizer que prefere A a B; e deve ser capaz de perceber que se prefere A a B e B a C, então necessariamente prefere A a C.⁷

No processo de formação da sua escolha racional, os indivíduos reagem a incentivos que podem estar representados por normas jurídicas. Esse sistema de incentivos está muito claro em normas jurídicas que vêm acompanhadas de uma sanção para o caso de descumprimento, ou seja, se a norma for cumprida, não haverá sanção correspondente. A sanção funciona nesse caso, segundo a Economia, como um preço para o destinatário. As pessoas reagem às sanções da mesma forma como reagem aos preços: ao tomar o comando normativo como um preço, o receptor da norma automaticamente, por ser racional, avalia a relação entre custo e benefício da conduta que poderá vir a praticar.⁸

O equilíbrio é o padrão comportamental a que se chega quando todos os atores estão em harmonia no sentido da maximização dos próprios interesses. Em regra, os indivíduos reagem a incentivos buscando um equilíbrio entre o custo e o benefício daquela conduta. Assim, privilegiam suas preferências em resposta ao conjunto de incentivos que a norma jurídica estabelece. Em alguns casos, a norma jurídica pode gerar efeitos diferentes daqueles pretendidos, por exemplo, no caso da eliminação do foro privilegiado para congressistas. Ela poderia causar alguma diminuição da corrupção (fruto de maior temor da sanção criminal),

mas poderia também causar diminuição da liberdade de expressão política dos congressistas (fruto do maior temor da perseguição política).⁹

No equilíbrio, os sujeitos tendem a agir em prol de seu autointeresse racional, e o resultado acaba sendo uma tendência para o equilíbrio, simplesmente porque as ações individuais acabam não tendo mais poder de influenciar o sistema (ou o mercado) do que as outras.¹⁰

Finalmente, a última premissa básica da AED é o conceito de eficiência. Para Salama¹¹, um dos seus significados mais importantes é a maximização da riqueza e do bem-estar, ou seja, os agentes buscam tomar decisões racionalmente eficientes, de forma a equilibrar o *output* e *input*. Juridicamente, uma lei será mais eficiente que outra se for capaz de atingir os mesmos resultados por meio de custos menores. O ponto polêmico nesta premissa é a dicotomia ou o *trade off* entre eficiência e justiça a se buscar com determinada norma jurídica.¹²

Em um sistema ideal, a norma jurídica laboral não pode degradar a posição da outra parte. Sendo assim, a proteção do trabalhador não deveria corresponder a uma diminuição da proteção ao empregador. Ocorre que essa relação não é possível porque toda norma importa algum nível de troca relacional em que há algum grau de prejuízo, seja ele direto ou indireto. Daí porque a AED propõe que as normas devem ser planejadas com o objetivo de causar o máximo bem-estar para o maior número de pessoas, de modo que os ganhos totais compensem as eventuais perdas sofridas por alguns. Assim, o proveito para os vencedores deve permitir compensar os perdedores.

Logo, quando da elaboração de normas ou prolação de decisões de natureza laboral, deve-se buscar a alternativa que melhor maximiza a riqueza de todos os envolvidos na relação jurídica.

3 AS FALHAS DE MERCADO

Falhas de mercado ocorrem quando os mecanismos de mercado, não regulados pelo Estado e deixados livremente ao seu próprio funcionamento, originam resultados econômicos ineficientes ou socialmente indesejáveis. Tais falhas são provocadas pelas imperfeições do mercado, notadamente, a existência de poder econômico díspar entre os agentes, assimetria de informação ou informação incompleta dos agentes econômicos, bens públicos e externalidades.¹³

O mercado laboral tem elevada assimetria de informação, pois os trabalhadores, vendedores da força de trabalho, em geral desconhecem o valor adequado a ser pago pelo trabalho, enquanto os empregadores, os compradores da força de trabalho, procuram maximizar os resultados mediante a fixação de certa remuneração por determinado tipo de trabalho. Nenhum dos dois, contudo, conhece amplamente as informações do outro. O mercado é regulado em grande parte, pela lei da oferta e da procura.

Como regra, preponderam informações incompletas por parte dos agentes econômicos, e a importância das falhas de mercado é que elas são, normalmente, entraves à obtenção de relações econômicas mais eficientes.¹⁴ Dessa maneira, é muito comum que o custo ou o benefício de um agente, na realização de uma atividade econômica, imponha a terceiro algumas consequências que estão fora do sistema de preços, o que se denomina “externalidade”. Trata-se do impacto das ações de uma pessoa sobre o bem-estar de outras não partícipes da ação. Caso essa externalidade não tenha correspondente compensação, cria-se um vazio no sistema de preços nela pautados, ainda em consequência do pressuposto econômico do equilíbrio entre oferta e procura.

A internalização funciona como mecanismo de equalização da relação custos-benefícios sociais, o que é exigência de justiça,¹⁵ e vem suprir a injustiça social que decorreria de uma visão puramente utilitarista em termos econômicos. Sem evocar os ultrapassados jargões socialistas que lançam a culpa das mazelas sociais no direito de propriedade, é o confronto de dois pontos de vista inerentes ao modo capitalista de produção da riqueza. O utilitarismo economicista que levou à prosperidade das nações industrializadas, mas que tendem à política liberal do “*laissez faire*” contra o utilitarismo social que produziu o Estado do Bem-Estar Social.

As premissas do “*welfare state*” foram debatidas e consolidadas ao longo da chamada “questão social” e fulcraram-se na intervenção estatal na economia para corrigir as falhas de mercado. Mas esse intervencionismo já não responde às necessidades atuais, seja porque a hipertrofia do Estado o tornou um fim em si, voltado mais para as necessidades engendradas pela burocracia administrativa e por seus agentes políticos, seja porque a amplitude global do mercado disciplina a atuação dos Estados em função das respectivas soberanias e do direito internacional. E assim, a compatibilização dos efeitos desses dois fenômenos da economia tradicional, liberdade de mercado *versus* intervencionismo estatal, converge para o instrumental fornecido pela AED. Para esta, as falhas de mercado devem ser corrigidas atendendo a padrões de eficiência econômica.

As externalidades não são falhas no mercado, mas situações conflituosas que os próprios participantes devem solucionar. Neste último caso, ao Direito compete reduzir os custos de transação que são fruto desse entendimento entre os participantes para alocação das externalidades.¹⁶

No entanto, como muito bem observa Bruno Salama¹⁷, é muito difícil demonstrar as falhas de mercado porque elas coexistem com falhas de regulação.

Sendo assim, no mercado de trabalho existem falhas de mercado que derivam mais de falhas de regulação do que, propriamente, do mercado em si.

4 OS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

Nas relações jurídicas envolvendo empregado e empregador, tem-se um conjunto de custos de transação para ambas as partes. São os custos incorridos pelos agentes econômicos na procura e na aquisição de informações e na negociação com outros agentes com vistas à realização de uma transação, assim como na tomada de decisões acerca de sua concretização, ou não, bem assim no monitoramento e exigência do cumprimento do que foi negociado.¹⁸ O empregado fica encarregado de monitorar se o seu empregador está dando integral cumprimento ao contrato de trabalho celebrado, enquanto o empregador monitora se o empregado está cumprindo as obrigações que assumiu em relação ao trabalho a ser desempenhado.

Ocorre que existem obrigações que derivam de normas legais cuja aplicação independe da vontade das partes envolvidas, estabelecendo-se um custo de transação adicional. Este pode ser ou não internalizado pelas partes. Os custos de transação são fricções que podem ser maiores ou menores, mas que sempre geram atritos. Esses atritos impactam sobre a tomada de decisão do agente econômico envolvido, porque representam algum nível de oneração, ainda que não representados por dispêndios financeiros, mas do conjunto de ações que são necessárias para realizar aquela transação.¹⁹

Eles compreendem cinco atividades necessárias para viabilizar uma transação: 1) informação; 2) negociação; 3) formalização do contrato; e 4) o monitoramento do cumprimento do contrato.²⁰

Cabe ao direito fazer com que os agentes econômicos transacionem a um custo mais baixo, reduzindo a complexidade e facilitando as relações comerciais. É nesta perspectiva que se repensa o papel do Direito, como instituição adequada a facilitar a cooperação entre os agentes econômicos:

O modo de entender o papel dos sistemas legal e judicial na economia é como instituições que reduzem os custos de transação, facilitando transações entre desconhecidos, balizando o que pode ser negociado e identificando as responsabilidades de cada um, permitindo a elaboração de contratos mais simples e fornecendo mecanismos que garantam o seu cumprimento.²¹

Os custos de transação são importantes para o Direito, uma vez que, havendo a presença de custos elevados de busca, acordo ou execução, há a necessidade de intervenção jurídica, a fim de tornar mais eficientes as relações econômicas. Com isso não se pretende apregoar que os critérios econômicos se sobreponham ao conjunto das relações jurídicas, mas que as orientem para que a decisão final seja a mais eficiente possível. É muito difícil essa percepção da realidade, porquanto temos de um lado os operadores do Direito na tentativa de alcançar a justiça como elemento regulador de todos os aspectos da vida humana, e, de outro, os economistas tentando regular a vida econômica da população.²²

A Economia é tida como ciência da escolha racional, ao passo que o Direito é impulsionado por valores morais e culturais de uma sociedade. Sob este aspecto, é necessário levar-se em consideração estímulos e incentivos de diferentes esferas: moral, pecuniário e legal, as quais podem ser analisadas em conjunto ou separadamente. Na análise desses fatores é que se encontra o elo entre Direito e Economia, uma vez que aquele, como forma de estímulo de um agir ou não agir, afeta diretamente esta.²³

Na proposta do trabalho seminal de Coase,²⁴ o mercado será mais eficiente se houver redução dos custos de transação, aumentando assim o número de negociações. No seu exemplo clássico, Coase argumenta que, se a poluição de um rio por uma fábrica ocasiona a morte de peixes, e esse fato é assumido como um efeito negativo, a questão que deve ser discutida é se o valor da perda dos peixes será maior ou menor que o valor da produção da fábrica que causa a poluição. Assim, num mundo sem custos de transação, não haveria diferença na alocação inicial dos direitos de propriedade.

Para Coase²⁵, seja poluição de uma indústria, seja o ruído produzido por uma máquina em funcionamento, as respectivas implicações serão determinadas pelo mercado. Isso significa que a comparação de valores econômicos entre o custo da produção e o dos efeitos da poluição ou do barulho causados deverá conduzir a uma verificação de qual desses fatores tem maior valoração, fazendo com que estes custos passem a ser internalizados como custos totais de produção.

Todavia, esse mundo ideal não existe, pois a realidade demonstra que sempre existirão os custos de transação, e por isso, cabe ao Direito contribuir para uma redução dos custos, dada a impossibilidade de sua completa erradicação. Assim, na perspectiva ora sugerida, a economia dos custos de transação contribui para estudar como parceiros em uma transação protegem-se dos riscos associados às relações de troca.²⁶ Ao reduzir esses riscos, reduzir-se-iam os custos de transação:

A abordagem dos custos de transação se aplica ao estudo das formas de organização, particularmente a capitalista, com especial referência às firmas, ao mercado e à relação contratual. Os contratos mantidos pela organização são de vital importância e a transação é a unidade de análise. A economia dos custos de transação, portanto, está prioritariamente preocupada com as relações contratuais e tem como objetivo implantar uma melhor estrutura de transação entre a empresa e seus fornecedores, clientes e empregados, evitando riscos.²⁷

A análise dos custos de transação torna-se chave fundamental para a eficaz elaboração e aplicação da norma jurídica, sobretudo no que diz respeito às relações contratuais trabalhistas que merecem atenção especial em virtude da peculiaridade que o direito trabalhista possui.

Internacionalmente é possível verificar que existem países com regras trabalhistas rígidas, em outras elas são brandas e em alguns são inexistentes. As

diferenças podem ter origem em circunstâncias sociais ou culturais e são muito peculiares. Essas variáveis importam custos de transação que são considerados pelos agentes econômicos no momento da tomada de uma decisão acerca, por exemplo, de um novo empreendimento, ou da modificação da fábrica de local. É comum a migração de empresas de um país para outro que possua legislação trabalhista mais branda, ou então, onde os custos decorrentes da manutenção de um contrato de trabalho sejam menos relevantes.

O maior rigor da legislação trabalhista significa custo de transação mais elevado e isso pode ser um fator decisivo para a instalação ou não de uma empresa em determinado país. Isso também impacta sobre o desenvolvimento econômico porque impede a circulação de riquezas em alguns países, dificultando seu crescimento e desenvolvimento, relegando-o a um papel secundário na economia mundial.

Sob a ótica da AED normativa, contribui muito para o processo decisório a existência de normas trabalhistas claras, ou então, decisões judiciais com certa previsibilidade.

A análise dos custos de transação para firmar um contrato de trabalho torna-se, portanto, indispensável para auxiliar ambas as partes da relação de emprego a tomarem suas decisões. O tema é bastante delicado porque, a par de suscitar aspectos ideológicos e éticos, envolve a proteção de direitos humanos e sociais, de um lado, e, por outro, aumenta significativamente a dificuldade da manutenção empresarial frente à concorrência mundial.

Em outras palavras, a visão utilitarista²⁸ da relação de emprego impõe a coordenação consciente de esforços para realizar os objetivos empresariais, os quais não se cingem à otimização dos lucros. Nos dias atuais, já não se admite que a atividade econômica olvide a função social da economia, numa revivescência da polêmica anterior a respeito da função social da propriedade.

5 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO DO TRABALHO

Com base na perspectiva econômica, os indivíduos fazem escolhas racionais ao medir se os benefícios (obtenção do recurso escasso) de determinada atitude serão maiores do que os seus custos (tempo gasto e custo pecuniário da conduta), ou seja, as decisões dos indivíduos são tomadas segundo uma relação entre custo e benefício.

O Direito surge como elemento limitador e garantidor da ação ou omissão do indivíduo, impondo regras, direitos e deveres, a fim de proporcionar a harmonia e o equilíbrio da vida em sociedade. Esta função do Direito é analisada pela Economia com o intuito de verificar se as normas jurídicas estão alocando recursos de maneira correta ou se, quando colocadas em prática, contribuem para a diminuição de custos de transação.

A AED tem a função de auxiliar na prescrição de normas mais eficientes e explicar fenômenos jurídicos, principalmente norteados decisões judiciais no

sentido de evitar a elaboração ou aplicação de leis ineficientes. Alfredo Bullard González²⁹ destaca que “as leis ruins são causa de muitos problemas e refletem muitas vezes na distância entre realidade e Direito. Mas grande parte da responsabilidade recai também na aplicação da lei. É preferível uma lei ruim bem aplicada a uma excelente lei mal aplicada.”

O que se propõe neste trabalho é utilizar a AED como instrumento para aferir se as normas trabalhistas promovem uma alocação eficiente de recursos ou se são ineficientes gerando custos de transação às empresas. A ideia é propor, neste último caso, soluções que possam ser consideradas pelo legislador ou julgador, sem ferir os direitos fundamentais dos trabalhadores.

Numa visão preliminar, os encargos salariais, a atribuição de horas extras, adicionais noturno, de insalubridade ou periculosidade, 13º salário, aviso prévio, fundo de garantia sobre tempo de serviços, dentro tantos outros direitos sociais garantidos aos trabalhadores oneram as empresas:

A alternativa mais simples para identificar os custos do trabalho é considerá-lo como a somatória do salário nominal, adicionado a todos os gastos definidos por lei e realizados pelo empregador, independentemente de serem impostos federais (a previdência social, por exemplo), impostos associados a benefícios aos empregados pagos pelo empregador mas cujo custeio é parcialmente financiado através de reduções fiscais (como o vale-transporte), contribuições obrigatórias para associações (o chamado Sistema S), fundos disponíveis na ocorrência de riscos ou como uma espécie de poupança involuntária – como pode ser considerado o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) – ou ainda benefícios tipicamente trabalhistas com retorno certo ao trabalhador, como o direito a férias remuneradas e seu adicional. A despeito da diversidade da natureza desses valores, todos podem ser considerados como custos diretos ou indiretos para a empresa definidos pela legislação.³⁰

Os custos indiretos são aqueles definidos pela lei; são gerais e não exclusivos de segmentos produtivos específicos e limitam-se às contribuições ou benefícios conforme o número de trabalhadores. Nesse sentido, a discussão se dá em virtude da regulação federal, padronizada por contratos celetistas de caráter individual ou coletivo que protegem a hipossuficiência do trabalhador, mas, por muitas vezes, oneram demasiadamente o empregador.

Nesse ponto, importa efetuar o balanço entre o que se considera como o mínimo legal de aplicação dos direitos sociais e o que se considera como sendo o ideal. Essa avaliação vai repercutir na quantificação diversificada dos custos do trabalho, sobretudo quando a análise parte da perspectiva global, considerando que cada país possui seu sistema próprio de financiamento, tributação e regulação laboral, o que vai implicar diferentes custos diretos ou indiretos dentro da relação de emprego.

Todos esses elementos de caráter cultural, metodológico, político e financeiro prejudicam a comparação internacional entre uma legislação trabalhista rígida e outra branda ou mesmo inexistente. As empresas migram para determinadas regiões, visando ao aumento da lucratividade por meio da diminuição dos custos de transação decorrentes da relação de emprego. Não é à toa que produtos oriundos da China possuem um custo produtivo muito menor do que o produto brasileiro, pois a legislação laboral, chinesa quando comparada à brasileira, é nitidamente muito mais branda quanto às exigências do empregador e, portanto, os custos de transação parecem sensivelmente menos onerosos para as empresas.³¹ Trata-se de um paradoxo econômico e político, pois sabe-se que a China é um país socialista, e, embora tenha aberto sua economia para o mercado capitalista, acha-se ideologicamente apegada à filosofia marxista que sataniza a propriedade privada dos meios de produção da riqueza.

O impasse gerado por essa alocação diferenciada dos custos de transação em cada um dos países vem sendo objeto de cada vez mais discursões, sobretudo em torno da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e da Organização Mundial do Comércio (OMC), sob a afirmação de que a redução dos custos de transação importa no prejuízo aos direitos sociais amplamente difundidos no último século. Para a OMC, há duas polêmicas que permeiam os reais objetivos da organização internacional (combater as elevadas tarifas aduaneiras e medidas protecionistas no comércio exterior): a cláusula social, que tenta vincular a remuneração do trabalho à infração das condições de competitividade internacional e, por sua vez, a relação entre comércio e meio ambiente. Em ambos os casos, há discussões em virtude dessas hipóteses não passarem de barreiras não tarifárias.³²

A OIT, por sua vez, defende a hipótese de aplicação de medidas que combatam essa alocação de custos trabalhistas de um país ao outro. O apoio desta organização internacional culminou, na década de 70, no debate sobre a competência e deliberação do tema ocorrer no âmbito da OMC ou da OIT.

A discussão se dá em virtude do fato da OIT não possuir poder coercitivo, tão somente de expulsão do país; ao passo que a OMC não possui competência em matéria trabalhista. Assim, como a OIT não possui instrumentos coercitivos a fim de valer suas decisões, e o sistema de soluções de controvérsias da OMC tem índices significativos de cumprimento das suas decisões, sugeriu-se instituir as cláusulas sociais sob competência da OMC, para fiscalizar e aplicar as medidas coercitivas cabíveis.³³

Verifica-se que há, de um lado, em países desenvolvidos, sob a liderança dos Estados Unidos e da França, o interesse na inserção de cláusulas sociais impostas a todos, devendo ser fiscalizadas e aplicadas pela OMC e com vigor de regra supranacional, sob alegação de defesa dos direitos humanos dos trabalhadores. Por outro lado, os países em desenvolvimento, inclusive o Brasil, posicionaram-se contrários à fiscalização e aplicação de sanções pela OMC, afirmando que a OIT é o órgão competente para instituir e fiscalizar regras

trabalhistas por meio de pressão moral e outros mecanismos de persuasão, como ocorre por meio de suas Convenções, e que a aplicação de cláusula social no âmbito da OMC consistiria numa disfarçada medida protecionista.

Há um claro conflito entre os valores econômicos do modo capitalista de produção e a concepção política do Estado do Bem-Estar Social, a qual tem na proteção e difusão dos direitos sociais um de seus pilares mais sólidos. Indaga-se até que ponto o paradigma econômico neoliberal pode sobrepor-se à proteção a dignidade da pessoa humana do trabalhador. Ou ainda, até que ponto os direitos não monetizáveis de um indivíduo podem ser considerados mais importantes que os direitos monetizáveis de uma coletividade.

Discute-se se os direitos sociais de um trabalhador considerado individualmente, ou mesmo da coletividade de trabalhadores, pode e deve sobressair aos valores econômicos que regem o mercado e que podem desestabilizar a economia de um país inteiro ou mesmo de um continente.

É nesse sentido que alguns doutrinadores como Vólia Bonfim Cassar e Elaine Noronha Nassif, influenciados pela AED, propõem uma nova teoria trabalhista, que diminua os encargos trabalhistas em razão das crises financeiras mundiais; simplifique as obrigações trabalhistas; confira maior liberdade no momento da celebração do contrato de trabalho e na estipulação das suas cláusulas. Essas medidas em tese contribuiriam para o melhor desempenho empresarial e geraria em contrapartida benefícios para os trabalhadores por meio do aumento da oferta de empregos.

6 A FLEXIBILIZAÇÃO

O processo de globalização, impulsionado pelo neoliberalismo e pela automação, provoca o aumento da concorrência no âmbito mundial e a necessidade de aumento da competitividade, seja por meio da redução de custos, seja por meio da qualidade de bens e serviços.

Essa nova realidade abalou as estruturas do direito, sobretudo na esfera trabalhista, eis que estava baseado nos modelos taylorista e fordista da produção industrial, ou seja, na produção em massa, congregando num mesmo espaço grande número de trabalhadores sob idênticas condições de trabalho.

Na sua origem, o Direito do Trabalho brasileiro tratava das relações de trabalho como contratos civis, de locação de serviços, passando posteriormente a ser regido por leis especiais, reunidas no texto unificado da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), constituindo um regime jurídico orgânico e próprio, distanciado do direito privado comum (NASSIF, 2001, p. 50).

Esse regime baseou-se na ideia de hipossuficiência do trabalhador, devendo o Direito protegê-lo contra o abuso de poder diretivo do empregador, decorrente da sua posição de subordinação no contrato de trabalho. Assim, a legislação trabalhista foi se tornando rígida com a imposição de obrigações aos empregadores e a concessão de direitos aos empregados.

Tal rigor tornou a relação de emprego um contrato de custo elevado para as empresas nacionais, devido aos mais variados encargos envolvidos para, supostamente, garantir e proteger o trabalhador. No cenário do comércio internacional, o impacto dos encargos trabalhistas dispendiosos faz com que muitas empresas de países desenvolvidos, que possuem legislação trabalhista mais rígida, acusem principalmente os países em desenvolvimento (com legislação trabalhista branda ou mesmo inexistente) de prática de *dumping* social o que torna o preço de seus produtos altamente competitivos, pois estão isentos de encargos decorrentes do contrato de trabalho.

Um exemplo claro da prática de *dumping* social por parte de país em desenvolvimento, ocorreu no Brasil, no ano de 2011. A marca internacional Zara, do grupo espanhol Inditex, contratou em São Paulo, algumas oficinas para confecção de suas roupas e, após investigação da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego de São Paulo, foi descoberto que 16 pessoas, inclusive uma adolescente de 14 anos, estavam sendo submetidas ao trabalho escravo.³⁴

Assim, estabelece-se uma discussão em torno da real necessidade da redução de encargos para evitar a acusação de *dumping* social e proporcionar, dessa forma, um ganho maior às empresas em virtude da redução desses custos, evitando, assim, maiores prejuízos, tais como o aumento do desemprego em virtude da alta competitividade do mercado que pode levar ao fechamento de empresas. A esse processo se denomina flexibilização das normas trabalhistas.

Friedman afirma que as leis do trabalho interferem fortemente na liberdade de contratação, destacando que existe competição entre empregadores e por isso não haveria razão para que as partes não tenham a liberdade de oferecer as condições que preferirem ou que aceitarem. Segundo ele, empregador e empregado são livres para contratar e não necessitam de qualquer regulação:

[...] em alguns casos, os empregadores descobrem que os empregados preferem ter parte de sua remuneração sob a forma de campos de beisebol ou diversões em geral ou sob a forma de facilidades de descanso e férias que não em dinheiro. Acham então ser mais conveniente oferecer tais facilidades como parte do seu contrato de trabalho do que oferecer salários mais altos. De forma semelhante, os empregadores podem oferecer planos de aposentadoria ou outras vantagens. Nenhuma dessas práticas envolve interferência com a liberdade dos indivíduos de encontrar emprego. A situação reflete simplesmente a tentativa dos empregadores de tornar as condições de emprego convenientes e atrativas para os empregados.³⁵

O mesmo autor salienta que as pessoas são fundamentalmente desiguais entre si, e que o mais justo é o pagamento segundo a produção de tal forma que aquele que trabalhasse mais ganharia mais também:

[...] um homem pode preferir um emprego rotineiro que lhe deixe bastante tempo livre para espalhar-se ao sol, e um outro preferir

um emprego de maior responsabilidade com salário mais alto. Se os dois recebessem a mesma quantia em dinheiro no fim do mês, suas rendas, num sentido mais fundamental, seriam desiguais. De modo semelhante, tratamento igualitário exige que um indivíduo receba pagamento maior por um trabalho desagradável e pouco atraente do que por um trabalho agradável e gratificante.³⁶

Ainda sob a ótica dos custos de transação, importante tratar do salário mínimo que no Brasil é fixado pelo Estado por meio de legislação, amparando-se na Constituição Federal. Economicamente, o salário mínimo não é benéfico porque aumenta o desemprego. Todavia, sob a ótica do Direito, o salário mínimo é uma forma de conferir humanidade a todos os trabalhadores, garantindo que nenhum receba menos do que o patamar fixado pelo legislador. Embora seja possível uma análise econômica, neste caso, o limite é fixado pelo Direito porque existem direitos que não são monetizáveis porque são insuscetíveis de qualquer valoração econômica, mas apenas de uma valoração moral. Por outro lado, numa visão puramente econômica, o salário mínimo é uma forma de fixar previamente os custos de transação de um determinado segmento e também de retirar a possibilidade de negociações que possam distorcer a concorrência, evitando-se que uma empresa seja obrigada a pagar mais por um trabalho que outra.

No entanto, a crença de que a “mão invisível” regula o mercado de trabalho não se mostra aplicável neste caso porque existem fatores mínimos de garantia que são dados pela regulação do Direito do Trabalho, embora se argumente que a regulação é negativa porque viola a liberdade do indivíduo:

Tentam resolver o que se supõe um conflito de interesses, ou uma diferença de pontos de vista com relação a interesses, não por meio de uma estrutura que elimine o conflito ou tentando persuadir as pessoas a ter interesses diferentes, mas forçando as pessoas a agir contra seu próprio interesse. Substituem os valores dos participantes pelos que estão de fora; alguns dizendo a outras o que é bom para eles ou o governo tirando de alguns para beneficiar outros. Estas medidas enfrentam, portanto, umas das mais poderosas e mais criativas forças conhecidas pelo homem – a tentativa de milhões de indivíduos de defender seus interesses, de viver suas vidas de acordo com os seus próprios valores. É esta a razão principal de as medidas haverem tido, tão frequentemente, efeito contrário ao pretendido. É também uma das maiores forças da sociedade livre e explica por que os regulamentos governamentais não conseguem dominá-la.³⁷

O debate teórico acaba se concentrando numa discussão entre a liberdade do indivíduo e a intervenção do Estado. Propõe-se, porém, uma reflexão um pouco diferente, a partir de Coase, tem-se que “uma visão satisfatória sobre a política mais adequada somente pode ser alcançada através de um paciente estudo de como, na prática, o mercado, as firmas e os governos lidam com o problema dos efeitos prejudiciais ocasionados por determinadas atividades.”³⁸

Nesse sentido, cabe averiguar “se o ganho obtido ao se impedir o dano é maior do que a perda que seria sofrida em outros lugares como resultado da proibição da atividade produtora desse mesmo dano”,³⁹ em outros termos, não é tão simples o debate a ponto de se admitir como necessário coibir o poder diretivo dos empregadores em prol de direitos trabalhistas, sem avaliar os impactos que isso causará em toda sociedade.

O Direito do Trabalho, na atualidade, questiona a intervenção estatal nas relações de trabalho, mas isso não pode ser levado ao ponto de se admitir uma total desregulamentação, a ausência do Estado na regulação das relações de trabalho, deixando o contrato de trabalho livre às regras de mercado, sob o argumento de que o modelo que inspirou o *welfare* não existe mais, que os trabalhadores atuais são mais conscientes, mais maduros, menos explorados e que a intervenção estatal é falha e vai de encontro aos reais interesses dos indivíduos.⁴⁰ É preciso aplicar regras de calibração adequada entre os dois lados igualmente importantes da relação jurídica.

O próprio termo utilizado pela doutrina – flexibilizar – não importa supressão total da normatização, nem tampouco confere a um dos lados supremacia sobre o outro. O termo está mais para encontrar um termo adequado entre os interesses em conflito. Para alguns, o termo flexibilizar identifica-se com desregular, e, para outros, significa manter o mínimo das garantias trabalhistas:

Para desregular é imperioso preservar o mínimo, adotando com a necessária cautela o neoliberalismo, que preconiza afastamento do Estado como gestor do desenvolvimento econômico e social. Atualmente, existem tendências para: (1) reduzir as normas regulamentadoras; (2) dar mais autoridade aos parceiros sociais; (3) garantir o mínimo fundamental.⁴¹

A flexibilização das leis trabalhistas a despeito de servir para atacar o desemprego, acaba provocando mais desemprego [...] Embute-se nesta ideia de flexibilização, portanto, um autêntico movimento de desregulamentação do direito trabalhista. Argumenta-se que se trata apenas de uma redução das regras ditas pelo Estado, aumentando-se o campo de atuação dos atores sociais, realizando aquilo que se pode chamar de privatização normativa. Entretanto, com a força negocial dos sindicatos está sensivelmente reduzida, a retirada de normas estatais representa, de forma concreta, a mera desregulamentação das relações trabalhistas.⁴²

Nassif⁴³ destaca alguns exemplos da flexibilização presentes na legislação trabalhista brasileira: FGTS que introduziu a rotatividade da mão-de-obra; o contrato de trabalho temporário; o fato do empregador poder dispensar a qualquer momento; a atribuição de que o salário mínimo corresponde somente quando o empregado trabalhar por 8 horas; a aplicação de penas disciplinares pelo empregador, dentre outros direitos e deveres previstos na Consolidação das Leis do Trabalho.

Apesar desse posicionamento, importa verificar que, na atual conjuntura econômica, a situação do mercado global é bastante imprevisível e a concorrência está cada vez mais acentuada em virtude do próprio processo de globalização e de evolução tecnológica (tele trabalho), ou seja, os pressupostos sobre os quais foram construídos os direitos trabalhistas estão sendo radicalmente modificados e a legislação precisa acompanhar essas transformações. Registre-se doutrina que apregoa a necessidade das modificações para fortalecer a empresa no ambiente competitivo:

O pressuposto de que o direito do trabalho precisa ser alterado para possibilitar o fortalecimento das empresas no ambiente de concorrência globalizada não encontra qualquer obstáculo de ordem moral, porque primeiro a globalização não é vista do seu lado perverso, e segundo, acredita-se que o custo do trabalho é elemento decisivo nessa concorrência e que se algo não for feito todo o país sentirá o efeito da corrida econômica.⁴⁴

Mesmo a superação da ideia de exploração e a mudança para a classe de cidadãos contribuiu para esse processo⁴⁵ o que não significa pura e simplesmente um retorno ao antigo liberalismo do *“laissez-faire”*.

Embora tenham fundamentos de quilates equivalentes, o ideal é promover a “[...] ponderação entre a flexibilização das relações de trabalho e a realização dos valores sociais preservadores da dignidade do ser humano que trabalha, através da aplicação da teoria pós-positivista dos princípios constitucionais, priorizando a pessoa humana em todas as suas dimensões existenciais, inclusive como trabalhador”:

A flexibilização não pode servir ao empregador como desculpa para ter lucro superior, para aumentar seus rendimentos. A flexibilização é um direito do patrão, mas deve ser utilizada com cautela e apenas em caso real e comprovada necessidade de recuperação da empresa. Daí porque os princípios da razoabilidade, da lealdade, da transparência, da necessidade, devem permear todo o processo.⁴⁶

Assim, a flexibilização não pode ocasionar a ruptura dos direitos fundamentais dos trabalhadores, mas deve garantir esses direitos e permitir que os empregadores reduzam os custos de transação associados aos contratos de trabalho e possam ter uma melhor competitividade internacional.

Como ensina Galbraith,⁴⁷ a sociedade justa é aquela em que cada membro, independentemente de sexo, raça ou origem étnica, deve ter acesso a uma vida gratificante. Para isso, devem-se descontar diferenças indubitáveis na qualificação e na aspiração, uma vez que os indivíduos se diferem na capacidade física e mental, no empenho e no propósito, e dessa diversidade provém diferenças na realização e na recompensa econômica.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Longe de pretender esgotar o tema neste curto espaço, o trabalho pretende sustentar que a Economia pode colaborar com o Direito na elaboração de uma

norma laboral, mediante seu uso instrumental para aferir se determinada norma é ou não maximizadora do bem-estar.

Noções como eficiência da norma e custos de transação poderão ajudar o legislador a uma melhor prescrição normativa, produzindo ganhos recíprocos entre os agentes, seja ele empregado ou empregador.

As assimetrias informacionais existentes neste tipo de mercado podem ser superadas e as suas falhas podem ser, ao menos em parte, corrigidas mediante uma adequação aos novos postulados de um mundo globalizado.

Isso não significa abrir mão das conquistas obtidas ao longo de um penoso processo evolutivo das relações de trabalho, iniciado na Revolução Industrial e que vem se modificando e consolidando. Essa nova visão de mundo globalizado não pode apagar os direitos e as garantias trabalhistas, mas estes, por sua vez, não podem permanecer imutáveis porque concebidos em outro momento histórico cultural.

Durante esse processo de revisão normativa, a análise econômica do Direito poderá contribuir imensamente, ajudando os operadores do direito a averiguar, muitas vezes empiricamente, a ineficiência da norma ou do preceito que se busca implantar.

Portanto, é possível encontrar o equilíbrio das relações por meio da análise econômica do direito do trabalho, pois se de um lado não pode depender unicamente da intervenção estatal nas relações de trabalho, de outro a desregulamentação não pode deixar o contrato de trabalho livre às regras de mercado, mediante a criação de normas eficientes e equilibradas economicamente.

REFERÊNCIAS

ARTUR, Karen; DE NEGRI, Fernanda; NORONHA, Eduardo G. Custos do trabalho, direitos sociais e competitividade industrial. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. 2007. Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/Cap_7.pdf>. Acesso em: out. 2012.

CAMPEÃO, Patrícia; DE SOUZA, Paulo Augusto Ramalho; SPROESSER, Renato Luiz; WATANABE, Eluiza Alberto de Moraes. **Considerações sobre os Custos de Transação Frente à Força de Trabalho no Sistema Produtivo da Uva de Mesa da Região de Jales – SP.** DESAFIO: R. Econ. e Adm. Campo Grande, MS, v. 10, n. 21, p. 107-119, mai./ago. 2009.

CARVALHO, Cristiano. A análise econômica do direito tributário. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). **Direito tributário: homenagem a Paulo de Barros Carvalho.** São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 183-207.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Curso de Direito do Trabalho.** Rio de Janeiro: Impetus, 2008. 1357p.

- COASE, Ronald. **The Problem of the Social Costs**. Journal of Law and Economics (October 1960).
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito & economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- DI SENA, Roberto Jr. **Comércio Internacional e Globalização: a cláusula social na OMC**. Curitiba: Juruá, 2003.
- FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. **Globalização & desemprego: Mudanças nas relações de emprego**. São Paulo: LTr, 2009.
- FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. São Paulo: Nova Cultural, 1995.
- GALBRAITH, John Kenneth. **A sociedade justa: Uma perspectiva humana**. Rio de Janeiro: Campus, 1996.
- GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 7-32, jan./jun. 2010. Disponível: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1043&context=ivo_teixeira_gico_junior>. Acesso em: 25 jun. 2012.
- GONZÁLEZ, Alfredo Bullard. **Derecho y Economía: El análisis económico de las instituciones legales**. 2. ed. Ed. Lima: Palestra Editores, 2006.
- GRIECO, Francisco de Assis. **O comércio exterior e as crises financeiras**. São Paulo: Aduaneiras, 1999.
- GUERRA, Carolina. Marca Zara está envolvida em denúncia de trabalho escravo. **Revista Veja**. Editora Abril. 17.ago. 2011. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/economia/trabalho-escravo-encontrado-na-rede-da-zara>>.
- MACHADO, André Gustavo Carvalho; OLIVEIRA, Marcus Vinicius de Sousa Silva; FILHO, José Raymundo Ribeiro Campos. Teoria dos custos de transação: um estudo multi-casos de empresas integradas verticalmente. **XI SIMPEP** - Bauru, SP, Brasil, 08 a 10 de novembro de 2004. Disponível em: <http://www.simpep.feb.unesp.br/anais/anais_11>. Acesso em: out.2012.
- NASSIF, Elaine Noronha. **Fundamentos da Flexibilização: uma análise de paradigmas e paradoxos do direito e do processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2001.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu. **Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- ROCHA, Marcelo Oliveira. (Org.). **Flexibilização do direito do trabalho: negociado e legislado**. Rio de Janeiro: LZN Ed., 2005.

RODRIGUES, Sérgio Augusto Santos. **Mitigação do Direito do Trabalho como forma de proteção do trabalhador na Lei 11.101/05: uma análise econômica.** Dissertação: Faculdade de Direito Milton Campos. Minas Gerais: Nova Lima, 2009.

SALAMA, Bruno M. O que é Pesquisa em Direito e Economia? In: **Cadernos Direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 2, março de 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2811>>. Acesso em 01 jul.2012.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social.** São Paulo: LTr, 2000.

SZTAJN Rachel. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no novo Código Civil. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro.** Nova série, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 43, n. 133, p. 7-31, jan./mar. 2004.

- 1 O surgimento do direito do trabalho como um ramo novo da ciência jurídica é de data recente (século XIX), entretanto, quase 2000 anos a.C. os povos já recepcionavam em seu Direito, matérias relacionadas à legislação trabalhista, através dos babilônios, com o estabelecimento de preços para as várias modalidades de trabalho, e dos hebreus, com a criação do repouso semanal e a semente de humanização do trabalho escravo. Em outros povos, como os hindus e egípcios, havia regras que distribuíam as atividades segundo as castas das quais a sociedade era formada. (ROCHA, Marcelo Oliveira. (Org.). **Flexibilização do direito do trabalho: negociado e legislado.** Rio de Janeiro: LZN Ed., 2005, p. 7).
- 2 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu. **Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 53; 67-68)
- 3 SALAMA, Bruno M. O que é Pesquisa em Direito e Economia? In: **Cadernos Direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 2, março de 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2811>>. Acesso em 01 jul. 2012, p. 5)
- 4 *Ibid.*, p. 10-11.
- 5 GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 7-32, jan./jun. 2010. Disponível: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1043&context=ivo_teixeira_gico_junior>. Acesso em: 25 jun. 2012, p. 27.
- 6 SALAMA, op. cit., p. 14.
- 7 CARVALHO, Cristiano. A análise econômica do direito tributário. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). **Direito tributário: homenagem a Paulo de Barros Carvalho.** São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 183-207, p. 188.
- 8 *Ibid.*, p. 188.
- 9 SALAMA, op. cit., p. 18-21.
- 10 CARVALHO, cit., p. 189.
- 11 SALAMA, op. cit., p. 21.
- 12 CARVALHO, op. cit., p. 190.
- 13 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu. **Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 93.
- 14 *Ibid.*, p. 94.
- 15 COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial.** São Paulo: Saraiva, 2007, p. 34.
- 16 *Ibid.*, p. 35.
- 17 SALAMA, op. cit., p.10-20.
- 18 PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 75.
- 19 SZTAJN Rachel. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no novo Código Civil. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro.** Nova série, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 43, n. 133, p. 7-31, jan./mar. 2004, p. 9.

- 20 PINHEIRO; SADDI, op. cit., p. 62; COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito & economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 105-107.
- 21 PINHEIRO; SADDI, op. cit., p. 64.
- 22 Ibid., p. 4.
- 23 RODRIGUES, op. cit., p. 22.
- 24 COASE, Ronald. **The Problem of the Social Costs**. Journal of Law and Economics (October 1960).
- 25 Ibid.
- 26 CAMPEÃO, Patrícia; DE SOUZA, Paulo Augusto Ramalho; SPROESSER, Renato Luiz; WATANABE, Eluiza Alberto de Moraes. **Considerações sobre os Custos de Transação Frente à Força de Trabalho no Sistema Produtivo da Uva de Mesa da Região de Jales – SP**. DESAFIO: R. Econ. e Adm. Campo Grande, MS, v. 10, n. 21, p. 107-119, mai./ago. 2009.
- 27 MACHADO, André Gustavo Carvalho; OLIVEIRA, Marcus Vinicius de Sousa Silva; CAMPOS FILHO, José Raymundo Ribeiro. Teoria dos custos de transação: um estudo multi-casos de empresas integradas verticalmente. **XI SIMPEP** - Bauru, SP, Brasil, 08 a 10 de novembro de 2004. Disponível em: <http://www.simpep.feb.unesp.br/anais/anais_11>. Acesso em: out.2012.
- 28 O utilitarismo é uma concepção filosófica que, pregando “a maior felicidade para o maior número de pessoas”, na definição de Benthan e Stuartill, parece impregnar a mentalidade empresarial americana, o que se infere de autores como Ronald Dworkin e John Rawls.
- 29 GONZÁLEZ, Alfredo Bullard. **Derecho y Economía: El análisis econômico de las instituciones legales**. 2. ed. Ed. Lima: Palestra Editores, 2006, p. 51.
- 30 ARTUR, Karen; DE NEGRI, Fernanda; NORONHA, Eduardo G. Custos do trabalho, direitos sociais e competitividade industrial. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. 2007. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/Cap_7.pdf>. Acesso em: out. 2012, p. 164 -165.
- 31 Ibid., p.169.
- 32 GRIECO, Francisco de Assis. **O comércio exterior e as crises financeiras**. São Paulo: Aduaneiras, 1999, p. 153.
- 33 DI SENA, Roberto Jr. **Comércio Internacional e Globalização: a cláusula social na OMC**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 110.
- 34 GUERRA, Carolina. Marca Zara está envolvida em denúncia de trabalho escravo. Revista Veja. Editora Abril. 17.ago. 2011. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/economia/trabalho-escravo-encontrado-na-rede-da-zara>>.
- 35 FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. São Paulo: Nova Cultural, 1995, p. 106-107.
- 36 Ibid., p. 148.
- 37 Ibid., p. 182.
- 38 COASE, op cit.
- 39 Ibid.
- 40 CASSAR, Vólia Bomfim. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. 1357, p. 29.
- 41 FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. **Globalização & desemprego: Mudanças nas relações de emprego**. São Paulo: LTr, 2009, p. 112.
- 42 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social**. São Paulo: LTr, 2000, p. 140-156.
- 43 NASSIF, Elaine Noronha. **Fundamentos da Flexibilização: uma análise de paradigmas e paradoxos do direito e do processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2001, p. 74.
- 44 SOUTO MAIOR, op. cit., p. 140.
- 45 NASSIF, op. cit., p. 127.
- 46 CASSAR, op. cit., p. 36.
- 47 GALBRAITH, John Kenneth. **A sociedade justa: Uma perspectiva humana**. Rio de Janeiro: Campus, 1996, p. 25.

SOME REFLEXIONS ON THE APPLICATION OF THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW TO LABOUR LAW

ABSTRACT

Technological revolution and globalization have made the global market extremely competitive, making it hard for many companies to survive. This new reality adds to the economic crisis that trigger the need for a paradigm shift and that raise the discussion of workers protection: is it excessive? A result of social struggles, workers' rights are considered fundamental and must be protected by the State. In contrast, the burden of this contract often makes it difficult for companies to remain on the market. Thus, a debate arises between those who advocate freedom of the employee and of the employer to hire and others who deny this possibility, arguing the need for regulation and State protection. With the goal of providing a new approach on the subject, the authors propose the application of the Economic Analysis of Law.

Keywords: Flexibility. Labour Law. Economic Analysis of Law.

PRECEDENTE E NORMA: USAM-SE PRECEDENTES JUDICIAIS COMO SE APLICAM NORMAS LEGISLATIVAS?

*Juraci Mourão Lopes Filho**

1 Introdução. 2 O uso do precedente no Brasil condicionado pela tradição normativista nacional. 3 O referencial teórico para enfrentar o problema. 4 O uso adequado do precedente segundo a aferição de sua força hermenêutica. 5 Conclusão. Referências.

RESUMO

O presente texto investiga as práticas e teorias mais comuns do Direito brasileiro a respeito dos precedentes judiciais para demonstrar que, a despeito de invocarem o novo papel da jurisdição dado pelo neoconstitucionalismo, reeditam-se concepções atrasadas do positivismo normativista e mesmo exegético, o que equipara o uso do precedente judicial ao de uma norma legislativa. Será proposto, então, que o ponto atual de desenvolvimento jurídico exige um uso dos precedentes livre de amarras positivistas, ensejadoras de um autoritarismo de cúpula judicial, mediante a aferição hermenêutica de sua força para solução de problemas. Será sugerida a substituição da lógica formal do silogismo por um uso argumentado segundo uma lógica dialética.

Palavras-chave: Precedentes Judiciais. Neoconstitucionalismo. Hermenêutica.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil não possui uma bem acabada teoria dos precedentes que explique e oriente bem seu uso atualmente no Direito. São frequentes os erros consistentes em se reprimarem crenças do positivismo normativista e exegético, mesmo se constatando que a mudança experimentada decorra de um constitucionalismo contemporâneo que busca justamente superá-los.

O principal efeito da falta de uma compreensão apropriada é confundir e reduzir precedente a uma norma (regra) e aplicá-lo como tal: mediante uma subsunção. E o mais grave, invocam-se lições da tradição jurídica inglesa para fundamentar essa perspectiva, mesmo que o Direito anglo-saxão

* Doutor (UNIFOR) e Mestre (UFC) em Direito Constitucional. Pós-graduado *lato sensu* em Direito Processual Civil (UFC). Professor de Direito da Unichristus. Procurador do Município de Fortaleza. Advogado. E-mail: juracimourao@gmail.com

combata firmemente essa postura que reputa ser típica do cientificismo europeu continental.

Além de equivocado o trato do precedente no Brasil que atualmente existe é contraditório, pois, a despeito de tomar precedente como norma, não se lhes aplica os princípios pertinentes, como o da irretroatividade. Permite-se, então, viradas jurisprudenciais com efeitos retroativos, sob a vetusta tese da atuação meramente declaratória da jurisdição, crença oitocentista há muito superada nas tradições jurídicas que tratam seriamente o precedente judicial.

Embora se possa detectar uma norma no precedente, este não se reduz àquela, nem pode determinar o modo de usá-lo. Possuem funções distintas na ordem jurídica e, por via de consequência, uso plenamente diverso. É preciso que se desenvolva aporte teórico próprio, sobretudo em atenção a um paradigma sistêmico próprio do Direito como integridade de Dworkin, para, então, abrir o sistema jurídico para uma aplicação dialética, fundamentada e consciente de julgados pretéritos.

O presente texto busca identificar as principais incoerências detectadas na doutrina e na prática brasileiras sobre os precedentes judiciais, a fim de demonstrar que a tradição nacional ainda é fortemente fundada em um positivismo normativista e mesmo exegético, própria da tradição continental europeia (a que genericamente se denomina de *civil law*), incompatíveis com o constitucionalismo contemporâneo que fez a jurisdição emergir na teoria e na prática jurídicas. Será proposto, ao final, um uso hermenêutico do precedente, determinado por características formais e materiais, rompendo, assim, as amarras positivistas e evitando o sincretismo teórico verificado atualmente.

2 O USO DO PRECEDENTE NO BRASIL CONDICIONADO PELA TRADIÇÃO NORMATIVISTA NACIONAL

Por razões históricas e culturais frutos da colonização portuguesa, o Brasil é herdeiro das práticas e das teorias jurídicas próprias da tradição europeia continental, sobretudo francesa, italiana e tedesca¹. Não se teve contato aprofundado, de modo a causar uma influência mais determinante, com os modos jurídicos da Grã-Bretanha. Isso fez que o Direito nacional fosse fortemente centrado na norma legislativa – referência para toda a estruturação dos poderes estatais e atuação jurídica, tomada como um ato de vontade. O modelo de Estado Legislativo francês, emergido sobre bases filosóficas, políticas e ideológicas bem definidas, foi e é a referência latente do direito positivo e dos estudos acadêmicos nacionais.

Sobretudo no século XIX e início do século XX, período de afirmação da identidade nacional, o pensamento iluminista francês norteou os pensamentos jurídicos, sem prejuízo de influência alemã, ainda que mais branda. Nesse tocante, Lenio Streck escreve:

Para ficar apenas no âmbito dos códigos, vale lembrar, com José Rinaldo de Lima Lopes, que a comunidade jurídica brasileira que produziu o Código Civil de 1916 esteve sempre sob a influência direta da pandectista alemã, que acabou por gerar um direito privado cujo modelo era/é fortemente germanizado; mas, ao mesmo tempo, passamos a comentar e fazer doutrina com autores franceses e italianos, que pouco ou não têm que ver com o direito civil alemão.²

Em relação aos precedentes, razões da história francesa fizeram esse produto da atividade jurisdicional mal aos olhos dos revolucionários de 1789 e, por via de consequência, do novo modelo de Estado daí surgido. Os juízes mantiveram-se fieis à monarquia, pondo-se contrário à burguesia que, então, convulsionava o povo. Mas a revolução se debruçou sobre o poder real, causando intestina mudança no poder Executivo. O Judiciário manteve-se quase que intacto, atraindo para si, então, as amarras mais diversas, que podem ser sumariados na figura do juiz “boca da lei”.

Paulo Bonavides³ lembra que a memória do *Ancien Régime* fez odiosa a imagem do Judiciário nos fatos do constitucionalismo da Revolução Francesa, que buscou na pauta institucional inferiorizá-lo perante os outros Poderes de Montesquieu. É famosa a lição do autor do “Espírito das Leis”: *Des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est, en quelque façon, nulle*⁴.

Na Alemanha, o costume de os juízes buscarem aconselhamento nos professores das universidades mais próximas fez ressaltar o papel dos acadêmicos em desprestígio dos próprios magistrados.

Plenamente diversa é a história inglesa. Em luta mais antiga (a do poder central de Londres frente aos senhores feudais espalhados pelas mais diversas localidades), os magistrados ingleses se alinharam aos locais ante o poder real central. Afirmaram o poder da *law of the land* determinada por regras costumeiras que seriam identificadas em suas decisões. José Rogério Cruz e Tucci explicam que restou arraigada a “concepção de que a *common law* correspondia a uma ordem jurídica superior, cujos princípios foram conservados e somente poderiam ser revelados pelos juízes, ‘*the depositaries of the law, the living oracles of the law*’ em sua respectivas decisões”⁵.

Assim, os juízes ingleses se colocaram como agentes que sistematizavam o direito comum e costumeiro. No século XIX, esse papel ancião do magistrado representou inquestionável base para o surgimento do *stare decisis*, efetiva doutrina que prega o dever de seguir precedentes⁶. Não que tais países desconheçam normas parlamentares ou deixem de atribuir-lhe importância. No Reino Unido e nos EUA, não existem menos leis que nos países de tradição continental⁷, mas se reconhece o papel construtor dos magistrados, especialmente mediante a captação de elementos concretos não alcançados pela abstrata disposição legislativa.

Assim, os precedentes daquela tradição não se valem de linguagem acunhada de canônica, no sentido de linguagem abrangente, que, mediante

conceitos e categorias genéricas, abstraem as particularidades para formular um juízo universal, geral e abstrato. Preocupam-se com os argumentos desenvolvidos, com os fatos considerados com as provas e alegações das partes que foram consideradas. Distingue-se *ratio decidendi* e *obter dictum*. Seria impensável, por exemplo, reduzir a aplicação do precedente à mera citação de uma ementa, como acontece no Brasil. Em verdade, sequer se conhecem ementas e súmulas naquelas ordens jurídicas. São institutos próprios brasileiros que refletem o apego local à norma, como um ato de vontade.

Mauricio Ramires já denunciou, em obra específica, os graves problemas brasileiros no trato dos precedentes. Em obra específica sobre o tema⁸, indica casos que revelam bem o problema, os quais podem ser sistematizados da seguinte forma: a) abstração do precedente, permitindo sua aplicação a situação posterior essencialmente diversa da que fora decidida; b) utilização de um precedente como razão de decidir sem justificar a não opção por outro do mesmo ou de outro tribunal, mesmo superior, em sentido diametralmente oposto; c) variação do entendimento de magistrados de graus inferiores com a simples e constante oscilação do entendimento dos tribunais superiores, sem qualquer justificação adicional para essa mudança; d) hiperintegração do sistema jurídico, consistente no ato de desconsiderar dados concretos e determinantes de um caso posterior para permitir a aplicação de um precedente em que tais situações não foram consideradas. Daí por que o autor conclui que, no Brasil, o uso do precedente se equipara à jurisprudência dos conceitos alemães do século XIX:

Por isso, outra grande conseqüência da má compreensão da teoria dos precedentes no Brasil é a da repriminção involuntária e inconsciente da jurisprudência dos conceitos (*Begriffsjurisprudenz*), escola de positivismo normativista fundada por Georg Friederich Puchta nos anos 1830, que preconizava que a atividade judicial criasse conceitos gerais através do obscurecimento dos dados singulares de cada problema concreto até chegar, por abstração, a um conceito universal e apto a compreender todas as situações individuais que lhes deram origem.⁹

Na base desses problemas detectados por Ramires, há a irrefletida e subjacente consideração de precedente ser norma. Tanto que as obras mais recentes sobre o tema lançam luzes sobre isso, fazendo girar o conceito de precedente em torno de uma concepção de norma jurisprudencial, sem se atentarem que essa postura é firmemente contrária à nova função jurisdicional.

É exemplo disso a lição de Patrícia Perrone¹⁰ ao equiparar o *holding* de um julgado (sua parte vinculante e que importa para aplicação futura) a uma norma:

O *holding* ou *ratio decidendi* constitui a norma extraída do caso concreto que vincula os tribunais inferiores. Trata-se de uma das noções mais importantes para a operação com julgados normativos e, paradoxalmente, uma das mais controvertidas, como já antecipado. Nas palavras de Marcelo Alves de Souza: “afora alguns pontos onde há certa concordância, a doutrina diverge – e muito

– na definição do que seja *ratio decidendi* e na escolha do método mais eficaz de identificá-la no bojo de um precedente judicial”.

Nessa linha de ideias, Teresa Arruda Alvim Wambier¹¹ expressamente faz a equiparação, etapa por etapa, da aplicação do precedente no *common law* e da lei nos países do *civil law*. Inicia sua exposição por aquele:

Então, os passos seriam:

- 1) examinar o caso;
- 2) verificar a *relevant similarity* entre ambos os casos, o que deve ser decidido e o precedente (*analogy*);
- 3) determinação da *ratio decidendi*;
- 4) decisão de aplicar o precedente para resolver o caso.

Correspondentemente, em países do *civil law*:

- 1) Examinar o caso;
- 2) Verificar a semelhança ou a identidade do caso a ser decidido com aquele descrito na norma, ou abrangido pela norma;
- 3) Determinar exata e precisamente o sentido da norma;
- 4) Decisão de aplicar a norma ao caso concreto.

Essa forma de entender o precedente (como fonte de uma norma geral e abstrata a ser respeitada para além mesmo da situação específica que o autorizou) vai ao encontro das aspirações de controle das instâncias superiores sobre as camadas mais baixas do Judiciário que estão mais próximas da respectiva realidade social. Com efeito, entender precedente como instrumento de elaboração de norma permite que os tribunais superiores condicionem as instâncias inferiores. Como essas normas são compreendidas como dotadas de generalidade e abstratividade, impede que os juízes, sobretudo de primeiro grau, considerem as contribuições da realidade social em que está inserido para a compreensão, interpretação e aplicação do Direito.

Ponto extremo desse autoritarismo voluntarista em torno dos precedentes, que sufoca o labor hermenêutico das instâncias inferiores, simplória lição de Luiz Guilherme Marinoni ao afirmar que “em termos de eficácia do sistema e do Poder, não importa se o juiz inferior concorda com a decisão do juiz superior – é apenas essa que vale e produz efeitos”¹². O mesmo autor encara a relação dos precedentes das várias instâncias por meio de uma deferência vertical absoluta:

Bem vistas as coisas, divergência jurisprudencial apenas pode existir entre tribunais de igual estatura, e não entre um tribunal ordinário e aquele a quem incumbe unificar a interpretação da lei federal, zelando pela unidade do direito federal no país. Um Tribunal de Justiça ou Regional Federal não diverge do Superior Tribunal de Justiça, mas desrespeita a autoridade de suas decisões.¹³

Essas firmes posturas de Marinoni são frutos de um ingênuo feitichismo exegético que substitui a lei parlamentar oitocentista pelo precedente vinculante do século XXI, inclusive ao considerar que este teria aptidões superiores:

Relevante é que o precedente obrigatório orienta os cidadãos, pois lhes diz o modo como devem se comportar e lhes dá previsibilidade acerca do resultado dos reclamos jurisdicionais, tendo, nesta dimensão, a característica de norma geral que, além disso, é capaz de oferecer maior segurança que a própria norma legislativa.¹⁴

Entretanto, precedente não resume a eventual norma geral e abstrata nele enunciada ou dele inferida. Há razões teóricas e filosóficas para tanto, as quais desautorizam a tomada de postura ideológica para a qual se caminha atualmente no Brasil.

Não se pode resumir a norma nele enunciada porque os elementos hermenêuticos – e que, necessariamente, condicionaram a determinação/definição dessa norma e a própria compreensão no respectivo círculo hermenêutico – são tão relevantes quanto a própria norma. Lançam os marcos hermenêuticos a serem considerados (elementos que integraram o jogo de perguntas e respostas de que é fruto o precedente) para sua posterior aplicação. Eventual norma nele encontrada só pode ser compreendida em função do círculo hermenêutico em que se operou, impedindo que ela seja pinçada desse jogo de-e-para, de modo a figurar livremente na ordem jurídica.

Entender o contrário consiste em atribuir ao Judiciário uma função legislativa para o qual sequer é voltado o processo em que se dá o julgamento, o qual, na maior parte das vezes, trata apenas de questões atinentes às partes envolvidas na lide, ou seja, cogitações gerais, para além dos fatos e questões de direito relevantes para o caso, sequer são deveres dos sujeitos envolvidos, nem o processo e o direito processual foram pensados e estruturados para darem adequado tratamento a essas questões gerais e abstratas.

Também não se pode equiparar precedente a uma norma geral e abstrata que dele se possa inferir, pelo simples fato de que não é correto o juiz da causa considerar questões futuras. O julgamento não se volta para o futuro a fim de disciplinar um número indeterminado de situações mediante descrição abrangente, geral e abstrata de fatos. Sobre esse aspecto, Neil Duxbury¹⁵, mesmo no sistema inglês em que vigora o *stare decisis*, adverte sobre se julgar considerando o futuro:

A decision-maker's priorities might legitimately be in the present; and even when there exists a strong feeling that the decision-maker has thought too little about the future, this is insufficient in itself to establish that there has been a breach obligation. We might, but we do not have to, make decisions with the future in mind; and thoughts about the future might, but do not have to, constrain what we decide to do.

Discorda-se, portanto, que, no Brasil, deva-se restringir o precedente à *ratio decidendi* ou *holding* (entendido como a norma considerada na decisão ou

dela inferida), pois, no sistema nacional, por força do dever constitucional de fundamentar adequadamente a decisão judicial, sequer há como distingui-los da *obter dictum*, nem apartá-la do círculo hermenêutico em que foi produzido.

É justamente a fundamentação que permite a própria compreensão do julgado. Mesmo no Direito anglo-saxônico, há autores que apontam para a inviabilidade prática dessa abstração, que se torna, então, mero recurso retórico para as partes e os juízes afastarem ou utilizarem fundamentos segundo seus interesses.

Embora em algumas hipóteses se possa determinar uma norma geral e abstrata aplicável – como na hipótese de interpretação, conforme a Constituição e Declaração parcial de constitucionalidade sem redução de texto – essa determinação é fruto de um labor hermenêutico (exercido segundo as circunstâncias presentes) de enunciados pré-estabelecidos pela ordem jurídica. O respectivo enunciado normativo (constitucional ou legal) terá o sentido (norma) influenciado, em maior ou menor medida, pelos fatos e pelos demais elementos hermenêuticos suscitados no processo, o que impede que esse específico sentido (norma) seja levado para situações fáticas e jurídicas distintas e que sequer foram consideradas em sua determinação.

Ademais, no esquema traçado por Teresa Wambier, ela se descarta de um detalhe fundamental para a etapa 2, qual seja, o de que precedente não possui vigência, o que dificulta, e muito, a objetividade para sua escolha como premissa maior. Em outras palavras: a ordem jurídica não traz critérios claros para se determinar quando um julgamento já realizado pode ser considerado parte integrante do mesmo sistema jurídico e, portanto, precedente válido para ser utilizada no julgamento posterior.

Isso faz surgir uma série de problemas para o proposto uso silogístico do precedente. Um julgamento de um tribunal reformado por outro que lhe é superior é um precedente apto a ser utilizado em situações futuras? Quando há precedentes de tribunais distintos em sentidos divergentes, qual o critério para solucionar essa “antinomia”? Destaque-se que estes são questionamentos que decorrem da caracterização do precedente como premissa maior de um silogismo. O conceito padrão que se tem de ordenamento jurídico normativo não se presta a solucionar essas questões próprias dos precedentes.

Essa falta de critérios de escolha do precedente a ser utilizado no esquema silogístico, seu desprendimento das circunstâncias hermenêuticas que o originaram e a falta de uma fundamentação adequada, justificando o uso do precedente ou da súmula são fatores determinantes para o mau uso de ambos no Brasil.

Os precedentes não podem se submeter a esse tratamento, pois é justamente no fornecimento de dados concretos e particulares para a interpretação/aplicação de enunciados legislativos que reside sua importância para o sistema jurídico. São esses elementos que permitem o ganho hermenêutico que autoriza seu uso posterior.

Equiparar, nesse âmbito, precedentes à lei é o motivo que autoriza o descompromisso do juiz com a realidade posta diante de si; que permite decisões inadequadamente fundamentadas; que geram uma inválida autorreferência da jurisdição, ignorando outros componentes do sistema. Tudo em prejuízo de um Direito mais consentâneo com o meio que o cerca, e em especial do Direito Constitucional, que, na perspectiva do constitucionalismo contemporâneo, é tão dependente de ponderação de princípios diante do caso concreto.

Já as súmulas, conquanto tenham uma função prospectiva de orientar futuras decisões mediante disposições aparentemente abrangentes, não podem ser a eles subsumidas todas as situações *a priori* subsumíveis por uma consideração abstrata de sua prescrição, pois se deve considerá-la como fruto de atuações concretas que solucionaram situações próprias e específicas que também lhe servem de parâmetros hermenêuticos. Entretanto, isso é ignorado e a similitude na interpretação/aplicação de lei e de súmula é absoluta em nossa ordem, conforme revela Lenio Streck ao tratar especificamente sobre a súmula vinculante:

Dos traços gerais que foram colacionados acima, a súmula apresenta profundas dessemelhanças com os precedentes: a) o efeito vinculante está prescrito em um texto normativo (art. 102, §2º e 103-A da CF); b) a instituição do efeito vinculante tem como finalidade barrar novas discussões sobre a matéria (e não atender à solução de uma demanda entre as partes); c) A aplicação do precedente dotado de efeito vinculante se dá de forma descontextualizada, dedutivista e reveste a decisão/súmula com ares de regra geral e abstrata, infringindo área de competência do legislador (art. 5º, II, da CF).¹⁶

De fato, vem aplicando-se súmulas no Brasil da mesma maneira que se aplicam leis, ignorando que provieram de casos concretos que justificaram sua própria existência. Isso causa uma inquestionável ruptura da separação dos poderes, pois permite a edição de normas vinculantes para situações que sequer foram objeto da atividade jurisdicional. Questões fáticas e jurídicas não apreciadas nos julgamentos que a originaram não podem ser consideradas apreciadas pelo respectivo tribunal e, portanto, não podem ser subsumidas à súmula, mesmo que dotada de efeito vinculante.

Conquanto as súmulas não sejam precedentes (porque não produzidas em um específico processo e tenham inegável finalidade de orientar situações futuras) também não podem se equiparar absolutamente a uma lei, pois sua interpretação/aplicação também não pode deixar de considerar as circunstâncias apreciadas pelos julgados que justificam a sua edição. São os elementos fáticos e jurídicos desses julgados que demarcarão a possibilidade de futura aplicação, mesmo que seu texto permita imaginar uma abrangência maior.

Portanto, podemos resumir os problemas do uso do precedente e súmulas no Brasil na adoção de modelo subsuntivo – próprio de uma regra legislativa em que ambos figurem como premissas maiores, gerais e abstratas, pois desconsidera

as efetivas situações de suas elaborações originais, fazendo com que sejam utilizados em hipóteses que envolvem questões fáticas e jurídicas substancialmente diversas. Essa postura também impede a real contribuição do precedente ao Direito, qual seja, o fornecimento de um ganho hermenêutico pela apreciação de situações concretas impossíveis de serem consideradas em uma apreciação abstrata dos enunciados constitucionais e legislativos permitindo novas interpretações (normas) de um enunciado normativo. Ademais, essa postura causa um déficit de fundamentação, pois, muitas vezes, indica-se uma súmula ou ementa de julgado como motivação suficiente para julgar um caso autorizando uma arbitrariedade na atividade judicial que se torna autorreferente, ignorando os demais componentes do sistema jurídico e da sociedade.

Daí é que emergem graves problemas, pois permite uma amálgama de visões. Ora, se precedente é norma, as guinadas jurisprudenciais não poderiam ser retroativas, porque assim o podem ser as normas. Contudo, os tribunais que já se dedicaram a isso ignoram solenemente essa brutal contradição. É o que se pode verificar na fixação de entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito de como se deve operar a mudança de jurisprudência:

[...] II - Assim, seguindo a orientação firmada nos EREsp nº 733.438/SP no sentido de ser aplicável retroativamente alterações jurisprudenciais em matéria processual, os recursos interpostos perante esta Corte por meio de Protocolo Integrado, mesmo que anteriores ao cancelamento da Súmula 256/STJ, devem ser conhecidos, afastando-se a intempestividade do recurso especial em questão, para sua posterior análise.[...]¹⁷

O mesmo entendimento é, absurdamente, aplicado de maneira irrestrita ao cancelamento de súmulas, cuja linguagem abrangente permite uma ainda mais estreita correlação com uma norma geral e abstrata:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PROTOCOLO INTEGRADO. REVOGAÇÃO DA SÚMULA N. 256/STJ. APLICAÇÃO RETROATIVA. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO BANCÁRIO. INSCRIÇÃO NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. POSSIBILIDADE. REQUISITOS.

1. A Corte Especial, no julgamento do AgRg no Ag n. 792.846/SP, relator para acórdão Ministro Luiz Fux, em 21.5.2008, revogou a Súmula n. 256/STJ para admitir a interposição de recurso da competência desta Corte por meio de protocolo integrado.

2. O Superior Tribunal de Justiça entende que o cancelamento da Súmula n. 256/STJ deve ser aplicado retroativamente, uma vez que se trata de alteração de jurisprudência em matéria processual.

3. A simples discussão judicial da dívida não é suficiente para obstar a inscrição do nome do devedor nos órgãos de proteção ao crédito.

4. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para conhecer do agravo de instrumento e dar provimento ao recurso especial.¹⁸

Portanto, a realidade no trato dos precedentes no Brasil é de uma tristeza a toda prova, pois, além de se cometer um erro (reduzir e equiparar precedente a norma), sequer se mantém fiel a ele, em uma contradição que ofende até não mais poder os mais basilares princípios que essa mesma visão normativista preserva: segurança jurídica mediante a irretroatividade das normas. O mínimo de coerência seria se manter fiel ao erro a fim de dar alguma racionalidade ao trato da matéria.

Só uma adequada abordagem do tema, porém, é capaz de superar esses absurdos. Isso só possível com a constatação da função dos precedentes na ordem jurídica, o que invoca considerações da hermenêutica filosófica e do Direito como integridade de Dworkin.

3 O REFERENCIAL TEÓRICO PARA ENFRENTAR O PROBLEMA

Gustavo Zagrebelsky¹⁹ muito bem escreve que a jurisdição deve ser posta a serviço de dois padrões: a lei e a realidade. Somente por meio da mediação da tensão entre ambos poderá o magistrado obter qualquer significado. Segundo o mesmo autor, os casos concretos possuem uma exigência regulativa que pressionam o direito posto e a jurisdição:

Il diritto positivo pressupone, ma no può imporre una comprensione de senso. Che, per esempio, l'interruzione volontaria della gravidanza sua un omicidio o altra cosa è evidentemente l'antecedente de qualunque legislazione sull'aborto mas nessun legislatore può pensare che la sua assunzione di senso è mutata a livello profondo, la pressione del caso, diversamente categorizzato rispetto al passato, ha diffusamente imposto la trasformazione delle regole giuridiche, attraverso uno sforzo de adeguamento tanto della giurisprudenza che della legislazione che della scienza del diritto, in numerosi Stati. E oggi, che questa categorizzazione tendo nuovamente a modificarsi, nuove trasformazioni in vista. Tanto vale per dire, ancora un volta e da particolare punto di vista, che il diritto non ha la forza de distaccarsi dall'ambiente culturale in cui è collocato e di ergersi come sistema normativo indipendente e autosufficiente. È una parte, per quanto importante, ma sempre una parte, mai il tutto.²⁰

O autor italiano é feliz em expor a influência que o ambiente cultural em que está inserido o julgador influencia no julgamento. Entretanto, não somente nesse aspecto mais geral de influências culturais de todo um povo em um período histórico de vários anos exerce influência sobre o julgamento. O caso específico, as questões suscitadas interferem, também, na interpretação/aplicação do Direito, pois agregam elementos no círculo hermenêutico, que seria impossível de se fazer em cogitações abstratas.

Ao julgar, o juiz se depara com situações reais e concretas, muitas vezes, com características próprias ignoradas em uma abordagem padronizada da questão que possivelmente foi referência para a edição da lei. Ele não julga a sociedade como um todo, levando em conta a cultura geral, ele julga, normalmente, apenas uma determinada fatia dessa realidade social.

Certamente, julgar uma lide sobre propriedade de fazendas de agroindústria entre dois produtores rurais é diferente de julgar uma controvérsia entre dois favelados em torno da propriedade de seu barraco. As questões de direito suscitadas, a interpretação/aplicação dos enunciados normativos e valoração dos fatos envolvidos, as exigências processuais razoáveis de serem exigidas são distintas, produzindo precedentes também distintos, embora possa envolver os mesmos enunciados normativos.

Não poderia ser diferente. O processo judicial tem por foco esses elementos reais e concretos, já que toda sua estrutura é voltada para enfrentá-los e considerá-los, fazendo girar em torno deles a produção de prova, o arrazoado das partes e a fundamentação do magistrado. É daí que se pode aprofundar a noção de exigência regulativa de que fala Zagrebelsky, pois essa priorização do processo judicial a elementos concretos ocasiona que eles sejam os determinantes para a complementação e para o aperfeiçoamento do Direito legislativo.

O precedente, portanto, será o mediador entre a lei e a realidade.

Já é lugar comum se afirmar que a jurisdição não mais se limita a “dizer o direito” (*juris diction*), já que o juiz, em alguma medida, “cria” norma. Não a norma individual e concreta de Kelsen que se situava no dispositivo do julgado e era fruto de um ato de vontade, nem uma norma legislativa voltada para fatos futuros segundo perspectiva política geral, mas a norma utilizada no fundamento da decisão e fruto da experiência hermenêutica própria do caso submetido a julgamento.

Entretanto, essa norma não pode ser compreendida isoladamente, não pode ser desprendida do restante da decisão. Ela não possui autonomia nesse sentido, pois não pode ser desprendida desse contexto de enunciação, sob pena de transformação *a posteriori* do juiz em legislador. Dizemos *a posteriori*, porque, como visto, no julgamento, o juiz não interpreta/aplica as normas com vistas a fatos futuros, que sequer podem ser considerados no processo, porque irrelevantes ou mesmo impossíveis de serem provados. A ampliação de seu entendimento é posterior.

Entender, portanto, que o labor jurisdicional engloba fatos futuros é uma falácia. São os fatos e as questões reais efetivamente postos diante dele que dão os marcos e o alcance do uso futuro do precedente. Casos futuros só poderão ser mediados por precedentes à medida que repitam, se não absolutamente, por impossível, mas, em grande medida, o jogo hermenêutico antes realizado.

Assim, quanto mais o caso for padronizado e comum, mais geral e padronizada será a premissa utilizada e a conclusão a que se chega, não apresentando

ganho relevante de sentido em relação ao direito legislado. Em contrapartida, quanto mais singular e permeado de particularidades, mas será determinante a construção específica da premissa de julgamento e mais particularizada será a conclusão. Como muito bem explica Gadamer:

Antes, a ordenação geral da vida através das regras do direito e dos costumes é bastante deficitária, necessitando de uma complementação produtiva. Ela precisa avaliar corretamente os casos concretos. Conhecemos essa função do juiz, sobretudo a partir da jurisprudência, onde a contribuição da hermenêutica em complementar o direito consiste em promover a concreção do direito. Isso representa mais do que aplicação, correta de princípios universais. Nosso saber acerca do direito e dos costumes sempre será complementado e até determinado produtivamente a partir do caso particular. O juiz não só aplica a lei *in concreto*, mas colabora ele mesmo, através de sua sentença, para evolução do direito (direito judicial)²¹.

É a partir dessa perspectiva que Gadamer lança a noção de *applicatio*, que conjuga e alia compreensão, interpretação e aplicação evidenciando que são realidades que se confundem e mutuamente condicionam, impedindo que se considere o ato de julgar como sendo em etapas estanques e autônomas. É essa compartimentalização da decisão que permitiria o destaque de uma delas (a atinente a *ratio dedicendi*) para uso posterior, como propõe as correntes de pensamento acima transcritas.

Sobre a *applicatio* gadameriana, José Lamego é bastante elucidativo:

A ideia de Gadamer trazida ao problema da compreensão, entendendo-a como participação num sentido presente, evidencia o papel do intérprete. Ao contrário da tradição do século XVIII e, posteriormente, do romantismo, centrada na compreensão (*subtilitas intelligendi*) e na interpretação (*subtilitas explicandi*), atribuindo uma importância subalterna ao momento da aplicação (*subtilitas applicandi*) – entendido como momento subsequente e exterior –, Gadamer sustenta que ‘a aplicação constitui, como a compreensão e interpretação, uma parte integrante do processo hermenêutico’. A ‘pretensão de universalidade da Hermenêutica’ – a irredutibilidade do fenômeno da linguagem –, a *Sprachlichkeit* da experiência do mundo em geral – implica que não haja conhecimento crítico completamente dissociado do conhecimento pré-predicativo, existencial.

Especificamente sobre a hermenêutica jurídica o mesmo autor português escreve:

Gadamer entende, ao referir o ‘significado exemplar’ da hermenêutica jurídica, que ‘a missão da interpretação é a concretização da lei em cada caso, ou seja a tarefa de aplicação’. A lei não quer ser entendida historicamente, mas deve ser concretizada na sua

vigência como Direito mediante a interpretação. O modelo hermenêutico pretende captar a situação na sua particularidade. Ao invés do modelo de sistema como cânone da interpretação jurídica, a tradição retórico-hermenêutica da compreensão todo-partes (círculo intelectual) visa captar a especificidade de cada situação concreta. O caráter ‘exemplar’ da hermenêutica jurídica afigura-se já a Tiberius Decianus, quando dizia, em 1579, que ‘*virtus jurisprudentiae in applicatione consisti universallium particularibus*’. O princípio de que o texto da lei ‘para ser entendido de modo adequado deve ser compreendido a cada momento, ou seja em cada situação concreta, de modo novo e distinto’ tem como base uma teoria do ‘sentido’ entendido como relação com um contexto extra-lingüístico. Este reenvio da ordem lingüística para a estrutura da experiência põe a claro a reserva ou excesso de sentido do ‘mundo-da-vida’, que se manifesta, como diz Miguel Baptista Pereira, ‘paradigmaticamente no núcleo essencial do símbolo, cujas potencialidades semânticas jamais se deixam esgotar pelas tentativas da conceptualização humana. É que há algo no símbolo que, pelo seu enraizamento na profundidade da vida... resiste a uma transcrição lingüística, semântica ou lógica.’”

Nessa perspectiva, compreender não é encarado a partir de um método, porque se apresenta como um acontecer. Não há etapas estanques e predeterminadas que possam ser isoladas e destacadas. Daí porque Lenio Streck destaca que “interpretar é compreender. Compreender é aplicar”²² e não se interpreta por etapas.

Diante disso, tem-se que o juiz (que ocupa posição relevante no sistema jurídico porque seu labor hermenêutico integrará o sistema jurídico, podendo vir a ser precedente utilizado no futuro) considera os enunciados normativos em função do caso concreto, das teses jurídicas levantadas pelos advogados, dos fatos tidos por relevantes e das provas produzidas. Esse mundo-da-vida que condiciona e interfere na *applicatio* é condicionado, por sua vez, pelo horizonte do próprio juiz e pelo horizonte do enunciado normativo formado justamente por julgados anteriores e súmulas que já deram sua contribuição hermenêutica e agregaram novos sentidos em função de situações reais passadas.

Eis o papel do precedente no Direito: agregar sentidos ao Direito, permitindo sua constante evolução, deixando-o aberto ao mundo-da-vida. Daí por que se fala que o precedente tem essa função específica e não autônoma de mediar lei e realidade, enriquecendo, então, o sistema jurídico. Na medida em que eles sejam utilizados para fechar o sistema jurídico à realidade – mediante uma abstração do julgamento –, proibindo a inserção de novos componente no clico hermenêutico, sua função está sendo subvertida.

A perspectiva teórica que se apresenta mais adequada, e plenamente compatível com as contribuições da hermenêutica filosófica nos moldes acima expostos, é a de Ronald Dworkin, com suas concepções de força de promulgação

e força gravitacional (de atração, acrescente-se) do precedente, sua ideia de Direito como integridade.

A força de promulgação consistiria na produção, pelo precedente, de uma norma em moldes parecidos com uma norma legislativa. Contudo, mesmo falando dessa noção, o autor já infirma qualquer ideia de se utilizar essa norma encontrada no precedente da mesma maneira de uma lei. Escreve referindo-se ao seu juiz Hércules:

Sem dúvida, Hércules pode decidir que ao encontrar, em um caso anterior, um arranjo canônico de palavras, usará técnicas de interpretação das leis para decidir se a regra que essas palavras compõem abarca ou não um caso novo. Ele bem pode conhecer aquilo que se poderia chamar de força de promulgação do precedente (*enactment force of precedent*). Não obstante descobrirá que, quando um precedente tem força de promulgação, não se considera que sua influência sobre os casos posteriores se limite a essa força.²³

O mesmo ocorre com as súmulas. Embora elas se pareçam com enunciados normativos gerais e abstratos, seus limites são fornecidos pelas questões apreciadas no precedente e não abstratamente como se fossem uma norma legislativa.

Essa impossibilidade é exposta por Dworkin ao afirmar que “a força gravitacional do precedente não pode ser apreendida por nenhuma teoria que considere que a plena força do precedente está em sua força de promulgação, enquanto peça de legislação”²⁴. Portanto, o uso posterior do precedente se dá mediante a atuação dessa sua força gravitacional que não pode se reduzir a sua força de promulgação. Por sua vez, essa força gravitacional dos precedentes é limitada “à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar tais decisões”²⁵.

Em análise geral da teoria de Dworkin, muito bem escreve Neil Duxbury:

*It seems perfectly that judge who enforces rights consistently while being attentive to the bigger picture – making decisions which not only take account of precedent but which also fit with a coherent set of principles justifying the entire body of constitutional, statutory and common-law provisions – could still be perpetuating the injustices of a wicked legal system. The objective here, however, is not to develop a critique of Dworkin’s account of precedent but to highlight its value; for by emphasizing the notion of gravitational force he illustrates that it is a mistake to treat precedent-following as equivalent to the interpretation of binding legal rules. Gravitational force is, like authority, variable: not only might judges disagree about the significance of a particular precedent, or about what principle it should be understood to have established, but they might even disagree as to whether it should be acknowledged to have established a principle at all.*²⁶

Portanto, os casos posteriores não serão subsumidos aos precedentes, mas o juiz deverá fazer uma aproximação de ambos, justificada e conside-

rando os elementos que concorreram no círculo hermenêutico, quando da produção do precedente, e que concorrerão no novo uso, para utilizar o ganho hermenêutico do precedente na compreensão do Direito Constitucional ou Infraconstitucional aplicável.

Não se trata apenas de uma analogia entre os fatos, mas consideração ampla de todos os elementos do círculo hermenêutico, o que faz com que essa força gravitacional seja mais bem compreendida como força hermenêutica.

O uso das súmulas, ainda que com efeito vinculante, segue o mesmo raciocínio. Não se interpreta/aplica uma súmula de maneira ampla, a partir de seu conciso enunciado, a fim de abarcar o número indeterminado de situações possíveis, mas sim em função das questões hermenêuticas consideradas e apreciadas pelos julgados que autorizaram sua edição.

Essa aproximação, atração entre casos, dá-se por meio dos precedentes que são indicados como justificadores da mesma súmula. Não será, portanto, a linguagem em que é escrito o enunciado sumular que condicionará seu uso posterior²⁷, mas os precedentes que o embasam.

Tem-se, portanto, um uso não como premissa maior de um silogismo, mas como elemento de aperfeiçoamento da ordem jurídica que será validamente utilizado mediante uma aproximação dos casos para permitir que a agregação de sentido feita pelo precedente ou súmula, contribua com a solução do caso posterior.

Esteira de já antiga cogitação estadunidense propõe que não se deve atentar para o que o tribunal emissor do precedente quis dizer ou prescrever. Deve se voltar para uma compreensão mais ampla do fenômeno hermenêutico que se verificou e se desprende de qualquer submissão subjetiva. Essa proposta vai corroborar as lições de Gadamer, quando expressamente declara em seu prefácio da segunda edição de *Verdade e Método*: “O que está em questão não é o que fazemos, o que deveríamos fazer, mas o que nos acontece além do nosso querer ou fazer”²⁸. Assim, o precedente, seja de que tribunal for, não é fruto simplesmente do que se quis dizer ou prescrever, mas uma experiência verificada, para a qual concorrem muitos outros elementos para além desse simples querer da corte emissora.

A força hermenêutica do precedente se traduz, portanto, em uma força variável em função do jogo de-e-para próprio do círculo hermenêutico que determina o grau de influência de um precedente para o novo caso. Essa força se forma por uma conjugação de fatores não compelidos pela vontade do tribunal emissor ou mesmo do aplicador. A vontade e o querer não chegam a tanto, pois o jogo hermenêutico é tomado em uma dimensão fenomenológica e não subjetiva. Como explica Gadamer, “o jogo não surge na consciência do jogador, e enquanto tal é mais do que um comportamento subjetivo. A linguagem não surge na consciência daquele que fala, e enquanto tal é mais do que um comportamento subjetivo”²⁹.

É por essa razão principal que o precedente não pode ser aplicado por mero silogismo típico de regras legislativas. Possui uma força de variável relevância, aferida por uma lógica dialética, bem distinta da lógica formal que fundamenta o silogismo. O juiz posterior deve analisar o quadro geral da *applicatio* anterior e presente, verificando qual ganho hermenêutico aquela propiciou no passado e como esta poderá contribuir para a solução do presente, tudo aferido por elementos de lógica dialética, contrapondo as teses propostas pelas partes.

Importante destacar que essa lógica dialética não se reduz a uma analogia de fato ou de direito entre os casos. É uma análise ampla do todo hermenêutico.

Tal variação do precedente é conhecida na Inglaterra e nos Estados Unidos, ainda que não se dê atenção aos elementos hermenêuticos. Thomas G. Hansford e James F. Spriggs II aludem ao que chamam de vitalidade (*vitality*) de um precedente da Suprema Corte, a qual é definida como “the legal authority or weight of a case, as determined by the Supreme Court’s prior interpretation for it”³⁰. Por isso concluem que o sentido de um precedente não é fixo, mas variável ao longo do tempo.

Portanto, o precedente não é um ponto fixo predeterminado que se apresenta como uma premissa maior, é variável por razões hermenêuticas.

4 O USO ADEQUADO DO PRECEDENTE SEGUNDO A AFERIÇÃO DE SUA FORÇA HERMENÊUTICA

No tópico anterior, infirmou-se a validade da subsunção para os precedentes: aplicá-los não importa submeter os fatos do novo caso à norma pinçada do julgamento anterior. Usar precedente consiste em repetir ou considerar resposta hermenêutica dada anteriormente para responder às novas indagações do caso subsequente.

O uso do precedente, nesse sentido, significa um dever de coerência, de manutenção de uma linha de entendimento consolidada ou inovadora frente às disposições legislativas. Não é uma simples imposição hierárquica, autoritária ou voluntarista.

Quando se desrespeita um precedente, atenta-se contra coerência sistêmica ampla, contra a integridade do Direito, e não contra a autoridade de um determinado juiz ou tribunal, que é irrelevante – ou ao menos possui importância relativizada frente a outros elementos – em termos hermenêuticos.

Assim, o norte que orienta o uso do precedente não é autoridade vertical hierarquizada, mas o dever de coerência.

A coerência demanda que o aplicador observe e considere as linhas macro que orientam o Direito como um todo, coordenando-as com as práticas mais relevantes e arraigadas, tudo perpassado por uma abordagem deontológica. Assim é que se admite conceder peso à tradição no exercício do Direito e se apreende o seu desenvolvimento como continuidade narrativa que respeite o

passado. Tal modo de encarar a fenomenologia jurídica elide a mera deferência a hábitos e práticas de fato, características de uma atitude reacionária.

A tradição não se traduz em convencionalismo nem pragmatismo, pois ambos a exasperam, levando-a a extremos inaceitáveis. O convencionalismo é deferência ao quadro fático estabelecido sem qualquer juízo moral ou jurídico a seu respeito. O pragmatismo está no extremo oposto, é uma imposição ditada pela moral em prejuízo das aspirações jurídicas de estabilidade reconhecida.

Especificamente, a coerência importa que o precedente seja cotejado com outras fontes de sentido normativo e deontológicas, de modo a possibilitar que seu uso não traga fraturas ou rupturas abruptas ditadas por motivos eventuais, e permita o desenvolvimento progressivo e gradual. Não que impeça que se operem mudanças firmes. Para ocorrerem, porém, será necessária uma convergência de fatores, além da mera guinada jurisprudencial volitivamente determinada, ou seja, porque a turma ou câmara da ocasião houve por bem assim se posicionar, sem qualquer deferência a demais peças componentes do sistema jurídico.

Na aplicação do precedente, sua força hermenêutica se submeterá, então, a essa aquilatação material, que comporá, com critérios formais – em prol de segurança e previsibilidade – a completa análise. Terá maior força hermenêutica, ou seja, apresentar-se-á como uma resposta próxima, caso ele seja capaz de responderá todas ou a maior parte das questões do novo caso, ofertando parâmetro coerente e justificado. Por sua vez, será uma resposta distante quando poucas questões do novo julgamento puderem ser resolvidas com o precedente ou forem resolvidas com algum déficit de coerência ou justificação, demandando uma extensão de sentido para além do que se verificou no passado.

Essa aferição da força hermenêutica quantitativa e qualitativamente se dá primordialmente por elementos materiais, de conteúdo do julgado anterior. Mas há também elementos formais atuando. Um precedente de um tribunal superior ou do Supremo Tribunal Federal, sem dúvida, exerce maior influência do que o de um tribunal do mesmo nível hierárquico ou inferior. O tipo de processo ou recurso em que se produziu a decisão pretérita também importa. A que se tenha verificado em processo de controle abstrato de constitucionalidade, cuja legislação atribui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, independentemente de seu conteúdo, tem seu poder de constrição próprio ditado por essa prescrição formal. Não apenas decisões vinculantes, entretanto, são diferenciadas formalmente. Imagine-se uma decisão em embargos de divergência – sua função é justamente uniformizar jurisprudência, ou mesmo uma decisão em recurso especial fundamentado no art. 105, III, “c”, da Constituição Federal. Por terem essa função unificadora, em que as linhas divergentes devem ser apreciadas e cotejadas, terão mais relevância do que as linhas isolada de que tratam.

Ainda no campo formal, foi visto em levantamentos empíricos que indicam a modificação da composição do órgão emissor do precedente como fator determinante para eventual alteração de entendimento. Poucas alterações radicais de jurisprudência alhures ocorreram sem qualquer alteração dos membros.

No Brasil, em que as orientações pretorianas são mais voláteis, é uma tendência que cada vez mais se confirma.

Portanto, é possível estruturar os elementos que determinam a força hermenêutica de um precedente da seguinte forma:

1) Formais

- a) Nível hierárquico da Corte emissora;
- b) Tipo de processo em que se emitiu o precedente;
- c) Órgão interno do tribunal emissor;
- d) Votação por maioria ou unanimidade;
- e) Modificação da composição da corte emissora.

2) Materiais

a. Coerência

- i. Coerência paradigmática ampla;
- ii. Existência ou não de desafio ao precedente;
- iii. Semelhança hermenêutica das questões suscitadas;
- iv. Guinada jurisprudencial e efeito *ex nunc*;
- v. Observância a precedentes não judiciais;
- vi. Modificação do plano legislativo ou constitucional;
- vii. Modificação ou manutenção do quadro político e social geral;
- viii. Apoio ou desafio acadêmico.

b. Justificação

- i. Fundamentação adequada e detida;
- ii. Grau qualitativo e quantitativo de análise das questões de fato e de Direito envolvidas;
- iii. O ramo do Direito envolvido;
- iv. Idade do precedente.

Destaque-se o fato de que esses elementos são propostos dentro do paradigma sistemático constituído sob a infraestrutura da Hermenêutica Filosófica com o direito como integridade e a ideologia sistêmica das estruturas profundas. Eles não possuem peso fixo, predeterminado e condicionante. Eles são elementos a serem operados em uma lógica dialética, argumentada, em que se as expõe com clareza, sem a subtração das premissas escondidas em pressupostos não relevados de um silogismo formal.

Assim, para justificar que um precedente pode solucionar um caso posterior, deve o julgador, magistrado ou operador do Direito bem se debruçar sobre esses elementos, detalhando-os concretamente, com informações bem definidas e ponderadas. Deve buscar como cada um deles atuou na situação passada e argumentar como podem servir para responder às novas indagações do jogo de-e-para do novo caso. Repita-se: isso lançará luzes sobre toda a fenomenologia jurídica do uso do precedente, evitando práticas reducionistas que corroboram posturas autoritárias baseadas unicamente na hierarquia.

5 CONCLUSÃO

Os precedentes e as súmulas no Direito brasileiro vêm sendo utilizados dentro de um silogismo judicial em que constam como premissas maiores gerais e abstratas, como se fossem normas legislativas. Isso impede a efetivamente contribuição que eles podem dar na mediação entre lei e realidade social.

É necessário que se incorporem as contribuições da Hermenêutica Filosófica e do Direito como Integridade de Dworkin para, então, desenvolver-se uma teoria do precedente no direito brasileiro, sobretudo no direito constitucional. Somente dessa maneira os precedentes e as súmulas poderão realizar sua real contribuição ao Direito: permitir uma abertura das prescrições constitucionais e legislativas às circunstâncias concretas que escapam às situações padrões e *standards* possíveis de serem consideradas no trabalho legislativo, permitindo, por esse motivo, um ganho hermenêutico mediante a obtenção de sentidos (normas) mais adequadas à realidade social. Será esse ganho hermenêutico que poderá ser utilizado em situações futuras.

Isso abre espaço para um uso posterior de uma lógica dialética e argumentada, pela qual se debruça sobre os mais variados elementos que servem para moldar a resposta a ser ofertada.

REFERÊNCIAS

- BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. **Do País Constitucional ao País Neocolonial**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- DUXBURY, Neil. **The nature and the authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University, 2008.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DAVID, Renè. In: BRANDÃO, Eduardo (Trad.). **O Direito Inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- GADAMER, Hans-Georg. In: MEURER, Flávio Paulo (Trad.). **Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.
- GERHARDT, Michael J. **The power of precedent**. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- HNSFORD, Thomas G; SPRIGGS II, James F. **The politics of precedent on the U.S. Supreme Court**. Princeton: Princeton University Press, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**: O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MESSITTE, Peter J. A Administração da justiça federal nos Estados Unidos da América. **REPRO**: revista de processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 29 fas.117, set./out. 2004, p. 210-219.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SORIANO, Leonor Mora. **El precedente judicial**. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas Y Sociales, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. Súmulas vinculantes em terrae brasilis: necessitamos de um “teoria para a elaboração de precedentes”? **Revista Brasileira de Ciência Criminais** 2009, - RBCRIM nº 78.

_____. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: livraria do Advogado, 2010.

TARANTO, Caio Márcio Guterres. **Precedente Judicial: Autoridade e Aplicação na jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TARUFO, Michele. **Precedente e giurisprudenza**. Editoriale Scientifica, 2007.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common Law. **Revista dos Tribunais**, a. 99, n. 893, mar. 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mite**. Torino: Giulio Einaudi Editore, 1992.

-
- 1 Comumente essa tradição é conhecida sob a irrestrita denominação de *civil law*. Contudo, a divisão entre *civil law* e *common law* vem recebendo crescente crítica, por buscarem uma contraposição que cada vez mais se apresenta artificial. Autores como Michele Tarufo (TARUFO, Michele. **Precedente e giurisprudenza**. Editoriale Scientifica, 2007) duvidam mesmo da validade dessa distinção, sobretudo porque tradições jurídicas díspares são postas sob a mesma classificação. O direito inglês, por exemplo, é, como lecionada René David, o direito aplicado na “Inglaterra e no País de Gales. Não é o direito dos países de língua inglesa ou de *Commonwealth* nem o do Reino Unido ou da Grã-Bretanha. Os direitos de *Commonwealth* à vezes são próximos do direito inglês, mas, em outros casos, podem ser bastante diferentes. O direito da Irlanda do norte e o da ilha de Man são bastante próximos do direito inglês, mas o da Escócia é muito diverso, como também o é o das ilhas ango-normandas” (DAVID, René. In: BRANDÃO, Eduardo (Trad.). **O Direito Inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. VII). É um direito substancialmente distinto do estadunidense e australiana, mesmo que compartilhem origem e inspirações históricas comuns. Similarmente ocorre com a França (apegada ao normativismo, fruto das grandes codificações do século XIX que exaltam a figura do legislador democrático e racional) e a Alemanha (fortemente influenciada por seus juristas voltados a adaptação do Direito Romano às exigência próprias de sua localidade).
 - 2 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição Hermenêutica e teorias discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 28-29.
 - 3 BONAVIDES, Paulo. **Do País Constitucional ao País Neocolonial**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 74.

- 4 “Dos três poderes que nós falamos, aquele de julgar é de qualquer modo nulo”.
- 5 TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 10-11.
- 6 Conforme ensina Neil Duxbury (DUXBURY, Neil. **The nature and the authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008), a ideia de observância de julgados anteriores só se molda mais claramente no século XIX, como uma doutrina surgida, desenvolvida pelo próprio Judiciário, sem qualquer obrigação imposta por lei ou outro diploma normativo que expressamente submetta qualquer juiz a julgados próprios ou superiores. Esta é uma firme distinção para a realidade que ora vem se apresentando no Brasil, que está sendo pródigo em produzir prescrições, tanto constitucionais quanto legislativas, para submeter os juízes, sobretudo dos graus iniciais, aos humores dos tribunais superiores. Tal sorte de normatização é impensável na Inglaterra e nos EUA, tanto que autores como Michael Gerhardt (GERHARDT, Michael. **The power of precedent**. New York: Oxford University Press, 2008) chegam a vaticinar que eventual lei nesse sentido seria inconstitucional por violação da separação dos poderes, pois não poderia o Legislativo determinar como o Judiciário iria tomar seus próprios precedente.
- 7 Nesse sentido, explica Peter J. Messitte (*A Administração da justiça federal nos Estados Unidos da América*. **REPRO**: revista de processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 29, fas. 117, set./out. 2004. p. 210-219.): “Comparativamente, aliás, é correto afirmar que grande parte do Direito norte-americano, na verdade a maior parte, é composta de leis ordinárias, ou seja, leis oriundas do Poder Legislativo. Nós temos também muitos códigos tanto no sistema federal quanto nos estaduais. No sistema federal, por exemplo, temos o Código de Direito Tributário e, nos estaduais, temos os códigos criminais e comerciais, apenas para citar alguns. Além disso, é importante frisar que, no sistema norte-americano, as leis têm precedência sobre os precedentes jurisprudenciais. À exceção dos casos constitucionais, as leis posteriores sempre têm o condão de alterar os precedentes. Por último, é válido lembrar que o dever precípua dos magistrados americanos é exatamente o mesmo de seus pares brasileiros, qual seja, o de decidir casos concretos”.
- 8 RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- 9 *Ibid.*, p. 47.
- 10 MELLO, *op.cit.*, p. 118-119.
- 11 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da lei e de precedentes: *civil law e common Law*. **Revista dos Tribunais**, a. 99, n. 893, mar. 2010.
- 12 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010, p. 209.
- 13 *Ibid.*, p.387.
- 14 *Ibid.*., p. 95
- 15 DUXBURY, *op.cit.*, p. 5.
- 16 STRECK, Lenio Luiz. Súmulas vinculantes em *terrae brasiliis*: necessitamos de um “teoria para a elaboração de precedentes”? **Revista Brasileira de Ciência Criminais** 2009, - RBCRIM n. 78.
- 17 EDcl nos EDcl no REsp 949.452/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Primeira Turma, julgado em 23/09/2008, DJe 06/10/2008.
- 18 EDcl no AgRg no Ag 958.971/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Quarta Turma, julgado em 18/03/2010, DJe 29/03/2010.
- 19 ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mite**. Torino: Giulio Einaudi Editore, 1992, p. 181.
- 20 *Ibid.*, p. 190.
- 21 GADAMER, Hans-Georg. In: MEURER, Flávio (Trad.). **Verdade e Método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 79.
- 22 STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 73.
- 23 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 174-175.
- 24 *Ibid.*, p. 176.
- 25 *Ibid.*, p. 177.
- 26 DUXBURY, *op.cit.*, p. 61-62.
- 27 A respeito de crítica nesse específico ponto: STRECK, Lenio Luiz. Súmulas vinculantes em *terrae brasiliis*: necessitamos de um “teoria para a elaboração de precedentes”? **Revista Brasileira de Ciência Criminais** 2009, - RBCRIM n. 78.
- 28 GADAMER, *op.cit.*, p. 14.
- 29 *Ibid.*, p. 23-24.
- 30 HANSFORD, Thomas G; SPRIGGS II, James F. **The politics of precedent on the U.S. Supreme Court**. Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 110.

PRECEDENT AND NORM: ARE JUDICIAL PRECEDENTS USED THE SAME WAY AS LEGISLATIVE NORMS?

ABSTRACT

This paper investigates the most common practices and theories of Brazilian law regarding judicial precedents to demonstrate that, despite invoking a new role of jurisdiction given by neoconstitutionalism, late conceptions of the positivist normative are re-edited and even exegetical, equating the use of judicial precedents to a legislative norm. It will be proposed that the current point of legal development requires the use of precedents free of positivist moorings, which create an authoritarianism of the judicial elite, by hermeneutically evaluating its strength and efficiency for problem-solving. It will be suggested that the formal logic of syllogism must be replaced by the use according to a dialectical logic.

Keywords: Judicial Precedents. Neoconstitutionalism. Hermeneutics.

O PROBLEMA DO ANTAGONISMO POLÍTICO NA FORMAÇÃO DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Luiz Elias Miranda dos Santos*

1 Considerações Preliminares e colocação do problema. 2 O Poder Constituinte e sua atual concepção no âmbito do Direito Constitucional. 3 O antagonismo e sua presença na política pós-moderna. 4 A decisão política fundamental e a moldagem do Estado. 5 Considerações Finais. Referências

Resumo

O presente trabalho consiste numa investigação sobre o problema do antagonismo político na formação do poder constituinte originário e uma peculiaridade especial sobre o mesmo. Em geral, ao se pensar política, não é ressaltado o caráter conflituoso que a mesma possui. A breve investigação em questão busca ressaltar o conflito existente por trás do poder constituinte originário o qual não se forma por meio de um consenso, mas sim do conflito e, por meio desta compreensão antagonística da política, ressaltar a natureza essencialmente limitada do poder constituinte originário em contraposição com a clássica concepção do mesmo como uma criação *ex nihilo*. No presente artigo, utilizaram-se essencialmente as concepções políticas do autor alemão Carl Schmitt (1888-1985), que sempre se caracterizou pela busca da autonomia da compreensão do político.

Palavras-chave: Antagonismo. Carl Schmitt. Fraternidade. Poder constituinte originário

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES E COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

O poder constituinte é um dos grandes temas do direito constitucional clássico. Sua teorização foi impulsionada pelo constitucionalismo francês de cariz revolucionário que enfatiza a brutal ruptura institucional com o poder previamente constituído.

Segundo a definição mais recorrente para o fenômeno do poder constituinte originário, ele consiste no poder máximo de criação ilimitado de uma nova ordem jurídica, não se submetendo a qualquer limitação no momento de seu exercício.

* Luiz Elias Miranda dos Santos Advogado, Especialista em Direitos Fundamentais e Democracia pela Universidade Estadual da Paraíba, Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Coimbra (Portugal), membro colaborador do Centro Brasileiro de Estudos Sociais e Políticos (CEBESP). E-mail: luizelias_recht@yahoo.com.br

Contudo, tal compreensão do poder constituinte pode apresentar alguns problemas. É o que se pretende demonstrar no presente trabalho: a incorreção da concepção do poder constituinte originário como fenômeno político de natureza ilimitada/ incondicionada.

Outra questão que se busca esclarecer no presente trabalho é o mito da sociedade plural e da fraternidade que se busca disseminar como existente no âmbito do Direito Constitucional na atualidade. Trata-se de entender o papel das minorias dentro do sistema de direitos e garantias fundamentais da Constituição, papel que hoje fica muito mais evidente com a heterogeneidade e a questão do risco na sociedade pós-moderna¹.

Neste panorama problemático, no qual coexistem o princípio da maioria e a proteção das minorias, percebe-se a natureza conflituosa da política, conflito esse que se expressa por meio do próprio exercício do poder constituinte originário, como a seguir se demonstrará.

A ênfase do presente texto não recai no exercício do poder constituinte em si, mas sim na “decisão política de elaborar uma lei fundamental”². Na realidade, este momento está na origem daquele que dá forma (Constituição).

Em suma, nosso objetivo é demonstrar o caráter antagonista da política moderna e as consequências de tal conflito na formação do Estado e da Constituição.

2 O PODER CONSTITUINTE E SUA ATUAL CONCEPÇÃO NO ÂMBITO DO DIREITO CONSTITUCIONAL

Não há um consenso sobre a real natureza do poder constituinte, se política, jurídica ou se seria uma mescla entre as duas.

Apesar de o poder constituinte, em verdade, revelar-se “como uma questão de poder, de força ou de autoridade política que está em condições de, numa determinada situação concreta, criar, garantir ou eliminar uma Constituição”³, ele não pode ser compreendido como algo puramente político, mas sim como uma categoria que deve ser pensada sob o prisma político, jurídico e filosófico.

A dificuldade de determinação da natureza do poder constituinte não é algo dele exclusiva. Semelhante dificuldade pode ser encontrada ao se abordar temas capitais da filosofia política e direito constitucional, como é o caso do estado de exceção⁴, da guerra ou da revolução⁵.

De fato, pode-se afirmar que a ideia de poder constituinte situa-se em uma zona de indeterminação (zona gris) entre o direito e a política, não sendo propriamente um conceito jurídico, nem muito menos uma questão de pura força determinada exclusivamente pela dinâmica das forças políticas do Estado.

Habitualmente, para a compreensão da teoria do poder constituinte, há três modelos distintos, quais sejam, o historicista (revelar a norma) de matriz inglesa, o americano (dizer a norma) e o francês (criar a norma), também conhe-

cido por sua natureza revolucionária. Devido às proporções do presente texto, vamos centrar nossas atenções no modo como o constitucionalismo francês compreende o poder constituinte.

Da forma como o Direito Constitucional brasileiro compreende a teoria do poder constituinte, em especial o denominado poder constituinte originário, que cria a primeira Constituição ou que marca a substituição da vigente por uma nova ordem positiva, por qualquer motivo que seja (revolução, golpe de Estado, transição democrática de regime, etc.), percebe-se a clara influência da doutrina constitucional francesa, ainda muito forte, nos estudos que definem o poder constituinte originário como manifestação “inicial, ilimitada e incondicionada”⁶.

Em suma, o constitucionalismo revolucionário – encabeçado pelos escritos do abade francês Sieyès – vê a possibilidade de um radical rompimento com todo o sistema institucional anterior à revolução e, com essa ruptura, a possibilidade de criação constitucional a partir do nada.

Percebe-se, em tal forma de raciocínio, uma forte influência da teologia cristã, o que dá margem à formação de uma teologia política, conferindo características quase divinas ao poder constituinte (originariedade, autonomia e onipotência), de forma muito parecida com o conceito de soberania formulado pelos filósofos medievais e também da era moderna (quando do florescimento dos Estados Nacionais) a partir da fórmula da suprema *potestas superiorem non recognoscens*⁷.

Deve-se repelir a ideia que se tenta propagar por meio do constitucionalismo francófono de uma possibilidade de criação jurídico-político a partir da ausência de qualquer referência normativa (axiológica, jurídica, religiosa, etc.), como que na tentativa de criar um Deus secular, um resquício de metafísica (e da teologia política de característica medieval) na ordem estatal que deve ser repelida pela tese republicana do caráter estritamente laico do Estado. A propósito, este é um dos principais pontos do projeto liberal (ou liberdade dos modernos⁸) que embasa a revolução francesa, ou seja, o Estado e (principalmente) o direito como frutos da criação racional humana.

Dessa forma, na atualidade, não é possível concordar com a concepção que os revolucionários franceses (1789) deram ao poder constituinte originário, mais ainda nos tempos de Estado secular da atualidade, no qual se rejeita (ou se deveria rejeitar) a influência de uma teologia secularizada (por mais contraditória que tal expressão possa parecer) na formação da dinâmica política.

Cabe ressaltar, portanto, que a Constituição não se forma a partir de um vazio normativo e o poder constituinte originário – mesmo que em sua primeira aparição na sociedade – não cria o Estado a partir do nada.

A partir da tese de que o poder constituinte originário não atua construindo tudo a partir do nada, vislumbra-se a necessária vinculação jurídica do mesmo a determinados princípios.

Isto significa que a liberdade de criação do poder constituinte é relativa, por mais que a sua atividade venha a plasmar a forma que o Estado e o próprio processo político deverão assumir. Portanto, além da vinculação política (vontade popular⁹), o poder constituinte submete-se a limitações das mais variadas formas (jurídica, econômica, sociológica, ética, princípios internacionais, etc.). E são exatamente tais limites que conferirão legitimidade à Carta Política ante a sociedade que ela busca conformar.

3 O ANTAGONISMO E SUA PRESENÇA NA POLÍTICA PÓS-MODERNA

Na atualidade, cresce uma voz de natureza otimista que tenta tornar sólida a ideia de que a política é um espaço plural que busca a realização da felicidade de todos, sem distinção alguma, ou seja, a política seria o espaço para propagação da felicidade. De acordo com esse objetivo, a fraternidade teria papel essencial como princípio informativo da ação política, regulador do exercício razoável da liberdade e igualdade¹⁰.

Por mais animadora ou até mesmo sedutora que seja tal ideia, não é possível seguir por tal senda. Afinal de contas, a natureza da política, desde seus primórdios, está ligada ao antagonismo.

A fraternidade pode ser mais aplicada como princípio jurídico do que como elemento essencialmente político. A política é ação humana que sempre tenta fugir das esferas de controle, mostrando-se incompatível, comumente, com a mediação, com o sopesamento de interesses. Por sua vez, é sempre o direito que busca a conciliação não alcançada pela política, o equilíbrio no intuito de preservar a instância de convivência que conhecemos como sociedade.

Por mais que possa a política “ser vista como uma espécie de espaço de convivência (a *polis* do mundo antigo) dentro da qual os seres humanos procuram sua realização coletiva”¹¹, este espaço convivencial sempre será marcado pelo conflito e pela contraposição – moderada ou extrema, dependendo do caso – dos interesses políticos de vários grupos sociais.

Ao se observar a práxis política contemporânea, pode-se encontrar, com muito mais facilidade, a contraposição mais ou menos intensa entre facções políticas do que a mediação fraterna de interesses, como já afirmado anteriormente. Isto ocorre porque o ser humano é um animal naturalmente conflituoso, que tende sempre a maximizar a plausibilidade de seus interesses em detrimento dos interesses diversos dos seus. Da mesma forma, o homem tende a agrupar-se em torno dos seus semelhantes, daqueles que demonstram ter interesses compatíveis ou parecidos com os seus na intenção de atingir sua máxima satisfação.

A reunião de grupos com membros possuidores de interesses semelhantes e sua confrontação com outros grupos de interesses contrapostos remissiva aos primórdios da humanidade é a raiz da política contemporânea, em especial se

analisarmos a ordem internacional. Nesse contexto, literalmente, o século XXI notabilizou-se pela radical divisão do globo entre amigos e inimigos, dependendo dos seus interesses, nem sempre totalmente aparentes e, muitas vezes, portadores de discursos demagógicos, em que o que se defende não é aplicado dentro de seu próprio território¹².

Dessa forma, adotando-se o paradigma antagonista para a compreensão de fenômeno político, ganham relevância as ideias do jurista alemão Carl Schmitt (1888-1985), um dos bastiões do Direito Público tedesco antinormativista no século XX – em clara oposição à escola neokantiana encabeçada por Hans Kelsen¹³ – e grande opositor da República de Weimar (1919-1933). Schmitt também foi colaborador do regime nacionalsocialista, assim como algumas outras figuras intelectuais alemãs como Martin Heidegger (1889-1976), Ernst Jünger (1895-1998) e Karl Larenz (1903-1993).

A proposta de Schmitt é a reconstrução (que, ao mesmo tempo, não deixa de ser uma desconstrução como bem nos lembra Jacques Derrida) do político na busca de um conceito autônomo¹⁴.

Segundo Schmitt, não há uma definição independente sobre o que é o político. Tal conceito é sempre remissivo a alguma outra realidade (moral, estética, religião, economia, etc.). Em geral, “o Estado surge [...] como algo político, o político, porém, como algo estatal; evidentemente um círculo que não satisfaz”¹⁵.

A grande busca do pensador alemão é a construção de um conceito do que seria o político que não fizesse referência a nenhum outro conceito existente no pensamento contemporâneo. Schmitt sempre *autuou* em prol da autonomia da definição do político, um dos tópicos mais obscuros e espinhosos da filosofia política desde a época clássica¹⁶.

A partir de alguns conceitos platônicos presentes em “A República”, Schmitt formula uma tese bastante original. O político, segundo o autor alemão, seria baseado unicamente na aproximação entre amigo (*Freund*) e inimigo (*Feund*), ou seja, a distinção amigo-inimigo seria o critério do político e apenas esta distinção de aproximação ou repulsão definiria o que vem a ser político: “na medida em que ela não é derivável de outros critérios, corresponde, para o político, aos critérios relativamente independentes das demais contraposições”¹⁷.

Em suma, “Schmitt não se propõe a estabelecer uma definição da política, mas fixar o critério derradeiro cuja aplicabilidade a certa instituição, ideia ou ação permite qualificá-la de política e diferenciá-las de outras instituições, ideias ou ações que carecem de valor político”¹⁸.

Contudo, apesar de certa correspondência entre o conceito schmittiano de política e a conjuntura política contemporânea, haveria um liame entre a distinção amigo-inimigo e o poder constituinte originário?

Tal relação é bastante evidente. O caráter heterogêneo assumido pela sociedade contemporânea torna a dinâmica política um *pluriversum* de grupos

mais próximos (amigos) ou mais distanciados (inimigos). Tais grupos necessariamente irão lutar – com maior ou menor possibilidade de um confronto que pode ultrapassar as mobilizações pacíficas ou a retórica política, sempre estando presente a possibilidade de conflito bélico¹⁹ como uma situação emergente num eventual futuro²⁰ – pelo controle do Estado, procurando moldá-lo segundo seu próprio modo de entender a convivência.

A partir daí, podemos observar o poder constituinte originário sob uma perspectiva diferente da tradicionalmente difundida pelo pensamento constitucional. O momento diretamente posterior ao conflito político que interessa o presente estudo.

4 A DECISÃO POLÍTICA FUNDAMENTAL E A MOLDAGEM DO ESTADO

Tradicionalmente o exercício do poder constituinte originário é entendido como algo ligado à elaboração da Constituição por meio de uma assembleia constituinte. Não é esse o entendimento aqui externado, como já demonstrado anteriormente (p.2).

Mais importante do que a institucionalização do poder constituinte²¹ é a tomada de decisão por parte da comunidade, a escolha fundamental de ter uma (ou uma nova) Constituição. Em verdade, é esta decisão que será realmente o ente formador do Estado. É a partir da definição de quem tomará a decisão política fundamental (grupo que se sobrepuser no conflito político) que se definirão os caminhos a serem seguidos na fase de institucionalização do poder constituinte.

Dessa forma, entendemos que importante para a compreensão de poder constituinte originário é a decisão política fundamental da comunidade de ter uma constituição. Contudo, tal decisão deve sempre se ater aos marcos estabelecidos pela sociedade e certas compreensões ideológicas inerentes à própria sociedade, ou seja, seu exercício é necessariamente uma expressão de poder limitado.

Contudo, certos problemas emergem da presente compreensão de poder constituinte e do próprio antagonismo em si.

Em primeiro lugar, não se pode negar o caráter necessariamente democrático que uma Constituição deve ter na atualidade. Pensar de forma oposta iria de encontro às ideias primordiais que fundaram a sociedade contemporânea (inspirada nos ecos da Revolução Francesa). Por outro lado, com a complexidade social que vislumbramos hoje em dia, fica cada vez mais difícil contemplar todos os segmentos da sociedade de forma igualitária, da forma como preconiza o moderno entendimento de democracia e pluralismo político.

O problema da complexidade se agrava com a compreensão da política sob uma perspectiva antagonista. Se há sempre um conflito mais ou menos intenso

no seio da sociedade, conflito este em que necessariamente haverá uma divisão entre vencedores e derrotados, como realizar o ideal democrático do pluralismo político por meio da Constituição?

A partir da vitória de um grupo na disputa pelo monopólio da decisão política fundamental, poderão seguir-se dois caminhos, caminhos estes que implicam em opções totalmente diversas entre si.

Em primeiro lugar, há a possibilidade de que, após a vitória no conflito, o grupo vencedor, agora politicamente preponderante, seguirá rumo a uma democracia da identidade nos moldes formulados por Carl Schmitt²². Dessa forma, haveria a perpetuação do conflito pré-constitucional entre amigos e inimigos, de modo que, após a formação da Constituição, criar-se-ia um bloco político preponderante e outro marginalizado, com a única opção de aderir ao projeto político adversário ou ser eliminado. Tal opção faz-se no intuito de formar uma unidade política homogênea, inexistindo a possibilidade de contemplação de minorias em tal forma de organizar o Estado.

A segunda possibilidade, numa perspectiva diametralmente oposta, também apresenta um dado setor como vencedor do conflito para decidir acerca da criação de uma nova Constituição e dos rumos a serem tomados pelo Estado no momento da criação de uma nova ordem jurídica (controle da institucionalização do poder constituinte). No entanto, após a formação da Constituição, ao contrário da primeira opção, busca-se conciliar os antagonismos, conferindo a possibilidade de participação dos grupos vencidos nas decisões dos rumos estatais com claro respeito aos direitos das minorias na tentativa de construção de uma unidade política baseada na pluralidade.

A segunda opção mostra-se mais compatível com a ideia de Estado Material Democrático de Direito ventilada pelo constitucionalismo na atualidade, com a formação de uma ordem política plural na qual todos os segmentos da sociedade devem ter voz ativa na definição dos rumos do Estado, rumos estes que devem, necessariamente, ser definidos por meio do consenso.

Não obstante as qualidades da segunda opção, que representa a atenuação dos conflitos entre interesses opostos dentro do Estado, ainda prosseguem dilemas de complexa solução: como assegurar a participação das minorias nos governos com o intuito de formação de uma ordem política plural? Como assegurar a superação (ou atenuação) dos antagonismos no intuito de buscar o progresso da sociedade? Como garantir que a participação das minorias na política estatal não seja massacrada pela maioria, compondo apenas um pluralismo de matriz formal, na qual a participação existe, mas nunca consegue ser efetiva?

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os questionamentos apresentados são estratégicos para a democracia, o Direito Constitucional, a Teoria da Constituição e Ciência Política atuais, pois, a criação de uma Constituição democrática e de uma unidade política que sejam

realmente plurais é o grande desafio de tais disciplinas e da sociedade atual, que busca unir sem massacrar.

A partir dos argumentos aqui desenvolvidos, mostra-se importante a compreensão do poder constituinte, não como uma entidade quase teológica, mas sim como a expressão de um poder necessariamente popular (a modernidade que se busca construir na atualidade não se mostra tolerante com regimes de força, de exceção ou aristocráticos, sempre buscando a democracia plena como ideal), exercido de forma limitada com observância aos marcos fixados pela própria sociedade por meio de sua “vontade de Constituição”.

O pluralismo é sempre um horizonte almejado pela política e pelo direito, Porém, sua realização é de difícil consecução. O pluralismo pode ser visto como um mito que precisa ser concretizado. Na atualidade, é muito complexa sua observação fática para além das declarações de formação de uma sociedade plural, fraterna e solidária presentes em várias Constituições do mundo. A formação de uma sociedade plural mostra-se de vital importância, pois, é apenas com um verdadeiro pluralismo que se poderá atingir uma plena democracia. Afinal, não é possível entender como democrático um regime político ou uma Constituição que consagrem apenas os direitos de uma maioria, sem a defesa de um espectro mínimo de satisfação para as minorias, o que redundará necessariamente na busca do equilíbrio entre tais grandezas sociais.

Os antagonismos existem, independentemente de construções filosóficas que queiram entender o processo político sob uma ótica idealista de fraternidade. Entretanto, tais antagonismos devem ser superados (sempre que possível, uma vez que não se descarta a existência de posições totalmente incompatíveis) no intuito de evolução do Estado e da sociedade para a formação de uma unidade política realmente plural, na qual todos os setores da sociedade possam conviver com a participação realmente efetiva na definição dos rumos do Estado.

Os problemas aqui abordados são de complexa solução. Esta surgirá no futuro, com o aperfeiçoamento das instituições do Estado de Direito. Mais do que um dado ou uma simples instituição escrita numa “folha de papel”, deve ser construído por todos os membros da sociedade.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.
- _____. *Mezzi Senza Fine: Note Sulla Politica*. Torino: Bollati Boringhieri, 2008.
- ALMEIDA FILHO, Agassiz. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- ALMEIDA FILHO, Agassiz; BARROS, Vinícius Soares de Campos (Org.). **Manual de Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- ARENDT, Hannah. **Sobre a Revolução**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

- BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BRAVO, Ramón Campderrich. *La palabra de behemoth: Derecho, Política y orden internacional en la obra de Carl Schmitt*. Madrid: Trotta, 2005.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- _____. **Estudos Sobre Direitos Fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político**. Petrópolis: Vozes, 1992.
- _____. **O Conceito do Político/ Teoria do Partisan**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

-
- 1 Sobre a questão da sociedade de risco, um dos estudos mais interessantes na atualidade é realizado pelo sociólogo alemão Ulrich Beck em *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.
 - 2 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 77.
 - 3 *Ibid.*, p. 65.
 - 4 Para uma tentativa de compreensão jurídica desse obscuro instituto, Cf. AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. Entre os trabalhos clássicos, Cf. SCHMITT, Carl. In: *A Crise da Democracia Parlamentar. Teologia Política: Quatro Capítulos sobre a Doutrina da Soberania*. São Paulo: Scritta, 1996, p. 81 e ss.
 - 5 Interessante conceito de guerra e revolução (e a distinção entre os dois) pode ser encontrado em ARENDT, Hannah. **Sobre a Revolução**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 35-46.
 - 6 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 198.
 - 7 Poder Superior que não reconhece outro acima de si. A genealogia desse termo e conceito pode ser claramente vista a partir do estudo sobre a soberania realizado pelo filósofo italiano Luigi Ferrajoli em **A Soberania no Mundo Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 1 e ss.
 - 8 Sobre a distinção entre liberdade dos antigos e liberdade dos modernos, esclarecedor é o texto de J. J. Gomes Canotilho, *O Círculo e a Linha: Da Liberdade dos Antigos à Liberdade dos Modernos na Teoria Republicana dos Direitos Fundamentais*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estudos Sobre Direitos Fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 1 e ss.
 - 9 A referência à vontade popular aqui externada é a ideia de povo como grandeza pluralística (Peter Häberle). Não obstante tal conceito de povo, é sempre importante não olvidar as leituras biopolíticas que podem ser feitas sobre o conceito de povo. Nesse sentido, é pertinente a crítica de Giorgio Agamben, em *Povo como corpo político integral*, e, em outro sentido quase que oposto, em povo como multiplicidade fragmentária de corpos (pessoas) necessitados e excluídos. Sobre a dualidade de Povo como grandeza política organizada e povo sinônimo de 'cidadãos de segunda classe' e massa excluída do processo político, Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Che Cos'è un Popolo?* In: AGAMBEN, Giorgio. **Mezzi Senza Fine**: *Notte Sulla Politica*. Torino: Bollati Boringhieri, 2008, p. 31.
 - 10 Em tais termos, Cf. BAGGIO, Antonio Maria (Org.). **Il Principo Dimenticato**: *La Fraternalità nella Riflessione Politologica Contemporanea*. Roma: Città Nuova, 2007.
 - 11 ALMEIDA FILHO, Agassiz. Carl Schmitt e o Antagonismo Político. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; BARROS, Vinícius Soares de Campos. **Novo Manual de Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 468.

- 12 Referimo-nos aqui à mudança de tom na política internacional – e até mesmo nacional, já que nos últimos anos tem se fortalecido, principalmente no Direito Penal o discurso antigarantista, com a interpretação limitadora e até mesmo o retrocesso dos direitos e garantias fundamentais – ocorrida após 2001, com a sem sentido guerra ao terror. Esta consiste na imposição forçada (muitas vezes por meio de intervenções militares) de regimes democráticos em alguns países do mundo considerados pela doutrina da guerra preventiva como Estados fracassados, entre outras construções doutrinárias que se baseiam na negação do outro em moldes antagonistas e na prevalência dos argumentos mais fortes (ou mais bem armados). Sobre este panorama sombrio da política externa no atual século, Cf. CHOMSKY, Noam. **Estados Fracassados**. São Paulo: Bertrand Brasil, 2009.
- 13 A disputa intelectual entre Schmitt e Kelsen até meados dos anos 1930/1940 pode ser compreendida como uma das mais acirradas do século XX. Sobre o debate dos dois em relação ao controle concentrado de constitucionalidade, Cf. HERRERA, Carlos Miguel. La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la constitución. **Revista de Estudios Políticos**, n. 86, p. 195-227.
- 14 Sobre a busca de Carl Schmitt por um conceito autônomo do político, Cf. FLICKINGER, Hans Georg. A Luta pelo Espaço Autônomo do Político. In: SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político**. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 9-26 (apresentação).
- 15 SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político**. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 44.
- 16 Não devemos confundir a autonomia buscada por Schmitt para o que vem a ser o político com a pureza metodológica preconizada por Kelsen, promovendo, assim, uma aproximação indevida e impensável. Sobre as origens da pureza buscada por Hans Kelsen na construção de sua Teoria do Direito, Cf. KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007.
- 17 SCHMITT, 1992, op. cit., p. 51-52.
- 18 BRAVO, Ramón Campderrich. **La palabra de behemoth: Derecho, Política y orden internacional** en la obra de Carl Schmitt. Madrid: Trotta, 2005, p. 42.
- 19 O desencadeamento da guerra como decorrência da hostilidade entre amigos e inimigos na obra de Schmitt não se mostra como algo obrigatório. Dela também não resulta necessariamente a construção de um estado de beligerância permanente, a exemplo da guerra de todos contra todos do estado de natureza hobbesiano. Percebe-se que, na obra de Carl Schmitt, a guerra é vista como *ultima ratio* do conflito entre amigos e inimigos, uma última solução ante a intensificação do conflito entre as grandezas políticas e a impossibilidade de conciliação. Nessa mesma linha que Lívio preconizava que “é justa a guerra que é necessária, e sagradas são as armas quando não há esperança senão nelas”. Apud ARENDT, Hannah. **Sobre a Revolução**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 37.
- 20 Ressalte-se que defendemos a interpretação da teoria política de Carl Schmitt segundo a qual a guerra não pode ser um estado permanente dentro do ente estatal, mas tão somente uma eventualidade que poderá acontecer quando do choque entre amigos e inimigos. Superada a fase de conflito e moldado o Estado segundo a vontade do grupo vencedor, desaparece o estado de guerra, apesar da tensão sempre presente entre o grupo vencedor e os remanescentes do grupo vencido na disputa pelo poder. Em sentido contrário à nossa posição, Cf. ALMEIDA FILHO, Agassiz. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 241.
- 21 Com a institucionalização da decisão política, aquilo que figura entre os indivíduos como força convivencial viva, relativamente desprovida de sistematização, converte-se em linha mestra sobre a qual a vida em comunidade vai se estruturar. ALMEIDA FILHO, op. cit., p. 243.
- 22 A ideia de democracia da identidade em Carl Schmitt manifesta-se como a identidade entre governante e governados. No entanto, segundo o pensador alemão, tal identidade apenas pode tornar-se algo efetivo num ambiente de homogeneidade político-social, ou seja, numa sociedade na qual não exista pluralismo. Esse paradigma schmittiano deve-se ao temor de que uma impossibilidade de conciliação entre vários grupos sociais conduza à eliminação do Estado.

THE PROBLEM OF POLITICAL ANTAGONISM IN THE FORMATION OF ORIGINAL CONSTITUENT POWER

ABSTRACT

The present work is an investigation into the problem of the political antagonism in the formation of original constituent power and a special peculiarity about it. In general, when considering politics, one does not emphasize its conflictual character enough. Although brief, the current investigation seeks to highlight the conflict behind the formation of original constituent power, since it is not formed by consensus but through conflict and, through this understanding of the antagonism in politics, to emphasize the essentially limited nature of original constituent power, in contrast with the classical conception of it as a creation *ex nihilo*. In this paper, we used essentially the political conceptions of the German author Carl Schmitt (1888-1985), who has always been known for the search for an understanding of political autonomy.

Keywords: Antagonism. Carl Schmitt. Fraternity. Original constituent power.

O BALANÇO SOCIAL COMO INSTRUMENTO JURÍDICO DA CIDADANIA

*Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini**
*Ane Elize Deonara Müller***

1 Introdução. 2 Responsabilidade Social da Empresa. 3 Balanço Social. 3.1 Considerações Iniciais. 3.2 Histórico. 3.3 Definição. 3.4 Finalidade. 3.5 Conteúdo. 4 O Balanço Social como Instrumento Jurídico da Cidadania. 5 Considerações finais. Referências.

RESUMO

O presente estudo versa a respeito do balanço social. Num primeiro momento, busca-se contextualizar o balanço social no âmbito da responsabilidade social das empresas. Na sequência, analisa-se o balanço social quanto à sua origem, ao seu conceito, conteúdo e à sua finalidade, enfrentando, em seguida, a questão de sua obrigatoriedade. Por fim, identifica-se por que o balanço social merece ser considerado instrumento de concretização da cidadania.

Palavras-Chave: Balanço Social. Instrumento Jurídico. Cidadania.

1 INTRODUÇÃO

O balanço social vem sendo estudado há algumas décadas, contudo, somente nos últimos anos, o tema vem recebendo destaque. O seu estudo é essencial, pois é, por intermédio desse instrumento, que se pode aferir a responsabilidade social da empresa.

No sistema capitalista, as empresas tornam-se cada vez mais importantes, devido à relevância que assumem no cenário global e nacional na produção e distribuição de riquezas. Não há como negar o caráter vital das empresas à manutenção da sociedade, visto que, por meio delas, são ofertados empregos e arrecadados impostos, são produzidos bens e serviços, muitos dos quais essenciais para o bem-estar da população.

* Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professor do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Líder do grupo de pesquisa “Ética, Direitos Fundamentais e Responsabilidade Social” do UNICURITIBA. Professor da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná – FEMPAR. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. E-mail: mateusbertoncini@uol.com.br

** Advogada. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Membro do grupo de pesquisa “Ética, Direitos Fundamentais e Responsabilidade Social” do UNICURITIBA. Endereço eletrônico: ane_elize@yahoo.com.br

Por outro lado, não se pode negar que a atuação empresarial abusiva e descomprometida com o bem comum, focada exclusivamente no lucro, pode acarretar sérios gravames ao meio ambiente, aos trabalhadores, aos consumidores e à sociedade em geral, criando externalidades nocivas ao meio social, com a distribuição descontrolada de prejuízos de vários matizes ao homem, nas dimensões individual e coletiva.

Dessa forma, mister é que a atuação empresarial promova o desenvolvimento da própria sociedade na qual está inserida, bem como se oriente por diretrizes de preservação do meio ambiente, de respeito aos direitos dos trabalhadores, dos consumidores e da sociedade em geral, tal qual definidos em nossa Constituição Econômica.

Por sua vez, a mensuração desse comportamento responsável apresenta-se como necessária, daí decorrendo a importância do balanço social. Objetivando-se estudá-lo, almeja-se compreendê-lo inicialmente na perspectiva da responsabilidade social da empresa, para, em seguida, analisá-lo sob os prismas histórico, conceitual e teleológico. Feito esse levantamento prévio, propõe-se o enfrentamento dos seguintes problemas: como se poderia definir o balanço social? O balanço social é obrigatório no Direito brasileiro? Pode ele ser considerado um instrumento da cidadania? Trata-se, enfim, de instrumento jurídico da cidadania?

Para a realização da pesquisa, utilizar-se-á o método teórico-bibliográfico, pelo qual serão aplicados textos constantes de livros, artigos e publicações jurídicas no geral. Abordar-se-á o tema de maneira dedutiva e dialética, para se compreender o balanço social no contexto do sistema jurídico brasileiro.

Definidos o tema, os objetivos, os problemas e o método, passa-se a estudá-lo, naturalmente sem a pretensão de esgotá-lo neste artigo, tamanha a sua complexidade e implicações práticas e jurídicas.

2 RESPONSABILIDADE SOCIAL DA EMPRESA

É cada vez maior a preocupação das empresas em pautar sua atuação nos princípios basilares da sustentabilidade. Assim, “estas vêm comportando-se de maneira responsável em relação a seus recursos e impactos, com destaque especial às áreas do meio ambiente, das relações com a comunidade, práticas trabalhistas, dentre outras”.¹

Nesse aspecto, o balanço social pode ser expresso como a principal forma de externalização da responsabilidade social da empresa. Dessa maneira, é importante, num primeiro momento, analisar, ainda que perfunctoriamente, o conceito, bem como as principais implicações do estudo da responsabilidade social empresarial.

Com efeito, as empresas representam uma força-motriz essencial no meio social. Elas geram empregos, produtos, serviços, tributos, etc., interferindo nas

esferas privada e pública, possuindo notório poder frente à sociedade contemporânea, no plano não apenas econômico, como também nos níveis político e jurídico, conforme leciona Fabiane Lopes Bueno Netto Bessa:

Embora seja uma construção jurídica de apenas 200 anos, a empresa corporífica e retroalimenta alguns dos pilares da ética contemporânea, construindo, no desenvolver de sua atividade empreendedora, os contornos econômicos, políticos e jurídicos predominantes no mundo ocidental.²

Após analisar os posicionamentos de diferentes vozes da sociedade civil, do meio empresarial, do Poder Público e de organismos internacionais acerca da atuação empresarial face à sociedade, a autora destaca:

Cravadas em todos os pronunciamentos, estão a função social da empresa, sua co-responsabilidade para com o desenvolvimento socioambiental, a exigência de uma atuação ética e sensível às necessidades dos grupos que, de alguma forma, são afetados pelas atividades desenvolvidas pela empresa, e a administração adequada dos impactos causados por tais atividades.³

Isso permite chegar à conclusão de que, embora a empresa tenha por escopo auferir lucro, deve atuar respeitando o meio ambiente e estimulando o desenvolvimento da sociedade, tendo em vista a relevância que assumiu no seio social nos últimos duzentos anos, ou seja, os poderes econômico, político e jurídico que possuem, indubitavelmente, implicam responsabilidades éticas e jurídicas.

Observa-se que a responsabilidade social não é filantropia empresarial, mas se trata da obrigação empresarial que visa à qualidade das relações que estabelece, bem como a geração de valores para todos. Se a empresa obtém vantagens e lucros junto a uma dada sociedade, naturalmente deve assumir os ônus respectivos, decorrentes de sua atuação.

Não teria sentido se admitir que a empresa explorasse os recursos naturais e não tivesse o correspondente dever de preservar o meio ambiente; não haveria sentido a exploração do mercado de consumo de bens e serviços, sem o correspondente dever de respeito aos consumidores; é insustentável a extração de vantagens do mercado de trabalho, sem que se respeitem os direitos sociais dos trabalhadores. Essas obrigações devem ser suportadas pelas empresas e não pelo Estado, como linha de princípio. A responsabilidade social empresarial, portanto, não se confunde com a filantropia.

Mariesa Toldo define bem tal cenário ao escrever que:

Diante do desafio de acompanhar a ampliação de mercados, de novos concorrentes, e uma sociedade cada vez mais exigente, as empresas seguem os caminhos do avanço tecnológico, do fluxo rápido de informações, da gestão de capital, da formação de mão de obra e da preocupação com a comunidade. Mas, como são os

atos humanos que realizarão tais atividades para o êxito, ou não, da organização, percebe-se, então, que a empresa, além de ser uma realidade econômica, é também uma realidade social. Assim, o investimento em qualidade vai além dos produtos e processos e abrange os públicos da empresa, que são: os acionistas, os funcionários, os consumidores/clientes, os fornecedores, o meio ambiente, o governo e a comunidade. Com essa realidade, as empresas assumem na sociedade uma posição mais ampla, surgindo a discussão sobre o seu papel como agentes sociais no processo de desenvolvimento.⁴

O velho capitalismo oitocentista não existe mais. No Brasil do século XXI, a ordem econômica e financeira é regida por princípios gerais da atividade econômica, tais como valorização do trabalho, dignidade humana, soberania nacional, função social da propriedade, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente e redução das desigualdades. Esses valores somam-se aos tradicionais princípios da ordem econômica capitalista, igualmente previstos na Constituição de 1988: livre iniciativa, propriedade privada e livre concorrência.⁵

A responsabilidade social da empresa decorre essencialmente desses novos valores acrescidos aos clássicos princípios da ordem econômica capitalista, dessumindo-se assim que a responsabilidade social empresarial não é algo gratuito, filantropo, mas uma obrigação jurídica imposta e informada pelos apontados princípios constitucionais gerais da atividade econômica.

Assim, a empresa não pode mais ser analisada somente do ponto de vista econômico, cujo único objetivo se centra na produção de riquezas. Atualmente, a empresa possui também caráter social, como decorrência de seu comprometimento com os valores da sociedade previstos na Constituição (princípios da ordem econômica), jamais se perdendo de vista o seu escopo de obter lucro.

Diante de tal contexto, o balanço social apresenta-se como um dos instrumentos para se avaliar a referida responsabilidade social empresarial, tema dessa pesquisa.

3 BALANÇO SOCIAL

3.1 Considerações Iniciais

Diante das exigências de um agir responsável por parte das empresas, estas devem desenvolver uma postura ética apropriada. Nesse sentido, Jucelaine Bitarello e Sandro Debastiani lecionam:

O exercício desta responsabilidade social agrega valor à economia e à sociedade, desde que calcado no desenvolvimento humano, social e ambiental e embasados por princípios éticos e morais de responsabilidade, respeito e solidariedade.

Nesse novo contexto, surgiu a Contabilidade Social, com o propósito de não somente apresentar as Demonstrações Financeiro-Econômicas, mas também, aquelas de caráter social e ambiental.⁶

Para esses autores, o balanço social se enquadra como uma forma de contabilidade, a contabilidade social, ao lado da contabilidade econômico-financeira:

Sendo a contabilidade um instrumento que gera informações, a contabilidade social é uma parte da contabilidade que tem como premissa estudar as influências das variações da entidade na sociedade e no meio ambiente em que está inserida. A efetivação da contabilidade social requer que o administrador adote uma forma de gerir e demonstrar as mutações quantitativas e qualitativas por meio do Balanço Social.⁷

O balanço social seria, então, essa demonstração da contabilidade social, destinado a mensurar as “mutações qualitativas e quantitativas” no meio social, decorrentes da intervenção de uma dada empresa na sociedade, movida por sua responsabilidade social, de natureza ética e jurídica (princípios constitucionais da atividade econômica).

3.2 Histórico

O balanço social não constitui um novo objeto de estudo. Nas palavras de Alexandre Husni:

Não é recente o esforço de determinados setores empresariais brasileiros na busca da consolidação de informações referenciais e técnicas contábeis que possam formar uma peça que se convencionou chamar de balanço social, composta, principalmente, por vários indicativos que possam levar a uma boa interpretação do nível de envolvimento social da empresa com questões de relevo e destaque nesta área.⁸

Remonta-se à década de 70 o marco inicial dos estudos referentes ao balanço social, o que se deu, precipuamente, na Europa e nos Estados Unidos. Especificamente como marco legal, tem-se o ano de 1977 como o surgimento do balanço social no universo jurídico. A lei francesa nº. 77.769 determinou a publicação do balanço social, o chamado de *bilan social*, voltado, contudo, às relações trabalhistas. Após a edição de tal lei, surgiram outras iniciativas.

No Brasil, o primeiro balanço social foi apresentado em 1985 pela Nitrofertil, embora no meio acadêmico tal tema já estivesse em discussão desde o final dos anos 70.

O tema alcança novos patamares em meados de 1997, devido à influência do sociólogo Herbert de Souza – à época à frente do Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas (IBASE) – num forte movimento no meio empresarial de reflexão acerca do papel da empresa no desenvolvimento da sociedade e do conceito de cidadania empresarial.⁹

É nesse momento que se traz à colação a importância de um modelo de balanço social, bem como a definição de indicadores relevantes, com o intuito de demonstrar a atuação socialmente responsável das empresas. Somente em 2001, houve o lançamento do “Guia de elaboração de Relatório e Balanço Anual de Responsabilidade Social Empresarial”, formulado pelo Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social, trazendo em seu bojo concepções e indicadores do próprio Instituto Ethos, mas também do Global Reporting Initiative e do IBASE.¹⁰

3.3 Definição

Ainda que existam discussões acerca da imprecisão e do desacerto da expressão balanço social, ela vem sendo empregada rotineiramente, havendo várias definições a seu respeito.

A Gerência de Estudos Setoriais do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES assevera que:

Balanço social é o nome dado à publicação de um conjunto de informações e de indicadores dos investimentos e das ações realizadas pelas empresas no cumprimento de sua função social junto aos seus funcionários, ao governo e às comunidades com que interagem, direta e indiretamente.¹¹

Nota-se dessa definição o caráter informativo do balanço social, destinado a revelar o cumprimento da função social da empresa, relativamente ao público com o qual se relaciona – empregados, governo e comunidade.

Já a lei estadual nº 11.440/2000 do Estado do Rio Grande do Sul, prevê, em seu art. 2º, a seguinte definição de balanço social:

Para os fins desta Lei considera-se Balanço Social o documento pelo qual as empresas e demais entidades apresentam dados que permitam identificar o perfil de sua atuação social durante o exercício, a qualidade de suas relações com os empregados, o cumprimento das cláusulas sociais, a participação dos empregados nos resultados econômicos e as possibilidades de desenvolvimento pessoal, bem como a forma de interação das empresas e demais entidades com a comunidade e suas relações com o meio ambiente.

Nota-se que o balanço social definido na lei gaúcha destina-se, precipua-mente, à verificação da atuação social da empresa junto aos seus trabalhadores e em razão dos seus compromissos em face da preservação do meio ambiente.

Por sua vez, Juclaine Bitarello e Sandro Debastiani definem balanço social como:

Um instrumento de gestão e de informação que visa a reportar, da forma mais transparente possível, informações sobre os investimentos na área social e ambiental das entidades. As informações

de caráter social referem-se às condições de emprego, formação e qualificação dos trabalhadores, condições de higiene e segurança no trabalho e investimentos em projetos sociais, entre outras. As informações de natureza ambiental referem-se aos projetos da empresa relacionados à proteção e à preservação do meio ambiente.¹²

Tal qual a lei gaúcha, o foco são as informações relacionadas aos direitos dos trabalhadores e ao meio ambiente. A novidade reside na consideração desse instrumento como instrumento de gestão e não somente como mecanismo de informação.

A definição de João Eduardo Prudêncio Tinoco igualmente considera o balanço social como um instrumento de gestão e informação. Ponderando-se tal aspecto, o autor assevera que “o Balanço Social (BS) é um instrumento de gestão e de informação que visa a reportar informações de cunho econômico e social do que aconteceu e acontece, numa entidade, aos mais diferenciados usuários, dentre estes, os assalariados”.¹³

Traço comum nessas definições de balanço social é a sua finalidade informativa associado à publicação de dados relevantes para a coletividade – direitos sociais dos trabalhadores e direito ao meio ambiente. É, também, mecanismo de gestão empresarial e estatal, pelo fato de servir como referência para a adoção de estratégias empresariais, bem assim como instrumento para a definição de políticas estatais, inclusive aquelas destinadas a estimular as empresas socialmente responsáveis.

Objetiva tornar públicos os dados socialmente relevantes da empresa, para que a sociedade – na qual a empresa está inserida – possa estar ciente do grau de comprometimento social e, por conseguinte, do nível de responsabilidade social de uma dada entidade empresarial. A informação é, sem dúvida, essencial, por ser a chave para se compreender como o balanço social atua como instrumento da cidadania. É a partir da informação que as estratégias empresariais e as políticas públicas são montadas.

Pode-se até mesmo afirmar que o direito à informação se constitui numa precondição à democracia, visto que num regime democrático é inadmissível a vedação à informação.

As informações relacionadas a quais empresas atuam em conformidade com a responsabilidade social que possuem, perfaz-se no balanço social, disso decorrendo a sua importância, a bem da cidadania.

À informação relaciona-se o direito à participação. É possível compreender o binômio informação/participação como faces de uma mesma moeda: possuem traços marcantes que as individualizam, mas são indissociáveis, estando intrinsecamente relacionadas.

Nesta senda, Fabiane Bessa pontua que “a informação, entretanto, não é só requisito, mas também exercício da participação. É participar pode ser

uma condição para consolidar o direito à informação, bem como para definir a qualidade e adequação dessa informação”.¹⁴

Não se pode negar que apenas participa aquele que está a par das circunstâncias fáticas justificadoras de sua atuação.

Na esteira do que foi dito até esse instante, poder-se-ia conceituar o balanço social como o instrumento de informação e gestão produzido pela empresa, destinado a publicitar dados referentes à sua atuação no meio social, relativamente às suas práticas junto a seus empregados (condições de emprego, formação e qualificação dos trabalhadores, condições de higiene e segurança do trabalho, respeito aos direitos sociais dos trabalhadores), à proteção do meio ambiente, ao menos na área de sua atuação, ao respeito aos direitos de seus consumidores, à redução das desigualdades sociais e regionais ao seu alcance, ao combate à corrupção relativamente às suas práticas empresariais, etc., retratando precisa e periodicamente a sua responsabilidade social, fundada nos princípios constitucionais gerais da atividade econômica, visando à proteção e ao desenvolvimento da cidadania.

Vista a definição de balanço social, analisar-se-á, a seguir, com maior profundidade, as suas finalidades.

3.4 Finalidade

Dada a complexidade da figura do balanço social, é possível afirmar que ela comporta duas finalidades: uma imediata e outra mediata.

A finalidade imediata torna-se evidente: o balanço social objetiva informar seus usuários – quais sejam os “trabalhadores, acionistas, governos, fornecedores, concorrentes, diretores/administradores, estudiosos, clientes, sociedade, sindicatos”¹⁵ – acerca das empresas que pautam suas atividades à luz da responsabilidade social.

Relembrando o que fora há pouco mencionado, a informação é elemento crucial à participação, daí dizer-se que ambas são duas faces de uma mesma moeda. Fabiane Bessa relembra que “o balanço social reflete uma necessidade básica de defesa de direitos constitucionalmente previstos, de defesa dos princípios fundantes da ordem econômica e financeira e da ordem social”.¹⁶

Tal aspecto constituir-se-ia na finalidade mediata do balanço social, visto que, a longo prazo, seu escopo é defender os direitos previstos constitucionalmente. A esse respeito, Bessa pondera que:

O acompanhamento desses dados coletados ano a ano permite ao Poder Público um monitoramento mais realista, e, em decorrência, uma melhor sintonia e coerência entre políticas tributárias, econômicas, ambientais, educacionais, laborais, entre outras.

E, uma vez tornadas públicas as informações, pela publicidade conferida ao balanço social, viabilizam-se o controle social pelo terceiro setor (ONGs, sindicatos), a autorregulação do mercado, o exercício do poder de polícia e a formulação e reformulação legislativa pelo Estado. E criam-se condições objetivas para maior participação e informação também na atuação estatal, sobretudo na demanda pelo equivalente político do balanço social – o orçamento participativo.

Entrelaçam-se direitos fundamentais, responsabilidade social, direito à informação, promoção da cidadania ativa e defesa da concorrência orientada pelo princípio da boa-fé.

Identifica-se, aí, um forte caráter educativo a beneficiar todos esses atores econômicos, sociais e políticos para uma nova percepção do que sejam as relações de consumo, as prioridades políticas e as necessidades sociais em que a atividade empresarial apresente uma participação central, facilitando a compreensão da co-responsabilidade de cada setor da sociedade nos rumos do desenvolvimento social, econômico e ambiental.¹⁷

Observa-se que o balanço social serve à defesa de direitos constitucionalmente albergados, ao informar os entes componentes do trinômio Poder Público, Terceiro Setor e sociedade, a respeito do desempenho das empresas no que se refere às suas responsabilidades de cunho social.

O instrumento auxilia o Poder Público a formular políticas públicas, inclusive de incentivos às empresas, atuando de maneira proativa. Propicia ao Terceiro Setor exercer uma melhor fiscalização da atuação empresarial. Permite à sociedade, que por seus consumidores sustentam economicamente as empresas, participar efetivamente desse processo de democratização das informações, exigindo do Estado a contraprestação justa pela atuação das empresas pautadas na responsabilidade social ou, então, cobrando dele políticas voltadas ao desestímulo de práticas contrárias a essa responsabilidade.

O balanço social também permite às empresas se amoldarem à Constituição Econômica, ajustando-se às diretrizes da responsabilidade social previstas constitucionalmente.

Muito mais do que um relatório sobre as atividades empresariais de cunho social pretéritas, o balanço social “assume um forte caráter educativo na medida em que beneficia vários atores econômicos, sociais e políticos para uma nova percepção do que sejam as relações de consumo, as prioridades políticas e as necessidades sociais em que a atividade empresarial apresente uma participação central”.¹⁸ Com efeito, o estudo do balanço social permite visualizar o entrelaçamento de “direitos fundamentais, responsabilidade social, direito à informação, promoção da cidadania ativa, defesa da concorrência orientada pelo princípio da boa-fé”¹⁹, daí porque se afirmar que o balanço social tem como finalidade mediata a concretização dos direitos previstos constitucionalmente, apresentando-se como um instrumento de proteção da cidadania.

O balanço social visa a resguardar inclusive as gerações futuras, visto que ações praticadas hoje refletirão indubitavelmente no futuro. Empresas socialmente responsáveis no presente, implicarão uma sociedade mais consciente, comprometida e bem estruturada no porvir, em benefício da preservação da humanidade.

3.5 Conteúdo

Verificadas as finalidades, impõe-se analisar o conteúdo do balanço social, ou seja, quais os indicadores que merecem lugar nesse instrumento, reforçando a sua utilidade e importância. A esse respeito, Gilberto Caetano afirma:

O Balanço Social, hoje, é uma ideia bastante difundida e muito mais desenvolvida no mundo do que nas décadas de 1960 e 1970, porque não ficou restrita apenas a dar informações mais detalhadas aos empregados de uma determinada empresa: houve uma ampliação desse escopo.

Esse fato vem beneficiando a sociedade como um todo, haja vista que se começou a pensar na comunidade e nos seus interesses mais gerais sobre certos empreendimentos, atingindo aspectos sociais, como encargos e impostos recolhidos, benefícios relacionados à melhoria da qualidade de vida das pessoas (incluindo-se a preocupação com o meio ambiente, por exemplo), produtos e serviços tecnologicamente mais duráveis e seguros, além de outras questões que ultrapassam as causas meramente econômico-financeiras.²⁰

Ao tratar de seu conteúdo, Guido A. da Silva Carneiro pontua que:

A nova vertente, onde o interesse dominante é a apresentação de indicadores sociais, é traduzida pelo relatório social, BALANÇO SOCIAL, um documento que apresenta a descrição, normatização, avaliação e conhecimento explanatório sobre os problemas sociais, e cujo progresso pode ser identificado pelo menos em três áreas: medição da qualidade de vida e do bem-estar do funcionário na empresa; monitoração das mudanças sociais, bem como desenvolvimento sócioeconômico do ambiente em que a empresa está inserida; comportamento das avaliações efetuadas e previsões para o novo exercício social.²¹

Destarte, a atuação socialmente responsável das empresas é expressa por meio de vários indicadores, a fim de transparecer da melhor maneira o grau de responsabilidade social com o qual as empresas atuam em face de uma dada comunidade. Segundo Fabiane Bessa:

Tais indicadores voltam-se à formulação e avaliação de metas tangíveis (no plano individual: criar postos de trabalho para grupos sociais excluídos ou discriminados, oferecer-lhes capacitação, elevar seu nível econômico; no plano das organizações: transformar formas de gestão; no plano da sociedade: ampliar o espaço cívico-social) e intangíveis (no plano individual: melhora

na autoestima, no plano das organizações: fortalecimento da democracia e da solidariedade nas organizações; no plano social: consolidação de valores, afirmação de atitudes).²²

Os indicadores Ethos de Responsabilidade Social, Global Reporting Initiative (GRI) e o Modelo Ibase são os de maior renome atualmente. Os indicadores Ethos de Responsabilidade Social Empresarial, de acordo com Elizeu Calsing, “foram criados em 1999 como uma ferramenta de aprendizado e avaliação da gestão no que se refere à incorporação de práticas de responsabilidade social empresarial”.²³ O questionário de tais indicadores está dividido em sete temas, quais sejam valores, transparência e governança; público interno; meio ambiente; fornecedores; consumidores e clientes; comunidade; e, por fim, governo e sociedade.

Já o GRI divide-se em duas partes: a definição de conteúdo, qualidade e limite do relatório; e o conteúdo do relatório. Seu escopo é “disseminar globalmente diretrizes para o desenvolvimento e elaboração de relatórios de sustentabilidade – utilizados voluntariamente – para descrever os impactos – sociais, ambientais e econômicos – das atividades, produtos e serviços” de uma empresa.²⁴

O modelo IBASE de balanço social é o mais simples e mais utilizado no Brasil, havendo quatro modelos distintos, quais sejam as empresas em geral, as micro e pequenas empresas, as cooperativas e as instituições de ensino, fundações e organizações sociais. No primeiro modelo, especificamente do ano de 2008, os indicadores estavam divididos em sete blocos: base de cálculo (informações econômicas e financeiras); indicadores sociais internos (investimentos sociais); indicadores sociais externos; indicadores ambientais; indicadores do corpo funcional; informações quanto ao exercício da cidadania empresarial; bem como outras informações importantes para o exercício da responsabilidade social, ética e transparência.²⁵

A título exemplificativo, a empresa Hong Kong and Shanghai Banking Corporation (HSBC), em seu balanço social de 2005, reafirma seu compromisso com a cidadania empresarial já mencionada, reforçando que:

Este Balanço Social é um convite à reflexão. Ao trabalhar para a construção de uma sociedade mais ética, justa e com oportunidades, o HSBC está se tornando um exemplo para outras empresas e para a comunidade. Esse é um papel de grande responsabilidade, que envolve colaboradores, fornecedores, clientes e parceiros, com abrangência nas comunidades em que atuamos.

No Brasil, assim como no mundo, ainda há muito a ser feito, mas índices como o da Revista Fortune, que coloca o HSBC em quarto lugar entre as empresas socialmente responsáveis e em primeiro lugar entre as instituições financeiras, mostram que estamos no caminho certo.

Um dos fatores do sucesso das ações é que elas têm o apoio da própria diretoria executiva do HSBC, que procura mobilizar toda a rede de relacionamento.

(...)

É o Comitê que define, em suas reuniões trimestrais, as diretrizes para programas, projetos e apoios nos campos de educação, meio ambiente e comunidade, além de estabelecer os critérios para os investimentos a serem realizados. Isso traz muita seriedade e transparência para o processo, refletindo nosso compromisso com o desenvolvimento sustentável, ou seja, nosso compromisso com o futuro.²⁶

Em seu balanço social, a empresa ainda informa que, desde 2000, é signatária do Pacto Global – documento criado pela Organização das Nações Unidas, simbolizando um convite do Secretário-Geral ao engajamento do setor privado na prática de dez princípios universais de direitos humanos, do trabalho, da proteção ambiental e do combate à corrupção. Conforme mencionado no documento, são eles: respeitar e proteger os Direitos Humanos, impedir violações de Direitos Humanos, apoiar a liberdade de associação no trabalho, abolir o trabalho forçado, abolir o trabalho infantil, eliminar a discriminação no ambiente de trabalho, apoiar uma abordagem preventiva aos desafios ambientais, promover a responsabilidade ambiental, encorajar tecnologias que não agridam o Meio Ambiente, combater a corrupção em todas as suas formas, inclusive extorsão e propina.²⁷

Além de informar os projetos nos quais a instituição está envolvida, o balanço social ainda traz sua trajetória de sustentabilidade (desde 1997 até 2006), valores, código de conduta, compromissos públicos, perfil dos funcionários, bem como outros projetos no âmbito educativo e ambiental.

Por fim, pautando-se nos indicadores do IBASE, o grupo HSBC, no Brasil, elucida acerca de sua base de cálculo, indicadores sociais internos e externos, indicadores ambientais, indicadores do corpo funcional e as informações relevantes quanto ao exercício da cidadania empresarial.²⁸

Do exposto, é possível compreender a completude do balanço social, visto que a análise da atuação da empresa – acerca dos princípios e quesitos da responsabilidade social empresarial – é pautada em diversos indicadores – desde as áreas de proteção dos direitos sociais dos trabalhadores, incentivo à educação, proteção ao meio ambiente, defesa do consumidor, combate à corrupção, dentre outras políticas sociais, até a própria gestão empresarial, associada à ideia de cidadania empresarial, como bem vislumbrado a partir da leitura do balanço social do grupo empresarial referido.

4 O BALANÇO SOCIAL COMO INSTRUMENTO JURÍDICO DA CIDADANIA

Realizadas tais considerações acerca do balanço social, é preciso averiguar como este cumpre o papel de instrumento da cidadania. Marshal elaborou um conceito de cidadania, utilizado por Fabiane Bessa:

Cidadania compreende direitos civis, necessários para garantir as liberdades individuais, direitos políticos, indispensáveis para permitir a participação no exercício do poder, e os direitos sociais, que

cobrem a gama de direitos requeridos para assegurar que, dentro dos padrões de uma sociedade dada, cada indivíduo possa desfrutar da segurança oferecida pelo bem-estar econômico, compartilhar a herança sociocultural e viver digna e civilizadamente.²⁹

A partir desse conceito, é possível vislumbrar o papel essencial que o balanço social possui hodiernamente. Contudo, a elaboração do balanço social no Brasil ainda não é obrigatória, embora vários municípios ofereçam incentivos legais. A título exemplificativo, o Município de São Paulo, por meio da Resolução nº. 005/98, criou o selo da empresa cidadã às empresas que apresentarem qualidade em seu balanço social. O mesmo selo foi instituído no Município de Uberlândia por meio do Decreto Legislativo nº. 118/99. Em âmbito estadual, a já mencionada Lei nº. 11.440/2000, do Estado do Rio Grande do Sul, instituiu o balanço social para empresas a ser assinado por contador ou técnico em contabilidade devidamente habilitado. Já houve, no Brasil, projetos de lei no sentido de tornar obrigatória a elaboração do balanço social, mas sem sucesso.³⁰

Há argumentos favoráveis e contrários ao caráter obrigatório da elaboração do balanço social. Os que são contrários a tal obrigatoriedade afirmam que o balanço social se transformará numa peça burocrática, que não refletirá a realidade, aumentando os riscos de corrupção e, portanto, a necessidade de fiscalização. Já os partidários de tal obrigatoriedade argumentam que o balanço social aumentará a participação das empresas em questões sociais, tornando-as mais conscientes em questões ambientais e, inclusive, nas próprias relações laborais.

Segundo Fabiane Bessa, é possível afirmar que “ainda que haja inconvenientes em tornar obrigatória a apresentação do balanço social e que ele traga benefícios limitados, seus aspectos positivos superam os negativos”.³¹

Deveras, o Poder Público – por meio de imposição legal – pode permitir a disseminação do conceito de responsabilidade social, exigindo das empresas uma atuação econômico-financeira sustentável, no sentido de promover possíveis ações sociais relacionadas às suas atividades, bem como medidas de preservação do meio ambiente, naturalmente ligadas à sua área de atuação. A questão principal é a de demonstrar às empresas que além de seu desempenho econômico, elas precisam atentar ao seu desempenho social, em conformidade com os princípios constitucionais da atividade econômica, cujo atendimento é uma obrigação das empresas, e não do Estado.

Atualmente, dado o seu caráter facultativo, o balanço social tornou-se, em muitos casos, mero instrumento de *marketing*, destinado a ganhar mercado, por intermédio da construção de uma imagem positiva da empresa junto a seus consumidores. Embora nada impeça essa exploração mercadológica, este não é o objetivo maior do balanço social, como visto anteriormente.

Embora a elaboração do balanço social não se cuide de uma obrigação legal nacional acompanhada da respectiva sanção ou prêmio, inexistente óbice para que o legislador assim o reconheça, seja por meio da imposição da obrigação de

sua apresentação, sancionando negativamente o seu desatendimento (coação), seja por intermédio de uma sanção positiva, de que trata Bobbio,³² estimulando a sua adoção no meio empresarial, formato que nos parece mais apropriado e que poderia ser adotado pelo parlamento brasileiro.

Transformado em obrigação legal, o balanço social certamente se transformaria em instrumento jurídico da cidadania. Por enquanto, embora ainda não seja uma obrigação legal, é o balanço social instrumento da cidadania, naturalmente quando produzido em harmonia com as suas finalidades imediata e mediata, anteriormente estudadas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em vista da pesquisa realizada, é possível responder-se aos questionamentos da introdução, iniciando-se pelo conceito de balanço social.

Trata-se o balanço social de instrumento de informação e gestão produzido pela empresa, destinado a publicitar dados referentes à sua atuação no meio social, relativamente às suas práticas junto a seus empregados (condições de emprego, formação e qualificação dos trabalhadores, condições de higiene e segurança do trabalho, respeito aos direitos sociais dos trabalhadores), à proteção do meio ambiente, ao menos na área de sua atuação, ao respeito aos direitos de seus consumidores, à redução das desigualdades sociais e regionais ao seu alcance, ao combate à corrupção relativamente às suas práticas empresariais etc., retratando precisa e periodicamente a sua responsabilidade social, fundada nos princípios constitucionais gerais da atividade econômica, visando à proteção e ao desenvolvimento da cidadania.

Embora o balanço social ainda não seja obrigatório no Direito brasileiro, ele certamente pode ser considerado um instrumento da cidadania. Isso porque se destina a revelar a função social da empresa, definida na Constituição de 1988, no capítulo da ordem econômica, relativamente aos compromissos jurídicos dessas entidades típicas do sistema econômico capitalista, que, no âmbito do Estado de bem-estar social, não podem comprometer-se exclusivamente com o lucro, possuindo deveres com a cidadania na proteção dos direitos sociais dos trabalhadores, dos consumidores, do meio ambiente, além do dever de combate à corrupção etc., na senda de construção de uma sociedade justa, livre e solidária.

O balanço social visa a resguardar inclusive as próximas gerações, visto que ações praticadas hoje refletirão indubitavelmente no futuro. Empresas socialmente responsáveis no presente, implicarão uma sociedade mais consciente, comprometida e bem estruturada no porvir, em benefício da preservação da humanidade.

Trata-se o balanço social, enfim, de um instrumento da cidadania, cuja imposição no âmbito nacional poderia ser exigida legislativamente, transformando-o também em instrumento jurídico da cidadania.

REFERÊNCIAS

- ASHLEY, Patrícia; CALSING, Elizeu F; NADAS, Peter; SUCUPIRA, João. **Responsabilidade Social**. Brasília: Série Rede SESI de Educação, 2010, v. 13.
- BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. **Responsabilidade social das empresas: práticas sociais e regulação jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- BITARELLO, Jucelaine; DEBASTIANI, Sandro. **Balanco social: um enfoque sobre sua evolução e utilização no panorama brasileiro**. Novo Hamburgo: Feevale, 2005.
- BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri/SP: Manole, 2007.
- CAETANO, Gilberto. Terceiro Setor - as tendências em ambiente globalizado: responsabilidade social e parcerias sociais. In: CAVALCANTI, Marly (Coord). **Gestão social, estratégias e parcerias**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- HSBC – **Balanco Social 2005**. coord. Diretoria Executiva de Relações Institucionais/ Responsabilidade Social Corporativa.
- HUSNI, Alexandre. **Empresa socialmente responsável: uma abordagem jurídica e multidisciplinar**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- SAVITZ, Andrew W. **A empresa sustentável: o verdadeiro sucesso é o lucro com responsabilidade social e ambiental**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

-
- 1 SAVITZ, Andrew W. **A empresa sustentável: o verdadeiro sucesso é o lucro com responsabilidade social e ambiental**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 47.
 - 2 BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. **Responsabilidade social das empresas: práticas sociais e regulação jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 95.
 - 3 *Ibid.*, p. 136.
 - 4 TOLDO, Mariesa. Responsabilidade social empresarial. In: **Responsabilidade social das empresas: a contribuição das universidades**. São Paulo: Peirópolis, 2002. p. 73.
 - 5 Art. 170 da Constituição Federal.
 - 6 BITARELLO, Jucelaine; DEBASTIANI, Sandro. **Balanco social: um enfoque sobre sua evolução e utilização no panorama brasileiro**. Novo Hamburgo: Feevale, 2005. p. 22.
 - 7 *Ibid.*, p. 26.
 - 8 HUSNI, Alexandre. **Empresa socialmente responsável: uma abordagem jurídica e multidisciplinar**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 127.
 - 9 Cidadania empresarial é o termo utilizado para designar a empresa que, além de realizar a gestão responsável dos seus negócios e dos resultados e impactos econômicos, ambientais e sociais de sua atividade produtiva, pratica, através de recursos próprios, ações estruturadas e sem fins lucrativos em benefício da comunidade geral. (BITARELLO; DEBASTIANI, op. cit., p. 22)
 - 10 BESSA, 2006, p. 198.
 - 11 GESET, 2000 apud BESSA, p. 196.
 - 12 BITARELLO; DEBASTIANI, 2005, p. 27.
 - 13 TINOCO, 1984 apud CAETANO, Gilberto. **Terceiro Setor – as tendências em ambiente globalizado: responsabilidade social e parcerias sociais**. In: **Gestão social, estratégias e parcerias** (coord.: Marly Cavalcanti). São Paulo: Saraiva, 2006, p. 113.
 - 14 BESSA, op. cit., p. 213.

- 15 BITARELLO; DEBASTIANI, op. cit., p. 30.
- 16 BESSA, op. cit., p. 216.
- 17 Ibid., p. 215.
- 18 Ibid.
- 19 Ibid.
- 20 CAETANO, op. cit., p. 113.
- 21 CARNEIRO, 1998 apud CAETANO, op. cit., p. 114.
- 22 BESSA, op. cit., p. 215.
- 23 CALSING, Elizeu F. Ferramentas de Gestão da Responsabilidade Social nas Organizações. In.: **Responsabilidade Social**. v. 13. Brasília: Série Rede SESI de Educação, 2010, p. 204.
- 24 Ibid., p. 210-211.
- 25 Ibid., p. 216-217.
- 26 HSBC – **Balanço Social 2005**. coord. Diretoria Executiva de Relações Institucionais/ Responsabilidade Social Corporativa, p. 9.
- 27 HSBC, op. cit., p. 12.
- 28 Ibid., p. 49-50.
- 29 BESSA, op. cit., p. 235-236.
- 30 Ibid., p. 199.
- 31 Ibid., p. 218.
- 32 BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri/SP: Manole, 2007. p. 28-29.

SOCIAL RESPONSIBILITY BALANCE SHEET AS A LEGAL INSTRUMENT OF CITIZENSHIP

ABSTRACT

The present study is about the social responsibility balance sheet, intending, at first, to analyse it from the perspective of corporate social responsibility. After that, the study analyses the social responsibility balance sheet in terms of its origin, its concept, its content and its purpose. It then discusses the social responsibility balance sheet as a mandatory document. Finally, the article argues the reasons why social responsibility balance sheets must be considered a legal instrument to implement notions of citizenship.

Keywords: Social Responsibility Balance Sheet. Legal Instrument. Citizenship.

ANÁLISE CRÍTICA DO JULGAMENTO DO ERESP Nº 962.934/MS À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA: CABE A RESPONSABILIDADE ESTATAL PELA SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA?

Maurício Muriack de Fernandes e Peixoto*

*“Quem foi que disse que a justiça tarda mas não falha?
Que se eu não for um bom menino, Deus vai castigar!*

*Os dias passam lentos
Aos meses seguem os aumentos
Cada dia eu levo um tiro
Que sai pela culatra
Eu não sou ministro, eu não sou magnata
Eu sou do povo, eu sou um Zé Ninguém
Aqui embaixo, as leis são diferentes
Eu sou do povo, eu sou um Zé Ninguém
Aqui embaixo, as leis são diferentes*

(...)

*Quem foi que disse que os homens nascem iguais?”¹
Biquíni Cavado – Zé Ninguém*

1 Introdução. 2 Direitos Fundamentais da população carcerária: contextualização científico-jurígena, constatação de baixa efetividade e descrição de alguns pormenores da problemática. 2.1 Os Direitos fundamentais da população carcerária. 2.1.1. O Direito Fundamental à Vida e à Incolumidade Física e Moral. 2.1.2 O Direito Fundamental à Intimidade. 2.1.3 O Direito Fundamental ao caráter personalíssimo, à individualização e ao caráter razoável e adequado da pena e sua execução. 2.1.4 O direito fundamental à vedação de pena desumana (art. 5º, inciso XLVII da CF/88). 2.1.5 Outros direitos fundamentais da população carcerária. 3 Os Direitos Fundamentais da População Carcerária em vista de caso concreto: a questão da jurisprudência assentada no julgamento dos embargos de divergência em recurso especial (ERESP) nº 962.934/MS; análise crítica e breves prognósticos tendenciais. 4. Conclusão. Referências.

* Advogado da União de Categoria Especial, desde julho de 2013, lotado em Brasília-DF, na Consultoria-Geral da União (CGU/AGU); Mestre em Ordem Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC-2000); Professor licenciado de Processo Constitucional do Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (Unesc). Ex-professor da Universidade Católica de Brasília (UCB). Ex-Professor da Universidade Federal do Ceará (UFC). E-mail: muriack@yahoo.com

RESUMO

A escassa eficácia dos direitos fundamentais da população carcerária à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça: uma breve análise do ERESP nº 962.934/MS, julgado pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 2012, que determinou a não-indenização por dano moral em face da superlotação carcerária; tendência judicial humanizadora ou retorno silente ao suplício e à ilimitação do direito de punir?

Palavras-chave: Direitos fundamentais. População carcerária. Análise da jurisprudência. Responsabilidade civil do Estado pela superlotação.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é avaliar de modo sintético e objetivo o atual panorama das tendências decisórias do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal em relação às dificuldades notórias que o Estado Brasileiro desvela na formulação, implementação e estabilização das medidas administrativas que têm por escopo a concreção dos direitos fundamentais da população carcerária, **notadamente, no que tange à questão da responsabilização civil do Estado pelo excesso numérico dos presos**, em face dos consequentes jurídicos, sociais, políticos e econômico-financeiros de tal questão.

Com efeito, é curial e notório que se tornam cada vez mais dificultosas as soluções para o problema humano da população carcerária, cuja conjuntura tem sido muito adversa nos últimos tempos, acarretando grandes angústias nos detentos, nas autoridades e nos cidadãos brasileiros.

Nesse sentido, em um átimo de agravamento da crise carcerária, é lícito salientar a estrutura jurídico-normativa de proteção da população carcerária, pois as soluções perenes ou episódicas não podem deixar de levar em conta tais aspectos.

Em tal vereda, o ilustre *Cesare Beccaria* admoestava, há mais de dois séculos, no bojo de sua obra clássica “dos delitos e das penas”, em advertência nitidamente inspirada nas ideias roussonianas de humanização e dessacralização do poder estatal, que é estritamente necessário observar em toda sua extensão os limites legais para a aplicação das penas, porquanto “somente as leis podem decretar as penas sobre os delitos, e esta autoridade não pode apoiar-se senão na obra do legislador que representa toda a sociedade unida por um contrato social”²³

Sobremais, há de se recordar da advertência, mais recente, do insuspicaz Michel Foucault, quando descreve a prática de apenação adotada pelos Estados civilizados a partir do século XIX, a qual procurou se afastar dos evidentes excessos da época do suplício físico e mental dos criminosos, uma vez que ao

Poder Estatal de punir, corresponderia a uma espécie de dever humanista de não se deixar contaminar pelo ilícito praticado e submetido ao *jus puniendi*, mantendo limpas e inocentes as mãos estatais punitivas: “que o poder que sanciona não se macule mais por um crime maior que o que ele quis castigar. Que fique inocente da pena que inflige.”⁴

Enfim, é evidente que, em um Estado Democrático de Direito, não pode haver qualquer relaxamento por parte da execução do Direito de Punir Estatal no que tange aos limites da aplicação das penas, que decorrem diretamente dos direitos fundamentais da população carcerária, inclusive, nas prerrogativas legais que se a destina, uma vez que é absurdamente impróprio para um Estado desumanizar a execução da pena de um transgressor, pois, em tal hipótese, estaria retirando da instituição pública o seu inato caráter equidistante e civilizatório, razão pela qual, mesmo em frente aos apupos da população como um todo - que, premida pelas consequências funestas para as vítimas de crimes, muitas vezes, não observa com a adequada acurácia todos os aspectos envolvidos nesta questão-, não se deve permitir a oitiva da voz fácil da vindita pública contra o malfeitor, seja tal vendeta o suplício aberto do passado seja a omissão executória do presente.

Nesse esteio, considerando que nem sempre tem sido possível ao Estado Brasileiro executar adequadamente a política carcerária enfeixada na letra fria da Constituição e das leis, nesse caso, tornada a mais gélida possível,⁵ é certo que se torna inevitável a judicialização das lides humanas e materiais da execução penitenciária, restando indispensável conhecer, analisar e apreender com o devido rigor, a tendência jurisprudencial a respeito do assunto.

Logo, o escopo deste breve labor não é repisar ou sequer acrescentar algum dado ou dimensão inéditos para o diagnóstico e resolução do problema carcerário, mas, diferentemente, apresentar e descrever de modo analítico e crítico as iniciativas que vêm sendo judicializadas para tentar mitigar e/ou solucionar as marcantes dificuldades de concretização dos direitos fundamentais da população carcerária, notadamente, visualizando, de maneira perfectiva, os desdobramentos da recente tendência jurisprudencial, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, de negativa do direito à indenização dos presos submetidos à superpopulação carcerária.⁶

Nesse diapasão, a nossa linha de argumentação passará pela breve re-apresentação do problema da baixa efetividade dos direitos fundamentais da população carcerária, após a caracterização tipológica destes direitos, e, em concomitância, pela dissecação das atuais tendências da jurisprudência de nossos principais Tribunais a respeito do assunto em epígrafe, o qual, por sua natureza, tem implicações multi-dimensionais, no aspecto humanitário, no aspecto filosófico, no da segurança pública e do próprio escopo socioeconômico do Estado, inclusive, será abordada a questão dos limites orçamentários em contraponto à necessidade de concretude desta gama de direitos fundamentais.

Ao final, tentaremos explicitar alguns dos possíveis caminhos interpretativos que podem ser adotados pela jurisprudência a respeito do assunto e que, em nossa óptica, revelam-se os mais relevantes e adequados com a interpretação sistêmica e a força normativa da Constituição, auxiliando um pouco a melhor compreender e ilustrar o decantado e descrito “ronco surdo da batalha” do ambiente carcerário,⁷ sobremaneira, no que tange à questão da superpopulação carcerária.

Esta será a linha científica abordada a seguir.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA: CONTEXTUALIZAÇÃO CIENTÍFICO-JURÍGENA, CONSTATAÇÃO DE BAIXA EFETIVIDADE E DESCRIÇÃO DE ALGUNS PORMENORES DA PROBLEMÁTICA

2.1 Os Direitos fundamentais da população carcerária

Os direitos fundamentais da população carcerária são exatamente aqueles elencados nuclearmente no art. 5º da Constituição da República e que têm relação com a proteção da dignidade humana, como o direito à vida, como o direito à integridade física, mental e moral do ser humano e como o direito ao mínimo existencial.

Embora tais direitos fundamentais não estejam conformados topicamente no bojo do referido art. 5º da Carta Política, podem ser sistematizados pela doutrina⁸, tendo em vista a finalidade protetiva da população carcerária, direta ou mediadamente.

De qualquer maneira, cumpre asserir que todos estes direitos fundamentais, a serem arrolados doravante, caracterizam-se pela eficácia plena e aplicabilidade imediata⁹ decorrente do próprio art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988, o qual exora a determinação de que as normas constitucionais veiculadoras de direitos e garantias fundamentais terão plena eficácia jurídica e desnecessidade de interação integrativa do legislador ordinário.¹⁰

Portanto, em regra, os direitos a seguir mencionados não necessitam de legislação infraconstitucional estipuladora de prestações estatais positivas, uma vez que sua natureza se amolda muito mais à tipologia de direitos e liberdades fundamentais de primeira geração,¹¹ na classificação notória da doutrina especializada sobre o assunto, ou seja, são verdadeiros limites à própria atuação do Estado e deveres institucionais inadiáveis do mesmo.

Aliás, sobre o assunto, é de se mencionar que, por sua natureza, os direitos fundamentais protetivos da população carcerária são dotados de amplo espectro de dimensão objetiva a qual, segundo Gilmar Ferreira Mendes, tem por uma das principais consequências o propiciar de um “dever de proteção” por parte do Estado contra agressões provenientes dos próprios Poderes Públicos

Institucionais, de particulares e de outros Estados, bem como, “esse dever de proteção mostra-se associado sobretudo, mas não exclusivamente, aos direitos à vida, à liberdade e à integridade física (incluindo o direito à saúde). O Estado deve adotar medidas – até mesmo de ordem penal – que protejam efetivamente os direitos fundamentais.”¹²

Ainda, é de se mencionar a evidente relação entre os direitos fundamentais de natureza penal e de processo penal e o real processo de concreção do próprio Estado Democrático de Direito, o qual encontra nestes direitos fundamentais uma seara propícia para a sua funcionalidade jurídica e social.¹³ Em suma, a inexecução de tais direitos fundamentais é uma ameaça ao núcleo deste princípio estruturante!

Em suma, os direitos fundamentais protetivos da população carcerária se caracterizam como normas constitucionais de plena eficácia, gerando para o Estado Democrático de Direito o dever imediato e inelutável de garantir sua concretização, ao mesmo tempo em que geram ao seu destinatário a legítima apreensão de direito subjetivo público à íntegra e não-adiável efetivação, uma vez que relacionados a núcleos fundamentais estruturantes, como a dignidade, a vida, a integridade humana e o mínimo existencial, motivo por que não se pode deles dizer que necessitam primacialmente de legislação infraconstitucional integradora, pois, ao contrário, cabe à lei, na regulamentação do art. 24, inciso I, c/c § 1º, da Constituição da República, estipular outros e novos direitos protetivos, no âmbito da competência legislativa privativa da União para estipular normas gerais sobre direito penitenciário, as quais podem obter, ademais, suplementação pela legislação estadual própria, na forma do mesmo art. 24, §§ 2º e 3º.

Em síntese, em relação aos direitos fundamentais da população carcerária, não cabe à lei a tarefa de dar-lhes eficácia, já que já autoexecutórios; mas, por outro lado, cabe à lei a sua ampliação em base infraconstitucional, abrangendo o detalhamento de um conjunto de deveres estatais que impende serem adotados efetivamente e também garantidos.¹⁴

Logo, após fazer esta breve digressão preambular, passamos a enumerar e examinar os direitos fundamentais da população carcerária:¹⁵

2.1.1. O Direito Fundamental à Vida e à Incolumidade Física e Moral¹⁶

O direito fundamental à vida é o mais elementar e primacial de todos os direitos humanos, pois impende ao Estado promover a proteção da chama vital de todas as pessoas, inclusive, daquelas segregadas pela prática de crimes. Permitir a aparato estatal, a terceiros ou ao próprio detento a exclusão da vida, equivale a uma tácita e subjacente pena de morte silente, também vedada pelo art. 5º, inciso XLVII, alínea a, da Carta Política.

Ainda, o art. 5º, inciso III, assegura o direito fundamental à incolumidade física e mental, sendo obstada a utilização de qualquer tratamento desumano

ou degradante pelo Estado ou por particulares em detrimento da incolumidade da dignidade humana, restando, em especial, vedada, em absoluto, a prática da tortura¹⁷ por ser um instrumento de despersonalização e regressão ominosa da condição humana que é absolutamente incompatível com um Estado Democrático de Direito, haja vista ser prática arbitrária e típica de Estados Totalitários, podendo ser arrolados preceitos fundamentais da Carta Política, que, em seu plexo, representam verdadeiro microcódigo constitucional de vedação da prática de qualquer tipo de dano físico ou moral à população carcerária,¹⁸ inclusive, a vedação da prática de tortura.¹⁹

Por óbvio, estes três direitos fundamentais complementares e indivisíveis (direito à vida, direito à incolumidade física/mental e direito à abstenção pública e privada de qualquer prática de tortura) são direitos que também assistem aos presos, permanentes ou provisórios, que não podem ser submetidos à tortura física ou moral nem se sujeitar a qualquer outro tratamento depreciativo de sua condição humana ou tendente a depauperar sua higidez corporal e até, no limite, extrair o mais sagrado dos direitos: o de permanecer vivo.²⁰

Sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal, atento e cômico da necessidade de atuação firme e diligente para evitar quaisquer práticas que, de alguma forma, pudessem violar algum desses direitos, por exemplo, já estipulou: a vedação do uso de algemas sem imprescindibilidade justificada;²¹ a nulidade de julgamento do Tribunal do Júri durante o qual o réu foi mantido na desonrosa situação de agrilhado;²² a natureza criminosa da obtenção de confissão de menor de idade através de meios físicos e morais de intimidação e coerção;²³ a necessidade de segregação de ex-agente de repressão do Estado dos demais detentos que possam atentar contra sua intangibilidade, cabendo, inclusive, transferência carcerária ou prisão domiciliar;²⁴ que o local de cumprimento da pena deve ser suficientemente adequado para garantir a integridade física e moral do condenado, com rigoroso respeito ao regime de execução da pena,²⁵ e, por fim, que o direito à saúde assiste a todos (inclusive, aos presidiários) e que o mesmo é corolário inafastável do direito à vida,²⁶ dentre outras decisões jurisprudenciais confirmadoras da efetividade de tal plexo de direitos fundamentais.

Logo, existe especial preocupação da Ordem Jurídica brasileira de efetivar este amálgama de direitos fundamentais, seja pela Carta Magna, seja pela jurisprudência, muito embora a realidade tenha demonstrado o oposto da proteção concebida pelo poder constituinte, uma vez que são bastante comuns os casos de perda da própria vida ou da não-garantia da intangibilidade física e moral dos detentos, como detectado pelo próprio Estado Brasileiro no âmbito de Comissão Parlamentar de Inquérito.²⁷

2.1.2 O Direito Fundamental à Intimidade²⁸

O direito fundamental à intimidade²⁹ também é aplicável à população carcerária, uma vez que inexistente dignidade humana sem o exercício de tal

prerrogativa, até como imanência das características de individualidade que lhe é ínsita.

No entanto, é de se sublinhar que tal direito à intimidade, no caso dos presidiários, é limitado pelo interesse público de garantir a segurança pública, motivo por que a jurisprudência autoriza a violação de correspondências privadas de detentos,³⁰ revista íntima, vigilância das conversas com pessoas externas e até certas limitações na assistência judiciária de seu defensor.³¹

Entretanto, as limitações ao exercício do direito à intimidade não podem chegar ao ponto de exclusão inteiriça de tal prerrogativa subjetiva, como ocorre em relação a situações muito comuns no dia a dia das populações carcerárias, tais como a superlotação, a promiscuidade, e várias outras formas abusivas de invasão da esfera mínima de intimidade, que deveria ser resguardada mesmo em relação ao indivíduo preso, que também tem direito fundamental à intimidade, bem como a todo aparato de direitos fundamentais previstos na ordem jurídica.³²

2.1.3 O Direito Fundamental ao caráter personalíssimo, à individualização e ao caráter razoável e adequado da pena e sua execução

Os incisos XLV, XLVI e XLVIII do art. 5º da Constituição da República³³ consagram o direito à adequação, à personificação e à individualização da pena, ou seja, cada réu terá a garantia do Estado de que sua pena não atingirá familiares e pessoas próximas, pois somente o apenado responderá pelo cumprimento da sanção imposta - abstraída a espada de Dâmocles de cunho civil-patrimonial, prevista na parte final do mencionado inciso XLV do art. 5º da Constituição, que permanecerá sobre eventual quinhão hereditário, bem como a execução da pena deverá levar em consideração o tipo e natureza de crime que foi cometido, a personalidade e os antecedentes do apenado, o regime prisional adotado pelo título executivo penal, bem como a idade e o sexo.

Logo, a ideia de individualização, adequação e personificação, traz em seu bojo a concepção de adaptação da sanção aos caracteres exatos do apenado, de tal forma que a execução de sua pena, além de estar limitada às sanções consideradas lícitas pelo texto constitucional, deva corresponder exatamente ao delito cometido.

Por esse motivo, resta evidente que a execução da pena não deve permitir que presos temporários se misturem a presos de alta periculosidade, deve ser respeitada a idade, o regime da execução, o sexo do apenado, sob o risco de se prejudicar a futura ressocialização e reabilitação e até de propiciar ou viabilizar o cometimento de abusos ou de contaminação física e moral entre diferentes espécies de criminosos.

Para isso, o sistema prisional deve obter a criação de distintos estabelecimentos carcerários e múltiplos ambientes internos, os quantos forem necessários,

para evitar a ausência de singularização e a prática adequada do regime prisional pertinente para cada detento.

A não-observância da individualização, personificação e adequação da pena em nossa realidade carcerária gera diversos consequentes negativos, como o potencial aumento do grau de periculosidade de um indivíduo submetido à relação prisional com criminosos de outro grau de nocividade e de regime prisional, criando-se verdadeiro “espiral escolar do delito”, dentre outras situações indesejáveis aos princípios de reabilitação e recolocação social do detento, bem como se deu tratamento personalizado.³⁴

Sobre a individualização, adequação e personificação da pena, há arestos do Supremo Tribunal Federal relevantes como parâmetros para a execução penal no Brasil, senão vejamos as sínteses nucleares daquilo que a corte excelsa decidiu:

I) Que tal direito fundamental é tão relevante que se deve abrandar os rigores do regime fechado em relação a um cidadão, tendo em vista a inadequação da sua execução prisional pela ausência de estrutura médico-assistencial;³⁵

II) Que pode haver limitação do exercício do direito de remição da pena por atividade laboral em face do cometimento de falta prisional grave;³⁶

III) Que a categoria profissional do advogado, nos termos do artigo 7º, inciso V, da Lei Federal nº 8.906/94 – Estatuto da Advocacia, tem direito a “ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, em cela individual, dotada de condições regulares de higiene, com instalações sanitárias satisfatórias, sem possibilidade de contato com presos comuns”;³⁷

IV) Que os regimes carcerários aberto e semi-aberto são inaplicáveis ao reincidente;³⁸

V) Que é legítimo adotar o regime prisional mais gravoso e aumentar a pena-base em face do alto grau de reprovabilidade e culpabilidade da conduta criminosa, efetivamente comprovado;³⁹

VI) Que é juridicamente possível a regressão do regime prisional e a revogação de autorização para saída temporária do estabelecimento prisional se o detento cometer fato definido penalmente como crime doloso;⁴⁰

VII) Que a imposição de medida de segurança não tem prazo pré-determinado para sua cessação, enquanto permanecer a periculosidade do agente e desde que obedeça ao limite temporal máximo de trinta anos, sendo facultada desinternação progressiva, em regime de semi-internação, se houver melhora do estado mental;⁴¹

VIII) Que é inconstitucional a lei federal proibir, de forma absoluta e não-individualizável, a progressão de regime durante a execução da pena, inclusive, em relação aos crimes hediondos;⁴²

IX) Que uma vez concedido o regime prisional semi-aberto, cabe ao aparato estatal se dotar de mecanismos que propiciem o exercício desta prerrogativa,

vedando-se a execução da pena em estabelecimento concebido para o regime fechado e garantindo-se ao apenado, neste caso, o cumprimento imediato no regime prisional mais favorável e que esteja disponibilizado, mesmo que signifique, em último caso, o direito à prisão domiciliar;⁴³

X) Que é possível a progressão do regime prisional antes mesmo do trânsito em julgado do processo penal, durante o exercício da pena processual não-definitiva;⁴⁴

XI) Que as “precárias condições do sistema carcerário” pátrio e o dever estatal de evitar políticas segregacionistas dos detentos - para adotar medidas de retorno social do detento - autorizam a transferência de um apenado para estabelecimento símile mais próximo do convívio de seus familiares,⁴⁵ mesmo que tal transferência implique em modificação e transferência territorial do próprio Estado Federativo onde está ocorrendo o cumprindo a pena, pois a proximidade com a família é essencial à reabilitação, inclusive, em delitos graves que exijam prisão de segurança máxima e regime prisional fechado.⁴⁶

Portanto, com base no texto constitucional vigente, e ao lume do que permite a legislação infra-constitucional, a jurisprudência mais hodierna e progressista tem perlustrado avaliar e aplicar nos casos concretos a adoção do critério de efetivação dos direitos fundamentais relativos à individualização e personificação da pena, por influência da própria dignidade da pessoa humana.⁴⁷

2.1.4 O direito fundamental à vedação de pena desumana (art. 5º, inciso XLVII, da CF/88⁴⁸)

O direito fundamental à humanização da execução da pena representa uma evolução imensurável na maneira pela qual o Estado passou a vislumbrar o tratamento adequado a ser disponibilizado aos delinquentes, de tal forma que a prisão não se transforme em vingança pública e estatal similar ao estágio da barbárie do período caracterizado como de vingança privada e autotutela, não sendo cabível aceitar do ente estatal a prática da vindita institucional, explícita ou tacitamente.⁴⁹

Em um átimo em que se observa não poder o Estado agir com violência, sadismo, desdém ou indignidade contra o autor de crimes, se vislumbra também que somente é possível a ressocialização e a reabilitação se o delincente social receber um tratamento digno enquanto estiver cumprindo a sua pena, partindo-se do pressuposto de que não serão aplicadas penas cuja respectiva natureza conduza diretamente à aniquilação do que ainda existe de qualidade humana em indivíduo que descumpriu as normas penais de uma sociedade.

Logo, é inteiramente compatível com o Estado Democrático de Direito - que tem por um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana - a expressa vedação essencial de que se utilizem métodos arcaicos ou modernos de aniquilação humana do apenado.

Por esse motivo, a ordem jurídica brasileira não entende como tolerável a previsão normativa e muito menos a execução da pena de morte (salvo em situação de guerra externa), de prisão perpétua, de determinação de banimento, da realização de trabalhos forçados de natureza ominosa e insalubre (como quebrar pedras em sol escaldante) e penas que se caracterizem por serem crudelíssimas, ao submeterem o detento a situações vexatórias, física e moralmente dolorosas, humilhantes ou insalubres, perigosas e desapidadas.⁵⁰

Aliás, é de se reconhecer com o mestre José Afonso da Silva que “não são apenas as penas enumeradas no inciso sob a nossa atenção art. 5º, inciso XLVII, da CFRB) que são proibidas. A Constituição, nesse passo, apenas destacou, para proibir, algumas penas mais suscetíveis de controvérsia, de apelo emocional mais fácil, como a pena de morte, a prisão perpétua, o trabalho forçado, o banimento e penas cruéis.”⁵¹

Ora, de fato, no inciso XLVI do artigo 5º da *Lex Fundamentalis* o Poder Constituinte estabeleceu as únicas penas aplicáveis na ordem jurídica brasileira: privação ou restrição da liberdade; perda de bens; multa; prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos.

Logo, qualquer tipo de pena que não se enquadre no rol de “penas lícitas” do inciso XLVI do art. 5º da Constituição da República se revela como inconstitucional, mesmo que não esteja expressamente arrolado no inciso XLVII do mesmo preceptivo constitucional, que pode ser considerado um rol não exauriente em sua semântica vocabular literal.

Nesse contexto, nos parece ser exatamente a busca da finalidade de obter a aplicação de pena constitucionalmente lícita que leva a jurisprudência de nossos tribunais superiores a adotar o princípio da bagatela ou da insignificância para reconhecer que a tipicidade penal formal não pode ser levada a grau tal de aplicabilidade que se deixe de verificar no caso concreto que a punição penal tecnicamente cabível seria desproporcional quando comparada ao grau mínimo ou irrisório de ofensividade da conduta,⁵² ou seja, quando, à minguada de tipicidade material, não haveria significativo potencial de ofensividade penal da conduta, de tal sorte que a aplicação da pena seria iniludivelmente “cruel”, por não se demonstrar algo razoável ou até socialmente aberrante.⁵³

Nessa conjuntura, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem indviduosamente procurado ampliar o espectro de aplicação do direito fundamental de vedação às penas desumanas, ao estipular casos que não estariam, ao primeiro vislumbre, na dicção literal do art. 5º, inciso XLVIII, da Carta Política.

Podemos, assim, com este viés, mencionar as seguintes hipóteses jurisprudenciais:

1) o fenômeno da “despenalização” do usuário de drogas, levado a termo pela Lei Federal nº 11.343/2006 é autorizado ao legislador ordinário pelo artigo 5º, incisos XLVII e XLVIII, da Constituição da República;⁵⁴

2) A extradição somente é autorizada pelo ordenamento jurídico Brasileiro se o Estado solicitante se comprometer a comutar eventual pena de morte e perpétua para apenação compatível com o artigo 5º, incisos XLVII e XLVIII, da CRFB, os quais excluem a licitude da pena de morte e prisão perpétua,⁵⁵ evoluindo-se de entendimento anterior que determinava a aplicação deste direito fundamental à humanização da pena apenas na ordem jurídica interna brasileira;⁵⁶

3) Em caso de extradição por crime passível de punição penal perpétua, somente conceder-se-á a entrega do estrangeiro se houver comutação da pena prisional de tal modo que sua execução não ultrapasse o prazo máximo de trinta anos previsto na legislação de execução penal brasileira, revelando-se que a execução prisional nos moldes brasílicos é considerada contrária à dignidade da pessoa humana se ultrapassar este prazo máximo;⁵⁷

4) Em face do óbice constitucional de prisão perpétua, nenhuma pena poderá ultrapassar o prazo máximo de trinta anos de execução, seja em pertinência à medida de segurança⁵⁸ e às penas cumuladas por práticas de crimes múltiplos pelo mesmo indivíduo;⁵⁹

5) A decisão do pretório excelso de determinar a interpretação conforme a Constituição do art. 287 do Código Penal, com pronúncia de nulidade e invalidade de qualquer exegese que tente impedir o exercício legítimo da liberdade de expressão e da liberdade de reunião, mesmo que, sem se fazer uso de substâncias entorpecentes, se defenda em público ou em privado de modo favorável à descriminalização do consumo de drogas atualmente tidas por ilícitas penalmente, uma vez que seria contrário ao Estado Democrático de Direito permitir o cometimento da arbitrariedade de prisão e processo penal pelo exercício lícito e razoável de debate público, sinalizando que seria contrária à ordem jurídica constitucional a criminalização de puro exercício das liberdades públicas, inserindo a hipótese de estipulação de pena nesta conjuntura como algo vedado pelo constituinte, ilícito por desproporcional.⁶⁰

Em resumo, o direito fundamental à vedação da aplicação de penas desumanas é realidade constitucional e jurisprudencial, e vem sendo constantemente objeto de decisões que tendem a obter a sua progressiva concretização.

No entanto, apesar dos esforços do Direito, a realidade de nossas prisões há revelado a existência reiterada de casos concretos e absurdos de penas cuja execução podem se configurar verdadeiramente como penas cruéis, indignas e até letais, aproveitando-se do eloquente silêncio sobre o assunto que ainda se abate na sociedade civil e em nossos ambientes acadêmicos, inclusive, no caso dos presos que cruelmente continuam agrilhoados mesmo após o fim de suas penas ou tendo direito à progressão de regime ou a outros benefícios penitenciários, simplesmente por ausência de orientação e assistência jurídica adequada.⁶¹

2.1.5 Outros direitos fundamentais da população carcerária⁶²

Ademais os já analisados direitos fundamentais - à vida e à incolumidade física e moral; à esfera jurídica da intimidade; ao caráter adequado, razoável e personalíssimo da pena e sua execução; e à humanização da execução da pena, com vedação de metodologias punitivas contrárias à dignidade humana-, a população carcerária é titular de outros direitos fundamentais previstos em nossa ordem constitucional vigente.

Nesse sentido, o direito fundamental à maternidade na execução penitenciária: “art. 5º, inciso L, da CRFB: “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”.

Por óbvio, tal direito é um desdobramento do princípio de que a pena não passará da pessoa do acusado, sendo que o filho da detenta possui o direito de ser amamentado, tendo em vista ser o leite materno indispensável à sua alimentação e boa saúde. Entretanto, esse direito fundamental não tem sido adequadamente concretizado em nossas prisões.⁶³

Outro direito fundamental é aquele relativo à obtenção do relaxamento da prisão ilegal, previsto no artigo 5º, inciso LXV, da CRFB, *in verbis*: “LXV: a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”.

Esse direito fundamental é reflexo do próprio direito fundamental à vedação da pena desumana. Com efeito, nada é mais atentatório à dignidade da pessoa humana do que a permanência de uma prisão ilegal que tenha sido efetuada.

Logo, se a prisão não ocorreu por ordem judicial ou em flagrante delito, deve ser relaxada, inclusive por dever de dignidade humana, cabendo até a responsabilidade civil do Estado e, se for o caso, a imputação administrativa, penal ou civil-regressiva ao agente estatal pertinente ao abuso.⁶⁴

Ainda, podemos mencionar o direito fundamental à liberdade provisória, previsto no art. 5º, inciso LXVI, da CRFB: “LXVI: ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

Esse direito fundamental é um corolário do princípio da presunção da inocência, tendo em vista que, presumida a não-culpabilidade, e se há a possibilidade de liberdade para beneficiar o acusado, este não deverá ser mantido preso,⁶⁵ considerando-se irregular e ilegal a manutenção do mesmo em prisão, quando possível a concessão de liberdade provisória.

Sobremais, há o direito fundamental à indenização pelo erro judiciário, previsto no art. 5º, inciso LXXV, da CRFB, *in verbis*: “LXXV: o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

Com efeito, o Estado responderá objetivamente pelo erro cometido pelo Poder Judiciário, seja pela irregularidade da condenação seja pelo tempo excessivo cumprido além daquele estipulado na sentença, ou, até mesmo, pelo excesso de tempo da prisão provisória⁶⁶ ou pela posterior absolvição de acusação imputada.⁶⁷ Nesse caso, o Estado responderá conforme a teoria do risco integral,⁶⁸ respondendo pela mera comprovação de prisão indevida (sem necessidade de qualquer exame de liame causal com dano, já que, neste caso, o dano é presumido e evidente), tendo direito de regresso contra aquele que, no exercício de sua função pública, tiver dado causa ao erro.⁶⁹ Obviamente, poderá haver outras hipóteses de indenização estatal em face do sistema prisional, devendo-se,, nestas outras situações, aplicar a regra geral do artigo 37, § 6º, da Constituição da República, a qual leva à aplicação da teoria do risco administrativo nas ações estatais, e a teoria da culpa administrativa (culpa do serviço) nas suas omissões.^{70 71}

Finalmente, considerando o artigo 5º, parágrafos segundo, terceiro e quarto, da Constituição Federal de 1988, também são direitos fundamentais da população carcerária todos aqueles previstos em tratados internacionais de direitos humanos que os protejam, tenham ou não o *status* quo interno de norma equiparada à emenda constitucional⁷² ou de norma infraconstitucional de natureza suplegal.

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA EM VISTA DE CASO CONCRETO: A QUESTÃO DA JURISPRUDÊNCIA ASSENTADA NO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL (ERESP) Nº 962.934/MS; ANÁLISE CRÍTICA E BREVES PROGNÓSTICOS TENDENCIAIS

Analisando perfunctoriamente a plêiade de decisões judiciais de nossos dois mais relevantes Tribunais no âmbito do direito penal-penitenciário, quais sejam, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, verifica-se claramente a existência de um perfil decisório que, no geral, é humanista, progressista e claramente preocupado com a efetivação dos direitos fundamentais da população carcerária, até mesmo como uma tarefa do Poder Judiciário de atuar como freio e contrapeso do Poder Executivo em relação à política criminal, limitando-se e punindo os abusos e adotando medidas que edificam uma tendência protetiva dos presos, aplicando-se pura e simplesmente a legislação brasileira que, no papel, é uma das mais avançadas.

No entanto, quando a questão a ser decidida passou a ser a responsabilização civil do Estado pelo dano moral relacionado à superlotação, parece-nos que se equivocou profundamente a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça ao, recentemente, decidir que não caberia a referida indenização.⁷³

Com efeito, as argumentações adotadas pelo Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do ERESP nº 962.934-MS, para negar o direito à

indenização, e, por conseguinte, negar a ilicitude da superlotação, foram as seguintes: “a) não é aceitável a tese de que a indenização seria cabível em prol de sua função pedagógica; b) não é razoável - e ausente de lógica - indenizar individualmente, pois isto ensejará a retirada de recursos para melhoria do sistema, o que agravará a situação do próprio detento; e c) a comparação com casos que envolveram a morte de detentos não é cabível;” e d) “em vez da perseguição de uma solução para alterar a degradação das prisões, o que acaba por se buscar é uma inadmissível indenização individual que arrisca formar um ‘pedágio masmorra’ ou uma ‘bolsa indignidade’; em síntese, o tema em debate não trata da aplicação da doutrina da ‘reserva do possível’ ou do ‘mínimo existencial’, mas da impossibilidade lógica de que a fixação de uma indenização pecuniária e individual melhore o sistema prisional.”⁷⁴

Entretentes, nos parecem inteiramente insustentáveis os fundamentos lançados, *permissa venia* à contumaz sabedoria da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça.

Em primeiro lugar, é inteiramente arbitrário afirmar e considerar dispensável e ineficaz a condenação em dano moral do Estado, nos termos do artigo 37, § 6º, combinado com o artigo 5º, inciso V, ambos da Constituição da República. Realmente, podemos afirmar que, diferentemente do que afirma o acórdão, uma condenação em danos morais, por conta da ilusão à higidez física e moral representada pela superlotação carcerária, tem um óbvio potencial de servir como alavanca da busca de soluções reais para o problema ou, o que seria o mais simples, a procura efetiva da simples aplicação das normas em vigor à realidade carcerária. Certamente, haveria uma avalanche de ações, centenas de inspeções e perícias processuais nos locais onde se alega existir superlotação, gerando constatação judicial da existência real do problema específico e, até possivelmente, de outros problemas desconhecidos pelo poder institucional. Isso por si só geraria uma verdadeira sinergia de detecção de más condições carcerárias, o que, aliado ao desembolso orçamentário conseguinte, faria com que os entes federativos saíssem de sua eventual posição inercial, de sua “zona de conforto” sobre a questão, uma vez que o problema carcerário brasileiro é antigo⁷⁵ e falta justamente a decisão política fundamental para que se aplique a legislação garantidora das condições mínimas aos presos. Tal vontade política pode ser alcançada com o escândalo das indenizações e da visibilidade das más condições e até pela concorrência orçamentária adicional que tal despesa acarretará, gerando medidas de planejamento e preempção estatal. Logo, diferentemente do afirmado pelo Superior Tribunal de Justiça, o caráter pedagógico da condenação é curial, e tem toda a força potencial para gerar soluções reais para o problema carcerário brasileiro.

O segundo argumento utilizado é mais falacioso e quicá mais equivocado do que o primeiro: não seria razoável indenizar individualmente pela superlotação porque isso retiraria recursos orçamentários do próprio sistema carcerário e poderia agravar o problema! Ora, se houvesse indenização, a rubrica orça-

mentária seria outra, relativa ao pagamento de decisões judiciais, na forma do artigo 100 da Constituição Federal de 1988. Logo, não há liame obrigatório entre pagamento de indenização e o orçamento penitenciário, uma vez que em tese a alocação de recursos para pagar precatório não é costumeiramente “descontada” dos orçamentos específicos da tipologia de atividade estatal de onde se originou a despesa judicial.

Além disso, nada impediria que a indenização, ao invés de ser “individual” fosse coletiva, obtida no âmbito de uma ação civil pública cujo objeto fosse exatamente o dano moral coletivo em virtude da superlotação. O pagamento poderia ser feito, inclusive, a um fundo orçamentário específico.⁷⁶

Por fim, este segundo argumento parece uma falácia que tenta camuflar outra razão, recôndita e quiçá a veraz razão subjacente da decisão, e que nos parece grave e errônea, porquanto discriminatória:⁷⁷ não há mais “verba orçamentária” para gastar com os presos; o que já se gasta com eles seria um sistema fechado, à parte, e qualquer gasto não-planejado deve ser descontado dos valores deste mesmo sistema, justamente para não “atrapalhar” as demais políticas públicas e despesas estatais, sobrecarregando um orçamento geral já pressionado por outras despesas. Dessa forma, pagar indenizações individuais aos presos os prejudicaria, porque faltariam os recursos para a manutenção do sistema prisional, como se as verbas alocáveis fossem apenas as já existentes.

Em última análise, embora se negue, o segundo argumento aplica uma verdadeira “teoria da reserva do possível” ao caso, sendo que já é assente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que a teoria da reserva do possível não se presta a impedir a concreção de direitos fundamentais.⁷⁸

Além disso, tal exegese adotada pelo Superior Tribunal de Justiça se choca com o entendimento coonestado pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que o direito à saúde e à incolumidade - inclusive, dos presos, que não podem ser tratados desigualmente neste ponto (restando inegável que a superlotação tem potencial maléfico à saúde e à incolumidade individual) - deve ser protegido de omissões inconstitucionais que realizem “escolhas trágicas” no orçamento público, uma vez que é vedado o retrocesso social consistente em diminuir os gastos com a execução dos direitos fundamentais, após alcançarem certo patamar financeiro, inclusive.⁷⁹

Quanto ao terceiro argumento utilizado, o de que não cabe a comparação com outros casos de responsabilidade civil do Estado por morte de detentos, também nos parece inteiramente despropositado. Deveras, é certo que a jurisprudência assente do próprio Superior Tribunal de Justiça, com toda a razão, determina a indenização por dano material e moral em face de falecimento de preso na prisão, pela omissão estatal de proteção.⁸⁰

No entanto, é certo que a morte não é o único evento indenizável nas prisões, uma vez que podem ocorrer torturas, abusos, arbitrariedades, maus-tratos e outros prejuízos físicos e psicológicos igualmente indenizáveis⁸¹ aos presos.

Logo, carece de lógica supor que a superlotação é “menos grave” do que a morte e que, por isso, não deve ser indenizada. É como se a jurisprudência entendesse inexistir ilicitude na superlotação, mesmo sendo a mesma um fato contrário à Constituição, à lei de execuções criminais, e a tratados internacionais subscritos pelo Brasil, até porquanto a mesma provoca uma situação inteiramente indigna e perigosa para qualquer ser humano. Logo, é óbvio que o valor da indenização não deveria ser o mesmo do evento “morte”, mas a solução mais plausível e razoável deveria ter sido reduzir o parâmetro do *quantum debeatur*, e não excluir a possibilidade de indenização, praticamente equiparando a superlotação carcerária a um mero dissabor.⁸² Obviamente, essa símile implícita é inteiramente despropositada, pois o amontoamento de seres humanos em uma cela gera danos muito maiores do que meros dissabores, ilide seu direito à saúde e à incolumidade e deveria ser indenizável.

Alfim, o quarto e último argumento gera o máximo de paroxismo e até de perplexidade, ao afirmar que a indenização individual é incabível porquanto ela não tem por escopo melhorar os problemas do sistema carcerário e muito menos irá aperfeiçoá-lo, significando uma verdadeira contraprestação pecuniária semelhante a uma “bolsa masmorra”.

Sem adentrar em análise sobre a crueza de tal argumento, é cristalino que nenhuma indenização por dano moral é solicitada com o escopo de “aperfeiçoar” algum sistema no qual ocorreu a ilicitude perpetrada que gerou a indenização. O pagamento de tal indenização não será um valor mensal nem periódico, mas servirá justamente para recompor o dano moral perpetrado contra o preso ao se lhe colocar em situação de superlotação, o que é perfeitamente coerente com nosso sistema.⁸³

Obviamente, não se trata de uma contraprestação pelo sofrimento ocasionado pela superlotação, bem como, é curial que, ao contrário do que pressupôs o STJ, o seu pagamento não significará uma autorização para que o Estado permaneça a descumprir os direitos fundamentais dos detentos, ainda mais que tal condição terá sido demonstrada e comprovada perante o juízo. Opostamente, ao ser condenado a indenizar, o Estado ficará na delicada posição inelutável de descumpridor da ordem jurídica, sendo que tal conjuntura pode ocasionar sanções políticas ou administrativas ao gestor público eventualmente recalcitrante. Por fim, inclusive, o Estado pode ser obrigado pelo próprio título executivo judicial a adotar as medidas necessárias à cessação do ato ilícito, no caso, a superlotação, inclusive, com possível fixação de pagamento de astreintes, mesmo que tal pedido não conste expressamente do libelo.⁸⁴

Adicionalmente, é de se mencionar que o fundamento da decisão tem uma visão estática da realidade, pois se um detento tem cinco anos de prescrição para interpor uma ação de responsabilidade civil do Estado, e já cumpriu pena ou obteve benefício penitenciário, como progressão de regime, é certo que o pagamento de seu dano moral por ter estado em circunstância de superlotação, em hipótese alguma, poderá se voltar contra si, a não ser que volte a delinquir e

permaneça no sistema prisional em um verdadeiro “mito de Sísifo” carcerário. Obviamente, a mera suposição hipotética desta situação de saída do detento para, empós, interpor a ação, já seria suficiente para afastar a alegação de que se trata de pagamento de uma “bolsa masmorra”.

Além disso, é evidente que o pagamento da indenização em epígrafe, como explicado preteritamente, tem todo um potencial para criar reações positivas no sistema e aperfeiçoá-lo, sendo certo que a conclusão de que a indenização não “resolve nada” é fatalista em demasia e pouco espaço permite ao mínimo que seja de otimismo esperançoso, é como se dissesse: “deixa quieto, isso daí não tem como melhorar”, complementando-se malogradamente a abstenção estatal ilícita.

Logo, parece-nos que caminhou erroneamente a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, e quiçá houvesse sido mais sábio adotar o entendimento exteriorizado no voto vencido do Ministro Teori Albino Zavascki, no mesmo julgamento do ERESP nº 962.934/MS, *in verbis*:

É possível a fixação de indenização por danos morais individuais na hipótese de encarceramento de detento em condições caóticas, pois, embora a eliminação ou redução de violações aos direitos fundamentais dos presos dependa da adoção de políticas públicas, isso não justifica a impunidade das transgressões ocorridas sob o argumento de que a indenização não tem o alcance para propiciar a solução do grave problema prisional globalmente considerado, sob pena de justificar a manutenção eterna do iníquo *status quo* dos presídios, sendo a qualquer indivíduo assegurado o mínimo existencial.⁸⁵

Realmente, as dificuldades do sistema não justificam que se crie uma nova problemática, consistente em negar punição a transgressões normativo-principiológicas enfeixadas na conjuntura fática da superlotação carcerária, sendo certa que a ausência de indenização servirá como nova força centrífuga na espiral caótica do mesmo sistema. Ou seja, opostamente a combater os equívocos do sistema, a decisão do ERESP nº 962.934/MS mantém intacto um sistema que deveria estar sendo aperfeiçoado - até pela atuação jurisdicional, tão elogiosa em outras tipologias de lides penitenciárias-, e, por isso mesmo, finda por ser seu aliado tácito.

Curiosamente, o Superior Tribunal de Justiça adotou esse entendimento absenteísta e conformado após decisões nas quais se declarou incompetente para conhecer recursos especiais sobre o tema, em face da natureza constitucional da discussão⁸⁶, decerto, uma linha mais sábia do que a adotada até o presente átimo em que se ultima o presente artigo.

No entanto, tal linha jurisprudencial não é ainda definitiva, sendo certo que o Supremo Tribunal Federal já declarou a repercussão geral a respeito do tema e terá toda a oportunidade para rever o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, determinando-se o pagamento da indenização por dano moral pela superlotação e a impossibilidade de invocação de limitações orçamentárias, seja para o pagamento

indenizatório da superlotação,⁸⁷ seja para a realização de obras nos presídios indispensáveis para o cumprimento dos direitos fundamentais da população carcerária,⁸⁸ o que possibilitará, inclusive, a adoção da via judicial do próprio processo coletivo para obrigar o Estado Brasileiro a cumprir a sua própria legislação.

Decerto, o Pretório Excelso poderá analisar todas as questões subjacentes com mais ênfase no caráter nuclear da dignidade da pessoa humana e da efetividade dos direitos fundamentais da população carcerária, com viés mais humanista, pois é certo que a superlotação agride a saúde e a incolumidade individual, assim como contraria o direito ao “mínimo existencial”⁸⁹ e o “direito fundamental à busca da felicidade”,⁹⁰ que também são invocáveis pelos detentos quando aspiram obter boas condições carcerárias.

A melhor solução não é se abster de reconhecer e enfrentar o problema da superlotação e todos os demais do sistema carcerário. O ideal é adotar as medidas necessárias à aplicação da Constituição, da lei e dos tratados internacionais em vigor, até para evitar o risco da atitude absenteísta do Estado ser tragada pelo vórtice ameaçador das organizações criminosas que vêm atuando no caos dos nossos presídios, e ferindo também a população e as instituições pátrias.

4 CONCLUSÃO

Após analisarmos, de forma tópica e específica, todo o sistema jurídico brasileiro, observamos que a tendência da jurisprudência brasileira no tocante ao direito penitenciário é de reconhecimento humanista dos problemas carcerários curiais que existem em nosso país.

Nesse sentido, a decisão do Superior Tribunal de Justiça cristalizada no acórdão do ERESP nº 962.934/MS é aparentemente um ponto fora da curva, uma decisão lamentável sob todos os aspectos, pois sua manutenção apenas agravará e manterá obscuras as dificuldades do sistema carcerário brasileiro, motivo por que se aguarda com expectativa que o Supremo Tribunal Federal reveja a posição daquele sodalício e determine a responsabilização civil do Estado no tema da superlotação como medida estratégica, justa e perfeita, para o enfrentamento da totalidade da problemática carcerária brasileira. Os princípios constitucionais e demais normas que fundamentam a questão não podem ser relegados a um problema de somenos relevância, pois isso claramente se reverterá contra a sociedade e o Estado brasileiro.

Alfim, é crucial rever a posição jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, pois ela mascara e dissimula os problemas reais que afligem o sistema, sob o pálio de um discurso judicial lamentável.

Não podemos olvidar a célebre advertência de Nelson Mandela, que serviu de perífrase preambular para o relatório final da CPI do Sistema Carcerário: “Se quiseres conhecer a situação socioeconômica do país visite os porões de seus presídios.”⁹¹

REFERÊNCIAS

BECCARIA, César. In: BRITO, Alexis Augusto Couto de. (Trad.). **Dos delitos e das Penas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário**. Série ação parlamentar, n. 384. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 14 set. 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: história da violência nas prisões**. 38. ed. Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: editora Saraiva e Instituto Brasiliense de Direito Público (IDB), 2008.

SALLA, Fernando. Considerações Sociológicas sobre o crime organizado no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, v. 71, mar. 2008.

SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! Sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, v. 53, mar. 2005.

SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

1 Trecho selecionado da música “Zé Ninguém” da banda Biquíni Cavado. Autoria de seus integrantes: Álvaro, Bruno, Miguel, Sheik, Coelho.

2 BECCARIA, César. In: BRITO, Alexis Augusto Couto de. (Trad.). **Dos delitos e das Penas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 43. **Registro, ainda, que a ideia de assentamento da legitimidade penal-punitiva no contrato social entre indivíduo e Estado se insere expressamente na obra de Michel Foucault, in verbis: “muitas vezes se pergunta como, antes e depois da Revolução (francesa), se deu um novo fundamento ao direito de punir. E sem dúvida é pelo lado da teoria do contrato que se deve procurar a resposta”** (FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: história da violência nas prisões**. 38. ed. Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 2010, p. 287).

3 Sobre a relevância e a necessidade de observação da teoria da legitimação do direito penal em sua “perspectiva inversa, dos limites impostos ao legislador na formulação do direito penal”, recomendamos a leitura de interessante artigo, traduzido para o português, do jurista alemão Bernd Schünemann (SCHÜNEMANN,

Bernd. O direito penal é a última *ratio* da proteção de bens jurídicos! Sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, v. 53, mar. 2005, p. 03). Tal doutrina reforça a imprescindibilidade do Estado visualizar os parâmetros legais do Direito Penal como limite de sua própria legitimidade e elemento inoldívável de defesa do processo civilizatório e histórico-evolutivo de uma Nação.

4 FOUCAULT, op. cit., p. 55.

5 Nesse sentido, não nos custa lembrar as vinte e sete problemáticas atuais detectadas pelo relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito sobre o sistema carcerário (CPI do Sistema Carcerário), realizado pela Câmara dos Deputados e que, não obstante a gravidade dos fatos detectados e relatados, recebeu como resposta um enorme silêncio da mídia, da sociedade e até da grande maioria dos estudiosos brasileiros. Eis os principais flagelos apontados pelo criterioso e pormenorizado relatório final: 1) Impunidade contumaz em relação ao crime de “Colarinho Branco” e similares, o que se reflete no perfil dos presos; 2) custo financeiro inestimável para o Estado e a sociedade decorrente da corrupção no sistema carcerário; 3) espaço para a existência de organizações criminosas atuando de dentro dos presídios com a leniência ou a participação de agentes do Estado, caracterizando situação que demandaria maior e mais forte presença restritiva do Estado dentro dos presídios; 4) perfil sócio-econômico que remete às populações de baixa renda, sendo praticamente inexistentes presos abastados ou de etnia anglo-saxã; 5) falta de assistência material, criando-se um verdadeiro “inferno carcerário”; 6) inadequação das acomodações: um verdadeiro “caso de polícia”; 7) higiene inexistente nas cadeias; 8) vestuário impróprio dos presos com veraz “nudex absoluta”; 9) alimentação marcada por fome, corrupção e “comida no saco”; 10) assistência à saúde e assistência médicas resumidas à existência “de dor e doenças” e à falta de “tudo”; 11) assistência farmacêutica reduzida à perfrase: “um só remédio para todas as doenças”; 12) assistência odontológica tão ruim que foi qualificada e reduzida à seguinte situação icônica: extração “de dente bom no lugar do estragado”; 13) assistência social inexistente, gerando “abandono e desespero”; 14) assistência psicológica inexistente, gerando uma veraz “fábrica de loucos”; 15) incipiente assistência ao egresso, gerando uma verdadeira legião de “feras soltas nas ruas”, que voltam a delinquir imediatamente; 16) assistência religiosa precária; 17) superlotação, uma autêntica hipótese de “inferno em carne viva”; 18) inexistência de trabalho para os presos, gerando um “ócio subsidiado”; 19) isolamento exagerado dos presos, gerando um mau contato com o mundo exterior, o que acarreta ausência de possibilidade real de ressocialização; 20) água e luz precárias e, ainda, com fornecimento submetido a um regime corrupto; 21) inexistência de um mínimo de luz solar, vivenciando-se a prisão em escuridão; 22) ocorrência rotineira de “tortura e maus tratos”; 23) inexistência de individualização dos presos e das penas, resultando em um verdadeiro “misturão” em que presos de todas as naturezas convivem entre si; 24) má preparação para a liberdade, gerando uma verdadeira “reincidência institucional”; 25) mulheres encarceradas de maneira a ser qualificada como uma “vergonha nacional”, uma vez que há crescente aumento da população carcerária feminina e muitas delas se encontram presas de modo contíguo ou misturado com presos do sexo masculino, afora outros problemas como estupro e maus tratos; 26) mau tratamento dos presos estrangeiros, aos quais faltam, inclusive, “atendimento médico e judiciário”; 27) péssima gestão do sistema carcerário, com arrolamento de várias recomendações pelos parlamentares, inclusive, no sentido de que “os estabelecimentos atuais deverão passar por uma análise criteriosa quanto à sua situação, localização, destinação e economicidade, com vistas aos custos dos funcionários, da reforma e da manutenção, ao conforto dos visitantes, à segurança do estabelecimento, capacidade de vagas e à aplicação das demais normas relativas à arquitetura e engenharia prisional” (BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. Série ação parlamentar, n. 384. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009, p. 47-65; 70-76; 191-316; 324-475). Por fim, é relevante transcrever parte das conclusões finais do relatório da CPI do sistema carcerário, que remete à descrição dos problemas, mas, por outro prisma, indica a direção correta para a sua solução, que passa, necessariamente, pela aplicação dos direitos fundamentais dos presos, a partir da abertura das (...) portas do sistema carcerário ao cumprimento das leis” e “ao respeito dos encarcerados”, senão vejamos, *in verbis*:

“Diante do inferno carcerário vigente no País; da crescente violência, notadamente nas regiões metropolitanas, em que as facções criminosas disputam com o Estado o controle de extensos territórios e em face da impunidade de setores minoritários da sociedade, tem-se por um instante a sensação de que não há soluções para o caos carcerário existente. (...)

Assim, acreditamos que com políticas econômicas viáveis, programas sociais efetivos; ações de prevenção e combate à criminalidade, governo e sociedade estarão caminhando a passos largos para FECHAR as portas de entrada no sistema carcerário.

Da mesma forma, governo e sociedade devem juntar as mãos no esforço concentrado e solidário para ABRIR as portas do sistema carcerário ao cumprimento das leis, ao respeito dos encarcerados e sobretudo para garantir o direito de todos os brasileiros a uma vida tranqüila e segura (...)” (BRASIL, 2009, op. cit., p. 611-612).

- 6 Abaixo, transcrevemos as ementas de acórdãos recentes no âmbito da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça afastando a responsabilidade civil do Estado em casos de superlotação e, empós, transcrevemos a ementa de decisão do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a repercussão geral da questão no âmbito de recurso extraordinário, senão vejamos, *in litteris*:

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DETENTO. SUPERLOTAÇÃO. DANO MORAL. RESSARCIMENTO INDIVIDUAL POR DANO COLETIVO INCABÍVEL. PROBLEMA LÓGICO. RETIRADA DE CUSTOS PARA SUPRIR INDENIZAÇÃO INDIVIDUAL QUE MAJORA O GRAVAME COLETIVO. IMPOSSIBILIDADE DE EQUIVALÊNCIA COM CASOS MAIS GRAVES. MORTE. INDENIZAÇÃO INDIVIDUAL COMO MEIO INVIÁVEL DE SOLUÇÃO DO PROBLEMA PRISIONAL.

1. Cuida-se de embargos de divergência opostos contra acórdão da Segunda Turma que deu provimento ao recurso especial para determinar a impossibilidade de obrigar o Estado a indenizar, individualmente, um detento em unidade prisional superlotada.

2. O que se debate é a possibilidade de indenizar dano moral que foi consignado pelas instâncias de origem; logo, o que se discute é a possibilidade de punir o Estado com tal gravame pecuniário, denominado no acórdão embargado como “pedágio masmorra”; a divergência existe, pois há precedentes da Primeira Turma no sentido da possibilidade de indenização: REsp 1.051.023/RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 1º.12.2008; e REsp 870.673/MS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 5.5.2008.

3. O voto condutor do Min. Herman Benjamin - havido do recurso especial, cujo acórdão figura como embargado - deve ser mantido em seus próprios fundamentos, a saber que: a) não é aceitável a tese de que a indenização seria cabível em prol de sua função pedagógica; b) não é razoável - e ausente de lógica - indenizar individualmente, pois isto ensejará a retirada de recursos para melhoria do sistema, o que agravará a situação do próprio detento; e c) a comparação com casos que envolveram a morte de detentos não é cabível.

4. Como bem consignado no acórdão embargado, em vez da perseguição de uma solução para alterar a degradação das prisões, o que acaba por se buscar é uma inadmissível indenização individual que arrisca formar um “pedágio masmorra” ou uma “bolsa indignidade”; em síntese, o tema em debate não trata da aplicação da doutrina da “reserva do possível” ou do “mínimo existencial”, mas da impossibilidade lógica de que a fixação de uma indenização pecuniária e individual melhore o sistema prisional. Embargos de divergência conhecidos e improvidos. (REsp 962.934/MS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Rel. p/ Acórdão Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 14/03/2012, DJe 25/04/2012) Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 de dez. 2012. (VOTO VENCIDO) (MIN. TEORI ALBINO ZAVASCKI): É possível a fixação de indenização por danos morais individuais na hipótese de encarceramento de detento em condições caóticas, pois, embora a eliminação ou redução de violações aos direitos fundamentais dos presos dependa da adoção de políticas públicas, isso não justifica a impunidade das transgressões ocorridas sob o argumento de que a indenização não tem o alcance para propiciar a solução do grave problema prisional globalmente considerado, sob pena de justificar a manutenção eterna do iníquo status quo dos presídios, sendo a qualquer indivíduo assegurado o mínimo existencial. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 dez. 2012.

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRECARIEDADE DAS CONDIÇÕES DO SISTEMA CARCERÁRIO ESTADUAL. SUPERLOTAÇÃO. INDENIZAÇÃO EM FAVOR DE DETENTO, POR DANO MORAL INDIVIDUAL. RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL. PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS EM FAVOR DA DEFENSORIA PÚBLICA. IDENTIDADE ENTRE CREDOR E DEVEDOR. CONFUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 421/STJ.

1. Em nada contribui para a melhoria do sistema prisional do Brasil a concessão, individualmente, de indenização por dano moral a detento submetido à superlotação e a outras agruras que permeiam (e envergonham) nossos estabelecimentos carcerários. A medida, quando muito, servirá tão-só para drenar e canalizar escassos recursos públicos, aplicando-os na simples mitigação do problema de um ou só de alguns, em vez de resolvê-lo, de uma vez por todas, em favor da coletividade dos prisioneiros.

2. A condenação do Estado à indenização por danos morais individuais, como remédio isolado, arrisca a instituir uma espécie de “pedágio-masmorra”, ou seja, deixa a impressão de que ao Poder Público, em vez de

garantir direitos inalienáveis e imprescritíveis de que são titulares, por igual, todos os presos, bastará pagar, aos prisioneiros que disponham de advogado para postular em seu favor, uma “bolsa-indignidade” pela ofensa diária, continuada e indesculpável aos mais fundamentais dos direitos, assegurados constitucionalmente.

3. A questão não trata da incidência da cláusula da reserva do possível, nem de assegurar o mínimo existencial, mas sim da necessidade urgente de aprimoramento das condições do sistema prisional, que deverá ser feito por meio de melhor planejamento e estruturação física, e não mediante pagamento pecuniário e individual aos apenados.

4. Ademais, em análise comparativa de precedentes, acerca da responsabilidade do Estado por morte de detentos nas casas prisionais, não se pode permitir que a situação de desconforto individual dos presidiários receba tratamento mais privilegiado que o das referidas situações, sob risco de incoerência e retrocesso de entendimentos em nada pacificados. Precedentes do STJ e do STF

5. A Defensoria Pública, como órgão essencial à Justiça, dispõe de mecanismos mais eficientes e efetivos para contribuir, no atacado, com a melhoria do sistema prisional, valendo citar, entre tantos outros: a) defesa coletiva de direitos (art. 5º, II, da Lei 7.347/1985), por intermédio do ajuizamento de Ação Civil Pública, para resolver, de forma global e definitiva, o grave problema da superlotação das prisões, pondo um basta nas violações à dignidade dos prisioneiros, inclusive com a interdição de estabelecimentos carcerários; b) ações conjuntas com o Conselho Nacional de Justiça;

c) acompanhamento da progressão de regime (art. 112 da Lei 7.210/1984); d) controle da malversação de investimentos no setor carcerário. Tudo isso sem prejuízo de providências, pelo Ministério Público, no âmbito da Lei da Improbidade Administrativa, com o objetivo, se for o caso, de imputar, ao servidor ou administrador desidioso, responsabilidade pessoal por ofensa aos princípios que regem a boa Administração carcerária.

6. Inviável condenar a Fazenda estadual em honorários advocatícios que remuneram a própria Defensoria Pública, sob pena de incorrer em confusão (credor e devedor são o mesmo ente). Aplicação da novel Súmula 421 do STJ: “Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença”.

7. Recurso Especial provido para restabelecer o entendimento esposado no voto do relator de origem. (REsp 962.934/MS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/04/2010, DJe 04/05/2011). Disponível em: >www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 dez. 2012.

RE 580252 RG / MS - MATO GROSSO DO SUL REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator(a): Min. AYRES BRITTO Julgamento: 17/02/2011

Publicação: DJe-109 DIVULG 07-06-2011 PUBLIC 08-06-2011 EMENT VOL-02539-02 PP-00325

Parte(s)

RECTE.(S): ANDERSON NUNES DA SILVA

PROC.(A/S) (ES): DEFENSOR PÚBLICO GERAL DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL

RECD.(A/S): ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR GERAL DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL

Ementa

LIMITES ORÇAMENTÁRIOS DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. EXCESSIVA POPULAÇÃO CARCERÁRIA. PRESENÇA DA REPERCUSSÃO GERAL. Possui repercussão geral a questão constitucional atinente à contraposição entre a chamada cláusula da reserva financeira do possível e a pretensão de obter indenização por dano moral decorrente da excessiva população carcerária.

Decisão

Decisão: O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. Não se manifestaram os Ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie. Ministro AYRES BRITTO Relator.

Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.

7 FOUCAULT, op. cit., p. 291.

8 Na jurisprudência, destaca-se o esforço de se conceber um elenco de direitos mínimos da população carcerária efetuado pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça na redação do item “3” da ementa do julgamento do HC 142.513/ES, Rel. Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 23/03/2010, DJe 10/05/2010, *in verbis*:

“Entre as normas e os princípios do ordenamento jurídico brasileiro, estão: “dignidade da pessoa humana, prisão somente com previsão legal, respeito à integridade física e moral dos presos, presunção de inocência, relaxamento de prisão ilegal, execução visando à harmônica integração social do condenado e do internado”. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 dez. 2012.

9 A mais conhecida classificação doutrinária brasileira sobre o tema arrola as seguintes tipologias de normas constitucionais, quanto à sua eficácia e aplicabilidade, e foi idealizada por José Afonso da Silva (SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1998):

a) Normas de Eficácia Plena – são normas revestidas de eficácia jurídica plena e imediata, desde a sua origem adjunto com a promulgação do Texto Constitucional expresso, não podendo a legislação ordinária, sequer, restringir sua eficácia; sua aplicabilidade é intensa e seus efeitos jurídicos são imediatos; Ex. Direito à vida, Direito à liberdade de locomoção; direito à integridade física, et cetera.

b) Normas de Eficácia Contida ou de eficácia restringível – são normas de eficácia imediata e plena desde sua promulgação, mas que, no futuro, podem vir a ter seu campo jurídico de incidência reduzido, limitado ou modulado pela lei regulamentadora, desde que se utilizem critérios razoáveis e não aniquiladores do núcleo essencial da norma constitucional passível de redução.

c) Normas de Eficácia Limitada ou diferida – são as que necessitam inteiramente de integração normativa para obterem eficácia jurídica máxima, não obstante, antes de ser regulamentada, tenha o efeito mínimo de vincular o legislador de modo negativo, impedindo que a anomia e lacuna de regulamentação autorize a legislação infraconstitucional a estabelecer diretrizes diferentes do núcleo da norma constitucional de eficácia limitada, ou seja, se a norma de eficácia limitada aponta para uma direção, não pode o legislador ordinário, de forma oposta a caminhar nesse mesmo sentido, estabelecer rota jurídico-normativa exatamente oposta ou inconciliável com a norma constitucional, a qual, mesmo tendo efeitos limitados ou diferidos, detém força normativa suficiente para não ser olvidada.

A norma constitucional de eficácia limitada pode, ainda, estar erigindo a criação de princípio programático, um princípio que estabelece um programa ou meta estatal, dirigindo a atuação do legislador e da Administração Pública no sentido por si adotado (ex: princípio da busca do pleno emprego – art. 170, inciso VIII, da Lei Maior, ou seja o Estado deve adotar políticas públicas que empregue toda mão-de-obra disponível na economia, evitando o aumento do desemprego e procurando o diminuir) ou a criação de um princípio institutivo, ou seja, um instituto jurídico com contornos e modulação própria que, antes de ser uma tarefa estatal, representa um conceito jurídico ou específico tipo de direito para o cidadão, como por exemplo, a participação nos lucros das empresas pelos trabalhadores – art. 7º, inciso XI, da Carta Política.

10 Sobre a eficácia plena e imediata dos direitos fundamentais, mencionamos o seguinte julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: “Extradição e necessidade de observância dos parâmetros do devido processo legal, do estado de direito e do respeito aos direitos humanos. Constituição do Brasil, arts. 5º, § 1º, e 60, § 4º. Tráfico de entorpecentes. Associação delituosa e confabulação. Tipificações correspondentes no direito brasileiro. (...) Obrigação do STF de manter e observar os parâmetros do devido processo legal, do estado de direito e dos direitos humanos. (...) Necessidade de assegurar direitos fundamentais básicos ao extraditando. Direitos e garantias fundamentais devem ter eficácia imediata (cf. art. 5º, § 1º); a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos deve obrigar o Estado a guardar-lhes estrita observância. (...)” (Ext 986, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 15-8-2007, Plenário, DJ de 5-10-2007, grifos nossos) Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.

11 Sobre os direitos fundamentais de primeira geração, é útil o escólio abalizado de Gilmar Ferreira Mendes, senão vejamos, *in litteris*:

“São considerados indispensáveis a todos os homens, ostentando, pois, pretensão universalista. Referem-se a liberdades individuais, como a de consciência, de culto, à inviolabilidade de domicílio, à liberdade de culto e de reunião. O paradigma de titular desses direitos é o homem individualmente considerado” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: editora Saraiva e Instituto Brasiliense de Direito Público (IDB), 2008, p. 233).

12 *Ibid.*, p. 267.

13 Relevante transcrever o seguinte trecho do Voto-Vista exarado pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento da Extradição 986 pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

“A doutrina alemã cunhou a expressão ‘Justizgrundrechte’ para se referir a um elenco de proteções constantes da Constituição, que tem por escopo proteger o indivíduo no contexto do processo judicial. Sabe-se que a expressão é imperfeita, uma vez que muitos desses direitos transcendem a esfera propriamente judicial. À falta de outra denominação genérica, também nós optamos por adotar designação assemelhada – direitos fundamentais de caráter judicial e garantias constitucionais no processo –, embora conscientes de que se cuida de uma denominação que também peca por imprecisão. A Constituição Federal de 1988 atribuiu significado ímpar aos direitos individuais, ao consagrar um expressivo elenco de direitos destinados à defesa da posição jurídica perante a Administração ou perante os órgãos jurisdicionais em geral, como

se pode depreender da leitura do disposto no art. 5, incisos XXXIV, XXXV e XXXVII a LXXIV. Da mesma forma, refira-se aos incisos LXXVI e LXVIII do art. 5o. Já a colocação do catálogo dos direitos fundamentais no início do texto constitucional denota a intenção do constituinte de emprestar-lhes significado especial. A amplitude conferida ao texto, que se desdobra em setenta e oito incisos e quatro parágrafos (CF, art. 5o), reforça a impressão sobre a posição de destaque que o constituinte quis outorgar a esses direitos. A ideia de que os direitos e garantias fundamentais devem ter eficácia imediata (CF, art. 5o, §1o) ressalta, também, a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos e o seu dever de guardar-lhes estrita observância. O constituinte reconheceu, ainda, que os direitos fundamentais são elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição, considerando, por isso, ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a suprimi-los (art. 60, § 4º). A complexidade do sistema de direitos fundamentais recomenda, por conseguinte, que se evitem esforços no sentido de precisar os elementos essenciais dessa categoria de direitos, em especial no que concerne à identificação dos âmbitos de proteção e à imposição de restrições ou limitações legais. E no que se refere aos direitos de caráter penal, processual e processual-penal, talvez não haja qualquer exagero na constatação de que esses direitos cumprem um papel fundamental na concretização do moderno Estado democrático de direito (Publicado na Seção de “transcrições” do Informativo STF nº 476, grifos inexistentes no original). Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. de 2012.

Da mesma forma, é lícito mencionar que, em lapidar julgamento - no âmbito do REsp nº 802.435/PE, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 19/10/2006, DJ 30/10/2006, p. 253, o Superior Tribunal de Justiça também estabeleceu a íntima imbricação entre o Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à integridade, cuja eficácia plena é exemplar aos demais direitos fundamentais dos apenados, senão vejamos, *in litteris*:

“(…)

2. A Constituição da República Federativa do Brasil, de índole pós-positivista e fundamento de todo o ordenamento jurídico expressa como vontade popular que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana como instrumento realizador de seu ideário de construção de uma sociedade justa e solidária.
 3. Conseqüentemente, a vida humana passou a ser o centro de gravidade do ordenamento jurídico, por isso que a aplicação da lei, qualquer que seja o ramo da ciência onde se deva operar a concreção jurídica, deve perpassar por esse tecido normativo-constitucional, que suscita a reflexão axiológica do resultado judicial.
 4. Direitos fundamentais emergentes desse comando maior erigido à categoria de princípio e de norma superior estão enunciados no art.5.º da Carta Magna, e dentre outros, os que interessam o caso sub judice destacam-se: XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (grifos inexistentes no original). Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 dez. 2012.
- 14 No exercício desta competência, a União editou a Lei Federal nº 7.210, de 11 de julho de 1984, denominada Lei de Execução Penal - LEP responsável pela concretização das “disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. Dentre outras disposições legais ampliadoras dos direitos relativos à digna execução penal, podem ser mencionados:
- a) existência de Comissão Técnica de Classificação dos detentos, com o objetivo de proceder à separação entre os detentos de acordo com suas características e tipologia criminosa (art. 7º/LEP);
 - b) direito à assistência material, consistente no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas (arts. 11 e 12), bem como, cama individual provida de roupas, mantidas e mudadas correta e regularmente, a fim de assegurar condições básicas de limpeza e conforto (art. 8º, § 2º/LEP) e local adequado, com higiene e limpeza, luz solar e adequação ao clima (arts. 9º e 10º/LEP);
 - c) direito à assistência à saúde, consistente em atendimento médico, farmacêutico e odontológico, com direito a tratamento em outro local se não houver aparelhagem e assistência médica adequada no próprio estabelecimento prisional (art. 14, caput e §2º/LEP);
 - d) direito à assistência educacional, compreendendo a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado (art. 17/LEP);
 - e) o direito à assistência judiciária gratuita (art. 11, inciso III, 15 e 16 da LEP), a qual, na ordem Constitucional de 1988, foi convalidada em direito fundamental de todos – ver art. 5º, inciso LXXIV e 134 da Carta Política.
 - f) outros direitos, como assistência social, para auxiliar na futura socialização (arts. 22 e 23/LEP), assistência religiosa (art. 24/LEP) – decorrência do próprio artigo 5º, inciso VIII, da Constituição de 1988, e direito a trabalho digno e remunerado com remição parcial da punição proporcional ao labor executado (arts. 28 e 29/LEP).

Ainda, cumpre registrar que a Lei de Execuções Penais brasileira, exemplo de diploma bem avançado na teorização normativa do tratamento carcerário digno e recuperador, sintetiza elenco nuclear de deveres (arts. 38 e 39 da LEP) e dos direitos dos presidiários (arts. 40 e 41), destacando-se estes dois últimos preceptivos, senão cotejemos sua redação literal:

“Art. 40 - Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

I - alimentação suficiente e vestuário;

II - atribuição de trabalho e sua remuneração;

III - Previdência Social;

IV - constituição de pecúlio;

V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;

VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;

VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;

X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

XI - chamamento nominal;

XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;

XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;

XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;

XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente. (Incluído pela Lei nº 10.713, de 2003)

Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.”

Por fim, é de bom alvitre mencionar a recente promulgação da Lei Ordinária Federal nº Lei nº 12.433/11, que criou o benefício conhecido por “remição pelo estudo”, através do qual o preso consegue remir um dia de sua pena a cada três dias de estudo, bem como limitou a um terço a sanção de perda da remição por cometimento de falta grave.

Outrossim, também é digna de registro a promulgação da Lei nº 12.245, de 24 de maio de 2010 que Alterou o art. 83 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, “para autorizar a instalação de salas de aulas nos presídios” - publicada no DOU de 25/5/2010, Seção 1, p. 3.

15 Por motivos evidentes, os direitos a seguir arrolados como imputados à população carcerária também o são em relação à população em geral, ou seja, o fato de serem aplicáveis aos detentos não exclui sua característica de universalidade, pois, ao contrário, a referibilidade em epígrafe somente corrobora seu caráter universal.

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

III: ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”(BRASIL. Constituição da Republica Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14 set. 2012.

17 “A tortura constitui a negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete – enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva – um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo.” (HC 70.389, Rel. p/ o ac. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-6-1994, Plenário, DJ de 10-8-2001.

18 O próprio inciso XLIX do artigo 5º da Constituição Federal afirma textualmente que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. Obviamente, mesmo que não houvesse essa específica norma protetiva dos presos, eles teriam direito à incolumidade em face do artigo 5º, inciso III, da Carta Política que a assegura a qualquer cidadão. O próprio Código Penal Brasileiro, em seu artigo 38, integraliza e corrobora tal ditame constitucional ao estatuir, in verbis: “O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral”.

Enfim, o curioso fato do poder constituinte derivado haver erigido de forma aparentemente tautológica um inciso constitucional do rol de direitos fundamentais específico para a proteção da higidez dos presos

(artigo 5º, inciso XLIX) sinaliza a preocupação evidente da ordem Jurídica em obter a concreção dessa proteção e um dever inelutável para o Estado Brasileiro.

- 19 Sobre o caráter particularmente execrável da tortura, é se sublinhar a seguinte passagem do ilustre e erudito Voto do Ministro Celso de Mello no julgamento da Arguição de Descumprimento Fundamental nº 153, o qual conclui pela existência de um rol de normas constitucionais atinentes à proibição desta prática malsã, in verbis:

“A tortura, além de expor-se ao juízo de reprovabilidade ético-social, revela, no gesto primário e irracional de quem a pratica, uma intolerável afronta aos direitos da pessoa humana e um acintoso desprezo pela ordem jurídica estabelecida.

Trata-se de conduta cuja gravidade objetiva torna-se ainda mais intensa, na medida em que a transgressão criminosa do ordenamento positivo decorre do abusivo exercício de função estatal.

O Brasil, consciente da necessidade de prevenir e de reprimir os atos caracterizadores da tortura, subscreveu, no plano externo, importantes documentos internacionais, de que destaque, por sua inquestionável importância, a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1984; a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, concluída em Cartagena em 1985, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), adotada no âmbito da OEA em 1969, atos internacionais estes que já se acham incorporados ao plano do direito positivo interno (Decreto nº 40/91, Decreto nº 98.386/89 e Decreto nº 678/92).

Cabe reafirmar que a tortura exterioriza um universo conceitual impregnado de noções com que o senso comum e o sentimento de decência das pessoas identificam as condutas aviltantes que traduzem, na concreção de sua prática, as múltiplas formas de execução desse gesto caracterizador de profunda insensibilidade moral daquele que se presta, com ele, a ofender a dignidade da pessoa humana.

O respeito e a observância das liberdades públicas impõem-se ao Estado como obrigação indeclinável, que se justifica pela necessária submissão do Poder Público aos direitos fundamentais da pessoa humana. O conteúdo dessas liberdades – verdadeiras prerrogativas do indivíduo em face da comunidade estatal – acentua-se pelo caráter ético-jurídico que assumem e pelo valor social que ostentam, na proporção exata em que essas franquias individuais criam, em torno da pessoa, uma área indevassável à ação do Poder.

Quando se fala em tortura, a problematização da liberdade individual na sociedade contemporânea não pode prescindir de um dado axiológico essencial: o do valor ético fundamental da pessoa humana.

Daí a advertência de CELSO LAFER (**A Reconstrução dos Direitos Humanos**, p. 118, 1988, Companhia das Letras, S. Paulo):

“(…) o valor da pessoa humana, enquanto conquista histórico-axiológica, encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem. É por essa razão que a análise da ruptura – o hiato entre o passado e o futuro, produzido pelo esfacelamento dos padrões da tradição ocidental – passa por uma análise da crise dos direitos humanos, que permitiu o estado totalitário de natureza.” (grifei)

Importante rememorar, neste ponto, Senhor Presidente, a lúcida abordagem que HÉLIO PELLEGRINO fez a propósito da utilização da tortura como instrumento de repressão política (“A Tortura Política”, “in” “Jornal do Brasil”, Caderno B, de 18/04/85):

“O projeto da tortura implica uma negação total – e totalitária – da pessoa enquanto ser encarnado. O centro da pessoa humana é a liberdade. Esta, por sua vez, é a invenção que o sujeito faz de si mesmo, através da palavra que o exprime. Na tortura, o discurso que o torturador busca extrair do torturado é a negação absoluta de sua condição de sujeito livre. A tortura visa ao acesso da liberdade. A confissão que ela busca, através da intimidação e da violência, é a palavra aviltada de um sujeito que, nas mãos do torturador, se transforma em objeto. Ao quebrar-se frente à tortura, o torturado consome – e assume – uma cisão que lhe rouba o uso e o gozo pacífico do seu corpo. A ausência de sofrimento corporal, ao preço da confissão que lhe foi extorquida, lhe custa a amargura de sentir-se traidor, traído pelo próprio corpo. Sua carne apaziguada testemunha e denuncia a negação de si mesmo enquanto pessoa. A tortura, quando vitoriosa, opera no sentido de transformar sua vítima numa degradada espectadora de sua própria ruína.” (grifei)

Esta é uma verdade que não se pode desconhecer: a emergência das sociedades totalitárias está causalmente vinculada, de modo rígido e inseparável, à desconsideração da pessoa humana, enquanto valor fundante da própria ordem político-jurídica do Estado.

A tortura, nesse contexto, constitui a negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete - enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva - um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo.

- Atenta a esse fenômeno, a Assembléia Nacional Constituinte, ao promulgar a vigente Constituição do Brasil, nela fez inscrever, como princípios fundamentais da nova ordem jurídica, os seguintes postulados:
- “(a) a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, n. III);
 - (b) a prevalência dos direitos humanos (artigo 4º, n. II);
 - (c) o repúdio à tortura ou a qualquer outro tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, n. III);
 - (d) a punibilidade de qualquer comportamento atentatório aos direitos e liberdades fundamentais (artigo 5º, n. XLI);
 - (e) a inafiançabilidade e a impossibilidade de concessão de graça ou anistia ao crime de tortura (artigo 5º, n. XLIII);
 - (f) a proscricção de penas cruéis (artigo 5º, n. XLVII, e);
 - (g) a intangibilidade física e a incolumidade moral de pessoas sujeitas à custódia do Estado (artigo 5º, n. XLIX);
 - (h) a decretabilidade de intervenção federal, por desrespeito aos direitos da pessoa humana, nos Estados-membros e no Distrito Federal (art. 34, n. VII, b);
 - (i) a impossibilidade de revisão constitucional que objetive a supressão do regime formal e material das liberdades públicas (artigo 60, § 4º, n. IV).” (grifos existentes no original, obtido na seção de Transcrições do Informativo STF nº 588/2010). Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 20 Entendo, ainda, que é uma extensão desse direito fundamental de incolumidade, enfeixado em sua dimensão “objetiva”, o dever estatal de proteger a população carcerária da atuação de organizações criminosas que atuam em presídios brasileiros. Sobre este relevante assunto indicamos interessante artigo do sociólogo Fernando Salla (SALLA, Fernando. Considerações Sociológicas sobre o crime organizado no Brasil. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, v. 71, mar. 2008).
- 21 Súmula Vinculante nº 11. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 22 HC 91.952, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 13-8-08, Informativo 515. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 23 HC 70.389, voto do Min. Celso de Mello, julgamento em 23-6-94, DJ de 10-8-01. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 24 HC 102020/PB – PARAÍBA; HABEAS CORPUS Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski Julgamento: 23/11/2010 Órgão Julgador: Primeira Turma. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 25 HC 95334/RS; HABEAS CORPUS; Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski; Relator(a) p/acórdão: Min. Marco Aurélio; Julgamento: 03/03/2009 Órgão Julgador: Primeira Turma. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 26 “O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida (RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-9-2000, Segunda Turma, Plenário, DJ de 24-11-2000; STA 175-AgR, Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, julgamento em 17-3-2010, Plenário, DJE de 30-4-2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 27 Vide nota de rodapé nº 06 do presente artigo.
- 28 art. 5º, inciso X da CRFB: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”
- 29 “é o modo de ser do individuo, que consiste na exclusão do conhecimento alheio de tudo quanto se refere ao mesmo individuo” (BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 14).
- 30 “A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de praticas ilícitas. HC 70814 /SP - São Paulo; HABEAS CORPUS; Relator(a): Min. Celso de Mello; Julgamento: 01/03/1994. Órgão Julgador: Primeira Turma. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 31 “A revista pessoal de advogados no ingresso em prédio público não malfere os direitos fundamentais do artigo 5º, caput, II, III, XIV, XV, XXXV, XLI, LIV, LVII e LXVIII da CF/88; o direito de ingresso dos advogados não é um direito absoluto a ponto de dispensá-los de se submeterem a procedimentos de segurança razoáveis e normais que atingem a todos como lídimo espectro do poder de polícia de segurança do prédio público” (ver HC 84270/STF). Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.

- 32 “A Constituição da República, em seu art. 5º, III, em sua parte final, assegura que ninguém será submetido a tratamento degradante, e, no inciso X daquele mesmo dispositivo, protege o direito à intimidade, à imagem e à honra das pessoas. De todas as pessoas, seja realçado. Não há, para o direito, pessoas de categorias variadas. O ser humano é um e a ele deve ser garantido o conjunto dos direitos fundamentais. As penas haverão de ser impostas e cumpridas, igualmente por todos os que se encontrem em igual condição, na forma da lei.” HC 89.429, voto da Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 22-8-2006, Primeira Turma, DJ de 2-2-2007). Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 13 dez. 2012.
- 33 “Art 5º, incisos XLV, XLVI e XLVIII, da CRFB: XLV: nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendida aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; XLVI: a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a)privação ou restrição da liberdade; b)perda de bens; c)multa; d)prestação social alternativa; e)suspensão ou interdição de direitos; XLVIII – a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”.
- 34 Há de se destacar, nesse ínterim, a situação calamitosa das mulheres na realidade do regime prisional brasileiro, que tende a se agravar, uma vez que foi feita estimativa pela CPI do sistema carcerário, em seu relatório final, de 2008, no sentido de que, em 2012, as mulheres presas corresponderiam a 7,67% do número total de presos, gerando um déficit de quase cinquenta por cento de vagas femininas (op. cit., p. 279). Apenas para mencionar fatos abusivos constatados efetivamente, arrolamos as seguintes circunstâncias descritas pelo relatório final da CPI do sistema carcerário brasileiro: a) inexistência de creches e berçários e outras condições específicas à situação feminina, como exigido pelos artigos 82, 83 e 89 da Lei de Execuções Penais, com constatação até de crianças recém-nascidas dormindo no chão duro da prisão junto com a mãe, com evidente ausência sequer de condições para a amamentação no crítico período do primeiro semestre de vida; b) ausência de exames ginecológicos preventivos e de assistência básica à saúde, com recusa de encaminhamento das presas ao sistema do SUS; c) mulheres presas em estágio terminal de câncer de mama deixadas à míngua à espera da morte; d) ausência de condições higiênicas básicas, como papel higiênico e absorvente íntimo; e) ausência de estímulos e condições para o ensino, o trabalho e a profissionalização da mulher presa; f) estupro e sevícias sistemáticas praticadas em mulheres, inclusive em menoridade etária, porquanto colocadas na mesma cela com dezenas de homens, resultando em abuso físico, psicológico e gravidez indesejada (op. cit., p. 279-284).
- 35 RHC 94.358, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 29-4-08, Informativo STF nº 504. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 36 “Execução penal. Remição de dias trabalhados. Falta grave. Limites. Precedentes. A perda dos dias remidos pelo trabalho de que trata o artigo 127 da Lei de Execuções Penais não afronta os princípios da proporcionalidade, da isonomia, da individualização da pena ou do direito adquirido. Não é possível afirmar que a subtração em referência deva ser limitada à mesma quantidade de dias estabelecida para a duração máxima da sanção disciplinar de isolamento, suspensão e restrição de direitos prevista no artigo 58 do mesmo diploma legal.” (RE 554.303-AgR, Rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 20-5-08, DJE de 29-8-08). Ver também Súmula Vinculante nº 09. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 37 HC 93.391, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 15-4-08, DJE de 9-5-08. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 38 HC 97.012, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 9-2-2010, Segunda Turma, DJE de 12-3-2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 39 RHC 101.278, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 27-4-2010, Primeira Turma, DJE de 21-5-2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 40 HC 96.559, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 30-6-2009, Primeira Turma, DJE de 14-8-2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 41 HC 97.621, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 2-6- 2009, Segunda Turma, DJE de 26-6-2009. Ver também HC 98.360, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 4-8-2009, Primeira Turma, DJE de 23-10-2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 42 “Pena. Crimes hediondos. Regime de cumprimento. Progressão. Óbice. Art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990. Inconstitucionalidade. Evolução jurisprudencial. Conflita com a garantia da individualização da pena – art. 5º, XLVI, da CF – a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990.” (HC 91.618, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 19-8-2008, Primeira Turma, DJE de 31-10-2008). Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.

43 “Incumbe ao Estado aparelhar-se visando à observância irrestrita das decisões judiciais. Se não houver sistema capaz de implicar o cumprimento da pena em regime semiaberto, dá-se a transformação em aberto e, inexistente a casa do albergado, a prisão domiciliar.” (HC 96.169, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 25-8-2009, Primeira Turma, DJE de 9-10-2009.) Vide: HC 94.810, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 28-10-2008, Primeira Turma, DJE de 6-3-2009; Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.

Com o mesmo diapasão:

“A Turma, por maioria, deferiu habeas corpus para determinar o imediato encaminhamento do paciente a estabelecimento penitenciário adequado à execução de regime semiaberto, sob pena de, não sendo possível à administração penitenciária executar a presente ordem no prazo de 72 horas, ser-lhe assegurado o direito de permanecer em liberdade, se por algum outro motivo não estiver preso, até que o Poder Público providencie vaga em estabelecimento apropriado. Tratava-se, na espécie, de *writ* em que se discutia a possibilidade de o réu, condenado a cumprimento de pena em regime semiaberto, aguardar em regime prisional mais gravoso (regime fechado) o surgimento de vaga em colônia penal agrícola e/ou colônia penal industrial ou em estabelecimento similar. Tendo em conta a circunstância relevante de o juiz haver reconhecido que o paciente preencheria os requisitos necessários para iniciar a execução da pena em regime semiaberto, entendeu-se inaceitável que – ao argumento de deficiências estruturais do sistema penitenciário ou de incapacidade de o Estado prover recursos materiais que viabilizem a implementação de determinações impostas pela Lei Execução Penal – LEP, que constitui exclusiva obrigação do Poder Público – venha a ser frustrado o exercício, pelo sentenciante, de direitos subjetivos que lhe foram conferidos pelo ordenamento positivo, como o de começar, desde logo, quando assegurado por sentença penal já transitada em julgado, o cumprimento da pena em regime semiaberto. Rejeitou-se, ainda, a pretendida concessão de prisão domiciliar, prevista no art. 117 da LEP, considerado o caráter excepcional e taxativo das hipóteses constantes desse dispositivo. (...) Precedente citado: HC 76.930/SP (DJ de 26-3-1999).” (HC 87.985, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 20-3-2007, Segunda Turma, Informativo 460.) Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.

Ver também: HC 93.596, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 8-4-2008, Segunda Turma, DJE de 7-5-2010 e HC 96.169, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 25-8-2009, Primeira Turma, DJE de 9-10-2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.

44 “Processual penal. Pena: execução provisória. Progressão de regime antes do trânsito em julgado da condenação: possibilidade. Precedentes. Resolução 19, de 29 de agosto de 2006, do CNJ. Recurso conhecido e provido. A jurisprudência deste Supremo Tribunal não exige o trânsito em julgado da condenação para que seja possível a progressão de regime.” (RHC 92.872, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 27-11-2007, Primeira Turma, DJE de 15-2-2008.) Ver também: HC 86.005, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 5-8-2008, Segunda Turma, DJE de 6-3-2009 e RHC 103.744, Rel. p/ o ac. Min. Dias Toffoli, julgamento em 31-8-2010, Primeira Turma, DJE de 25-10-2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.

45 “Tanto quanto possível, incumbe ao Estado adotar medidas preparatórias ao retorno do condenado ao convívio social. Os valores humanos fulminam os enfoques segregacionistas. A ordem jurídica em vigor consagra o direito do preso de ser transferido para local em que possua raízes, visando a indispensável assistência pelos familiares. Os óbices ao acolhimento do pleito devem ser inafastáveis e exsurgir ao primeiro exame, consideradas as precárias condições do sistema carcerário pátrio.” (HC 71.179, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 19-4-1994, Segunda Turma, DJ de 3-6-1994). Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.

46 “Cumprimento de Pena e Remoção para Presídio de Outra Unidade da Federação: a Turma deferiu habeas corpus para autorizar a remoção de condenado para estabelecimento penal localizado em outra unidade da federação. No caso, sustentava a impetração que o paciente — encarcerado em presídio paulista — teria o direito de ver cumprida sua pena corporal em município localizado no Estado da Bahia, na medida em que nesse residiriam os seus familiares. Alegava, ainda, que o próprio Diretor do Conjunto Penal baiano informara haver disponibilidade de vaga e que a unidade prisional comportaria presos em regime fechado. Entendeu-se que, pelo que se poderia constatar dos autos, as penitenciárias seriam congêneres, haja vista que ambas seriam aptas a receber presos condenados no regime fechado, não havendo preponderância do estabelecimento atual em relação àquele para o qual se pretendia a transferência, sobretudo no concernente ao quesito segurança máxima. Asseverou-se, ademais, que, ao adotar tal posicionamento, ter-se-ia que o direito à assistência familiar e seu respectivo exercício ficariam sobremaneira facilitados, assim como deflagrado o processo de ressocialização, mitigando a distância e a dificuldade do contato do preso com a família” (HC 100087/SP, rel. Min. Ellen Gracie, julgamento pelo Supremo Tribunal Federal em 16.3.2010). Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.

- 47 É relevante mencionar interessante acórdão da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça que reconheceu o dever estatal de indenizar preso em face da situação caótica do estabelecimento prisional, bem como, a impossibilidade de invocação da teoria da reserva do possível e de limitações orçamentárias para a garantia desse dever estatal, senão vejamos, *in verbis*:
- “CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO. DETENTO. ENCARCERAMENTO EM CONDIÇÕES TIDAS COMO CAÓTICAS. DANOS MORAIS. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. INVIABILIDADE DA INVOCÇÃO NAS SITUAÇÕES PREVISTAS NO ART. 37, § 6º, DA CF. 1. O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato dos agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37 § 6º da Constituição, dispositivo auto-aplicável, não sujeito a intermediação legislativa ou administrativa para assegurar o correspondente direito subjetivo à indenização. Não cabe invocar, para afastar tal responsabilidade, o princípio da reserva do possível ou a insuficiência de recursos. Ocorrendo o dano e estabelecido o seunexo causal com a atuação da Administração ou dos seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado, caso em que os recursos financeiros para a satisfação do dever de indenizar, objeto da condenação, serão providos na forma do art. 100 da Constituição. 2. Recurso Especial improvido.” (REsp 1051023/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 11/11/2008, DJe 01/12/2008, grifos nossos). Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 dez. 2012.
- 48 Redação do artigo 5º, XLVII, da CRFB: “não haverá penas: a) de morte, salvo em casos de guerra declarada, nos termos do art.84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis”.
- 49 Relevante transcrever o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC 94.916, no qual a Excelsa Corte entendeu que, no caso concreto, o comportamento adequado do Estado seria o de livrar provisoriamente o acusado de crime, uma vez que situação oposta poderia levar a que se respondesse ao processo penal já com a liberdade restringida desnecessariamente, uma vez que, no caso, a execução da prisão cautelar seria verdadeira vingança social imediata praticada pelo próprio Estado, algo impossível com a feição hodierna desse último, senão vejamos, *in litteris*:
- “Controvérsia a propósito da possibilidade, ou não, de concessão de liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico de entorpecentes. Irrelevância para o caso concreto, face a sua peculiaridade. Paciente primária, de bons antecedentes, com emprego e residência fixos, flagrada com pequena quantidade de maconha quando visitava o marido na penitenciária. Liberdade provisória deferida pelo Juiz da causa, posteriormente cassada pelo Tribunal de Justiça local. Mandado de prisão expedido há cinco anos, não cumprido devido a irregularidade no cadastramento do endereço da paciente. Superveniência de doença contagiosa [AIDS], acarretando outros males. Intenção, da paciente, de entregar-se à autoridade policial. Entrega não concretizada ante o medo de morrer no presídio, deixando desamparada a filha menor. Dizer ‘peculiaridade do caso concreto’ é dizer exceção. Exceção que se impõe seja capturada pelo ordenamento jurídico, mesmo porque a afirmação da dignidade da pessoa humana acode à paciente. A transgressão à lei é punida de modo que a lei [= o direito] seja restabelecida. Nesse sentido, a condenação restabelece o direito, restabelece a ordem, além de pretender reparar o dano sofrido pela vítima. A prisão preventiva antecipa o restabelecimento a longo termo do direito; promove imediatamente a ordem. Mas apenas imediatamente, já que haverá sempre o risco, em qualquer processo, de ao final verificar-se que o imediato restabelecimento da ordem transgrediu a própria ordem, porque não era devido. A justiça produzida pelo Estado moderno condena para restabelecer o direito que ele mesmo põe, para restabelecer a ordem, pretendendo reparar os danos sofridos pela vítima. Mas a vítima no caso dos autos não é identificada. É a própria sociedade, beneficiária de vingança que como que a pacífica em face, talvez, da frustração que resulta de sua incapacidade de punir os grandes impostores. De vingança se trata, pois é certo que manter presa em condições intoleráveis uma pessoa doente não restabelece a ordem, além de nada reparar. A paciente apresenta estado de saúde debilitado e dela depende, inclusive economicamente, uma filha. Submetê-la ao cárcere, isso é incompatível com o direito, ainda que se possa ter como adequado à regra. Daí que a captura da exceção se impõe. Ordem deferida, a fim de que a paciente permaneça em liberdade até o trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória.” (HC 94.916, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 30-9-2008, 2ª Turma, DJE de 12-12-2008). Vide também o HC 95.538, Rel. p/ o ac. Min. Eros Grau, julgamento em 11-11-2008, 2ª Turma, DJE de 18-9-2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 50 A propósito, é válido mencionar decisão do Superior Tribunal de Justiça, no âmbito de sua Sexta Turma, relatada pelo insigne Ministro Nilson Naves, que consagrou a vedação do uso da “violência da prisão” para combater a “violência do crime”, e estipulou o primeiro habeas corpus coletivo de nossa história jurisprudencial, ao determinar a reversão de todas as prisões feitas em “contêiners” no território do Espírito

Santo_ES, senão vejamos, in litteris:

“Ementa: Prisão (preventiva). Cumprimento (em contêiner). Ilegalidade (manifesta). Princípios e normas (constitucionais e infraconstitucionais).

1. Se se usa contêiner como cela, trata-se de uso inadequado, inadequado e ilegítimo, inadequado e ilegal. Caso de manifesta ilegalidade.
 2. Não se admite, entre outras penas, penas cruéis - a prisão cautelar mais não é do que a execução antecipada de pena (Cód.Penal, art. 42).
 3. Entre as normas e os princípios do ordenamento jurídico brasileiro, estão: dignidade da pessoa humana, prisão somente com previsão legal, respeito à integridade física e moral dos presos, presunção de inocência, relaxamento de prisão ilegal, execução visando à harmônica integração social do condenado e do internado.
 4. Caso, pois, de prisão inadequada e desonrante; desumana também.
 5. Não se combate a violência do crime com a violência da prisão.
 6. Habeas corpus deferido, substituindo-se a prisão em contêiner por prisão domiciliar, com extensão a tantos quantos - homens e mulheres - estejam presos nas mesmas condições” (HC 142.513/ES, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 23/03/2010, DJe 10/05/2010, grifos nossos). Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 dez. 2012.
- 51 SILVA, José Afonso. Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 148.
- 52 Nesse diapasão, Acórdão do Supremo Tribunal Federal reconhece que “a aplicação do princípio da insignificância de modo a tornar a conduta atípica depende de que esta seja a tal ponto despidida que não seja razoável a imposição da sanção” (HC 93.251, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 5-8-2008, Primeira Turma, DJE 22-8-2008). Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012. No mesmo ínterim, Acórdão do Pretório Excelso no diapasão de que deve ser avaliada no caso concreto se a eventual ausência de tipicidade material, a qual imporia a ilegitimidade do direito de punir estatal, em face da insignificância penal da conduta mesmo que formalmente típica, *in verbis*:
- “EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. TENTATIVA DE FURTO DE ROUPAS AVALIADAS EM R\$ 227,80. ALEGAÇÃO DE CRIME IMPOSSÍVEL E DE INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: INVIABILIDADE. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. A tipicidade penal não pode ser percebida como o trivial exercício de adequação do fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, para a configuração da tipicidade, é necessária uma análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto, no sentido de se verificar a ocorrência de alguma lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado. 2. O princípio da insignificância reduz o âmbito de proibição aparente da tipicidade legal e, por consequência, torna atípico o fato na seara penal, apesar de haver lesão a bem juridicamente tutelado pela norma penal. 3. Para a incidência do princípio da insignificância, além de serem relevados o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato – tais como a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada -, devem ser analisados, em cada caso, de forma cautelara e rigorosa, a realidade sócio-econômica do País e o conjunto de valores éticos juridicamente aproveitados pelo sistema penal para determinar se a conduta pode ou não ser considerada típica para a configuração do delito. Precedentes. (...) (HC 110975/RS - Rio Grande do Sul; Habeas Corpus; Relator(a): Min. Cármen Lúcia; Julgamento: 22/05/2012; Órgão Julgador: Primeira Turma, grifos nossos). Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 53 Sob o prisma da questão social, o Pretório Excelso já utilizou até mesmo o argumento do caráter socialmente irrelevante e o da obscura teoria da *oculta compensatio*, nos termos da suma teológica de Santo Tomás de Aquino – que tem por fundamento a “oculta compensação” dada às classes menos aquinhoadas em face das agruras por que já passa – para justificar a aplicação do princípio da bagatela em nosso ordenamento jurídico, indicando que a aplicação da pena em alguns casos não é razoável e proporcional – e por isso se traduz em pena ilícita – em face do contexto social e econômico envolvido, levando à ofensividade penalmente relevante apenas se a mesma for “socialmente” significativa, senão vejamos, *in verbis*:
- “Furto. Tentativa. Princípio da insignificância. Aplicabilidade. Oculta compensatio. A aplicação do princípio da insignificância há de ser criteriosa e casuística. Princípio que se presta a beneficiar as classes subalternas, conduzindo à atipicidade da conduta de quem comete delito movido por razões análogas às que adota São (sic) Tomás de Aquino, na Suma Teológica, para justificar a oculta compensatio. A conduta do paciente não excede esse modelo. O paciente se apropriou de um violão cujo valor restou estimado em R\$ 90,00 (noventa reais). O direito penal não deve se ocupar de condutas que não causem lesão significativa a bens jurídicos relevantes ou prejuízos importantes ao titular do bem tutelado, bem assim à integridade da ordem social.” (HC 94.770, Rel. p/ o ac. Min. Eros Grau, julgamento em 23-9-2008,

Segunda Turma, DJE de 12-12- 2008). Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012. Ainda, é relevante mencionar o julgamento pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal do Habeas Corpus nº 94427/RS - RIO GRANDE DO SUL, ocorrido em 14 de outubro de 2008, no qual a situação financeira de “penúria” do autor foi invocada adicionalmente ao valor ínfimo dos bens roubados para justificar a aplicação do princípio da bagatela, *in litteris*:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME DE TENTATIVA DE FURTO (CAPUT DO ART. 155, COMBINADO COM O INCISO II DO ART. 14, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). OBJETOS QUE NÃO SUPERAM O VALOR DE R\$ 52,00 (CINQUENTA E DOIS REAIS). ALEGADA INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL E CRIME IMPOSSÍVEL. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA, POR SE TRATAR DE UM INDIFFERENTE PENAL. PROCEDÊNCIA DA ALEGAÇÃO. ANÁLISE OBJETIVA. ORDEM CONCEDIDA. 1. Os objetos que supostamente se tentou subtrair não ultrapassam o valor de R\$ 52,00 (cinquenta e dois reais): dois shampoos, quatro desodorantes e um isqueiro. Objetos que foram restituídos integralmente à vítima, sendo certo que o acusado não praticou nenhum ato de violência. 2. Para que se dê a incidência da norma penal não basta a mera adequação formal do fato empírico ao tipo legal. É preciso que a conduta delituosa se contraponha, em substância, ao tipo em causa. Pena de se provocar a desnecessária mobilização de u'a máquina custosa, delicada e ao mesmo tempo complexa como é o aparato de poder em que o Judiciário consiste. Poder que não é de ser acionado para, afinal, não ter o que substancialmente tutelar. 3. A inexpressividade financeira dos objetos que se tentou furtar salta aos olhos. A revelar a extrema carência material do ora paciente. Risco de um desfalque praticamente nulo no patrimônio da suposta vítima, que, por isso mesmo, nenhum sentimento de impunidade experimentará com o reconhecimento da atipicidade da conduta do agente. Análise objetiva que torna irrelevante a existência de registros criminais em curso contra o paciente. Precedentes: AI 559.904-QO, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence; e HC 88.393, da relatoria do ministro Cezar Peluso. 4. Habeas corpus deferido para determinar o trancamento da ação penal, com a adoção do princípio da insignificância”. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012. Mais claramente, há decisões do Superior Tribunal de Justiça que evidenciam a insignificância do furto famélico, no qual a apenação de conduta voltada à busca da própria sobrevivência não é considerada penalmente relevante, senão vejamos, *in litteris*:

“CRIMINAL. RHC. FURTO. TENTATIVA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. ÍNFIMO VALOR DOS BENS. INCONVENIÊNCIA DE MOVIMENTAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. DELITO DE BAGATELA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. FURTO FAMÉLICO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SENTENÇA CONDENATÓRIA CASSADA. RECURSO PROVIDO. I. Hipótese na qual o recorrente sustenta que a conduta da ré não se subsume ao tipo do art. 155 do Estatuto Repressor, em face do pequeno valor econômico das mercadorias que ela teria tentado subtrair, atraindo a incidência do princípio da insignificância.

II. Mesmo que a paciente tivesse obtido êxito na tentativa de furtar os bens, tal conduta não teria afetado de forma relevante o patrimônio das vítimas, pois as mercadorias teriam sido avaliadas em valor aproximado de R\$ 30,00, atraindo, portanto, a incidência do princípio da insignificância, excluinte da tipicidade. III. Atipicidade da conduta que merece ser reconhecida, apesar de a paciente já estar sofrendo os efeitos nocivos do processo penal, uma vez que já foi condenada, estando o feito em grau de recurso, ressaltando-se a inconveniência de se movimentar o Poder Judiciário para solucionar tal lide. Precedentes.

IV. As circunstâncias de caráter pessoal, tais como reincidência e maus antecedentes, não devem impedir a aplicação do princípio da insignificância, pois este está diretamente ligado ao bem jurídico tutelado, que na espécie, devido ao seu pequeno valor econômico, está excluído do campo de incidência do direito penal. V. A mercadoria considerada - alimentos e fraldas descartáveis -, caracteriza a hipótese de furto famélico. VI. Deve ser aplicado o princípio da insignificância à hipótese, cassada a sentença condenatória imposta à paciente pelo Juízo de 1º grau e anulada a ação penal contra ela instaurada. VII. Recurso provido, no termos do voto do Relator. (RHC 20.028/SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 24/04/2007, DJ 04/06/2007, p. 377). Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 dez. 2012.

No mesmo sentido, *in verbis*:

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES. BISCOITOS, LEITE, PÃES E BOLOS. CRIME FAMÉLICO. ÍNFIMO VALOR DOS BENS. AUSÊNCIA DE LESIVIDADE AO PATRIMÔNIO DAS VÍTIMAS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. PROVIMENTO DO RECURSO. (...) (RHC 23.376/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 28/08/2008, DJe 20/10/2008). Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 dez. 2012.

Enfim, parece lógica a conclusão de que tais resoluções jurisprudenciais de reconhecimento da insigni-

- ficância penal têm como fundamento principiológico subjacente o caráter intrinsecamente desumano e indigno de penas desprovidas de proporcionalidade e razoabilidade, o que as torna ilícitas em face do artigo 5º, incisos XLVII e XLVIII, da Constituição da República.
- 54 Vide RE 430.105-QO, Rel. Min. Septilveda Pertence, julgamento em 13-2-2007, Primeira Turma, DJ de 27-4-2007). Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 55 “O ordenamento positivo brasileiro, nas hipóteses em que se delinea a possibilidade de imposição do *supplicium extremum*, impede a entrega do extraditando ao Estado requerente, a menos que este, previamente, assumo o compromisso formal de comutar, em pena privativa de liberdade, a pena de morte, ressalvadas, quanto a esta, as situações em que a lei brasileira – fundada na CF (art. 5º, XLVII, a) – permitir a sua aplicação, caso em que se tornará dispensável a exigência de comutação.” (Ext 633, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 28-8-1996, Plenário, DJ de 6-4-2001). Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 56 Nesse sentido, é relevante mencionar que o Pretório Excelso, no início da década de 90 do século passado, considerou desnecessário exigir comutação de pena para a entrega de extraditando pelo singelo motivo invocado de que a redação do artigo 5º, inciso XLVII, da Constituição de 1988 somente vedaria a prisão perpétua e a pena de trabalhos forçados no direito interno, mas não no ordenamento jurídico alienígena, entendimento felizmente revisto posteriormente, pois realmente levava ao esvaziamento parcial do projeto de humanização da pena instaurado pelo Poder Constituinte Originário. Relevante transcrever brevemente, senão vejamos, tal posição histórica do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: “Pondero, entretanto, que tem lugar, no caso, a aplicação da mesma jurisprudência que dispensou a comutação da pena de prisão perpétua. Esta, como a de trabalhos forçados, é inscrita entre as vedadas pelo art. 5º, XLVII, da Constituição. Mas, tanto para uma como para outra, deve a vedação ser entendida, no âmbito do direito interno brasileiro, pois a Lei 6.815/1980 (art. 90, III), só contempla comutação da pena de morte.” (Ext 486, voto do Rel. Min. Octavio Gallotti, julgamento em 7-3-1990, Plenário, DJ de 3-8-1990). Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 57 “Extradição e prisão perpétua: necessidade de prévia comutação, em pena temporária (máximo de 30 anos), da pena de prisão perpétua – Revisão da jurisprudência do STF, em obediência à Declaração Constitucional de Direitos (CF, art. 5º, XLVII, b). A extradição somente será deferida pelo STF, tratando-se de fatos delituosos puníveis com prisão perpétua, se o Estado requerente assumir, formalmente, quanto a ela, perante o Governo brasileiro, o compromisso de comutá-la em pena não superior à duração máxima admitida na lei penal do Brasil (CF, art. 75), eis que os pedidos extradicionais – considerado o que dispõe o art. 5º, XLVII, b, da CF, que veda as sanções penais de caráter perpétuo – estão necessariamente sujeitos à autoridade hierárquico-normativa da Lei Fundamental brasileira. Doutrina. Novo entendimento derivado da revisão, pelo STF, de sua jurisprudência em tema de extradição passiva.” (Ext 855, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 26-8-2004, Plenário, DJ de 1º-7-2005, grifos nossos). Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 58 “Medida de segurança – Projecção no tempo – Limite. A interpretação sistemática e teleológica dos arts. 75, 97 e 183, os dois primeiros do CP e o último da LEI, deve fazer-se considerada a garantia constitucional abolidora das prisões perpétuas. A medida de segurança fica jungida ao período máximo de trinta anos.” (HC 84.219, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 16-8-2005, Primeira Turma, DJ de 23-9-2005.) Ver também: HC 97.621, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 2-6-2009, Segunda Turma, DJE de 26-6-2009, o qual garante o direito à desinternação progressiva na forma da Lei Federal nº 10.261/2001. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 59 “A unificação penal autorizada pela norma inscrita no art. 75 do Código Penal justifica-se como consequência direta e imediata do preceito constitucional que veda (...), de modo absoluto, a existência, no sistema jurídico brasileiro, de sanções penais de caráter perpétuo. Em decorrência dessa cláusula constitucional, o máximo penal legalmente exequível, no ordenamento positivo nacional, é de trinta (30) anos, a significar, portanto, que o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior àquele limite imposto pelo art. 75, ‘caput’, do Código Penal. (...)” (HC 84.766, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 11-9-07, DJE de 25-4-08). Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- No entanto, no julgamento do HC 93202/SP, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal adotou o entendimento de que essa unificação da execução da pena no limite de trinta anos não seria válida para novos delitos cometidos pelo mesmo réu. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 60 Noticiado no Informativo do Supremo Tribunal Federal nº 631/2011.
- “Liberdades fundamentais e “Marcha da Maconha” - 1
- Por entender que o exercício dos direitos fundamentais de reunião e de livre manifestação do pensamento devem ser garantidos a todas as pessoas, o Plenário julgou procedente pedido formulado em ação de descum-

primário de preceito fundamental para dar, ao art. 287 do CF, com efeito vinculante, interpretação conforme a Constituição, de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos. (...) Ressaltou-se existirem graves conseqüências resultantes da censura à liberdade de expressão e de reunião, realizada por agentes estatais em cumprimento de ordens emanadas do Judiciário. Frisou-se que, diante do quadro de incertezas hermenêuticas em torno da aludida norma, a revelar efetiva e relevante controvérsia constitucional, os cidadãos estariam preocupados em externar, de modo livre e responsável, as convicções que desejaríamos transmitir à coletividade por meio da pacífica utilização dos espaços públicos. ADPF 187/DF, rel. Min. Celso de Mello, 15.6.2011. (ADPF-187)

(...)

Liberdades fundamentais e “Marcha da Maconha” - 3

No mérito, ressaltou-se, de início, que o presente feito não teria por objetivo discutir eventuais propriedades terapêuticas ou supostas virtudes medicinais ou possíveis efeitos benéficos resultantes da utilização de drogas ou de qualquer outra substância entorpecente. Destacou-se estar em jogo a proteção às liberdades individuais de reunião e de manifestação do pensamento. Em passo seguinte, assinalou-se que a liberdade de reunião, enquanto direito-meio, seria instrumento viabilizador da liberdade de expressão e qualificar-se-ia como elemento apto a propiciar a ativa participação da sociedade civil na vida política do Estado. A praça pública, desse modo, desde que respeitado o direito de reunião, passaria a ser o espaço, por excelência, para o debate. E, nesse sentido, salientou-se que esta Corte, há muito, firmara compromisso com a preservação da integridade das liberdades fundamentais contra o arbítrio do Estado. Realçou-se que a reunião, para merecer a proteção constitucional, deveria ser pacífica, ou seja, sem armas, violência ou incitação ao ódio ou à discriminação. Ademais, essa liberdade seria constituída por 5 elementos: pessoal, temporal, intencional, espacial e formal. Ponderou-se que, embora esse direito possa ser restringido em períodos de crise institucional, ao Estado não seria permitido, em período de normalidade, inibir essa garantia, frustrar-lhe os objetivos ou inviabilizá-la com medidas restritivas. ADPF 187/DF, rel. Min. Celso de Mello, 15.6.2011. (ADPF-187)

Liberdades fundamentais e “Marcha da Maconha” - 5

Além disso, verificou-se que a marcha impugnada mostraria a interconexão entre as liberdades constitucionais de reunião — direito-meio — e de manifestação do pensamento — direito-fim — e o direito de petição, todos eles dignos de amparo do Estado, cujas autoridades deveriam protegê-los e revelar tolerância por aqueles que, no exercício do direito à livre expressão de suas ideias e opiniões, transmitirem mensagem de abolicionismo penal quanto à vigente incriminação do uso de drogas ilícitas. Dessa forma, esclareceu-se que seria nociva e perigosa a pretensão estatal de reprimir a liberdade de expressão, fundamento da ordem democrática, haja vista que não poderia dispor de poder algum sobre a palavra, as ideias e os modos de sua manifestação. Afirmou-se que, conquanto a livre expressão do pensamento não se revista de caráter absoluto, destinar-se-ia a proteger qualquer pessoa cujas opiniões pudessem conflitar com as concepções prevalecentes, em determinado momento histórico, no meio social. Reputou-se que a mera proposta de descriminalização de determinado ilícito penal não se confundiria com ato de incitação à prática do crime, nem com o de apologia de fato criminoso. Concluiu-se que a defesa, em espaços públicos, da legalização das drogas ou de proposta abolicionista a outro tipo penal, não significaria ilícito penal, mas, ao contrário, representaria o exercício legítimo do direito à livre manifestação do pensamento, propiciada pelo exercício do direito de reunião. O Min. Luiz Fux ressaltou que deveriam ser considerados os seguintes parâmetros: 1) que se trate de reunião pacífica, sem armas, previamente noticiada às autoridades públicas quanto à data, ao horário, ao local e ao objetivo, e sem incitação à violência; 2) que não exista incitação, incentivo ou estímulo ao consumo de entorpecentes na sua realização; 3) que não ocorra o consumo de entorpecentes na ocasião da manifestação ou evento público e 4) que não haja a participação ativa de crianças e adolescentes na sua realização. ADPF 187/DF, rel. Min. Celso de Mello, 15.6.2011. (ADPF-187). Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.

- 61 Mencionamos, também, relatório publicado em fevereiro de 2010 pelo Instituto de Direitos Humanos da International Bar Association (IBAHRI), denominado de “Um em cada cinco: a crise do sistema prisional e da justiça criminal no Brasil”. Tal relatório também expôs, de forma clamorosa, tal problema penitenciário, estudando a informação de que aproximadamente um quinto dos então 84.000 presos provisórios no Brasil deveriam estar livres, mas permaneciam agrilhoados por falhas do sistema da justiça criminal, como falta de julgamento justo e célere, não-acesso a defensores públicos, e ausência de proteção contra gangues nas prisões. Disponível em: <<http://www.ibanet.org/>>.

Também podemos mencionar o estudo denominado “Justiça Criminal: o que fazer. Uma agenda para o próximo governo”, elaborado por várias entidades da sociedade civil, inclusive a Comissão Pastoral da

CNBB, no qual um dos aspectos estudados é justamente o fortalecimento da Defensoria Pública para melhor atuação nos casos em que presos permanecem além do necessário no sistema carcerário brasileiro. Disponível em: <http://www.soudapaz.org/Portals/0/Downloads/Justi%C3%A7a%20Criminal_o%20que%20fazer.pdf>.

Alfim, é de se lamentar que a população civil e parcelas orgânicas do Estado acolham expressamente ou não a errônea ideia popular de que “bandido bom é bandido morto” ou de que qualquer gasto realizado com a população carcerária é despiciendo e significa sacrificar os tributos com seres que não merecem qualquer tratamento humanizado. Infelizmente, tal acepção é muito recorrente na sociedade brasileira e sinaliza a manutenção da barbárie dos suplícios medievais, afastando-se todo o processo civilizatório do Ocidente. É preciso que a acepção das pessoas em geral sobre o tema seja mais próxima dos valores consagrados em nossas normas e, para isso, o Estado, as Organizações Cívicas, os Partidos Políticos, os Meios de Comunicação Social e os indivíduos deveriam tentar conscientizar as pessoas sobre toda a complexidade desta questão, que não pode ser reduzida a pensamentos arcaicos que jamais solucionaram o problema adequadamente e apenas insuflam a espiral da violência, bem como, servem como instrumento de aumento da audiência ou da vendagem de produtos mediáticos de gosto duvidoso.

É necessário que se aplique a legislação em vigor, pura e simplesmente, ou, se considerado pela sociedade que a mesma é muito benéfica, que se a modifique pelos instrumentos democráticos, abstendo-se, no entanto, de se permanecer em uma situação de veraz desarmonia entre a letra fria da lei e a realidade cruel de nossas prisões. É preciso findar a distância entre lei e fato, ou mudando os fatos ou mudando a lei, esta última hipótese, em nosso sentir, desaconselhável, pois significa involução civilizatória.

62 Embora fosse possível aprofundar o estudo de cada um dos demais direitos fundamentais da população carcerária, em face das limitações dimensionais desse artigo, se adotou a metodologia de sintetizar os demais direitos fundamentais em um só tópico, mais generalista.

63 Remetemos à nota de rodapé nº 35, na qual há maiores pormenores sobre o descumprimento deste direito fundamental.

64 Nesse sentido, é lícito mencionar acórdão do Superior Tribunal de Justiça que reconheceu a responsabilidade civil do Estado por manter, durante TREZE anos, um indivíduo preso, sem motivo idôneo e sem concluir o inquérito, inclusive, descrevendo que o ofendido contraiu cegueira e tuberculose na prisão, senão vejamos, *in verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DECORRENTE DE ATOS PRATICADOS PELO PODER JUDICIÁRIO. MANUTENÇÃO DE CIDADÃO EM CÁRCERE POR APROXIMADAMENTE TREZE ANOS (DE 27/09/1985 A 25/08/1998) À MINGUA DE CONDENAÇÃO EM PENA PRIVATIVA DA LIBERDADE OU PROCEDIMENTO CRIMINAL, QUE JUSTIFICASSE O DETIMENTO EM CADEIA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO DO ESTADO. ATENTADO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

1. Ação de indenização ajuizada em face do Estado, objetivando o recebimento de indenização por danos materiais e morais decorrentes da ilegal manutenção do autor em cárcere por quase 13 (treze) anos ininterruptos, de 27/09/1985 a 25/08/1998, em cadeia do Sistema Penitenciário Estadual, onde contraiu doença pulmonar grave (tuberculose), além de ter perdido a visão dos dois olhos durante uma rebelião.

2. A Constituição da República Federativa do Brasil, de índole pós-positivista e fundamento de todo o ordenamento jurídico expressa como vontade popular que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana como instrumento realizador de seu ideário de construção de uma sociedade justa e solidária.

3. Conseqüentemente, a vida humana passou a ser o centro de gravidade do ordenamento jurídico, por isso que a aplicação da lei, qualquer que seja o ramo da ciência onde se deva operar a concreção jurídica, deve perpassar por esse tecido normativo-constitucional, que suscita a reflexão axiológica do resultado judicial.

4. Direitos fundamentais emergentes desse comando maior erigido à categoria de princípio e de norma superior estão enunciados no art. 5.º da Carta Magna, e dentre outros, os que interessam o caso sub judice destacam-se: XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; (...) LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (...) LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (...) LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade

- judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; (...) LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;
5. A plêiade dessas garantias revela inequívoca transgressão aos mais comezinhos deveres estatais, consistente em manter-se, sem o devido processo legal, um ser humano por quase 13 (treze) anos consecutivos preso, por força de inquérito policial inconcluso, sendo certo que, em razão do encarceramento ilegal, contraiu o autor doenças, como a tuberculose, e a cegueira.
6. Inequívoca a responsabilidade estatal, quer à luz da legislação infraconstitucional (art. 159 do Código Civil vigente à época da demanda) quer à luz do art. 37 da CF/1988, escorreita a imputação dos danos materiais e morais cumulados, cuja juridicidade é atestada por esta Eg. Corte (Súmula 37/STJ) 7. Nada obstante, o Eg. Superior Tribunal de Justiça invade a seara da fixação do dano moral para ajustá-lo à sua “ratio essendi”, qual a da exemplariedade e da solidariedade, considerando os consectários econômicos, as potencialidades da vítima, etc, para que a indenização não resulte em soma desproporcional.
8. In casu, foi conferida ao autor a indenização de R\$ 156.000,00 (cento e cinquenta e seis mil reais) de danos materiais e R\$ 1.844.000,00 (um milhão, oitocentos e quarenta e quatro mil reais) de danos morais.
9. Fixada a gravidade do fato, a indenização imaterial revela-se justa, tanto mais que o processo revela o mais grave atentado à dignidade humana, revelado através da via judicial.
10. Deveras, a dignidade humana retrata-se, na visão Kantiana, na autodeterminação; na vontade livre daqueles que usufruem de uma vivência sadia. É de se indagar, qual a aptidão de um cidadão para o exercício de sua dignidade se tanto quanto experimentou foi uma “morte em vida”, que se caracterizou pela supressão ilegítima de sua liberdade, de sua integridade moral e física e de sua inteireza humana?
11. Anote-se, ademais, retratar a lide um dos mais expressivos atentados aos direitos fundamentais da pessoa humana. Sob esse enfoque temos assentado que ‘a exigibilidade a qualquer tempo dos consectários às violações dos direitos humanos decorre do princípio de que o reconhecimento da dignidade humana é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz, razão por que a Declaração Universal inaugura seu regramento superior estabelecendo no art. 1º que ‘todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos’. Deflui da Constituição federal que a dignidade da pessoa humana é premissa inarredável de qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais e os efetive em nome da promessa da inafastabilidade da jurisdição, marcando a relação umbilical entre os direitos humanos e o direito processual’. (REsp 612.108/PR, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJ 03.11.2004) 12. Recurso Especial desprovido.” (REsp 802.435/PE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/10/2006, DJ 30/10/2006, p. 253). Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 dez. 2012.
- 65 Apenas para ilustrar o prejuízo da prisão não-permanente adotada irregularmente, é se sublinhar que somente em março de 2010, 22 anos depois da promulgação da Constituição da República, o Tribunal Superior Eleitoral regulamentou, através da Instrução nº 296-67.2010.6.00.0000, Resolução nº 23.219, o direito de voto dos presos temporários, uma vez que estes apenas sofrem suspensão dos direitos políticos após o trânsito em julgado do processo penal. Até a promulgação desta instrução do TSE, no entanto, na prática, nem o direito a voto os presos temporários exerciam, exacerbando seu prejuízo pessoal. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-anteriores/eleicoes-2010/normas-e-documentacoes-eleicoes-2010/arquivos/norma-em-vigor-23.219-pdf-eleicoes-2010>>.
- 66 Vide Recurso Especial nº 872.630/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13/11/2007, DJe 26/03/2008. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 dez. 2012.
- 67 Vide Recurso Especial nº 427560/TO, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 05/09/2002, DJ 30/09/2002, p. 204. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 dez. 2012.
- 68 “O Estado está obrigado a indenizar o particular, quando por atuação dos seus agentes, pratica contra o mesmo prisão ilegal. Em caso de prisão indevida, o fundamento indenizatório da responsabilidade do Estado deve ser enfocado sobre o prisma de que a entidade estatal assume o dever de respeitar, integralmente, os direitos subjetivos constitucionais assegurados ao cidadão, especialmente, o de ir e vir. O Estado, ao prender indevidamente o indivíduo, atenta contra os direitos humanos e provoca dano moral ao paciente, com reflexos em suas atividades profissionais e sociais. A indenização por danos morais e recompensa pelo sofrimento vivenciado pelo cidadão, ao ver, publicamente, a sua honra atingida e o seu direito de locomoção sacrificado. A responsabilidade pública por prisão indevida, no direito brasileiro, está fundamentada na expressão contida no art.5º, LXXV, da CF. Recurso especial provido(Resp. n.220982/RS - 1999/0057692-6;DJ 03-04-2000, p.116; Rel.Min. José Delgado; Data da Decisão 22-02-2000; 1ª Turma, grifos nossos). Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 dez. 2012.

69 No entanto, é de se salientar que o Supremo Tribunal Federal tem o entendimento de que a responsabilização civil é do Estado, e não do juiz, o qual somente poderá ser processado pessoalmente, em caráter regressivo, se comprovado o seu dolo ou fraude, senão vejamos, *in litteris*:

“Erro judiciário. Responsabilidade civil objetiva do Estado. Direito à indenização por danos morais decorrentes de condenação desconstituída em revisão criminal e de prisão preventiva. CF, art. 5º, LXXV. CPP, art. 630. O direito à indenização da vítima de erro judiciário e daquela presa além do tempo devido, previsto no art. 5º, LXXV, da Constituição, já era previsto no art. 630 do CPP, com a exceção do caso de ação penal privada e só uma hipótese de exoneração, quando para a condenação tivesse contribuído o próprio réu. A regra constitucional não veio para aditar pressupostos subjetivos à regra geral da responsabilidade fundada no risco administrativo, conforme o art. 37, § 6º, da Lei Fundamental: a partir do entendimento consolidado de que a regra geral é a irresponsabilidade civil do Estado por atos de jurisdição, estabelece que, naqueles casos, a indenização é uma garantia individual e, manifestamente, não a submete à exigência de dolo ou culpa do magistrado. O art. 5º, LXXV, da Constituição: é uma garantia, um mínimo, que nem impede a lei, nem impede eventuais construções doutrinárias que venham a reconhecer a responsabilidade do Estado em hipóteses que não a de erro judiciário stricto sensu, mas de evidente falta objetiva do serviço público da Justiça.” (RE 505.393, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 26-6-2007, Primeira Turma, DJ de 5-10-2007). Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.

70 “(...) 6. O Tribunal de origem aplicou de maneira escorreita e fundamentada o regime da responsabilidade civil, em caso de omissão estatal, já que, uma vez demonstrados o nexo causal entre a inação do Poder Público e o dano configurado, e a culpa na má prestação do serviço público, surge a obrigação do Estado de reparar o dano. Precedentes. 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido. (REsp 1142245/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05/10/2010, DJe 19/10/2010). Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 dez. 2012.

Vide também: “1. A responsabilidade civil do Estado ou de delegatário de serviço público, no caso de conduta omissiva, só se concretiza quando presentes estiverem os elementos que caracterizam a culpa, a qual se origina, na espécie, do descumprimento do dever legal atribuído ao Poder Público de impedir a consumação do dano.” REsp 1172421/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/08/2012, DJe 19/09/2012, grifos nossos). Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 dez. 2012.

71 Obviamente, também é direito fundamental do preso a previsão do artigo 5º, inciso LXXIV, da CRFB: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, nos termos do artigo 134 da Carta Política e respectiva legislação regulamentadora.

72 Sobre a hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos, o Supremo Tribunal Federal assentou jurisprudência no sentido de que mesmo aqueles tratados internacionais de direitos humanos não-equiparados a emendas constitucionais são fontes de sobredireito, situando-se como norma infraconstitucional e supralegal, devendo ser observados pela lei interna mesmo se promulgados antes da Emenda Constitucional nº 45/2004 (vide julgamento do leading case: RE 349703/RS - RIO GRANDE DO SUL; RECURSO EXTRAORDINÁRIO; Relator(A): Min. CARLOS BRITTO; Julgamento: 03/12/2008; Órgão Julgador: Tribunal Pleno). Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.

Em consequência, podem ser arroladas como fontes adicionais de direitos fundamentais (direitos humanos fundamentais da população carcerária) as seguintes normas protetivas integrantes de diplomas convencionais e que na ordem jurídica Brasileira devem ser observados pelas leis internas: Declaração Universal dos Direitos Humanos - 1948; Declaração de Pequim - 1995 (DECLARAÇÃO DE PEQUIM ADOTADA PELA QUARTA CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE AS MULHERES: AÇÃO PARA IGUALDADE, DESENVOLVIMENTO E PAZ); Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem - 1948; Convenção contra o Genocídio - 1949 (CONVENÇÃO PARA A PREVENÇÃO E A REPRESSÃO DO CRIME DE GENOCÍDIO); Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos - 1966; Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - 1966; Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes 1984; Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial - 1968; Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher - 1984; Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes 1984; CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969 - PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA); CONVENÇÃO INTERAMERICANA PARA PREVENIR E PUNIR A TORTURA (1985); CONVENÇÃO INTERAMERICANA PARA PREVENIR, PUNIR E ERRADICAR A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER - “CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ” (1994).

Além disso, também entendemos que é eventualmente invocável como direito fundamental da população carcerária as regras com status constitucional integrantes do Decreto Legislativo nº 186, de 9.7.2008, Publicado no DOU de 10.7.2008, que aprovou 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, tendo tal convenção sido submetida à regra do artigo 5º, § 3º, da Constituição da República e sendo integrante do bloco de constitucionalidade em vigor (vide decreto de promulgação nº 6.949, de 25.8.2009 Publicado no DOU de 25.8.2009).
- 73 Ver na nota de rodapé nº 07 a transcrição integral das ementas relacionadas a esta decisão do Superior Tribunal de Justiça.
- 74 Ver na nota de rodapé nº 07 a transcrição integral da ementa de julgamento do ERESP nº 962.934-MS.
- 75 Nesse sentido, é relevante ler relatório final de Comissão Parlamentar de Inquérito no Congresso Nacional sobre a situação dos presídios brasileiros, do já distante ano de 1975 (“CPI do Sistema Penitenciário Brasileiro”), para se concluir que as questões apontadas hoje jamais foram concretamente combatidas, e são de total conhecimento do Estado Brasileiro, que sempre relegou o problema a último plano.
- 76 A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça permite exatamente o uso de ação civil pública para obter condenação judicial e pagamento por dano moral coletivo, seja em sua acepção difusa seja individual, inclusive, cumulando-se: vide REsp 1291213/SC. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 dez.2012.
- 77 Parece-nos, ainda, igualmente discriminatório e lamentável, o entendimento adotado de que a indenização por morte de preso se submete à prescrição quinquenal, enquanto a morte ou abusos praticados contra perseguidos políticos do regime não-democrático pré-1988 seriam imprescritíveis, porquanto apenas as violações dos direitos humanos dos anistiados seriam imprescritíveis, na forma do artigo 14 da Lei Federal nº 9.140/95, como se a violação de direitos fundamentais de presos durante o período democrático não pudesse ser enquadrada em verdadeira supressão tópica (temporal e territorialmente) de liberdades públicas e direitos humanos, inclusive os previstos em tratados. É óbvio que não apenas os presos dos regimes não-democráticos são detentores de dignidade da pessoa humana, o fundamento principiológico da imprescritibilidade erigida pelo artigo 14 da Lei Federal nº 9.140/95. Vide julgamento do Recurso Especial nº 1001056/PB, do AgRg no REsp 1160643/RN, do AgRg no REsp 1333609/PB e do AgRg no REsp 1197876/RR. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 dez. 2012.
- 78 Vide julgamentos pelo Supremo Tribunal Federal da Arguição do Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 (ADPF-45), do Recurso Extraordinário nº 436996, do AI nº 677274 e do STA nº 175. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 79 “é preciso enfatizar que o dever estatal de atribuir efetividade aos direitos fundamentais, de índole social, qualifica-se como expressiva limitação à discricionariedade administrativa. Isso significa que a intervenção jurisdicional, justificada pela ocorrência de arbitrária recusa governamental em conferir significação real ao direito à saúde, tornar-se-á plenamente legítima (sem qualquer ofensa, portanto, ao postulado da separação de poderes), sempre que se impuser, nesse processo de ponderação de interesses e de valores em conflito, a necessidade de fazer prevalecer a decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou em tema de respeito e de proteção ao direito à saúde” (trechos do voto condutor do Ministro Celso de Mello no julgamento da STA nº 175). Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 80 Vide julgamento do Recurso Especial nº 1121800/RR e do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1124835/RS, et alli. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 dez. 2012.
- 81 Vide julgamento do Recurso Especial nº 1165986/SP e do Recurso Especial nº 1001056/PB. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 12 dez. 2012.
- 82 A jurisprudência do próprio Superior Tribunal de Justiça é remansosa no sentido de que o mero dissabor não é indenizável: vide AgRg no AREsp 253088 / MG e REsp 1329189/RN. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 12 de dezembro de 2012.
- 83 É relevante frisar que a Lei Ordinária Federal nº 10.559/2002, ao regulamentar o artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, permitiu a indenização das agruras perpetradas pelo regime não-democrático pré-1988 e nem por isso o Superior Tribunal de Justiça declarou as reparações previstas em tal diploma legal como “bolsa-ditadura”, como se o pagamento de uma quantia em pecúnia pudesse apagar ou desfazer os sofrimentos afligidos a indivíduos pela atuação ou omissão estatal, pretérita, contemporânea ou prospectiva.
- 84 Vide julgamento do REsp nº 895.846/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 01/03/2007, DJ 13/03/2007, p. 338”. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 dez. 2012.
- 85 Vide nota de rodapé nº 07.
- 86 Vide os seguintes julgamentos: REsp nº 1114260/MS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 03/11/2009, DJe 17/11/2009; e REsp 961.234/MS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 12/08/2008, DJe 01/09/2008. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 dez. 2012.
- 87 Vide Recurso Extraordinário nº 580252 RG / MS - Mato Grosso do Sul. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.

- 88 Vide Recurso Extraordinário nº 592581 RG/RS - Rio Grande do Sul. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 89 Vide Recurso Extraordinário nº 642536 AgR/AP – Amapá e Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 639337 AgR/SP-SÃO PAULO. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 90 Vide REsp 1157273/RN; REsp 1107192/PR; CC 108442/SC; e resp REsp 1026981/RJ; Disponível em: www.stj.jus.br Acesso em 12 de dezembro de 2012. No STF, ver RE 477554 AgR/MG - Minas Gerais; ADPF 132/RJ - Rio De Janeiro; e ADI 4277 / DF - Distrito Federal. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 91 BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. Série ação parlamentar, n. 384. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009, p. 6. CRITICAL ANALYSIS OF ERESP'S TRIAL N° 962.934/MS IN THE LIGHT OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF PRISON POPULATION: CAN THE STATE BE RESPONSIBLE FOR PRISON OVERCROWDING?

A CRITICAL ANALYSIS OF THE ERESP N. 962.934/MS UNDER THE LIGHT OF INMATES' FUNDAMENTAL RIGHTS: IS THERE STATE RESPONSABILITY FOR THE OVERPOPULATION OF PRISONS?

ABSTRACT

The ineffectiveness of fundamental rights of prison populations in light of the jurisprudence of the Supreme Court and the Superior Court of Justice: a brief analysis of ERESP nº 962.934/MS, judged by the First Section of the Superior Court of Justice, in 2012, which determined that prison overcrowding did not constitute grounds for the payment of reparation for immaterial damage; a humanizing judicial trend or a silent return to the agony and the absence of limits of the right to punish?

Keywords: Fundamental Rights. Prison population. Analysis of Jurisprudence. Civil Responsibility of the State for overcrowded prisons.

O FLUXO DE CAPITAL E DE MÃO DE OBRA NA ECONOMIA GLOBAL: A RELAÇÃO ENTRE A MOBILIDADE DOS FATORES PRODUTIVOS E A LEGISLAÇÃO TRABALHISTA

Michele Alessandra Hastreiter*
Marco Antônio César Villatore**

Introdução. 1 Globalização e a evolução das relações de trabalho. 2 A mobilidade do capital: as empresas transnacionais e a relação entre investimentos estrangeiros diretos e os direitos dos trabalhadores. 2.1 Panorama dos investimentos estrangeiros diretos no Brasil e no mundo. 2.2 Impactos dos investimentos estrangeiros nas relações de trabalho. 2.3 *Dumping Social* e a mão de obra como fator de vantagem comparativa. 2.4 Impactos da legislação trabalhista no nível de investimentos: Análise Econômica do Direito do Trabalho 3 A mobilidade do trabalhador: o fenômeno das migrações para o trabalho na realidade contemporânea. 3.1 Panorama das migrações no Brasil e no mundo. 3.2 Causas e consequências econômicas das migrações de trabalhadores. 3.3 Legislação migratória e política de imigração. 4 Considerações Finais. Referências

RESUMO

A mobilidade dos fatores de produção é um dos aspectos mais marcantes da economia capitalista contemporânea, cada vez mais internacionalizada. Capital e trabalho não mais se limitam pelas fronteiras nacionais, o que acarreta uma profunda mudança na forma como as estruturas produtivas se desenvolvem. Essas mudanças – invariavelmente – afetam o mercado de trabalho e, conseqüentemente, o direito laboral. O presente artigo dedica-se a abordar as mudanças econômicas que decorrem dessa mobilidade de capital e trabalho e seus impactos sobre a legislação trabalhista. No que concerne ao fluxo mundial

* Advogada (OAB/PR 57.771). Mestranda em Direito Econômico e Socioambiental na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Especialista em Direito, Logística e Negócios Internacionais (PUCPR). Graduada em Direito (PUCPR) e em Administração Internacional de Negócios, pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professora do Curso de Relações Internacionais do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Disponível para contato no endereço eletrônico: michele.hastreiter@gmail.com.

** Advogado (OAB/PR 18.716). Pós-Doutorando em Direito pela Universidade de Roma II, "Tor Vergata", Doutor pela Universidade de Roma I, "La Sapienza"/UFSC e Mestre pela PUC/SP. Professor da UFSC e da FACINTER. Professor Titular do Curso de Mestrado e do Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Líder do Grupo de Pesquisa "Desregulamentação do Direito, do Estado e Atividade Econômica: Enfoque Laboral". Disponível para contato no site e no endereço eletrônico: <http://www.villatore.com.br> e marcovillatore@gmail.com respectivamente.

de capital, evidencia-se a necessidade de atração de recursos externos para o desenvolvimento dos países, o que, por vezes, estimula uma flexibilização das normas trabalhistas com objetivo de reduzir os custos para instalação dos empreendimentos. Por outro lado, essa flexibilização, se extremada, pode, além de vulnerar o ser humano, gerar distorções à economia. No que concerne ao fluxo mundial de pessoas, destaca-se o viés protecionista das legislações nacionais, que, ao mesmo tempo em que buscam atrair capital externo, rejeitam o ingresso de trabalhadores estrangeiros. Essa rejeição decorre de uma percepção sobre os impactos econômicos das migrações, a qual, muitas vezes, não é verdadeira, já que é possível que a mão de obra estrangeira seja útil para preencher gargalos no mercado de trabalho nacional. Sendo assim, tanto no que concerne ao fluxo de capital quanto ao fluxo de mão de obra, as legislações nacionais precisam ser analisadas economicamente para atingir de forma eficaz os propósitos de desenvolvimento.

Palavras-chave: Desenvolvimento. Análise Econômica do Direito do Trabalho. Migrações. Investimento Estrangeiro.

INTRODUÇÃO

A relação entre o Direito e o desenvolvimento é alvo de diversos estudos e pesquisas empíricas na atualidade. A compreensão do fenômeno jurídico como um fenômeno isolado, que se esgota em suas regras e seus princípios, é incompatível com a realidade contemporânea de integração global.

Em um cenário de mobilidade dos fatores de produção, as instituições jurídicas ocupam papel considerável por seu potencial de estímulo ou afastamento do ingresso de tais fatores nas economias internas. Compreendem-se como fatores de produção os elementos básicos da produção de bens e serviços – como a terra, o trabalho e o capital. A exceção da terra, esses fatores produtivos podem, atualmente, mudar sua localidade, de tal forma a instalar-se onde houver maiores vantagens para essa instalação – atendidas as restrições e limitações legais.

Assim, a busca por vantagens comparativas por parte das empresas e por melhores condições de vida e trabalho, por parte dos indivíduos, passa necessariamente pela análise dessas instituições jurídicas e de seu potencial como influenciadoras desses movimentos. Como resposta a essas questões, os Estados passam a considerar as questões econômicas e alterar suas legislações com o intuito de gerenciar internamente esses movimentos externos.

Partindo da premissa de que a globalização da economia capitalista é um fenômeno irreversível, a resposta dos Estados aos movimentos econômicos pela via legislativa passa a ser um importante mecanismo para os objetivos de desen-

volvimento. A legislação trabalhista reveste-se de importância nessa análise, tanto por sua relação enquanto custo social em empreendimentos, quanto pelas regras aplicáveis à força de trabalho migrante. Este artigo se dedica a analisar a relação entre a legislação trabalhista e os impactos econômicos da mobilidade destes dois importantes fatores de produção: o capital e a mão de obra.

1 GLOBALIZAÇÃO E A EVOLUÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

As relações de trabalho sofreram modificações ao longo do curso da História, que acompanharam as mutações sofridas pela economia capitalista. De acordo com Reginaldo Melhado¹, o mais característico fenômeno da economia capitalista contemporânea é sua internacionalização, a qual se manifesta tanto na circulação de mercadorias e internacionalização das relações de consumo, quanto no comércio exterior, nos investimentos estrangeiros diretos e financeiros e na migração de mão de obra. As relações jurídicas das mais diversas naturezas são impactadas por essa crescente internacionalização. Na esfera trabalhista, a mundialização dos processos produtivos tem profundos impactos na forma de divisão e execução dos trabalhos e nos níveis de emprego entre os países do mundo.

Para Ricardo Seitefus², a origem desse fenômeno remonta ao início do século. A grave crise econômica de 1929 afetou profundamente os países e suas percepções acerca da economia capitalista. Nesse contexto, duas tendências contraditórias dividiam força nas opiniões globais sobre a melhor forma de lidar com a economia.

De um lado, o modelo da Alemanha de Adolf Hitler – chamado Novo Plano Alemão – verdadeiramente obcecado pelo equilíbrio na balança comercial: a Alemanha passou a importar bens apenas se pudesse, na mesma medida, exportar para o estado fornecedor. Assim, quando um país exportava para a Alemanha, ele recebia um crédito que o obrigava a se abastecer naquele país. Se não o fizesse, era obrigado a negociar esse crédito com um terceiro país interessado em adquirir bens alemães.

De outro lado, estava o modelo anglo-saxão, inspirado no liberalismo das trocas comerciais internacionais e nas ideias de Adam Smith que, em sua obra “A riqueza das nações”, já falava em divisão internacional do trabalho. Esse modelo considerava que o protecionismo se sustentava na exploração do consumidor, que se via obrigado a adquirir bens nacionais a preços mais elevados se comparado ao praticado no mercado internacional. A concorrência de empresas internacionais no mercado interno eliminaria os produtores não competitivos e faria o sistema alcançar sua otimização. Por isso Adam Smith defendia que o livre comércio e a especialização que decorreria dele fariam que tanto produtores quanto consumidores pudessem usufruir as vantagens absolutas de todos³.

Essa disputa entre o liberalismo anglo-saxão e o dirigismo germânico teve um vencedor com o término da Segunda Grande Guerra. A vitória dos

Aliados deu maior força à crescente internacionalização da economia. Na sequência, uma paulatina internacionalização econômica, comercial e produtiva deu a tônica da economia global. Com a desintegração do império soviético após a queda do muro de Berlim, em 1989, houve uma ascensão do modelo do liberalismo econômico como universal, o que, de acordo com Marcelo Varella⁴, intensificou esse processo de internacionalização. Seja pela intensificação das trocas comerciais e a assinatura do GATT, ou a posterior criação da Organização Mundial de Comércio, seja pelo início e pela intensificação dos processos de integração regional, as fronteiras nacionais já não eram mais os limites para a definição das políticas econômicas dos Estados, para a atuação das empresas e para os anseios e aspirações das pessoas.

De modo geral, pode-se afirmar que a redução das fronteiras realizada pela globalização tem como uma de suas características mais marcantes o que Marcelo Varella⁵ chamou de “realocação geográfica dos investimentos produtivos”, o que se aplica tanto ao capital – compreendido como recurso financeiro e como as próprias instalações fabris – quanto para o homem, verificando-se uma cada vez maior proliferação dos movimentos migratórios, que tornou internacional também a força de trabalho. Esses aspectos serão detalhados a seguir.

2 A MOBILIDADE DO CAPITAL: AS EMPRESAS TRANSNACIONAIS E A RELAÇÃO ENTRE INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS DIRETOS E OS DIREITOS DOS TRABALHADORES

É nesse contexto de internacionalização da economia que teve início em especial a partir do término da II Guerra Mundial e que se intensificou na década de 1990, que surgem as empresas transnacionais, expressão usada por Eduardo Silveira⁶ para designar entes sem personalidade jurídica própria, constituídos por um complexo de empresas nacionais interligadas, subordinadas a um controle central unificado e obedecendo a uma estratégia única e global. Dentro desse contexto, Marcelo Varella⁷ afirma que “a burguesia contemporânea” passa a ser composta por empresas que atuam em todo o mundo e que circulam seus produtos em diferentes países e influenciam a política interna e externa dos Estados.

Embora até mesmo empresas de pequeno e médio porte tenham possibilidade de se internacionalizar atualmente, algumas grandes empresas multinacionais têm um faturamento maior do que o produto interno bruto (PIB) de alguns Estados⁸. Com isso, seu poder para ditar normas na economia global é cada vez mais marcante.

Segundo Eduardo Silveira⁹, as empresas transnacionais se caracterizam por sua entrada em diferentes economias nacionais, pela instalação de unidades vinculadas à sede e pela fragmentação da sua produção em diversos países, buscando vantagens comparativas ao longo desse processo. Essa deslocalização das empresas possui grandes impactos na divisão e na legislação do trabalho. A

perspectiva fordista de se concentrar grandes quantidades de trabalhadores em uma mesma fábrica dá lugar a uma “fluidificação” do trabalho¹⁰, na qual muitos operários se retiram das fábricas, montam seu próprio negócio ou se empregam-se em pequenas empresas, subcontratadas. Porém, além desse fracionamento do trabalho, há um fracionamento também da própria empresa, no que Reginaldo Melhado¹¹ chamou de “cissiparidade administrativa pela qual novos ‘seres’ resultantes da divisão celular especializam-se e vinculam-se em sistemas de rede”.

Dentro desse contexto, ao lado dos ideais de cidadania e solidariedade da contemporaneidade, uma lógica baseada na eficiência, na concorrência e na rivalidade tenta explicar os benefícios da nova realidade global¹². O foco das legislações deixa de ser o bem-estar e o pleno emprego¹³, uma vez que há um objetivo de tornar as regras globais uniformes e previsíveis, possibilitando a aplicação de um mesmo modelo de negócio em diferentes locais do globo, com riscos reduzidos.

2.1 Panorama dos investimentos estrangeiros diretos no Brasil e no mundo

O controle dos Estados sobre suas fronteiras nacionais diminuiu com a expansão de novos modelos financeiros, que incluem os fluxos globais de capital – tanto especulativo quanto como investimento produtivo. Um aumento cada vez maior do capital especulativo faz com que pequenas variações de ordem política e jurídica possam trazer grandes impactos – desestabilizando estruturas produtivas de um país. Nesse contexto, a construção de normas precisa ser pensada em função de suas repercussões sobre os interesses dos investidores. Para Marcelo Varella¹⁴, “o nível de capital investido que interfere indiretamente no nível de emprego e desenvolvimento do Estado, muitas vezes, depende de notas de avaliação de riscos produzidos por empresas privadas, sem controle estatal”.

O efeito das avaliações de risco puderam ser sentidos na recente crise financeira europeia. A crise econômica que eclodiu em 2009 fez com que os países em desenvolvimento aumentassem gradativamente seu papel no cenário mundial de investimentos estrangeiros, tanto na condição de receptores dos investimentos, quanto como investidores, em detrimento dos países europeus. Em 2012, pela primeira vez, as economias emergentes absorveram mais da metade e emitiram quase um terço dos fluxos internacionais de investimento¹⁵. Embora a crise tenha tido alguns efeitos globais, em termos de participação no cenário de investimentos, o Brasil adquiriu grande relevância. No *ranking* da UNCTAD, das 20 maiores economias receptoras de investimentos externos, o Brasil passou da 15ª posição, em 2009, para a 5ª posição, em 2010, e para a 4ª posição em 2012, ficando atrás apenas de Estados Unidos, China e Hong Kong no *ranking* das economias que mais atraem investimentos no mundo.

Algumas oportunidades mercadológicas podem explicar o aumento no número de investimentos recebidos pelo Brasil. Os eventos esportivos que terão sede no país nos próximos anos, como a Copa do Mundo de 2014 e as

Olimpíadas de 2016, são catalizadores de investimentos privados. Ademais, a sensível redução da pobreza e aumento da classe média aumentou o potencial do mercado consumidor nacional. No entanto, para manter sua posição, é imprescindível que a elaboração de normas jurídicas nacionais leve em consideração as ações dos agentes econômicos. Seja pela instalação de uma nova empresa desde o princípio ou pela aquisição de empresas locais por transnacionais, é fato que os investimentos externos constituem-se em uma importante forma de desenvolvimento dos países.

No entanto, há de se ter em mente que a abertura aos investimentos deve ocorrer de modo a maximizar os seus benefícios, já que existem alguns efeitos perniciosos que podem surgir a partir da presença do capital externo. Para que prevaleçam os benefícios, o fluxo de capital deve ser gerido a partir de uma premissa da seletividade¹⁶, de tal forma que a presença do investimento possa auxiliar objetivos específicos, como a geração de empregos e renda.

2.2 Impactos dos investimentos estrangeiros nas relações de trabalho

Se não há uma gestão adequada do fluxo de capitais, o aumento no número de empregos que teriam o potencial de proporcionar pode não ser tão significativo, pois o ingresso da transnacional pode prejudicar as concorrentes nacionais – e, por conseguinte, levar a um fechamento de seus postos de trabalho. Além disso, há de se ter em mente que os empregos ofertados pelas empresas transnacionais de modo geral são subalternos ou intermediários, já que os cargos de liderança permanecem no país de origem da empresa¹⁷.

Em um cenário ideal, a mundialização dos fatores produtivos contribui para uma distribuição mais equitativa da mão de obra em termos planetários, ao criar empregos em regiões subdesenvolvidas. Os postos de trabalho poderiam adequar-se a uma oferta global de mão de obra, com os diferenciais existentes na força laboral de cada país. Com isso, os padrões de vida e de emprego dos trabalhadores de países menos desenvolvidos se aproximariam dos países desenvolvidos.

No entanto, até o presente momento, a globalização não implicou a extensão das garantias de um Estado de Bem-Estar Social aos trabalhadores nos países em desenvolvimento. Na prática, os investidores levarão seu capital para os locais em que possam obter preços mais competitivos. Como os Estados necessitam atrair esses investimentos, acabam por reduzir os custos sociais do processo produtivo – o que, segundo Eduardo Silveira¹⁸, acarreta menores garantias aos trabalhadores. Encontrar um equilíbrio no grau de proteção trabalhista é um desafio: os investimentos são necessários e a proteção ao trabalhador também. Quando a busca por vantagens comparativas extrapola o limite do razoável, a precarização das garantias dos trabalhadores pode gerar inclusive distorções à economia mundial.

2.3 *Dumping Social* e a mão de obra como fator de vantagem comparativa

O *dumping social* é um exemplo de como a busca exacerbada por vantagens competitivas pode levar a extremos indesejados no que concerne à diminuição de garantias trabalhistas. Para Welber Barral¹⁹, essa modalidade de *dumping* é uma prática de concorrência desleal que se caracteriza pela obtenção de vantagens competitivas oriundas da superexploração de mão de obra nos países em desenvolvimento. O *dumping social* tem como exemplo gritante a China, mas é uma prática difundida nos países menos desenvolvidos e nos novos países industrializados. Segundo José Cretela Neto²⁰, as empresas se utilizam de uma mão de obra de baixo custo total – salários reduzidos conjugados a desrespeito aos direitos dos trabalhadores – para fabricar produtos a preços extremamente competitivos.

A prática do *dumping* provoca o desvirtuamento no comércio internacional. Os países mais desenvolvidos – em regra – detêm níveis mais elevados de proteção trabalhista, o que acaba encarecendo seus produtos na comparação com países nos quais não é assegurada a mesma proteção. Por essa razão, os países desenvolvidos defendem uma harmonização da regulamentação trabalhista por meio da previsão de cláusulas sociais em acordos de comércio e investimentos. Entretanto, a tentativa de uniformização é vista com ressalvas pelos países menos desenvolvidos, os quais justificam seus menores custos de produção como uma consequência do desemprego e da menor produtividade da mão de obra subdesenvolvida, encarando como protecionismo as iniciativas dos países em maior grau de desenvolvimento²¹. Além disso, embora seja inegável que existem direitos trabalhistas inalienáveis – sendo o trabalho infantil ou escravo absolutamente indefensáveis - sua contraposição com barreiras comerciais pode até mesmo agravar a situação dos trabalhadores em países em desenvolvimento²², pela deterioração da economia em virtude dos bloqueios.

Essa tentativa de inclusão da cláusula social, além de poder ser subvertida por interesses protecionistas, pode ser até mesmo contraditória, pois, muitas vezes, a empresa responsável pelo emprego da mão de obra explorada é uma filial ou subcontratada de um transnacional, oriunda dos países desenvolvidos. Segundo Karla Closs Fonseca²³, tendo em mente esta e outras preocupações, a ONU, na década de 1970, procurou discutir a possibilidade de se regulamentar a atuação de empresas transnacionais – criando o Código de Conduta das Empresas Transnacionais. O documento que previa como obrigatória a observação dos direitos humanos e trabalhistas na implementação das empresas transnacionais não foi aprovado, mas o Código de Conduta tem relevância no cenário internacional por ser uma das poucas tentativas de se regulamentar os investimentos a partir da conduta dos investidores – e não do Estado receptor.

Em 2003, a subcomissão da ONU, para promoção e proteção dos Direitos Humanos, aprovou normas de responsabilidade das corporações transnacionais e outras empresas comerciais na esfera dos direitos humanos. Essas normas, no entanto, não se constituem como tratados, mas sim como recomendações.

Apesar de carecerem de poder coercitivo, parecem ser um importante passo na regulamentação da atividade dessas empresas.

2.4 Impactos da legislação trabalhista no nível de investimentos: Análise Econômica do Direito do Trabalho

Por outro lado, embora se reconheça a necessidade de intervenção estatal para garantir direitos trabalhistas, a rigidez excessiva das normas laborais pode ter efeitos colaterais indesejáveis, como a criação de menos empregos²⁴. É por isso que a legislação não pode ser analisada sem considerar seus impactos econômicos. É nesse contexto que estudiosos de economia e Direito defendem a análise econômica do direito, que, conforme ensina Márcia Carla Ribeiro e Irineu Galeski²⁵, pode ser compreendida como a aplicação da teoria econômica e dos métodos econômicos para a avaliação do impacto das normas jurídicas. A teoria considera que os custos de transação envolvidos – os quais são afetados diretamente pelas instituições jurídicas – afetam os resultados econômicos e, por isso, devem ser considerados na fundamentação de decisões de investimento.

Dentro desse contexto, Renata Ferreti e Bruno Funchal²⁶ realizaram um estudo estatístico comparando dados do Banco Mundial sobre a legislação trabalhista e os índices de investimento estrangeiro direto. Os dados do Banco Mundial avaliam os seguintes aspectos da legislação trabalhista:

- a) índice de dificuldade da contratação de trabalhadores: duração máxima de contratos de prazo determinado e salário mínimo do trabalhador sem experiência;
- b) índice de rigidez das horas de trabalho: programação das horas extras e férias remuneradas;
- c) índice de dificuldade de dispensa: notificação e requisitos para a rescisão do contrato de trabalho de um trabalhador ou grupo de trabalhadores, obrigação de recontratar e exigências legais relacionadas à dispensa;
- d) índice de rigidez no emprego: média simples dos três índices;
- e) custos de dispensar: exigências de notificação, pagamentos de indenizações e outras penalidades relativas à dispensa sem justa causa.

Comparando esses dados levantados pelo Banco Mundial aos investimentos recebidos no período de 2003 a 2006, no Brasil, Estados Unidos, Venezuela, Argentina, França, Uruguai e Chile, verificou-se que o aumento no número de investimentos recebidos está diretamente relacionado a uma redução da rigidez na regulação trabalhista em todos os países analisados.

Essa maior flexibilidade não está relacionada a uma completa supressão, já que padrões mínimos de direitos fundamentais são importantes – tanto sob uma premissa moral, quanto para o próprio conceito de eficiência legislativa, já que essa eficiência estará relacionada à noção de maximização do bem estar

de uma sociedade²⁷. Além disso, como já se destacou, é importante ao livre comércio internacional que existam padrões mínimos trabalhistas, evitando uma distorção econômica em razão da exploração de mão de obra.

A existência desses padrões é também relevante para a própria atração de investimentos externos. O reconhecimento constitucional de direitos humanos é importante para a afirmação de um compromisso com o império do Direito e com a liberalização econômica, razão pela qual muitos países em desenvolvimento tem reformado suas constituições, em um fenômeno conhecido como Novo Constitucionalismo²⁸. Além disso, Juan António Traviesso²⁹ afirma que especialistas em investimentos desaconselham aportes financeiros em países com histórico de violações aos direitos humanos, já que um maior grau de proteção a esses direitos levaria à crença de um maior progresso jurídico, o que consequentemente demonstraria maior segurança ao investidor.

Portanto uma maior flexibilidade na legislação trabalhista implica uma maior probabilidade de o país receber investimentos estrangeiros diretos – o que é benéfico à sociedade como um todo – em uma evidente demonstração da importância de se analisar economicamente os institutos jurídicos. Essa busca pela mão de obra barata, no entanto, não pode chegar a extremos que geram distorções ao comércio internacional ou que demonstrem a ausência completa de garantias, denotando uma precariedade no Estado de Direito. A Análise Econômica do Direito pressupõe a busca por um equilíbrio legislativo, ou seja, o grau ideal de proteção jurídica aos trabalhadores será encontrado quando não for mais possível incrementar a condição dos trabalhadores sem prejudicar a geração de emprego – em uma aplicação do critério do “Ótimo de Pareto”³⁰ ao Direito do Trabalho.

3 A MOBILIDADE DO TRABALHADOR: O FENÔMENO DAS MIGRAÇÕES PARA O TRABALHO NA REALIDADE CONTEMPORÂNEA

Em outro extremo da internacionalização dos processos produtivos, estão as migrações e a mobilidade global da mão de obra. Segundo Reginaldo Melhado³¹, enquanto a globalização impulsiona uma desregulamentação e abertura quanto a tudo o que concerne aos movimentos de capitais e comércio, os trabalhadores ficaram às margens do processo e sujeitam-se a regras rígidas.

Além de incentivado e ambicionado pelos Estados, o capital pode deslocar-se também porque é livre de vínculos culturais e geográficos. Já os trabalhadores têm sua mobilidade limitada, uma vez que seus deslocamentos enfrentam obstáculos culturais e legais. As imigrações são tolhidas por legislações com viés protecionista com respeito aos nacionais³². Dentro desse cenário, muitos trabalhadores passam à condição de estrangeiros em seu local de trabalho, aumentando sua fragilidade em relação ao empregador, já que estão em um ambiente em que desconhecem as regras e os direitos que vigoram e cujos sistemas jurídicos podem não lhes conceder as mesmas prerrogativas e garantias concedidas aos nacionais, principalmente se estiverem em uma situação de irregularidade administrativa.

3.1 Panorama das migrações no Brasil e no mundo

Segundo dados da ONU³³, estima-se que existem mais de 200 milhões de migrantes no mundo todo, mais do que o dobro do que existia há 40 anos, quando o processo de globalização começava a se fazer presente. Grande parte desses indivíduos migra em direção ao hemisfério norte, onde estão os países mais desenvolvidos, pois esperam encontrar melhores condições de vida e de trabalho. Na atualidade, um em cada três migrantes vive na Europa e em torno de um em cada quatro vive na América do Norte, ou seja, o maior número de migrantes está presente nos lugares onde há maior desenvolvimento econômico. Existe, ainda, um grande contingente de pessoas que partem de dentro do hemisfério sul em busca de oportunidades em países do mesmo hemisfério. É o caso das pessoas que migram para países vizinhos, como os paraguaios os bolivianos no Brasil, por exemplo³⁴.

No Brasil, o ingresso de estrangeiros é um fenômeno em plena ascensão. Os dados do Ministério do Trabalho e do Emprego demonstram um aumento cada vez maior no número de autorizações de trabalho concedidas a estrangeiros.

SÍNTESE POR CATEGORIA	2009	2010	2011	2012
Permanentes	2454	2565	3834	8340
Temporários	40460	53441	66690	64682
TOTAL GERAL	42914	56006	70524	73022

Fonte: Ministério do Trabalho e do Emprego (MTE, 2012)

Além desse aumento expressivo no número de vistos concedidos, o país tornou-se atrativo para imigrantes irregulares, provenientes de regiões menos desenvolvidas, como o Haiti, países africanos e demais países sul-americanos, por exemplo.

O crescente número de trabalhadores migrantes nas últimas décadas preocupa as nações receptoras e emissoras de mão de obra com as consequências econômicas desse fenômeno. Porém, culpar as migrações por seus impactos no desenvolvimento dos países é uma inversão entre causa e consequência, como ficará demonstrado na sequência.

3.2 Causas e consequências econômicas das migrações de trabalhadores

O fluxo de migrantes é uma consequência natural da desigualdade no processo de desenvolvimento dos países. Muitas são as razões que levam um indivíduo a tomar a decisão de migrar. Porém, é inegável que a falta de oportunidades satisfatórias de trabalho no país de origem – quando não uma situação de miséria extrema – é um dos principais fatores propulsores das migrações in-

ternacionais. De acordo com estudos da OIT³⁵, a conclusão que se tem chegado é a de que, de modo geral, o impacto das migrações para os países emissores de mão de obra é positivo, pelo menos no curto prazo, uma vez que há uma redução no número de pessoas em busca de trabalho no mercado doméstico. Além disso, as remessas que os trabalhadores migrantes enviam para suas famílias no país de origem ajudam a dinamizar essas economias.

Um impacto negativo, porém, é que, muitas vezes, as migrações privam os países de origem de sua força de trabalho mais qualificada, o que prejudica seu desenvolvimento no longo prazo. Esse movimento não é de todo ruim, se esses migrantes voltarem depois de um determinado período, trazendo, além do conhecimento prévio, toda uma nova gama de conhecimentos agregados pela experiência internacional. Aqueles que decidem permanecer no exterior, pela própria característica de seu trabalho mais qualificado, enviam remessas maiores ao país de origem, o que também produz efeitos positivos³⁶.

Os impactos mais profundos, no entanto, são sentidos sobre os países receptores e diferem de acordo com as políticas de cada um e a capacidade dos governos de gerenciar mudanças sociais. Sobretudo nos períodos de crise econômica, o movimento dos trabalhadores da periferia em direção ao centro é cada vez mais obstaculizado³⁷. Dentro dos blocos regionais – como na União Europeia, há uma abertura formal, mas as migrações podem ser vistas como agravadoras da crise por muitas pessoas.

Segundo Reginaldo Melhado³⁸, a elevada mobilidade do capital e a imobilidade do trabalho faz com que os empresários passem a utilizar as forças de trabalho de um país contra o outro. É comum que se culpem os imigrantes por aumentos na taxa de desemprego, pois eles são vistos como potenciais perigos ao trabalhador local. Essa relação, porém, não é uma regra. É possível que alguns setores da sociedade sejam efetivamente mais impactados, como o dos trabalhadores nativos menos qualificados ou os mais velhos, que podem ter sua mão de obra efetivamente substituída por trabalhadores estrangeiros. No curto prazo, também pode haver aumento nos índices de desemprego, na medida em que aumenta a oferta de trabalhadores. Porém, de modo geral, a atuação do estrangeiro pode contribuir para aumentar a produtividade, aumentando também os níveis de emprego após determinado prazo³⁹.

Pode haver benefício econômico ao país receptor principalmente se esses imigrantes trouxerem uma força de trabalho que seja complementar à força de trabalho nativa. É o caso, por exemplo, dos países em que há uma tendência de envelhecimento da população. Nesses locais, os imigrantes renovam a força de trabalho jovem, contribuindo, assim, para a manutenção das estruturas sociais⁴⁰. A legislação migratória, dessa forma, deve levar em consideração tanto os direitos humanos dos trabalhadores quanto os seus impactos econômicos.

3.3 Legislação migratória e política de imigração

De modo geral, as legislações migratórias da atualidade têm um forte viés protecionista. Isso, no entanto, não impede que os indivíduos continuem tomando a decisão de imigrar, movidos por diversos motivos e razões. Alguns dos países com legislação migratória mais rígida e com maior relutância para ratificar instrumentos internacionais de proteção – os Estados Unidos da América, por exemplo – constituem-se como um dos maiores receptores de mão de obra migrante no mundo.

A definição de uma política migratória adequada é fundamental para que a legislação concernente ao tema seja compatível ao desenvolvimento econômico e auxilie no aumento do bem estar geral – tanto dos nacionais quanto dos estrangeiros. Até mesmo os Estados Unidos recentemente reformaram sua legislação para regularizar a situação de diversos imigrantes ilegais e – ao mesmo tempo – reforçar a fiscalização nas regiões fronteiriças. No Brasil, já houve diversos instrumentos legislativos dedicados a tratar das questões migratórias, em conformidade com o período e as necessidades de mão de obra externa.

Na época do Império, a legislação brasileira dedicava-se a facilitar a naturalização do estrangeiro⁴¹, com os objetivos colonizadores que tanto demarcaram nosso perfil étnico e populacional. Após a proclamação da República do Brasil, o paradigma de incentivo à imigração começou a se alterar⁴². A Constituição de 1934, por exemplo, estabelecia um sistema de cotas, limitando as correntes migratórias.

O atual Estatuto do Estrangeiro – Lei n° 6815/1980, no entanto, encontra-se em total dissonância com a realidade contemporânea, indicando a ausência de uma política migratória vigente. O documento tem lastro na Constituição de 1967 e é pautado nos preceitos de Segurança Nacional seguindo a lógica imperante no Regime Militar. Com isso, o Brasil tem recebido cada vez mais migrantes, porém sem um sistema de garantias de seus direitos fundamentais e sem o estabelecimento de critérios objetivos para o seu ingresso, submetendo todos os pleitos de visto a uma mesma fila, que se move muito lentamente devido à burocratização excessiva e a entraves de diversas ordens – o que afeta, inclusive, a mão de obra que poderia preencher gargalos do mercado nacional e contribuir com o desenvolvimento do país. É necessária uma reformulação completa, que considere tanto a nova ordem constitucional como os impactos econômicos na realidade contemporânea brasileira, para que se busque um novo Estatuto que seja equilibrado na proteção de direitos e no estímulo ao desenvolvimento.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise conjugada do Direito e da Economia é essencial para elaboração de legislações eficientes em um cenário global e com fatores produtivos móveis – que podem escolher o local de sua instalação, considerando os custos jurídicos

na equação que permeia suas decisões. A mobilidade dos fatores produtivos, que é uma característica da economia contemporânea, manifesta-se, sobretudo, quanto ao capital e ao trabalho.

Sob a ótica da mobilidade do capital, a legislação trabalhista e o nível de investimento impactam-se reciprocamente: na medida em que os investimentos são desejados e necessários, atraí-los pode requerer uma flexibilização do direito laboral, já que regras muito rígidas e onerosas podem afastar a presença do investidor. Em contrapartida, uma desregulamentação excessiva também não é benéfica: vulnera o trabalhador, desvirtua o comércio e coloca em cheque o grau de progresso jurídico e institucional de determinados países, o que deixa receosos os investidores. Alcançar o equilíbrio requer uma profunda análise econômica, projetando os impactos da decisão legislativa no desenvolvimento nacional.

Por sua vez, a mobilidade de pessoas é uma das grandes preocupações econômicas dos países desenvolvidos, que se veem temerosos acerca do impacto causado em suas economias por um aumento considerável na oferta de trabalhadores. É por isso que a legislação migratória também deve considerar os aspectos econômicos. Embora uma liberalização total ao fluxo de pessoas internacionalmente seja utópica – e a liberalização completa em países isolados inegavelmente lhes causaria danos – a determinação de uma política migratória é imprescindível para que se definam critérios e mecanismos para a admissão de uma força de trabalho migrante que pode contribuir ao desenvolvimento – seja por sua alta qualificação seja por ser complementar à nacional.

REFERÊNCIAS

BARRAL, Welber. **“Dumping” e comércio internacional: a regulamentação antidumping** após a Rodada Uruguai. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. **O Comércio Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BEOZZO, José Oscar. **Brasil: 500 anos de imigrações**. São Paulo: Ed. Paulinas, 1992.

CAVARZERE, Thelma Thais. **Direito Internacional da Pessoa Humana: A circulação Internacional de pessoas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

COSTA, José Augusto Fontoura. **Direito Internacional do Investimento Estrangeiro**. Curitiba: Juruá, 2010.

CRETILLA NETO, José. **Direito Processual na Organização Mundial do Comércio, OMC: casuística de interesse para o Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DAVIS, Kevin; TREBILCOCK, Michael. A relação entre Direito e Desenvolvimento: otimistas versus céticos. **Revista Direito GV**. São Paulo, ano 5, n.1, p. 217-268. Jan-Jun: 2009.

DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de Pareto. In: RIBEIRO, Márcia Carla; KLEIN, Vinícius. (org). **Análise econômica do Direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Forum, 2011.

FERRETTI, Renata Cardoso; FUNCHAL, Bruno. “O Efeito da Regulação trabalhista e tributária nos investimentos no Brasil”. **Revista Administração Mackenzie**. v. 12. N. 4. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1678-69712011000400006&script=sci_arttext>. Acesso em: 8 mai. 2013.

FONSECA, Karla Closs. **Investimentos Estrangeiros: Regulamentação Internacional e Acordos Bilaterais**. Curitiba: Juruá, 2008.

HASTREITER, Michele Alessandra; CARON, Ivan “*Dumping*” Social: Como assegurar os Direitos dos trabalhadores sem sucumbir à armadilha protecionista? In: MENEZES, W.(coord) **Direito Internacional em Debate**. Curitiba: Ithala, 2008.

HASTREITER, Michele; VILLATORE, Marco. **MIGRAÇÕES: Aspectos legislativos da dimensão humana da Globalização**. In: III CEPIAL – Congresso de Cultura e Educação para integração da América Latina. Disponível em: <http://cepial.org.br/inc/anais/eixo8/108_MicheleAlessandraHastreiter.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2013.

ILO (International Labour Office). Towards a fair deal for migrant workers in the global economy. **Ilo.org**. Disponível em: <<http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/meetingdocument/kd00096.pdf>>. Acesso em: 7 mai. 2013.

MELHADO, Reginaldo. **Metamorfoses do capital e do trabalho: relações de poder, reforma do judiciário e competência da justiça laboral**. São Paulo: LTR, 2006.

RIBEIRO, Márcia. Carla.; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria Geral dos Contratos: Contratos empresarias e análise econômica**. Rio de Janeiro: Editora Campus/Elsevier, 2009.

SILVEIRA, Eduardo. **A disciplina jurídica do investimento estrangeiro no Brasil e No Direito Internacional**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SEITENFUS, Ricardo. **Relações Internacionais**. Barueri: Manole, 2004.

TRAVIESSO, Juan Antonio. **Los Derechos Humanos em la Constitución de la República Argentina**. Editorial Buenos Aires: Argentina, 2000.

UN (United Nations), Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2009). **Trends in International Migrant Stock: The 2008 Revision** (United Nations database, POP/DB/MIG/Stock/Rev.2008).

UNCTAD, **World Investment Report 2013: Global Chains: Investment and Trade for Development**. New York and Geneve: United Nations, 2013.

Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2013_en.pdf>.
Acesso em: 11 jul. 2013.

VARELLA, Marcelo. **Internacionalização do Direito: direito internacional, globalização e complexidade**. Brasília:UniCEUB, 2013.

- 1 MELHADO, R. **Metamorfoses do capital e do trabalho: relações de poder, reforma do judiciário e competência da justiça laboral**. São Paulo: LTR, 2006, p.30.
- 2 SEITENFUS, R. **Relações Internacionais**. Barueri: Manole, 2004, p.195.
- 3 *Ibid.*, p.195-196.
- 4 VARELLA, M. D. **Internacionalização do Direito: direito internacional, globalização e complexidade**. Brasília:UniCEUB, 2013, p. 23.
- 5 *Ibid.*, p. 35.
- 6 SILVEIRA, E. T. **A disciplina jurídica do investimento estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional**. 1 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p.38.
- 7 *Ibid.*, p. 34.
- 8 *Ibid.*, p. 67.
- 9 *Ibid.*, p. 40.
- 10 MELHADO, op. cit., p.37.
- 11 *Ibid.*, p.37.
- 12 VARELLA, op. cit., p.34.
- 13 *Ibid.*, p.72.
- 14 *Ibid.*, p.36.
- 15 UNCTAD, **World Investment Report 2013: Global Chains: Investment and Trade for Development**. New York and Geneva: United Nations, 2013. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2013_en.pdf>. Acesso em 11 de julho de 2013. p. 13
- 16 COSTA, J. A. F. **Direito Internacional do Investimento Estrangeiro**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 40.
- 17 SILVEIRA, op. cit., p.54.
- 18 *Ibid.*, p.52
- 19 BARRAL, W. **“Dumping” e comércio internacional: a regulamentação antidumping após a Rodada Uruguai**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 14.
- 20 CRETELLA NETO, J. **Direito Processual na Organização Mundial do Comércio, OMC: casuística de interesse para o Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 417.
- 21 HASTREITER, M. A.; CARON, I. **“Dumping” Social: Como assegurar os Direitos dos trabalhadores sem sucumbir à armadilha protecionista? In: MENEZES, W.(coord) Direito Internacional em Debate**. Curitiba: Ithala, 2008, p. 457
- 22 BARRAL, op. cit., p.124.
- 23 FONSECA, K. C. **Investimentos Estrangeiros: Regulamentação Internacional e Acordos Bilaterais**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 51
- 24 FERRETTI, R.; FUNCHAL, B. “O Efeito da Regulação trabalhista e tributária nos investimentos no Brasil”. **Revista Administração Mackenzie**. v. 12. n. 4. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1678-69712011000400006&script=sci_arttext>. Acesso em: 8 mai. 2013, p. 132.
- 25 RIBEIRO, M. C.; GALESKI JUNIOR, I. **Teoria Geral dos Contratos: Contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Editora Campus/Elsevier, 2009, p.53.
- 26 FERRETTI, R.; FUNCHAL, op. cit.
- 27 RIBEIRO, M. C.; GALESKI JUNIOR, I. op. cit., p.91.
- 28 DAVIS, K. E.; TREBILCOCK, M. J. A relação entre Direito e Desenvolvimento: otimistas versus céticos. **Revista Direito GV**. São Paulo, ano 5, n.1, p. 217-268. jan-jun: 2009.
- 29 TRAVIESSO, J. A. **Los Derechos Humanos em la Constitución de la República Argentina**. Editorial Buenos Aires: Argentina, 2000.
- 30 O “Ótimo de Pareto”, elaborado por Vilfredo Pareto em sua obra *Manual de economia política* poderia ser definido como o ponto em que não é mais possível alterar qualquer situação entre as partes sem que algumas delas sejam prejudicadas, ou seja, o momento de equilíbrio em que todas as ações a serem tomadas

- não incrementam a condição dos agentes sem prejudicar outros (DOMINGUES, 2011, p. 41).
- 31 MELHADO, op. cit., p.50.
- 32 Ibid., p.155.
- 33 UN (United Nations), Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2009). **Trends in International Migrant Stock: The 2008 Revision** (United Nations database, POP/DB/MIG/Stock/Rev.2008).
- 34 HASTREITER, M. A.; VILLATORE, M. **MIGRAÇÕES: Aspectos legislativos da dimensão humana da Globalização**. In: III CEPAL – Congresso de Cultura e Educação para integração da América Latina. Disponível em: <http://cepal.org.br/inc/anais/eixo8/108_MicheleAlessandraHastreiter.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2013, p.3.
- 35 ILO (International Labour Office). **Towards a fair deal for migrant workers in the global economy**. Ilo.org. Disponível em: <<http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/meetingdocument/kd00096.pdf>>. Acesso em: 7 mai. 2013, p.18.
- 36 Ibid., p.23.
- 37 MELHADO, op. cit., p.156.
- 38 Ibid., p.157.
- 39 ILO, op. cit., p. 30.
- 40 Ibid., p. 33.
- 41 CAVARZERE, T. T. **Direito Internacional da Pessoa Humana: A circulação Internacional de pessoas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.
- 42 BEOZZO, J. O. **Brasil: 500 anos de imigrações**. São Paulo: Ed. Paulinas, 1992, p. 91.

THE FLOW OF CAPITAL AND LABOUR IN THE GLOBAL ECONOMY: THE RELATIONSHIP BETWEEN THE MOBILITY OF THE FACTORS OF PRODUCTION AND LABOUR LAWS

ABSTRACT

The mobility of the factors of production is one of the most striking aspects of the contemporary capitalist economy, which is increasingly internationalized. Capital and labour are no longer limited by national borders, which results in a deep change in how productive structures develop. These changes invariably affect the labour market and, consequently, Labour Law. This article is dedicated to addressing the economic changes that take place due to the mobility of capital and labour and their impacts on labour legislation. Regarding the global flow of capital, this study highlights the need to attract external resources for the development of countries, which often stimulates a softening of labour standards, in order to reduce the costs to open and maintain the enterprises. Nevertheless, this Labour Law softening may both violate Human Rights and distort the economy. On the other hand, regarding the global flow of

people, this article discusses the protectionism of national laws, which, while seeking to attract foreign capital, reject the entry of foreign workers. This rejection occurs due to a misperception about the economic impact of migration, since it is possible that foreign labour helps to improve the national economy by filling gaps in the national labour market. Thus, national laws need to be analysed in their economic perspective regarding both the flow of capital and the flow of labour, in order to achieve the purposes of development.

Keywords: Development. Economic Analysis of Labour Law. Migration. Foreign Investment.

OS PARAÍÇOS FISCAIS E A EVASÃO FISCAL

Stela Márcia Sales Vasconcellos*

Introdução. 1 O Direito Tributário Internacional. 1.1 A soberania fiscal. 2 Paraísos fiscais. 2.1 Evasão e elisão fiscal. 3 O comércio eletrônico e a evasão fiscal. 3.1 As lojas virtuais. Conclusão. Referências

RESUMO

O Presente trabalho teve como objetivo falar sobre o Direito Tributário Internacional, conceito e características para que fosse possível fazer a conexão com a evasão fiscal e a existência dos paraísos fiscais. O princípio da soberania fiscal teve destaque para que pudesse ser questionada a dupla tributação internacional. Com a globalização, houve uma intensificação das relações comerciais internacionais em decorrência da fluidez do capital, dos bens, das pessoas e dos serviços, o que facilitou a criação dos paraísos fiscais. A busca das empresas pelos paraísos fiscais justifica-se na redução dos custos fiscais, aumentando sua margem de lucro, o que nos levou à abordagem sobre evasão e elisão fiscal. Ao final, indagou-se sobre a economia paralela gerada pelos paraísos fiscais e sobre como as lojas virtuais podem ser uma grande fonte de evasão fiscal.

Palavras-chave: Direito Tributário Internacional. Paraísos Fiscais. Evasão e Elisão Fiscal.

INTRODUÇÃO

O Direito Tributário Internacional surge em um contexto em que se fez necessidade em decorrência da intensificação das relações comerciais internacionais. O princípio da soberania fiscal, de fundamental importância, é constantemente questionado em situações quando ocorre dupla tributação. Em virtude do Direito Tributário Internacional ter como objeto a dupla tributação internacional e a evasão fiscal, seu estudo é fundamental quando se trata de paraísos fiscais.

Os paraísos fiscais surgem como forma de suprir a necessidade das empresas em reduzir custos fiscais, aumentando sua margem de lucro e consequente competitividade no mercado. Em contrapartida, o paraíso fiscal acaba por fomentar o desenvolvimento nacional com o capital estrangeiro aplicado, uma vez que normalmente são pequenos países ou regiões cujo rendimento das aplicações externas é maior que o PIB interno, o que justifica o interesse em atrair tais investidores.

* Doutoranda em Direito (Ciências Jurídico-Econômicas) pela Universidade do Porto. Especialista em Finanças Públicas e Direito Tributário. Advogada tributarista e Empresarial. E-mail: stelavasconcellos@yahoo.com.br

Não obstante um breve estudo sobre as características dos paraísos fiscais, são verificados ainda os mais diversos motivos que levam empresas a aplicarem seus rendimentos nos paraísos fiscais. Contudo, em decorrência da grande fluidez de capital, somada com as inovações tecnológicas, os paraísos fiscais acabaram por facilitar a prática de evasão fiscal, sendo os investidores atraídos pelo sigilo bancário aplicado por suas instituições.

Ocorre que com a evasão fiscal cria-se verdadeira economia paralela, deixando o fisco de arrecadar milhões, dinheiro que poderia ser empregado estruturalmente. Como forma de estimular o senso crítico, levantou-se a questão da facilidade de as lojas virtuais praticarem evasão fiscal, em virtude da ínfima presença física do estabelecimento, podendo facilmente burlar as autoridades tributárias.

1 O DIREITO TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL

Com o aumento dos efeitos da globalização, as transações internacionais realizadas com os paraísos fiscais se intensificaram ainda mais, aumentando a evasão e a elisão fiscal, reduzindo a arrecadação dos impostos dos Estados de origem. Assim, surge o Direito Tributário Internacional, buscando dirimir os conflitos ocasionados em virtude da expansão da globalização e de seus efeitos, como o aumento do fluxo de pessoas, de capitais, de bens e de serviços entre os demais países. Muito embora a tributação seja um procedimento de caráter interno e soberano de um Estado, a fluidez daqueles elementos enseja em situações corriqueiras de dupla tributação, de elisão e de evasão fiscal.

Antônio de Moura Borges afirma que:

[...] os objetos do Direito Tributário Internacional são a dupla tributação internacional e a evasão fiscal internacional. Ambos os fenômenos são nocivos, criando situações de injustiça tributária nas relações internacionais, ou mesmo impondo obstáculo ao comércio e aos investimentos internacionais. Assim, o Direito Tributário Internacional tem como finalidade exatamente solucionar os problemas de dupla tributação e de evasão fiscal internacionais.¹

Já Alberto Xavier define o objeto do Direito Tributário Internacional como:

Sendo o objecto do Direito Tributário Internacional constituído pelas situações da vida conexas com mais do que um ordenamento tributário soberano (situações internacionais), o seu conteúdo é constituído por todos os tipos de normas que respeitam a tais situações, seja qual for a sua fonte (interna ou internacional), a sua natureza (directa ou indirecta) e a sua função (substancial ou instrumental).²

Ainda é importante destacar que:

As normas do Direito Tributário Internacional podem, assim, ter um duplo objecto: o problema do âmbito espacial de incidência das

leis – *limites das leis* – que é objecto de normas de conflitos em sentido técnico; e o problema da solução dos casos de aplicação cumulativa das leis, em virtude da sobreposição dos respectivos âmbitos de incidência – *o concurso de leis* – que é objeto de normas materiais.

O problema do limite das leis é um problema logicamente antecedente, um problema primário ou de primeiro grau, em relação ao do concurso de leis. E isto, porque a própria questão de saber se existe concurso, pressupõe preliminarmente resolvido o problema da determinação do âmbito de incidência das normas em causa.

A heterogeneidade da origem, da natureza e das funções desta norma não prejudica a homogeneidade do seu objeto – as situações da vida conexas com mais do que um ordenamento tributário –, homogeneidade esta que permite reuni-las num corpo autonomizável de regras, para efeitos dogmáticos – corpo esse que é precisamente o Direito Tributário Internacional. (Grifos originais)³

1.1 A Soberania Fiscal

Para compreender melhor acerca da competência tributária, é de fundamental importância tecer breves linhas acerca da soberania fiscal, princípio fundamental do Direito Tributário Internacional. Nesse sentido, Antônio de Moura Borges afirma que:

O princípio da soberania fiscal é de fundamental importância no Direito Tributário Internacional, não sendo mesmo exagero afirmar que este como que gira em torno do referido princípio. Apesar da grande relevância do princípio em cogitação, todavia, normalmente os autores de Direito Tributário Internacional não lhe dispensam a devida atenção, deixando pouco explorados vários dos seus aspectos. Dentre os autores que se ocupam do assunto, há aqueles para quem a soberania fiscal é absoluta, no sentido de que não existem normas de Direito Internacional Público que a limitem, e os que entendem que ela é relativa, por existirem tais normas. Ademais, afirmações como as de que a soberania fiscal se distingue da soberania política, e de que não existe correlação necessária entre soberania fiscal e soberania territorial, apesar de polêmicas, geralmente não são acompanhadas da devida fundamentação.⁴

Salienta-se que a soberania sofreu algum retrocesso no século XIX, na concepção da soberania estatal, uma vez que ela passou a ser considerada absoluta. Não obstante, atualmente prevalece o entendimento de que a soberania estatal é relativa, em virtude da dependência da ordem jurídica internacional, sendo tal concepção compatível com a existência do Direito Internacional Público.⁵

O estudo da soberania fiscal é fundamental principalmente porque é em virtude da existência dessa soberania que ocorre o fenômeno da dupla tributação internacional. Assim, no que concerne a soberania fiscal, em geral, os autores

estão de acordo que ela faz parte da soberania estatal. Mais precisamente, como afirma Pedro Soares Martínez,

A soberania fiscal constitui um dos aspectos da soberania financeira; e esta, por sua vez, um dos aspectos da soberania estadual. Por isso, relativamente à soberania fiscal deparam-se-nos os mesmos complexos problemas inseparáveis do conceito de soberania, um dos mais fugidos da enciclopédia jurídica.

Portanto, como ainda acontece em relação à soberania estatal, há autores que apregoam a soberania fiscal ser absoluta. Norr afirma peremptoriamente que não existem normas de Direito Internacional Público que limitem a extensão da jurisdição tributária de qualquer país, a não ser aquelas constantes de tratados de que o Estado faça parte. Semelhante é a opinião de Ottmar Bühler, embora menos incisiva, ao declarar que, com exceção da imunidade fiscal concedida aos agentes diplomáticos no país onde se acham acreditados, é difícil encontrar normas do Direito Internacional que limitem o poder nacional de tributar. Também Gerd Willi Rothmann, Giuseppe Biscottini e Antonio Berliri se posicionam dentre aqueles para quem não existem restrições do Direito Internacional Público à soberania fiscal dos Estados, que, segundo o primeiro, não guarda correlação necessária com a soberania territorial, sendo lícito, assim, aos Estados “... estenderem seus fatos geradores além de suas fronteiras.” Para referidos autores, existem apenas limites de fato à soberania fiscal, considerando principalmente que, como afirma Gerd Willi Rothmann, “... nenhum Estado poderá agir coativamente fora das suas fronteiras, sem, com isso, violar a soberania de outros Estados.”⁶

Levando em consideração o acima exposto, é possível passar para a definição e características básicas da soberania fiscal.

Dentre as definições mais conhecidas de soberania fiscal, formuladas por diferentes autores, destacar-se-ão algumas. Para Jean-Marc Rivier, é o “[...] poder de editar normas de direito Tributário e de aplicá-las para arrecadar o imposto [...]” Alegría Borrás a entende como “[...] o poder de estabelecer um sistema impositivo que possua uma autonomia técnica em relação com os sistemas suscetíveis de entrar em concorrência com ele [...]” Pedro Soares Martínez a define como: “Por soberania fiscal entende-se o poder de criar impostos, de extingui-los, de alargar ou restringir o seu âmbito, de estabelecer proibições de natureza fiscal”. Por último, a definição de soberania fiscal de Gilbert Tixier e Guy Gest é:

Uma entidade territorial determinada, beneficiando-se ou não da soberania política, é reputada como possuindo soberania fiscal ao dispor de um sistema tributário que apresente duas características essenciais, por um lado uma autonomia técnica, por outro uma exclusividade de aplicação no território em questão.⁷

Conforme afirmado anteriormente, a soberania fiscal dos Estados acaba por gerar situações em que ocorre dupla tributação, em virtude da grande fluidez das pessoas, de capitais, dos bens e dos serviços. Não obstante, a dupla tributa-

ção internacional acaba por auxiliar na escolha das empresas por depositar suas reservas em paraísos fiscais, fugindo também da atuação da autoridade fiscal, cometendo verdadeiros ilícitos tributários.⁸

2 PARAÍÇOS FISCAIS

Os paraísos fiscais já existem há muito tempo; concorrem ainda, em idade, com as mais velhas profissões do mundo. A justificativa para a criação e a manutenção de um paraíso fiscal é diversificada. Como exemplo, o Vaticano justifica a isenção fiscal com base na aprovação divina.⁹

Salienta-se que os paraísos fiscais surgiram como forma de facilitar a gestão financeira dos recursos para os indivíduos e as empresas que não desajassem sofrer qualquer intervenção política, podendo dispor do capital a um custo mínimo, evitando, ainda, impostos elevados, confiscação ou destruição dos seus bens.¹⁰

Nesse sentido, José Manuel Braz da Silva define paraíso fiscal como sendo: “[...] região geograficamente limitada, caracterizada por proporcionar aos não residentes a isenção ou redução de impostos (em relação ao país de residência)”¹¹

Os paraísos fiscais possuem como característica a redução ou a isenção dos impostos, a estabilidade política, a perícia e demais fatores, como o mercado de livres trocas cambiais, o serviço de administração de fundos e o controle de câmbio, entre outros.

Outra característica dos paraísos fiscais é “a existência de um duplo sistema, sendo que um se aplica aos não residentes e às divisas estrangeiras por eles detidas e outro aos *residentes*”¹²

Acerca dos impostos, é importante destacar que “o primeiro ingrediente de um paraíso fiscal são os baixos, ou nenhuns, impostos sobre, pelo menos, uma categoria importante de rendimentos.”¹³

Sobre a estabilidade política, salienta-se que “um paraíso deve gozar de estabilidade política.”¹⁴ A falta de estabilidade política enseja falta de confiança por parte dos investidores em virtude do aumento do risco país. Por esse motivo, grande parte dos paraísos fiscais possui uma neutralidade política como forma de tentar atingir maior estabilidade.

O conceito de risco país está ligado à actividade bancária internacional. A definição apresentada por Shapiro (1989), revela que esta medida analisa a probabilidade de pagamento pontual do capital e juros dos empréstimos externos, contratados pelas pessoas (individuais e colectivas) residentes num país. Este conceito parece-me de interesse em termos de investimento, pois os fluxos financeiros gerados, poderão ter o mesmo sinal e serem espaçados por igual período.

Um dos factores que está incluído no cálculo do indicador acima

referido é o risco político. A importância desta variável, depende do montante das operações que serão realizadas por intermédio do paraíso fiscal e do tipo de presença que será estabelecida na mesma (naturalmente que um estabelecimento industrial implantado numa Zona Franca, obriga a uma análise mais profunda, do que a simples compra de uma caixa de correio).¹⁵

No que tange a perícia, Caroline Doggart esclarece que:

Em terceiro lugar, as autoridades de um paraíso fiscal devem demonstrar uma perícia comprovada. Os paraísos estabelecidos podem expandir-se mantendo a mesma linha de actuação, ao mesmo tempo que alargam o leque de serviços oferecidos. Assim, o “know-how” das Bermudas sobre seguros é significativo para o volume de receitas *offshore*; o resto provém de actividades em constante diversificação. Para os novos paraísos, uma especialidade ou um produto nicho são essenciais como base de crescimento. Labuan pretende atrair os serviços financeiros islâmicos *offshore* e oferece, de momento, amplos benefícios contratuais. As Maurícias têm laços específicos com a Índia, uma crescente fonte de riqueza *offshore*, e as Ilhas Cook são uma necessidade para *trusts* de protecção dos bens.¹⁶

Mas o que propriamente leva aos “investidores” procurarem os paraísos fiscais? O que acarretou no aumento da sua importância para as grandes empresas? Quais mudanças no cenário internacional facilitaram sua implementação? Os fatores são os mais diversos, e José Manuel Braz da Silva elenca alguns:

- Aumento da internacionalização dos negócios e operações, associada à dificuldade de cálculo e imputação de custos e proveitos reais às sucursais externas. Este facto facilita as transferências de capital, para as jurisdições mais atractivas em termos fiscais.
- Maior facilidade de deslocação das pessoas, resultante da abertura das fronteiras dos Estados e da redução significativa dos custos de transporte.
- O desenvolvimento das telecomunicações permite uma maior facilidade na deslocalização internacional de um número crescente de actividades das empresas multinacionais.
- A necessidade de garantir uma mais elevada competitividade podendo representar os ganhos fiscais e financeiros uma importante vantagem concorrencial.
- A dupla tributação ou a tributação a taxas elevadas do rendimento de particulares e empresas é um factor conducente à canalização do fluxo de fundos financeiros, através de centros “*offshore*”.
- O aumento de importância dos mercados de capitais internacionais, em conjugação com a utilização e contratação de novos instrumentos financeiros obriga a considerar o factor fiscal como estratégico e determinante na realização destas operações.

- A necessidade de fixar o capital internacional em praças europeias (em detrimento de países não comunitários como Suíça) levou a Comunidade Europeia a autorizar a criação destes centros (Luxemburgo e Holanda). A crescer a C.E.E. tem incentivado o seu aparecimento em zonas periféricas, funcionando os referidos centros como pólos de desenvolvimento.¹⁷

Desta feita, as empresas utilizam os paraísos fiscais como forma de suprir as necessidades evidenciadas após terem efetuado um estudo interno, visando alcançar normalmente os seguintes objetivos:¹⁸

- Menor nível de tributação.
- Maior rentabilidade nas aplicações financeiras.
- Confidencialidade e segurança.
- Flexibilidade para as operações realizadas no exterior.
- Inexistência de restrições ou regulamentos.

A confidencialidade comercial e bancária é talvez a característica mais apreciada para os investidores:

Com efeito, os paraísos fiscais asseguram segredo, no respeitante às operações, contas bancárias e movimentos efectuados. A identidade dos detentores das sociedades offshore é protegida por lei, sendo em alguns destes países, a violação do segredo punido com sanções criminais.¹⁹

Insta salientar que a confidencialidade comercial é um grande atrativo para aqueles que praticam atividades criminosas ou ilegítimas e buscam nos paraísos fiscais uma forma de “branquear” o dinheiro.

O segredo comercial e bancário tem sido, provavelmente, aquele que maior controvérsia tem provocado, internacionalmente. Deste modo, ainda que seja legítimo garantir o sigilo nos negócios é certo que este aspecto tem sido aproveitado por indivíduos e entidades para realização de operações e aplicações de fundos de origem criminosa ou ilegítima. A lavagem do dinheiro da droga, o financiamento de operações ilícitas (insider trading), a estruturação de empresas e entidades que prosseguem objectivos ilegítimos (ver o caso do BCCI) tem sido conduzida através de paraísos fiscais, conhecidos pelo seu grau de confidencialidade.²⁰

Ainda,

Os centros “offshore” são um refúgio para o capital internacional, que em consequência do seu não repatriamento, beneficia de maiores taxas de juro e menores taxas de imposto. Contudo, as operações ilícitas nomeadamente as ligadas ao tráfico de droga, financiamento do terrorismo, corrupção, operações de “insider trading” e diversas outras operações abusivas são canalizadas através dos paraísos fiscais.²¹

Portanto, apesar de ter como justificativa a necessidade de redução ou de isenção das taxas de juros, de impostos e de demais benefícios econômicos e fiscais para atrair o investimento internacional, os paraísos fiscais são, na maioria das vezes, alvo de economia não registrada, ocasionando grandes prejuízos para o fisco e para o Estado de origem.

2.1 Evasão e Elisão Fiscal

De acordo com Alberto Xavier, “os instrumentos da elisão fiscal internacional são os meios de que o sujeito se utiliza para atingir os resultados em vista, podendo classificar-se, tendo em vista os pressupostos da figura.”²² A elisão fiscal internacional é o que ocorre nos paraísos fiscais, uma vez que os investidores aproveitam situações econômicas e fiscais mais benéficas, conforme já explanado anteriormente. Não obstante, em um segundo momento, grande parte do dinheiro investido nos paraísos fiscais é objeto de evasão fiscal no país de origem.

Assim, *ab initio*, é importante frisar a diferença entre elisão fiscal internacional e evasão fiscal. Alberto Xavier alude que:

A expressão elisão fiscal internacional (*tax avoidance*), não pode ser assimilada ao conceito de evasão fiscal (*tax evasion*), pois não está em causa, necessariamente, um acto ilícito pelo qual o contribuinte viola a sua obrigação tributária (conexa com mais do que uma ordem jurídica), prestando falsas declarações ou recusando-se ao seu cumprimento, mas sim a prática de actos (em princípio) lícitos, realizados no âmbito da esfera de liberdade de organização mais racional dos interesses do contribuinte, face a uma pluralidade de regimes fiscais de ordenamentos distintos. Trata-se, em suma, de evitar a aplicação de certa norma ou conjuntos de normas, através de actos ou conjuntos de actos, que visem impedir a ocorrência do facto gerador da obrigação tributária em certa ordem jurídica (menos favorável) ou produzam a ocorrência desse facto noutra ordem jurídica (mais favorável).

O carácter mais favorável da ordem jurídica escolhida não se traduz necessariamente numa ausência de tributação, podendo os objectivos do contribuinte satisfazer-se com uma tributação mais moderada. E daí que o fenómeno se não restrinja à hipótese de um conflito negativo de ordenamentos tributários que, em virtude da definição ou conteúdo dos elementos de conexão acolhidos pelas suas regras de conflitos, se não reconhecem com vocação para submeter a tributo uma certa situação da vida com elementos de estraneidade.

O fenómeno da elisão fiscal internacional, assenta, assim, num duplo pressuposto: a existência de dois ou mais ordenamentos tributários, dos quais, um ou mais, se apresentam, face a uma dada situação concreta, como mais favoráveis que o outro ou outros; a faculdade de opção ou escolha voluntária pelo contribuinte

do ordenamento tributário aplicável, pela influência voluntária na produção do facto ou factos geradores em termos de atrair a respectiva aplicação.

É precisamente a esta faculdade voluntária de opção ou escolha racional que se referem as expressões “planeamento fiscal” (tax planning), “montagens fiscais”, “arquitectura” ou “engenharia fiscal”.²³

O aludido autor classifica os paraísos fiscais e regimes fiscais privilegiados como sendo um dos instrumentos da elisão fiscal internacional. Para as empresas, o surgimento dos paraísos fiscais acaba por facilitar a questão do planeamento tributário, reduzindo os custos fiscais, aumentando conseqüentemente a taxa de lucro. Por meio do regime de transferência dos preços, as empresas multinacionais optam por paraísos fiscais que possuam como jurisdição de baixa ou nula fiscalidade, facilitando a manipulação dos preços de transferência.²⁴

Levando em consideração a clara existência da concorrência fiscal prejudicial ocasionada em decorrência dos paraísos fiscais e regimes preferenciais, a OCDE, em sua Convenção Modelo, possui como finalidade a eliminação da dupla tributação e a prevenção de fraudes fiscais.

Recentemente, a OCDE se pronunciou favorável à ação contra os paraísos fiscais, afirmando ser inaceitável que “grande parte da economia mundial trafegue por paraísos fiscais.”²⁵

A modernidade dos sistemas de comunicação acaba por facilitar ainda o depósito de grandes somas em paraísos fiscais. Com um simples *click* um Estado deixa de poder tributar quantias que não são declaradas, o que cria uma verdadeira economia paralela. Os paraísos fiscais escondem cerca de 14 bilhões de euros, gerando uma perda fiscal para os governos de cerca de 120 mil milhões de euros.²⁶ De acordo com a Oxfam (organização não governamental internacional que atua em 90 países), tal quantia seria suficiente para acabar com a pobreza extrema no mundo.²⁷

“O dinheiro perdido equivale a duas vezes o necessário para que cada pessoa no mundo assolado pela pobreza extrema viva acima do limiar de 1,25 dólares por dia”, salienta a mesma organização. “É escandaloso que tanto dinheiro passe ao lado dos impostos, deixando livres aqueles que mais podem pagar pelo bem público e pelo serviço público”, considera Kevin Rousell, membro da organização. “Muitos governos garantem que não têm alternativa ao corte na despesa pública e na ajuda ao desenvolvimento, mas nós encontramos potencial suficiente na taxaço do dinheiro privado que se encontra escondido e que chegaria para eliminar duas vezes a pobreza extrema”, reforça.

A organização divulgou estes dados nesta quarta-feira, numa altura em que os chefes de Estado e governo da União Europeia (UE), que se vão reunir nesta quarta-feira em Bruxelas, procuram reforçar

a luta contra a evasão e a fraude fiscais. Nas contas da Oxfam, a UE é responsável por dois terços desta riqueza depositada em paraísos fiscais, como Luxemburgo, Andorra e Malta.

“Os líderes da UE na sua reunião deveriam colocar-se de acordo para agir de imediato de forma a acabar com a evasão fiscal, mas antes precisam de colocar a sua própria casa em ordem”, defendeu a organização, no mesmo comunicado.”²⁸

A notícia acima enfatiza o quanto o Estado deixa de arrecadar em decorrência da evasão e da elisão fiscal. A atual crise financeira poderia claramente ser atenuada caso houvesse a real taxação dessas riquezas. Os paraísos fiscais, no entanto, dificultam as investigações em decorrência do sigilo bancário e de outros atrativos para aqueles que desejam praticar desde a sonegação fiscal à lavagem de dinheiro.

3 O COMÉRCIO ELETRÔNICO E A EVASÃO FISCAL

A sociedade busca cada vez mais mecanismos para facilitar as transações comerciais. No início, o escambo era feito mediante a troca de uma mercadoria por outra, levando em consideração a necessidade daquele determinado produto ou serviço, sem envolver qualquer aplicação monetária. O escambo ainda continua a ser utilizado atualmente, tendo sido revitalizado pela internet por meio de sites *on-line* de trocas de mercadorias e serviços.²⁹

Com a evolução da sociedade e da consequente globalização, desenvolveu-se uma nova necessidade: a de efectuar transações de forma mais célere, ultrapassando as barreiras geográficas. Assim, surgiu o *e-commerce* ou comércio eletrônico, que é uma transação comercial efectuada por intermédio de equipamento eletrônico com acesso remoto à internet, tais como computadores e tablets.³⁰

De acordo com Miguel J. A. Pupo Correia:

Entendemos por comércio electrónico a utilização de tecnologias de informação avançadas para aumento de eficiência de relações entre parceiros comerciais, para desenvolvimento de vendas de bens e prestações de serviços, quer entre empresas, quer ao consumidor final.³¹

Importante destacar que tal definição acaba por abranger as demais práticas contratuais que:

- se baseiam na utilização, para facilitar e potenciar a eficácia da comunicação entre as partes, de meios electrónicos de processamento e transmissão de dados;
- têm por conteúdo a celebração de contratos comerciais, geralmente de compra e venda de bens ou de prestação e serviços,
- contratos esses celebrados entre empresas, ou entre estas e consumidores.³²

Portanto, ao analisar os aspectos acima enumerados, verifica-se que somente a primeira prática contratual é específica do conceito de comércio eletrônico, sendo ainda

a originalidade dos efeitos desencadeados pelo uso dos meios de comunicação electrónica no desenvolvimento das práticas contratuais que faz surgir um conjunto de questões próprias e diferenciadas, em relação àquilo que podemos designar por comércio tradicional.³³

Quando se fala em comércio tradicional, tem-se em mente a transação entre um fornecedor e um cliente que, após averiguar a mercadoria, paga uma quantia determinada ao fornecedor, celebrando um contrato de compra e venda. Já no comércio eletrônico, existem seis tipos básicos de transações comerciais:

1. *Business-to-business* (B2B)
2. *Business-to-consumer* (B2C)
3. *Consumer-to-consumer* (C2C)
4. *Consumer-to-business* (C2B)
5. *Business-to-Administration* (B2A)
6. *Consumer-to-Administration* (C2A)³⁴

Portanto, logo no surgimento do comércio eletrônico (logo após o advento da internet), o *e-commerce* era costumeiramente efetuado entre empresa e consumidor. No entanto, atualmente verifica-se a amplitude das relações existentes, em que o consumidor participa ativamente das relações comerciais.³⁵

3.1 As Lojas Virtuais

Com o comércio eletrônico, surgiram as lojas virtuais. Tais lojas não necessitam da presença física nem do comprador do vendedor. Possuem como facilidade o fato de poderem estar estabelecidas em qualquer parte do mundo.

As lojas virtuais surgiram em meados dos anos 90 e são a face visível de uma verdadeira revolução no comércio. Nas lojas virtuais não há necessidade da presença física nem do comprador, nem do vendedor; lojas virtuais não necessitam do manuseio de papel moeda e, tampouco, necessitam da mercadoria no momento da transação. Nas lojas virtuais, a relação ocorre entre um comprador e um sistema hospedado em um computador localizado em qualquer lugar do planeta.³⁶

Logo, verifica-se a grande facilidade e fluidez com que as relações comerciais são efetuadas, sendo a presença física do estabelecimento algo extremamente reduzido. Além do mais, a possibilidade de depósito direto em conta bancária permite que o consumidor final efetue o pagamento diretamente na conta estabelecida previamente pelo fornecedor, podendo inclusive ser uma conta oriunda de um paraíso fiscal, não sendo aquela venda registrada contabilmente, inexistindo para a autoridade fiscal qualquer possibilidade de verificar se a declaração apresentada ao fisco condiz com a realidade (a menos que haja clara manifestação de fortuna).

A dificuldade de identificação da base territorial enseja grande controvérsia. José Manuel Braz da Silva afirma que:

A própria definição dos paraísos fiscais como ordenamento fiscal de base territorial, dá origem a controvérsia, uma vez que surge actualmente com insistência, a problemática de como taxar as transacções realizadas através da Internet ou de outros sistemas similares.

Uma nota do Departamento do Tesouro Norte-Americano de Novembro de 1996, enunciava os princípios que deveriam ser respeitados, em relação a tributação das transacções, a realizar através da Internet, as quais deveriam atender a: a) evitar que as empresas sejam colectadas em duas jurisdições pela mesma transacção; b) manter critérios uniformes e transparentes e, na medida do possível, transportar os critérios fiscais aplicáveis no território, para os sistemas informáticos de base global. Contudo, em relação a este tipo de transacções, diversas questões precisam de ser analisadas, nomeadamente se os impostos serão aplicados, com base na residência dos compradores ou dos vendedores, bem como a forma de assegurar o cumprimento das disposições fiscais, vigentes em cada território. Assim, poderá concluir-se que existirá uma maior necessidade de harmonização fiscal a nível global, num futuro próximo.

As empresas que operam através da Net pretendem que os Estados apliquem impostos directamente aos compradores e não imponham taxas adicionais no respeitante às telecomunicações. Contudo a tributação dos compradores apresenta dificuldades, uma vez que as transacções poderão processar-se através do E-Mail e o pagamento poderá realizar-se com dinheiro electrónico ou cartão de crédito.

Outra questão que deve ser ponderada é saber, onde é que a Net está localizada. Esta questão é especialmente importante, uma vez que os sistemas fiscais contemporâneos, se baseiam na tributação com base na presença física, num dado território. As empresas operadoras poderão comercializar os seus produtos, a partir de qualquer ponto do mundo, sendo para tal suficiente a instalação de uma central telefónica de dimensões mínimas (presença física dificilmente detectável). Os dispositivos de telecomunicações actualmente conhecidos (modem e outros) poderão captar as chamadas telefónicas provenientes de qualquer ponto do mundo. Retira-se daqui as dificuldades acrescidas de tributação, nomeadamente se a comercialização dos produtos se vier a processar em grande escala, através de sistemas informáticos de carácter transaccional.³⁷

Em virtude da dificuldade de identificação da base territorial podem ocorrer situações de completa ausência de cobrança fiscal ou, ainda, ocorrer caso de dupla tributação. Portanto, em transações internacionais existem várias maneiras de se evitar o fisco, e, com o advento do comércio eletrônico, as medidas anti-

-abuso passarão por grandes desafios até que tenham uma eficiência adequada.

Doernberg, Hinnekens, Hellerstein e Li entendem que:

In an international transactional context, there are many ways to avoid tax. With the rise of electronic commerce, significant challenges will be posed to the anti-avoidance rules. As it is beyond the scope of this section to address the wide variety of international tax avoidance schemes, the following discussion will focus on the anti-avoidance rules that electronic commerce poses the most significant challenges to: (1) the use of transfer pricing techniques to shift profit from high tax to low tax jurisdictions and (2) the use of tax havens to divert domestic source income and/or to earn foreign source income. A third challenge posed by globalization and the growth of electronic commerce relates to "harmful tax competition". This perceived challenge arises in part out of tax avoidance by taxpayers but also out of actions by states to compete for investment and business activities through tax concessions.³⁸

Assim, com a evolução da globalização e da tecnologia, os mecanismos de prática de evasão fiscal também evoluíram, dificultando a atuação da autoridade fiscal. Desta forma, é necessária a intensificação dos acordos sobre troca de informações, bem como a elaboração de tratados de dupla tributação para evitar a evasão fiscal.

CONCLUSÃO

Com o presente trabalho, verificou-se que o Direito Tributário Internacional surgiu com o objetivo de dirimir conflitos referentes à dupla tributação e de reduzir a evasão fiscal. Todavia, com o aumento da globalização, a facilidade de movimentação de pessoas e de capitais faz com que a evasão fiscal se intensifique.

Os paraísos fiscais são o grande alvo das empresas que desejam efetuar evasão fiscal, em virtude do sigilo bancário, gerando verdadeira economia paralela, fazendo com que a autoridade tributária deixe de arrecadar milhões.

As lojas virtuais possuem grande vantagem na prática da evasão fiscal, uma vez que a presença física do estabelecimento comercial é mínima. Existe, ainda, a facilidade das transações serem efetuadas eletronicamente, por meio de depósitos bancários diretos, o que dificulta ainda mais a ação do fisco.

Os paraísos fiscais são, ainda, alvo de investimentos de origem ilícita, como tráfico de drogas e lavagem de dinheiro, dentre outros, sendo necessário criar uma conscientização mundial como forma de se buscar evitar efetuar transações comerciais com países que possuam as características de paraísos fiscais ou regimes preferenciais, pois, em virtude da evasão fiscal, os preços aplicados no mercado são sensivelmente inferiores, o que prejudica o comércio em si.

REFERÊNCIAS

BORGES, Antônio de Moura. **Convenções sobre dupla tributação internacional**. Teresina: EDUFPI; São Paulo: IBDT, 1992.

Comércio Electrónico. **Wikipédia**. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Com%C3%A9rcio_eletr%C3%B4nico>. Acesso em 26 jan. 2013.

CORREIA, Miguel J. A. **Direito Comercial: Direito da Empresa**. 11. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 2009.

DOERNBERG, Richard; HINNEKENS, Luc; HELLERSTEIN, Walter; LI, Jinyan. **Electronic Commerce and Multijurisdictional Taxation**. The Hague/London/New York: Kluwer Law International. International Fiscal Association, 2001.

DOGGART, Caroline. **Os Paraísos Fiscais e os Seus Usos**. 2. ed. Porto: Vida Económica, 1988.

ECONOMIA. Oxfam garante que taxar paraísos fiscais daria para acabar com a pobreza extrema no mundo. **Público.pt**. Disponível em: <<http://www.publico.pt/economia/noticia/oxfam-garante-que-taxar-paraisos-fiscais-daria-para-acabar-com-pobreza-extrema-no-mundo-1595136>>. Acesso em 27 mai. 2013.

Escambo. **Wikipédia**. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Escambo>>. Acesso em: 26 jan. 2013.

FAZENDEIRO, Vítor Hugo da Silva. **Paraísos Fiscais: Análise das Técnicas de Utilização e Medidas de Combate à Evasão Fiscal à luz do Direito Fiscal Português**. Dissertação para obtenção do grau de mestre em Direito pela Universidade do Porto. Julho de 2011.

Lojas Virtuais. **eComerceOrg**. Disponível em: <http://www.e-commerce.org.br/lojas_virtuais.php>. Acesso em: 31 mai. 2013.

OCDE defende ação contra paraísos fiscais. **O Estadão de São Paulo**. 6 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,ocde-defende-acao-contra-paraisos-fiscais-1017589,0.htm>>. Acesso em: 30 mai. 2013.

SILVA, José Manuel Braz da. **Os Paraísos Fiscais: Casos Práticos com Empresas Portuguesas**. Coimbra: Almedina, 2007.

Tipos de Comércio Electrónico. **Bloom Idea**. Disponível em: <<http://bloomidea.com/blog/tipos-comercio-electronico>>. Acesso em: 26 jan. 2013.

XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

- 1 BORGES, Antônio de Moura. **Convenções sobre dupla tributação internacional**. Teresina: EDUFPI; São Paulo: IBDT, 1992, p. 21.
- 2 XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 53.
- 3 *Ibid.*, p. 57.
- 4 BORGES, op cit., p. 39.
- 5 Para melhor entendimento acerca da soberania, recomenda-se a leitura de BORGES, op. cit, uma vez que o capítulo III de sua obra aborda a delimitação da competência tributária internacional, dando grande enfoque à soberania fiscal.
- 6 BORGES, op. cit., p. 40-41.
- 7 *Ibid.*, p. 43-44.
- 8 Para uma compreensão mais aprofundada acerca do assunto, é necessário, ainda, o estudo dos critérios de delimitação da competência tributária internacional. Não obstante, por não ser o objeto central do presente estudo, não será feito qualquer comentário acerca deste tema. Todavia, recomenda-se a leitura de BORGES, op. cit., p. 48 e ss.
- 9 DOGGART, Caroline. **Os Paraísos Fiscais e os Seus Usos**. 2. ed. Porto: Vida Económica, 1988, p. 9.
- 10 *Ibidem*.
- 11 SILVA, José Manuel Braz da. **Os Paraísos Fiscais: Casos Práticos com Empresas Portuguesas**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 23.
- 12 *Ibid.*, p. 35.
- 13 DOGGART, op. cit., p. 10.
- 14 *Ibid.*
- 15 SILVA, op. cit., p. 24-25.
- 16 DOGGART, op. cit., p. 11.
- 17 SILVA, op. cit., p. 21.
- 18 *Ibid.*, p. 22.
- 19 *Ibid.*, p. 34.
- 20 *Ibid.*, p. 35.
- 21 *Ibid.*, p. 45.
- 22 XAVIER, op. cit., p. 356-357.
- 23 *Ibid.*, p. 351-352.
- 24 FAZENDEIRO, Vítor Hugo da Silva. **Paraísos Fiscais: Análise das Técnicas de Utilização e Medidas de combate à Evasão Fiscal à luz do Direito Fiscal Português**. Dissertação para obtenção do grau de mestre em Direito pela Universidade do Porto. Julho de 2011, p. 33.
- 25 OCDE defende ação contra paraísos fiscais. **O Estadão de São Paulo**. 6 abr. 2013. Disponível em: < <http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,ocde-defende-acao-contra-paraissos-fiscais-1017589,0.htm>>. Acesso em: 30 mai. 2013.
- 26 ECONOMIA. Oxfam garante que taxar paraísos fiscais daria para acabar com a pobreza extrema no mundo. **Público.pt**. Disponível em: < <http://www.publico.pt/economia/noticia/oxfam-garante-que-taxar-paraissos-fiscais-daria-para-acabar-com-pobreza-extrema-no-mundo-1595136>>. Acesso em 27 mai. 2013.
- 27 *Ibid.*
- 28 *Ibid.*
- 29 Escambo. **Wikipédia**. Disponível em: < <http://pt.wikipedia.org/wiki/Escambo>>. Acesso em: 26 jan. 2013.
- 30 Comércio Eletrónico. **Wikipédia**. Disponível em: < http://pt.wikipedia.org/wiki/Com%C3%A9rcio_eletr%C3%B4nico>. Acesso em 26 jan. 2013
- 31 CORREIA, Miguel J. A. **Direito Comercial: Direito da Empresa**. 11. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 2009, p. 565.
- 32 *Ibidem*.
- 33 *Ibid.*, p. 565-566.
- 34 Tipos de Comércio Eletrónico. **Bloom Idea**. Disponível em: < <http://bloomidea.com/blog/tipos-comercio-electronico>>. Acesso em: 26 jan. 2013.
- 35 Para aqueles que desejam aprofundar mais o assunto sobre os tipos de transações comerciais eletrônicas, sugere-se a leitura do site < <http://bloomidea.com/blog/tipos-comercio-electronico>>.
- 36 Lojas Virtuais. **eCommerceOrg**. Disponível em: < http://www.e-commerce.org.br/lojas_virtuais.php>. Acesso em: 31 mai. 2013.
- 37 SILVA, op. cit., p. 23-24.
- 38 DOERNBERG, Richard; HINNEKENS, Luc; HELLERSTEIN, Walter; LI, Jinyan. **Electronic Commerce and Multijurisdictional Taxation**. The Hague/London/New York: Kluwer Law International. International Fiscal Association, 2001, p.89-90.

TAX HAVENS AND TAX EVASION

ABSTRACT

The present work had as its objective to discuss International Tax Law, its concepts and characteristics, in order to make a connection between tax evasion and the existence of tax havens. The principle of Tax Sovereignty was highlighted, so that international double taxation could be questioned. Because of globalization, there was an increase in international commercial relations due to the increased fluidity of capital, goods, people and services, making it easier for tax havens to be created. Companies' search for tax havens is justified by tax reduction cost, increasing their profits margins, which enabled us to approach tax avoidance and tax evasion. In the end, we questioned the parallel economy generated by tax havens and how virtual shops could be a great source of tax evasion.

Keywords: International Tax Law. Tax Havens. Tax Evasion and Tax Avoidance.

ATIVISMO JUDICIAL E A IMPORTÂNCIA DA LEI

*Tércio Aragão Brillhante**

Introdução. 1 Ativismo judicial. 1.1 É o juiz Hércules ativista ou contido? 1.2 É bom ou ruim que as Cortes atuem sob o ativismo judicial? 2 O fim das certezas e a prevalência do intérprete sobre o legislador. 2.1 Das perversões do respeito ao texto. 2.2 Das perversões do papel do intérprete. 2.3 O valor do texto para Hans-Georg Gadamer e Friedrich Müller. 3 A principiologia normativa e sua contextualização brasileira. 3.1 Princípio da juridicidade, ou legalidade constitucional, ou legalidade razoável ou proporcional. 4 Separação de Poderes. 4.1 A configuração institucional do Poder Judiciário no concerto entre as funções estatais brasileiras. 4.2 O controle de constitucionalidade como limite ao intérprete judicial. 4.2.1 Casuística: o Enunciado n.º 331 da Súmula de Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho e a ADC n.º 16. Conclusão. Referências

RESUMO

Este é um trabalho sobre o estado da arte do desenvolvimento das funções judicantes, no que toca seu destacado papel na sociedade e no concerto entre os Poderes estatais. Tratar-se-á do ativismo judicial e daquilo que o possibilita: I) os novos métodos de interpretação jurídica, especialmente naquilo que buscam assegurar ao intérprete um papel prevalecte sobre as funções exercidas pelo legislador; II) a principiologia constitucional, como novo paradigma que garante a força normativa dos princípios; e III) o Judiciário como controlador dos atos do Executivo e do Legislativo, tendo à sua disposição, para o exercício de tal mister, ferramentas processuais cada vez mais arrojadas.

Palavras-chave: Ativismo. Separação de Poderes. Métodos Interpretativos. Principiologia Constitucional.

INTRODUÇÃO

Neste trabalho, buscar-se-á apresentar e analisar o estado da arte do desenvolvimento das funções judicantes, no que toca seu destacado papel na sociedade e no concerto entre os Poderes estatais. Tratar-se-á do ativismo judicial e daquilo que o possibilita: I) os novos métodos de interpretação jurídica, especialmente naquilo que buscam assegurar ao intérprete um papel prevalecte sobre as funções exercidas pelo legislador; II) a principiologia constitucional, como novo paradigma que garante a força normativa dos princípios; e III) o Judiciário como controlador dos atos do Executivo e do Legislativo, tendo à

* Mestre em Direito Constitucional (UNIFOR). Procurador Federal. Autor e organizador de livros e artigos. E-mail: tercioaragao@hotmail.com

sua disposição, para o exercício de tal mister, ferramentas processuais cada vez mais arrojadas.

Cada um desses itens (novos métodos de interpretação; principiologia constitucional e Judiciário controlador dos demais Poderes) será detalhado e analisado. Alfim, tomar-se-á a posição de considerar que essas inovações, por mais consolidadas, sobranceiras e irrenunciáveis, não devem conduzir a excessos ou ao menoscabo da Lei.

1 ATIVISMO JUDICIAL

A expressão “ativismo judicial” está sob enfoque em diversos fóruns. Dele se trata no Parlamento.¹ Dele se trata na imprensa. Dele falam Ministros de Tribunais Superiores em julgados.² Na Academia, há obras que o enfrentam.³ Mas, afinal, o que é o ativismo judicial? Constitui o ativismo judicial uma afronta à separação de funções do Estado? Ele se confunde com a criação judicial do Direito?

O “ativismo judicial” é expressão oriunda dos Estados Unidos da América do Norte. Seus termos originais são *judicial activism*. É expressão com certidão de nascimento conhecida.⁴ Foi utilizada e documentada pela primeira vez em artigo publicado na revista *Fortune* em 1947. A autoria do artigo é do jornalista Arthur Schlesinger Jr. e o texto publicado tratava da situação curiosa em que se encontrava a Suprema Corte de então: havia uma nítida divisão entre os Ministros. Parte deles era considerada ativista e outra parte contida. Nesse ambiente dual, as decisões acabavam variando a depender de uma maioria eventual formada para os casos. Portanto, a expressão *judicial activism* nasceu já acompanhada, como se outro lado da moeda fosse, de sua expressão antagônica *judicial self restraint* (autocontenção).⁵

A partir desse artigo jornalístico, os termos se tornaram populares e sua utilização substituiu a fórmula anteriormente adotada de governo dos juízes, muito em voga ao tempo dos estudos sobre a influência da Suprema Corte sobre as medidas políticas, econômicas e sociais da primeira metade do século XX.⁶

Os termos “ativismo judicial” e “contenção judicial” não gozam da prerrogativa da precisão em seus significados. Quando utilizados, denotam um posicionamento do emissor dos termos. Costumeiramente, o ativismo é utilizado de forma depreciativa. Quer-se dizer com ele que o Judiciário extrapolou de sua competência e tomou decisões que não lhe eram devidas.

Vital Moreira⁷ rejeita as duas figuras. Ao tratar da legitimidade da jurisdição constitucional, o professor português diz não assistir direito ao juiz de se autolimitar, como também rejeita a concepção de um juiz constitucional ativo ou criativo. Nesse caso, haveria indevido uso pelo julgador da “veste do legislador”. Naqueloutro caso, o da autocontenção, estar-se-ia diante de conceito “intrinsecamente contraditório e insusceptível de fundamentação razoável.”⁸

O ativismo judicial acaba por ser medido pela agressividade com que os tribunais interferem nos órgãos dos demais Poderes,⁹ mas não só isso. Em regra, considerações sobre constitucionalidade, especialmente quando é declarada a inconstitucionalidade da norma sob escrutínio judicial, implicam a classificação de atuação ativista da Corte. Nos Estados Unidos, também decisões sobre questões privadas são classificadas como ativistas.¹⁰

Por essa forma arrojada de atuação, o ativismo pode implicar a criação judicial do Direito, mas com ela não se confunde. A criação é fruto de um processo interpretativo que não pode ser exercido sem qualquer freio ou referibilidade ao sistema, como se tratará a seguir. Por exemplo, uma decisão que não cria direito, mas que anula decisões administrativas ou determina o cumprimento de determinadas ações pelo Executivo não cria direito, mas pode, sim, ser considerada ativista.

1.1 É o Juiz-Hércules ativista ou contido? Considerações de Ronald Dworkin sobre o tema do ativismo judicial

Ronald Dworkin é defensor célebre da importância do Poder Judiciário no concerto institucional entre os Poderes do Estado. Aliás, para Dworkin, os Tribunais não são só importantes. Eles são, na verdade, os mais importantes componentes da estrutura estatal.¹¹ Comentando o estabelecimento, pela decisão seminal de *Marbury versus Madison*, do controle judicial da constitucionalidade dos atos dos demais Poderes, Dworkin¹² conclui que os Estados Unidos são “[...] uma sociedade mais justa do que teriam sido se os direitos constitucionais fossem deixados ao arbítrio da consciência de instituições majoritárias.”¹³

Poder-se-ia pensar, portanto, que o autor estadunidense seria adepto do papel ativista dos juízes. Todavia, essa defesa da prevalência judicial não implica, nos termos mesmos das obras de Dworkin, a defesa do ativismo judicial.

Na obra *Taking Rights Seriously*,¹⁴ Dworkin¹⁵ apresenta as categorias de ativismo e contenção judicial, como duas filosofias sobre como devem os Tribunais decidir os casos controvertidos em matéria constitucional, especialmente sob a ótica da relação entre Direito Constitucional e Moral. Os juízes ativistas, no sentido mais forte da classificação, julgariam os atos dos demais poderes, de acordo com os princípios constitucionais, tendo esses princípios o significado que as Cortes mesmas decidissem. O entendimento da Corte deve ser revisado de tempos em tempos. De outra sorte, os juízes contidos placitariam as decisões tomadas pelas demais esferas do poder estatal, mesmo que isso seja contrário ao entendimento dos juízes sobre o caso concreto.

Dworkin¹⁶ ainda subdivide a atuação dos adeptos da contenção judicial em duas categorias: a dos juízes contidos céticos e dos juízes contidos deferentes. Para os céticos, não haveria uma Moral que desse substrato aos direitos dos cidadãos em face do Estado. Esses direitos haveriam de ser extraídos do texto constitucional. Para os deferentes, esse fundamento moral dos direitos

dos cidadãos existiria, mas a decisão sobre a existência dos direitos em si seria de competência dos órgãos político-eletivos, e não do Judiciário.

Continuando sua exposição, Dworkin afirma que o argumento de serem antidemocráticas as decisões tomadas pelo Judiciário só pode prevalecer se adotada a visão cética de inexistência de direitos morais dos cidadãos contra o Estado, uma vez que:¹⁷

[...] se os homens não possuem direitos contra a maioria, se a decisão sobre a matéria se limita a apontar de quem são as preferências prevalecentes, então a democracia constitui uma boa razão para deixar a decisão a cargo de instituições mais democráticas do que os Tribunais, mesmo se as decisões tomadas por essas instituições sejam detestadas pelos juízes.

Em trabalho posterior, o livro *Law's Empire*,¹⁸ Ronald Dworkin se mostra mais claro quanto ao assunto. Nesse trabalho, Dworkin leva a efeito um repasse do estágio em que se encontravam as teorias acadêmicas de direito constitucional nos Estados Unidos e trabalha, em vez dos termos “contido” ou “autocontido”, os termos “passivismo” e “juízes-passivos”, em uma contraposição mais clara aos juízes-ativistas. Para o professor estadunidense, passivo é o juiz que rende grandes deferências às decisões dos demais Poderes estatais. Ao passo que o juiz-ativo, segundo versões mais radicais, é aquele que declara inconstitucionais as decisões dos demais Poderes, sempre que as desaprovam.¹⁹

Após analisar cada uma das classificações, em contraste com casos julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos,²⁰ conclui que o Direito como integridade, tal qual ele o defende, não se coaduna com atuações de forma passiva ou ativa. Para Dworkin²¹, a alternativa ao passivismo não é um ativismo cru, calcado apenas no sentimento pessoal de justiça dos julgadores. A alternativa correta é uma atuação refinada de julgamento, a ser feito caso a caso e cujos resultados possam caber na prática constitucional, em vez de negá-la.

Mais à frente em sua obra, Dworkin conclui que o seu juiz arquetípico, o Juiz-Hércules, não é passivo, porque rejeita “[...] a ideia rígida de os juízes prestarem reverência aos membros eleitos do estado, independente de que parte do esquema constitucional esteja em questão.”²² Também não é ativista o Juiz-Hércules, porque ele se recusará a substituir as decisões dos demais Poderes, quando for o caso de considerações de natureza política. Enfim, para Dworkin,²³ o Juiz-Hércules foge aos padrões acadêmicos classificatórios dos juízes.

1.2 É bom ou ruim que as Cortes atuem sob o ativismo judicial?

Finalmente, para arrematar este tópico, é o ativismo judicial bom ou mau? Nenhum das duas respostas pode ser tomada como certa. Não é o ativismo em si, não é a atuação mais arrojada do Judiciário ao anular um ato do Executivo ou ao considerar uma lei inconstitucional, que permite, por si mesma, sua reprimenda ou seu elogio. São as circunstâncias empírico-normativas da decisão

que permitem essa avaliação. Rechaça-se a ideia do juiz ativista como um juiz que extrapola os limites de suas funções, na mesma medida em que se rechaça o juiz ativista como um julgador socialmente comprometido. Se se tomarem exemplos momentosos colhidos na terra berço do conceito, identificam-se duas decisões ativistas, inegavelmente ativistas, que não podem, sob nenhuma ótica, ser consideradas da mesma qualidade: o caso *Lochner versus New York*, em que a Suprema Corte julgou inconstitucional, em virtude do devido processo legal substancial, lei que limitava as horas da jornada de trabalho da categoria profissional dos padeiros; e o caso *Brown versus Board of Education*, em que a Suprema Corte pôs fim à política segregacionista nas escolas públicas. Ambas decisões ativistas, todavia muito diversas entre si. A primeira, radicalmente contrária aos direitos sociais e aferrada ao paroxismo da economia liberal. A segunda indisputavelmente defensora do avanço na luta contra a discriminação racial.²⁴

A classificação, portanto, em juízes ativistas ou contidos não deve conduzir a uma qualificação apriorística de atuação deficiente, por excesso ou por ausência, do exercício das funções jurisdicionais. Os titulares do Poder Judiciário não devem se conter, quando não for o caso de se conterem, como não devem nulificar decisões dos Poderes outros ou criar Direito, quando não for o caso. Nem contido, nem ativo, o Judiciário deve ser prudente. O Judiciário não deve prender sua atuação sob o enfoque de render deferência ou lançar menoscabo aos demais Poderes.

Entende-se que as manifestações sobre o ativismo judicial e a presença constante do Judiciário nos debates das questões jurídico-políticas brasileiras encontram fundamento em três fenômenos: I) os novos métodos de interpretação jurídica, especialmente naquilo que buscam assegurar ao intérprete um papel prevalente sobre as funções exercidas pelo legislador;²⁵ II) a principiologia constitucional, como novo paradigma normativo que garante a força normativa dos princípios; e III) o Judiciário como controlador dos atos do Executivo e do Legislativo, tendo à sua disposição, para o exercício de tal mister, ferramentas processuais cada vez mais arrojadas. Enfrentar-se-á cada um desses itens justificadores da atual configuração jurídico-política do Poder Judiciário.

2 O FIM DAS CERTEZAS E A PREVALÊNCIA DO INTÉRPRETE SOBRE O LEGISLADOR

A Física do século XX alterou nossa visão de mundo. A ideia de um universo pautado, inexoravelmente, por leis da natureza regidas pela causalidade, não mais subsiste tal qual outrora. A física quântica trouxe para o antes inquestionável mundo da causalidade elementos de incerteza e elementos variáveis. A revolução científica que alterou o paradigma das ciências naturais e a perspectiva mesma da noção de realidade e de mundividência acabou por, como não poderia deixar de ser, implicar influxos nas ciências sociais e no Direito, em alguma medida.²⁶

Até mesmo porque os estudiosos do Direito sofriam com o problema da demarcação científica. Pretendiam ser tratados como cientistas, mas a ideia de ciência por excelência,²⁷ de ciência-fetichismo excluía o Direito do mundo da Ciência. Isso porque o científico seria o conhecimento dotado de certeza e neutralidade. Os padrões de aferição da cientificidade de determinado estudo eram extraídos das ciências naturais. A partir do momento em que a mecânica quântica traz a incerteza e a variável para a ciência física, fortalecidas ficam as correntes de pensamento epistemológico que se mostram avessas a tal padronização, outrora alçada a dogma. Qualquer conhecimento, qualquer estudo pode vir a ser classificado como estudo científico. Não há mais objetos de estudos científicos por si mesmos.²⁸ Não só o mundo natural é passível de ser estudado cientificamente. Também o Direito o é.

Mas, afinal, o que é essa incerteza propalada pela mecânica quântica? Os estudos dos quanta, como todo empreendimento científico, foram construção de diversos cientistas, cada qual acrescentando teorias e descobertas ao longo do tempo²⁹. Por exemplo: Max Planck,³⁰ Albert Einstein,³¹ Niels Bohr³² e, finalmente, Werner Heisenberg³³ contribuíram em alguma medida³⁴ para o desenvolvimento da “Interpretação Copenhague da Teoria Quântica”,³⁵ usualmente conhecida como “Teoria da Incerteza de Werner Heisenberg”. A explicação da teoria da incerteza tem de começar pelo alerta de que sua origem é a observação das partículas subatômicas, especialmente dos elétrons. Mesmo que um determinado objeto do mundo que podemos observar com vista desarmada esteja parado, no “mundo subatômico”, as partículas estão em constante movimento, cuja trajetória não se pode demonstrar com certeza. Em virtude da impossibilidade de se determinar como ocorrem esses deslocamentos, Heisenberg asseverou que a probabilidade envolvida é o resultado da mistura de dois componentes. A probabilidade é parcialmente fato e é parcialmente o nosso conhecimento desse fato.³⁶ Mais: o cálculo que resulta na probabilidade não assegura a descrição do movimento dos elétrons entre uma primeira e uma segunda observações.³⁷

O impacto que a teoria da incerteza causou no mundo como um todo e na comunidade científica foi tamanho, que Max Planck se mostrou assombrado pelo niilismo decorrente da propagação da teoria. Em texto significativamente intitulado “É real o mundo externo?”,³⁸ Planck, após asseverar que o mundo estava em crise em todas as suas dimensões, direciona-se “[...] para a mais exata das ciências naturais, a Física”, para também nela encontrar crise. O ponto crítico é a perda da força e o crescente descrédito do princípio da causalidade:³⁹

Até agora o princípio da causalidade era universalmente aceito como um postulado indispensável da investigação científica, porém alguns físicos nos dizem que o princípio deve ser jogado fora. O fato de que tão extraordinária opinião possa ser expressa em círculos científicos responsáveis já é bem significativo de que por todas as partes desconfiança no conhecimento humano.

Não outro senão, o próprio Werner Heisenberg tomou alguns cuidados em suas argumentações explicativas da teoria da incerteza, a fim de não caracterizar a subjetividade como um componente desmedido. Conforme suas próprias palavras: “Nós sabemos que a cidade de Londres existe, quer nós a observemos, quer não”.⁴⁰

A adaptação às descobertas e às demonstrações de Heisenberg foram, enfim, sendo construídas, a fim de nos resgatar do niilismo que tanto amedrontou Max Planck. Como o cientista russo Ilya Prigogine⁴¹ escreveu anos mais tarde: “O que surge hoje é, portanto, uma descrição mediana, situada entre duas representações alienantes, a de um mundo determinista e a de um mundo arbitrário submetido apenas ao acaso”. Arbítrio e determinismo convivem no mundo natural. A física quântica não descreve toda a existência. Suas descobertas não são aplicáveis a tudo. Elas se referem ao mundo do muito pequeno.⁴² Afinal, os aviões ainda alçam voos e chegam a seus destinos. Os prédios ainda são construídos segundo regras físicas e matemáticas clássicas. E eles não se esboroam. Tal qual conclui Prigogine⁴³: “As leis não governam o mundo, mas este tampouco é regido pelo acaso”.

Decerto que um intérprete/aplicador, decerto que um julgador, seja ele juiz de 1º grau, seja ministro das Cortes Superiores ou da Corte Suprema, ao se debruçar sobre uma demanda, traz para o julgamento forte carga de conhecimento que possui do sistema normativo e forte carga de influências outras, que constituem seu ser (influências trazidas por dados sociológicos, filosóficos políticos e até mesmo – porque não afirmá-lo – sentimentais); todavia toda essa carga de variados matizes deve ser informada, conformada e limitada pelas normas de direito legislado, sob pena de desvirtuamento do sistema jurídico que ele – julgador – integra.

Há limite para o subjetivismo. Na construção da norma para o caso, o enunciado normativo não pode ser posto de lado, especialmente em regimes democráticos. O texto não pode ser negado. Ele exerce uma resistência semântica última que o sustenta. Podemos concluir o raciocínio com Aharon Barak,⁴⁴ ex-ministro presidente da Corte Constitucional de Israel:

Eu sou um juiz. Para mim, a Constituição é um documento operacional. Eu decido processos pela extração do significado de seu texto. O procedimento de extração de significado do texto da Constituição, assim como em qualquer documento, é um procedimento de interpretação, e, por isso, a questão que se apresenta para mim é: Como você interpreta a Constituição? Não é uma resposta dizer que ‘Palavras não possuem significado, decida de acordo com o que lhe for politicamente conveniente’. Palavras possuem, sim, significado. Um cigarro não é um elefante. Eu sou um juiz, não um político.

Salvante casos de controle judicial de constitucionalidade que impliquem a limitação dos sentidos do enunciado (interpretação conforme a Constituição) ou que impliquem a nulificação normativa plena (declaração de inconstitucionalidade em termos padrões), a lei há de ser mantida. Esse instrumento normativo

representa a escolha prévia feita pelo órgão estatal legiferante. Integra o sistema. A lei deve ser levada a sério.

Por certo que as especificidades do caso concreto também informam a decisão, o que pode implicar variações na sua aplicação. Também um significado que pareça evidente em dada situação, especialmente se se ativer a apenas um enunciado legal, poderá ganhar outra significação quando, na dinâmica própria da aplicação do Direito, seus termos entrarem em entropia com os demais enunciados da lei específica; com demais leis do ordenamento e com Constituição. Isso é inegável.

O raciocínio em dístico – ou isto ou aquilo – não funciona neste caso. O real é muito mais sortido do que duas categorias. Não é porque se pugna pela defesa do texto normativo e pela resistência semântica por ele exercida que se deve ser considerado formalista e até mesmo tacanho, em contraposição ao intérprete que crê na inesgotabilidade dos sentidos e no pleno poder criativo dos juízes.

José de Albuquerque Rocha divisa duas categorias de intérpretes antiformalistas: a categoria dos intérpretes radicais e a categoria dos intérpretes moderados: os radicais defendem a inesgotabilidade dos sentidos, a liberdade irrestrita do intérprete, pois consideram impossível a extração de um sentido correto da norma a ser aplicada ao caso.⁴⁵

Ambas as formas de atuação, a do formalista-gramatical e a do intérprete antiformalista radical, são inservíveis a uma adequada análise e atuação prática do fenômeno jurídico. A defesa do texto legal, ou melhor: a defesa do respeito às decisões legislativas não pode ser confundida, até mesmo de forma caricatural, com uma posição meramente formalista e retrógrada.

Respeitar o texto legal não é se aferrar a um único dispositivo, negando o restante das normas e o caso concreto. Respeitar o texto legal é saber que, durante o processo hermenêutico, com atenção aos elementos a serem levados em consideração, pode-se defrontar com uma barreira intransponível ao resultado que supúnhamos, subjetiva e aprioristicamente, mais adequado. Konrad Hesse chamou essa barreira de “limite inultrapassável”.

Para reforçar a citação acima invocada de Aharon Barak, de que há limites textuais para a interpretação (um cigarro não é um elefante), válido é lembrar que não é apenas de casos difíceis, com fatos complicados e aplicações normativas em zonas de penumbra, de que se compõe o mister do intérprete/aplicador. Existem, sim, os casos fáceis. Aliás, tanto para Genaro Carrió,⁴⁶ quanto para Aulis Aarnio,⁴⁷ os casos fáceis constituem a maior parte das aplicações reais das normas jurídicas.

Todavia, não é a existência de tal sorte de casos que implica a negação do poder criativo dos juízes. Casos difíceis e casos fáceis convivem no sistema jurídico. Uma espécie não nega a outra. Uma espécie, todavia, não atrai para si

o mesmo tratamento que a outra espécie, enquanto que, para os casos difíceis, cuja aplicação normativa ocorre em zona de sombras e penumbras, o alargamento das funções do intérprete-aplicador é patente, para casos mais simples ou para casos em que o direito legislado parece ter dado a solução de forma mais vinculada – talvez a mais vinculada possível -, o trabalho do intérprete/aplicador é mais afunilado.⁴⁸

2.1 Das perversões do respeito ao texto: uma ilustração shakespeariana

O respeito ao texto normativo não se confunde com a interpretação de natureza gramático-literária, fiada tão somente na leitura crua dos textos. Como restou escrito acima, a dinâmica da aplicação é ampla de elementos e interações. O respeito ao texto, deveras, pode sofrer perversões, assim como a liberdade de interpretação pode conduzir à tirania do intérprete.

Exemplo vivo de perversão feita a título de cumprir o texto, nos é fornecida por William Shakespeare, em sua peça intitulada “O Mercador de Veneza”. Em sucinto resumo, a fim de facilitar o entendimento, o trecho que se apresenta é o clímax da peça e ocorre no quarto ato da cena cinco. Shylock demanda perante a autoridade maior da cidade, o doge de Veneza, o pagamento de um título vencido em desfavor de Antônio. Conforme estipulado no título, o não pagamento de seu valor implica o direito a Shylock de uma libra de carne do corpo de Antonio.

A questão foi apresentada ao doge por Shylock e em um surpreendente revés, o “jurista” que tratava do pedido apresenta a seguinte conclusão: Shylock teria o direito à libra de carne, mas não poderia, ao retirá-la, derramar o sangue do devedor, pois não havia na letra de câmbio qualquer menção expressa a sangue:⁴⁹

Pórcia.- Uma libra de carne desse mercador te pertence. O tribunal te adjudica essa libra e a lei ordena que ela te seja dada.

Shylock.- Corretíssimo juiz!

Pórcia.- E podes cortar-lhe essa carne do peito. O tribunal o autoriza e a lei o permite.

Shylock.- Sapientíssimo juiz! Isto é que é uma sentença! Vamos, preparai-vos!

Porcia.- Espera um momento. Ainda não é tudo. Esta caução não te concede uma só gota de sangue. Os termos exatos são: “uma libra de carne”. Toma, pois, o que te concede o documento; pega tua libra de carne. Mas, se ao cortá-la, por acaso, derramares uma só gota de sangue cristão, tuas terras e teus bens, segundo as leis de Veneza, serão confiscados em benefício do Estado de Veneza.

Graciano.- Oh! Juiz emérito! Atenção, judeu!...Que juiz reto!

Shylock.- A lei é essa?

A reviravolta interpretativa acima transcrita é surpreendente e absurda. Mesmo que não houvesse a expressa menção ao sangue, este deveria estar subentendido no ato de retirar uma libra de carne do corpo de Antonio. Afinal, é materialmente impossível, mesmo lançando mão de coagulantes contemporâneos, extrair a libra de carne sem derramar uma gota sequer de sangue. A interpretação que prevaleceu na peça não louva o texto: ela o nega, sob a justificativa da literalidade, alberga o absurdo; não se atém ao texto, mas cria nele exigências.

2.2 Das perversões do papel do intérprete: de uma conversa com Alice para um arremate shakespeariano

Por outro lado, se a plenitude da força se centrar no papel exercido pelo intérprete na aplicação do Direito, ter-se-ia uma situação de caos pleno e irrefreável. Isso porque, acaso o poder construtivo da interpretação não encontrasse quaisquer barreiras ou limites infranqueáveis, sendo assegurado a todos e a qualquer um a prerrogativa de dizer o que é o Direito para o caso concreto, viver-se-ia em uma intolerável torre de Babel, fadada ao esboroamento; consequentemente, a ninguém seria dada a segurança de saber o que seria o Direito aplicável para o caso concreto. Em um ótimo exemplo colhido na Literatura, podemos perceber essa impossibilidade de entendimento. Vejamos este diálogo travado entre Alice e Humpty Dumpty, personagens de Lewis Carrol⁵⁰:

Não sei o que quer dizer com 'glória', disse Alice.

Humpty Dumpty sorriu, desdenhoso. Claro que não sabe...até que eu lhe diga. Quero dizer "é um belo e demolidor argumento para você!"

Mas 'glória' não significa 'um belo e demolidor argumento', Alice objetou.

Quando eu uso uma palavra, disse Humpty Dumpty em um tom bastante desdenhoso, ela significa exatamente o que quero que signifique: nem mais nem menos.

A questão é, disse Alice, se pode fazer as palavras significarem tantas coisas diferentes.

A questão, disse Humpty Dumpty, é saber quem vai mandar – só isto.

Humpty Dumpty nega qualquer significado às palavras por si mesmas. É a autoridade do intérprete que vai determinar o que as palavras significam. Essa autoridade pode descambar para o arbítrio cego e malfazejo. Algum significado há de ser assegurado à mensagem, sob pena da ditadura dos mensageiros. O reconhecimento do papel construtivo do intérprete, capaz de não só desvendar o sentido do texto, mas de criar sentido, não pode desaguar na ausência de força das palavras,⁵¹ em razão de fiança irrestrita no intérprete. Afinal, algo além da fiança na capacidade do intérprete deve existir, não só porque as palavras possuem algum sentido por si, como também para garantir que não haverá abusos, não haverá a tirania dos intérpretes. Se ao intérprete tudo fosse assegurado, o

que se faria acaso ele abusasse dessa prerrogativa? O que fazer se um gigante decidir usar sua magna força e não se dispuser de limites para contê-lo?⁵²

2.3 O valor do texto para Hans-Georg Gadamer e Friedrich Müller

Mesmo as explicações acima podem não ser suficientes para debelar o juízo de que o respeito ao texto normativo é menoscabo ao intérprete e se fia em posicionamento formalista-legalista de todo ultrapassado. Podemos imaginar que haja quem classifique nossa defesa democrática e semântica das decisões do Parlamento como reflexo tardio do juiz boca da lei, mero autômato, nas palavras de Montesquieu. Ciente dessa possível imprecisão, e mesmo tendo citado constitucionalista do porte de Konrad Hesse, invocar-se-á para esse trabalho as achegas das fontes que, para muitos, são as mais insuspeitas para defender o texto como limite.

Hans-Georg Gadamer talvez seja um dos mais incensados hermenutas de nosso tempo.⁵³ Ele desenvolveu um trabalho de fôlego sobre o processo hermenêutico em geral e o jurídico em particular em sua obra “Verdade e método”. Gadamer é responsável pela introdução definitiva, nos estudos de hermenêutica jurídica, da noção de pré-compreensão e do círculo hermenêutico. Em suas lições, colhemos a necessidade de se fazer respeitar o objeto sob interpretação, evitando-se a hipertrofia do eu. Apesar das pré-compreensões e da alta carga encerrada na pessoa do intérprete, Gadamer⁵⁴ professa que:

A tarefa hermenêutica se converte por si mesma em um questionamento pautado na coisa em questão, e já se encontra sempre codeterminado por esta. Assim, o pré-empendimento hermenêutico ganha solo firme sob seus pés. Aquele que quer compreender não pode se entregar de antemão ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias, ignorando a opinião do texto [...]

Tratando especificamente da tarefa interpretativa voltada para o Direito, seguindo a mesma linha de raciocínio de superação de uma subjetividade irrestrita,⁵⁵ Gadamer⁵⁶ defende a sujeição à lei do julgador:

A tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, ou seja, é a tarefa da aplicação. A complementação produtiva do direito que se dá aí está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se sujeito à lei como qualquer outro membro da comunidade jurídica.

Por sua vez, Friedrich Müller, autor da teoria metódica estruturante, é considerado, por Paulo Bonavides⁵⁷, autor de obra destacada e figura singular para a nova hermenêutica constitucional. Müller desenvolveu uma teoria hermenêutica concretizadora, que busca situar a norma, tanto em seu aspecto normativo quanto em seu aspecto empírico. Essa preocupação com a realidade na aplicação do Direito pode ser depreendida pelo seguinte trecho de autoria de Friedrich Müller:

Como ponto de partida metódico, como fator de segurança jurídica, de publicidade e clareza normativa na democracia do Estado de Direito, o texto normativo apresenta confiabilidade apenas limitada e partilha a relativização da metódica própria à ciência jurídica, sem, contudo, mostrar-se com isso dispensável ou secundário. Suas mencionadas funções fazem dele uma fronteira de concretização permitida.⁵⁸

Dessarte, para o professor Friedrich Müller⁵⁹, o texto é início e final do processo de concretização do Direito: é ponto de partida e de referência. Exerce funções estabilizadoras e explicativas insubstituíveis para o Estado Democrático de Direito de Müller.⁶⁰ Apesar de não considerar o texto como “a norma” a ser concretizada, Müller⁶¹ assegura a ele a condição de dirigir e limitar as possibilidades de concretização.

3 A PRINCIPIOLOGIA NORMATIVA E SUA CONTEXTUALIZAÇÃO BRASILEIRA

Depois de um longo período sob o jugo de um regime ditatorial, cuja primeira ação explícita foi o levante da tropa do General Mourão,⁶² o Brasil iniciou processo de redemocratização. A consolidação do retorno democrático teve por marco histórico e normativo a promulgação da Constituição da República de 1988. A vontade de que o marco normativo da Constituição, tão precioso a todos os brasileiros, fruto maior da luta pela redemocratização, não perdesse sua força, não esmaecesse em seu rico colorido, acabou por proporcionar uma desconfiança significativa no seio da comunidade jurídica. Grande parte dos atos dos poderes Executivo e Legislativo, desde seu nascedouro e a partir dele, eram considerados inconstitucionais. Reinava o sentimento de suspeição, expressamente reconhecido por Sergio Moro.^{63 64}

A necessidade de bem cumprir a função jurisdicional obriga o juiz a assumir postura ativa frente à Constituição. Deve buscar o significado dessas normas constitucionais sem a necessidade de especial deferência à interpretação adotada pelos outros poderes constituídos. Mais do que isso, nas hipóteses anteriormente expostas, a interpretação dos outros poderes deve ser submetida a severo exame judicial, colocando-a sob suspeita.

A Constituição, especialmente sua recentemente assegurada normatividade principiológica, era a ferramenta utilizada para o afastamento das normas e dos atos julgados inconstitucionais pelo Judiciário. O amadurecimento do Estado brasileiro e das práticas constitucionais, sem dúvida, arrefeceu o sentimento de desconfiança, até mesmo porque houve avanços inegáveis no Brasil. Todavia, como os princípios vieram para ficar, especialmente em razão de seu relevantíssimo papel, é necessário tecer algumas considerações para enquadrá-los como parte de um ordenamento, o qual se deve aplicar em conjunto.

Os princípios não podem ser a fonte mais difundida da normatividade, notadamente em países como o Brasil, em que vige um sistema de normatização comumente legislativa. É necessário também alertar que os princípios constitucionais também incidem nos trabalhos do legislador e hão de ser levados em conta na composição da lei.

Por meio de trabalhos de discussão e consenso parlamentar, muitas vezes motivados por demandas constitucionais e da sociedade civil, o Poder Legislativo escolhe como este ou aquele princípio deve ser densificado. Quando o legislador assim atua, um posterior processo de escolha de uma outra conclusão para o adensamento do princípio nada mais é do que isto: escolha entre possibilidades asseguradas pela ampla moldura principiológica.⁶⁵

Regras de Direito são comumente o resultado de um processo decisório legislativo, por meio do um número de razões, embaçadas em políticas, metas, valores, interesses, princípios, etc. são sopesadas para o alcance de um resultado ponderado. Em muitos casos em que essas regras de Direito são aplicáveis, as metas, os princípios, etc. subjacentes também seriam relevantes para as consequências legais do caso, sua aplicação não seria excluída pela aplicação da regra legal. As razões geradas pela regra substituem as razões geradas pelas metas e pelos princípios que são subjacentes à regra. O papel das metas e dos princípios fica restrito à influência exercida sobre a regra promulgada. Por isso é que eu chamei as razões, geradas por uma regra, de razões substitutivas. Similarmente, pode ser dito que a regra legal substitui seus subjacentes metas e princípios.

Ao fim e ao cabo, parece-nos que a razão está com Aulis Aarnio⁶⁶ que, em trabalho no qual registra o debate por meio do qual se analisam os conceitos de princípios e regras, a fim de diferenciá-los forte ou fracamente, conclui que as regras são a base central para a aplicação do Direito e que não podem os juristas esquecer de levá-las a sério.

3.1 Princípio da juridicidade, ou legalidade constitucional, ou legalidade razoável ou proporcional

A atuação dos entes públicos, nomeadamente em sua atuação de ordem administrativa, é informada pelo princípio da legalidade. A Constituição da República de 1988 assegurou natureza constitucional ao princípio da legalidade, enumerando-o como princípio da Administração Pública, ao lado dos princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (este último em texto emendado).

A noção do princípio da legalidade como a necessária atuação da administração pública pautada e vinculada ao ordenamento jurídico como um todo, e não apenas à lei no sentido mais estrito e formal da expressão, já constava das obras de autores como Miguel Reale,^{67 68} para quem, ao se tratar de respeito à

legalidade: “Será mais preciso afirmar que a Administração não executa leis, mas sim o ordenamento jurídico, que é a ‘legislação in acto’ [...]”.

Todavia, não é por isso que está autorizada a negação de marcada ressignificação que as noções contemporâneas de legalidade como juridicidade ou legalidade constitucional ou legalidade razoável ou proporcional têm. Mesmo podendo haver uma relação entre ambas as perspectivas, mesmo encontrando autores d’antanho que já mencionavam legalidade como respeito ao ordenamento, e não apenas como respeito à lei formal, não são idênticas as compreensões. E muito menos assemelhadas as práticas administrativas e judiciais. Hoje, se trabalha muito mais com os princípios e as normas constitucionais do que antes. A exigência de respeito ao ordenamento é muito mais real e menos livresca do que parece ter sido até o início da redemocratização brasileira e das alterações paradigmáticas que o neoconstitucionalismo proporcionou.

Essa redefinição da legalidade, essa mudança paradigmática, ganha especial repercussão e destacada importância no controle exercido pelo Judiciário sobre os atos da Administração Pública. Como bem anota Germana Oliveira de Moraes:⁶⁹

A assunção pelo princípio da legalidade desses novos conteúdos: de legalidade constitucional, ao ordenar e regular o Poder Legislativo, e o de juridicidade, ao ordenar e regular o Poder Executivo, repercutirá diretamente sobre a compreensão teórica da discricionariedade e a amplitude do controle jurisdicional da atividade administrativa [...].

Todavia, não se deve perder de vista que a legalidade ainda é legalidade como respeito à lei. Decerto que não apenas à lei ou qualquer lei. O respeito a que se deve ser tributário é o respeito à lei constitucional. Mas o alcance de como irão os intérpretes atuar em cima dessa ideia merece alguma atenção. Colhamos um exemplo oriundo de artigo publicado por membro de alto escalão do Poder Judiciário, a Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Eliana Calmon:⁷⁰

O nó górdio da questão está na resposta à seguinte indagação: até que ponto o Judiciário pode avaliar a proporcionalidade e afastar as razões técnicas e concretas do legislador? Não resta dúvida que tem a magistratura de fazer um exame macro da situação para não cometer o erro de privilegiar um princípio em detrimento de outro, tendo sempre a ideia de que o administrador age de acordo com a lei e, no limite do que decida, pode-se sacrificar a lei em nome de um princípio maior, cujo ápice está no princípio da dignidade da pessoa humana.

Para se considerar juridicamente lícito o sacrifício da lei em nome de um princípio, entende-se que esse sacrifício deve ser o resultado da técnica de controle que o sistema constitucional brasileiro outorga ao Judiciário: o controle de constitucionalidade. Ao resolver uma questão, o julgador deve encontrar solução que se adapte ao texto legal e ao princípio constitucional aplicáveis.

Caso seja impossível tal solução, caso seja necessário o “sacrifício da lei”, essa lei há de ser declarada inconstitucional.⁷¹

4 SEPARAÇÃO DE PODERES: UMA ANÁLISE QUE HÁ DE SER FEITA SOB ASPECTOS CONCRETOS

Quando Montesquieu - e Locke, antes dele -, professaram, para o Estado Liberal, a necessidade da separação entre as funções exercidas pelo Estado, talvez não pudessem imaginar o quão plástica e variável seria a atuação prática dessa ideia de contenção do Poder, durante o evoluir da história e em experiências nacionais diversas.

Os constitucionais revolucionários franceses lançaram a pedra fundamental normativa da separação de poderes, uma vez que decretaram a indissociabilidade entre Estado de Direito, separação de poderes e defesa dos direitos, conforme o artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, assim redigido: “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição”. A existência mesma de uma norma passível de ser considerada “constituição” estava condicionada à separação dos poderes.

A tripartição, se entendida como separação estanque e abstratamente delimitada de atuação das funções estatais, foi superada por uma noção de contenção do poder pelo poder de forma mais plástica e variável, a ser analisada no contexto normativo e de prática jurídico-política de cada Estado.⁷² Por essa linha de raciocínio, a prevalência deste ou daquele Poder estatal sobre os demais, bem como as formas de sua interação, não são gerais e universais. Outra não é a lição de Pontes de Miranda:⁷³

Os Poderes são, teoricamente, independentes e harmônicos. Não há, em princípio, predominância de qualquer deles. O exercício de cada um dos três é que pode fazer um deles preponderar, ou porque tal exercício seja demasiado, de modo que um dos Poderes passe a superar os outros, ou porque os outros não dão ao exercício a intensidade que seria normal.

As revoluções constitucionalistas, das quais a mais destacada é a Revolução Francesa, tinham por mote a desconfiança e a necessidade de contenção do Executivo, outrora encarnado na figura do soberano Rei, que tanto se buscava apagar da configuração do Estado. É na obra de Boris Mirkin-Guetzévitch⁷⁴ que se encontra um resumo apropriado sobre esse fenômeno: “Constata-se uma tradição própria a todas as Revoluções: elas desconfiam do Executivo; guardam uma lembrança dolorosa do antigo governo e para remediar o mal do passado, estabelecem a primazia do Legislativo.”

Por sua vez, no início do Século XX, a insuficiência da lei para a regulação das relações humanas já era aventada nos estudos jurídicos. Todavia, não era o Judiciário quem deveria fazer as vezes de coautor da normatização com

o Legislativo, e sim o Executivo. Em Portugal, Rogério Guilherme Ehrhardt Soares trabalha a questão da insuficiência da lei, da crise da lei, que havia perdido sua santidade. O legislador começou a reconhecer que “[...] a vida e as suas múltiplas colorações são demasiado ricas para caírem sem resto dentro dos artigos da lei, mesmo da mais minuciosamente elaborada”.⁷⁵ Rogério Soares não defendia, contudo, fique bem claro, a atuação do Executivo contra a lei. Não, não era essa a lição do professor português. A Administração deveria ser plenamente vinculada aos preceitos jurídicos. Essa vinculação protegeria os cidadãos de eventuais abusos.

Entretanto, maior poder decisório deveria ser outorgado, pelo legislador, à Administração,⁷⁶ a fim de que ela, em contato com o caso concreto, solucionasse a questão de maneira mais justa. Perder-se-ia em certeza, sacrificar-se-iam formalidades, mas se ganharia justiça e adequação substancial.⁷⁷ Não estaria mais a Administração vinculada à lei *stricto sensu*, mas ao Direito. A Administração atuaria sempre, segundo o Direito; limitada por ele, mas partícipe de sua criação, especialmente para os casos concretos, ao tempo de sua atuação. Ainda segundo Rogério Soares:⁷⁸ “O direito não é agora concebido como um limite externo à actividade da Administração, mas como a única forma possível de manifestação dessa actividade”.

Todavia, a lei perde, pelas circunstâncias acima apontadas, a sua primitiva dignidade, e agora deixa de se exigir uma lei em sentido formal como fundamento imediato dos atos administrativos.

Como podemos perceber, ao conceber uma atuação da Administração vinculada ao Direito, e não à lei formal, com poderes decisórios elásticos, Rogério Soares concedia à Administração uma forma de atuação muito aproximada daquela hoje concedida ao poder Judiciário.

4.1 A configuração institucional do Poder Judiciário no concerto entre as funções estatais brasileiras: uma análise normativo-concreta

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, desde o seu texto original, já garantia ao Judiciário papel de relevância inédita, com inovações que estabeleceram uma jurisdição constitucional ampla e de instrumentos variegados.⁷⁹ Foi assegurado, expressamente, ao Poder Judiciário o papel de órgão criador de normas, em casos de omissão, por meio das arrojadas figuras processuais da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão e do Mandado de Injunção.

Em 1999, a jurisdição constitucional ganhou regulação ímpar em razão da Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999, e da Lei n.º 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Nessas leis, refletindo algumas decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, estão previstas a força vinculante das decisões tomadas em sede de controle abstrato de constitucionalidade, que foi referendada pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, que alterou, no ponto, o artigo 103, § 2º, da Constituição da República. Outra novidade em relação à teoria clássica do controle de constitucionalidade é a possibilidade de modulação temporal

dos efeitos das decisões da Corte, fazendo derruir, de vez, a noção de ser a lei inconstitucional írrita desde sempre.⁸⁰

A mais recente figura da crescente fortificação da jurisdição constitucional é o instrumento da súmula vinculante, cujo teor é de seguimento obrigatório por todos os órgãos do poder estatal, independente de sua natureza ou esfera federativa.⁸¹

Poderes de tal dimensão devem ser exercidos com a prudência necessária, sob pena de um desvirtuamento de suas razões. Parece-nos claro que o reforço das funções do Supremo Tribunal Federal tem por *leitmotiv* a manutenção da força normativa da constituição. E é sob esse mote que deve ser exercido, não podendo tamanha força ser utilizada para o esmagamento de suas razões mesmas e para o paroxismo indevido da prevalência judicial.

4.2 O controle de constitucionalidade como limite ao intérprete judicial

Na presente conjuntura de fortificação institucional do Poder Judiciário e de novas metodologias interpretativas, a existência de uma constituição rígida e do conseqüente controle de constitucionalidade encerra em si uma limitação à liberdade interpretativa dos órgãos judiciais. Em verdade, a interpretação não pode, em última instância, ser calcada nas valorações pessoais ou nos princípios teoricamente presentes no sistema, na conformidade do entendimento do julgador. É do texto constitucional, ainda mesmo que de forma implícita, e do confronto entre ele (texto constitucional) e as demais normas aplicáveis, que devem ser extraídos os parâmetros de resolução das questões, nomeadamente quando o Judiciário decidir pela invalidade ou pela negação de aplicação de uma lei.

Dentro do ordenamento brasileiro, entendimentos de que o julgador, diante de uma regra e de um princípio, deve, em caso de contradição, negar a primeira para aplicar o segundo, devem ser contemporizados sob a ótica da jurisdição constitucional. E, se essa contemporização não for possível, o afastamento da regra foi laborado equivocadamente.

Afinal, diferentemente de considerações tecidas para um sistema sem Constituição ou para considerações de natureza exclusivamente teórica, o afastamento da aplicação de um dispositivo legal deve encerrar uma declaração de inconstitucionalidade, com todas as conseqüências procedimentais advindas desse requisito. Desde logo, anotamos o necessário respeito à cláusula de reserva de plenário, que encerra a ilicitude de composições parciais de um tribunal ao decidirem pela inconstitucionalidade de uma lei. Nos termos do artigo 97 da Constituição da República de 1988, apenas a maioria absoluta dos membros do tribunal (considerado em sua composição plenária) ou a maioria absoluta de seu órgão especial podem declarar a inconstitucionalidade.

São muitos os exemplos de Cortes que, fiadas em pautas interpretativas como a razoabilidade e a proporcionalidade, negam aplicação a determinado

dispositivo legal, sem que, para isso, utilizem da técnica necessária e adequada para tanto: o controle de constitucionalidade. Atuando assim, desde logo, as Cortes negam a organicidade do sistema positivado e sua referibilidade última ao Texto Constitucional. Além dessa imprecisão, pode-se reafirmar que tal conduta desrespeita a cláusula de reserva de plenário, uma vez que, como não há declaração expressa de inconstitucionalidade, apesar do afastamento de aplicabilidade normativa, os julgadores de órgãos fracionários não fazem a necessária remessa da decisão para o Pleno do Tribunal correspondente.

O desrespeito à cláusula de reserva de plenário pelos órgãos fracionários dos Tribunais brasileiros levou o Supremo Tribunal Federal, em razão de jurisprudência consolidada, a editar a Súmula Vinculante n. 10, publicada no D.O.U. de 27/06/2008, p. 1. Eis o teor do enunciado: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CRFB, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

A súmula tem duas funções, uma explícita e outra não tanto. A explícita é a demanda pelo respeito incondicional à cláusula de reserva de plenário para a declaração de inconstitucionalidade, ainda que não expressa. A segunda função é a de reconhecer que no ordenamento jurídico brasileiro o afastamento de vigência de lei ou ato normativo deve implicar a declaração de inconstitucionalidade.

No início do Século XX, Boris Mirkin-Guetzévitch concluía que a instituição do controle de constitucionalidade era um fenômeno de racionalização do poder. Em razão da insuficiência do princípio da legalidade para garantir as liberdades individuais, o controle de constitucionalidade serviria de garantia suplementar aos indivíduos, que ficariam, assim, protegidos não somente de eventuais abusos do Executivo, mas também do Legislativo.⁸²

Acrescente-se que, em razão da conjuntura institucional contemporânea de um Judiciário forte e com métodos interpretativos novos, o controle de constitucionalidade há de servir de racionalização de poder protetora dos indivíduos não só contra atos do Executivo e do Legislativo, mas também contra atos desse fortificado Judiciário, na medida em que o afastamento da aplicação da lei deve ser feito por meio do exercício formalizado do controle da constitucionalidade.

4.2.1 *Casuística: o Enunciado n.º 331 da Súmula de Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho e a ADC n.º 16*

No ano de 2010, ocorreu um rico exemplo da função limitadora do controle de constitucionalidade: o caso da declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do Enunciado n.º 331 da Súmula de Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. A declaração ocorreu na sessão do Pleno do STF em 24 de novembro de 2010, e foi resultado do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 16, ajuizada pelo Distrito Federal.

Faz-se necessária a contextualização do caso sob destreza pelo STF. A Lei n.º 8.666/1993, que, visando a regulamentar o artigo 37, XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, estabelece a responsabilidade do contratado pela Administração Pública para o pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais, decorrentes da execução do contrato, afastando expressamente eventual responsabilidade dos entes públicos contratantes pelos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais eventualmente inadimplidos. Eis os termos do artigo 71, *caput*, e § 1º, da Lei n.º 8.666/93:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

Apesar dos termos expressos da legislação acima invocada, a Justiça Trabalhista posicionou-se pela correspondente responsabilização dos órgãos e das entidades públicas, demandando tão somente a composição destes na relação processual em que os trabalhadores buscassem o ressarcimento dos valores não pagos pela empresa contratada e prestadora de serviços terceirizados à Administração Pública. Referido posicionamento tornou-se orientação jurisprudencial consolidada do Tribunal Superior do Trabalho, cujos termos representativos constam do item IV do Enunciado n.º 331 da Súmula da Corte:

Enunciado 331/TST. [...] IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).

Observe-se que não houve, por parte do TST, a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do artigo 71 da Lei n.º 8.666/93. A Corte Trabalhista apenas pontificou em sua jurisprudência sumulada que deveria, sim, ocorrer a responsabilização dos entes e órgãos públicos. Os juízes de Primeiro Grau e os Tribunais Regionais do Trabalho passaram a decidir em consonância com a orientação do TST. Em consonância e nela embasados. Não havia, portanto, a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo contrário à jurisprudência. Os julgadores apenas se referiam ao enunciado como fundamento bastante de suas decisões.

Os Recursos de Revista interpostos contra tal posicionamento eram desprovidos pelo TST que, para tanto, também se limitava a fazer referência

ao Enunciado n.º 331. Mesmo quando era agitada a questão da necessidade de se respeitar o princípio da legalidade, bem como a ausência de declaração de inconstitucionalidade, a Corte Superior se limitava em reconhecer a superação do questionamento em razão do Enunciado, como se percebe deste trecho do voto do Ministro Ronaldo Leal, ao relatar o acórdão proferido no Recurso de Revista n.º TST-RR-625.213/2000.8, publicado no DJU de 05/10/2001:

Alega a segunda reclamada ser patente a violação do art. 97 da Carta política, pois o acórdão deixou de remeter o exame de inconstitucionalidade da lei em comento ao Plenário ou ao órgão Especial daquele colegiado.

Estando superada a discussão sobre a constitucionalidade ou não da Lei n.º 8.666/93, em face aos inúmeros processos julgados a respeito da matéria *sub judice*, não há falar em ofensa ao art. 97 da Lei maior pela ausência de remessa dos autos ao Plenário ou órgão Especial daquela corte.

Essas considerações foram apresentadas no discurso justificativo do Relator, a fim de afastar nulidade do acórdão recorrido, que, por sua vez, reconheceu a responsabilidade de ente da Administração Pública. No mérito, o Ministro Relator, que foi secundado à unanimidade por seus pares, invocou o Enunciado n.º 331 para manter o julgado recorrido. Consta, ainda, do voto que a orientação sumulada visa a evitar prejuízos ao empregado hipossuficiente, independentemente de quem seja o tomador de serviços.⁸³ Perceba-se que o posicionamento do TST acabava por subtrair a possibilidade de discussão da matéria na via de jurisdição extraordinária, uma vez que, por não ter declarado expressamente a inconstitucionalidade do dispositivo, a questão constitucional de negação de vigência de lei seria uma ofensa reflexa à Constituição Federal ou uma discussão de ordem infraconstitucional, por descumprimento do princípio da legalidade.

Ofensas reflexas, conforme iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal,⁸⁴ não dão ensejo ao conhecimento de recurso extraordinário. Aliás, válido anotar que o não conhecimento dos recursos extraordinários pelo Supremo foi responsável pela longevidade da orientação sumular do TST⁸⁵.

Enfim, no ano de 2010, conforme anunciado no início deste tópico, a questão foi analisada pelo Supremo Tribunal em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade. A Corte, fazendo expressa menção à Súmula vinculante n.º 10, julgou procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade ajuizada pelo Governador do Distrito Federal, a fim de reconhecer e declarar a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei n.º 8.666/93. Ato contínuo, o Plenário do STF deu provimento a dois agravos que tratavam da mesma matéria, a fim de reconhecer que o TST negara indevidamente vigência ao artigo 71, § 1º, da Lei n.º 8.666/93.⁸⁶

CONCLUSÃO: A IMPORTÂNCIA DA LEI

Percebe-se uma resistência do intérprete/aplicador, seja ele acadêmico, seja ele órgão jurisdicional, ao acatamento das escolhas legislativas. Quando se depara com essas situações, vêm à mente São Paulo e Carlos Drummond de Andrade. Para São Paulo: a letra mata, mas o Espírito vivifica.⁸⁷ Para Carlos Drummond: as leis não bastam/os lírios não nascem das leis .⁸⁸

Mas as citações requerem contextualização. Nenhum deles se manifestou em conjuntura sequer aproximada do estágio democrático em se que vive hodiernamente. Paulo se encontrava sob o jugo de uma miríade de leis judaicas que eram contrárias aos gentios. Carregava Paulo o facho revolucionário de se insurgir contra o regime e estabelecer uma nova visão religiosa e de mundo. Por sua vez, Drummond escrevia já no século XX, mas em um Estado totalitário. A lei, para eles, era a opressão. Para a democracia, a lei pode e deve significar o tratamento igual, a liberdade. Ela é fruto do trabalho de órgãos representativos do povo, e pelo povo escolhidos.

Decerto que ao intérprete não se pode negar a atualização e o melhoramento da norma legislada, mesmo se isso implicar o uso de um poder criativo, quase-legislativo. Todavia, não se pode esquecer de que a prevalência interpretativista não pode se transformar em um desapego às escolhas indiretas do Povo. A democracia, o respeito às escolhas dos representantes do povo, deve desempenhar papel fundamental na construção normativa. A abertura dos textos legais, a principalização do Direito, e o reconhecimento definitivo da função interpretativa na construção das normas não podem conduzir à supressão do papel do Parlamento.

Por mais fortes que sejam os princípios e a plasticidade do Direito contemporâneo, ainda há espaço para a legislação com escolhas cerradas. Especialmente em um regime democrático, o papel do legislador e suas escolhas, abertas ou não, devem ser levadas a sério. É a lei, ainda, “a norma jurídica por excelência nos sistemas legislativos.”⁸⁹ Deveras que não se está a pretender limitar o Direito à lei ou a negar a ascendência dos princípios constitucionais e da Constituição em termos de valor e hierarquia normativa. A questão não é esta.

As leis devem ser respeitadas, se não forem avessas ao texto constitucional. Não há, por isso, qualquer amesquinamento do papel exercitado pelo intérprete/aplicador. Afinal, não só a ele é destinado o achamento de lírios. Os lírios também podem nascer das leis, se for o caso de lírios.

Não se perca de vista que, assim como o Direito não é apenas composto por leis, também não pode ser reduzido a formulações somente adensadas pelo Judiciário, sob pena de se confundir Direito com Direito Judicial.⁹⁰ Os membros da comunidade jurídica, seja em sua esfera teórica, seja em sua esfera de atuação prática, não podem trafegar do extremo do império cego da lei para a arbitrariedade dos intérpretes, não podem se inebriar pelo capitoso vinho das teorias ricas e vigorosas produzidas pelas escolas do neoconstitucionalismo, da nova hermenêutica e da principalização do Direito. O facho de luz emanado dessas

construções jurídico-políticas deve iluminar as veredas, mas sem promover a diminuição da visão. Depois da força explosiva das teorias hoje consolidadas, vem agora o pachorrento trabalho de, iluminados os caminhos, identificar as sinuosidades e depressões do percurso.⁹¹

Acredita-se ser hora de lembrar que nem tudo se faz com princípios. Nem tudo deve ser exclusivo ao intérprete-julgador. Isso, claro, sem negar o papel relevantíssimo, sobranceiro até, que essas construções detêm. Não é este trabalho um clamor pelo fim. Não busca ser um trabalho de extremos. Apresentamos provocações em busca de adequações ao que entendemos ser demasiado. Não negamos a totalidade, e sim os eventuais exageros.

REFERÊNCIAS

- AARNIO, Aulis. *The Rational as Reasonable*. Dordrecht: Kluwer 2010.
- _____. Las Reglas en serio. In: AARNIO, Aulis et alii. *La normatividad del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 17-36.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BARAK, Aharon. Hermeneutics and Constitutional Interpretation. In: ROSENFELD, Michel. *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy*. London: Duke University Press, 1994.
- _____. *The Judge in a Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2006.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- BARTHES, Roland. *A Aula*. 8. ed. São Paulo: Cultrix 1996.
- BELLO FILHO, Ney de Barros. *Sistema constitucional aberto*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- BETTI, Emilio. In: JANNINI, Karina (Trad.). *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CALMON, Eliana. O princípio da proporcionalidade aplicado às resoluções dos conflitos com a Administração Pública, de 15 de junho de 2004 **STJ**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001114/O%20Princípio%20da%20Proporcionalidade%20Aplicado%20às%20Resoluções%20dos%20Conflitos%20com%20a%20Administração%20Pública.doc>. Acesso em: 5 mai. 2009.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

_____. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. **Estudos sobre Direitos Fundamentais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. (Org.) **Constituição da República Portuguesa: Lei do Tribunal Constitucional.** 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. Costituzionalismo moderno e ruolo del potere giudiziario nella società contemporanea. **Revista de Processo**, v. 17, n. 68, p. 47-54, out/dez 1992.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre Derecho e lenguaje.** Buenos Aires: Abelardo-Perrot, 1994.

CARROL, Alice. In: BORGES, Maria Luiza X. de A. (Trad.). **Aventuras de Alice no país das maravilhas & Através do espelho e o que Alice encontrou por lá.** Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

CUESTA, Rafael Entrena. **Curso de Derecho Administrativo.** 4. ed. Madrid: Tecnos, 1974.

CUNHA, João Paulo. Notas taquigráficas de discurso proferido em 23/5/2007. **Câmara dos Deputados.** Disponível em: < [DWORKIN, Ronald. **Law's Empire.** Cambridge: Havard University Press, 1986.](http://www.camara.gov.br/internet/sitaqweb/resultadoPesquisaDiscursos.asp?txOrador=joao+paulo+cunha&txPartido=pt&txUF=&dtInicio=22%2F05%2F2007&dtFim=23%2F05%2F2007&txTexto=&txSumario=&basePesq=plenario&CampoOrdenacao=dtSessao&PageSize=50&TipoOrdenacao=DESC&btnPesq=Pesquisar#>. Acesso em: 11 out. 2010</p></div><div data-bbox=)

_____. **Taking Rights Seriously.** Cambridge: Havard University Press, 1977.

GADAMER, Hans-Georg. In: MEURER, Flávio Paulo (Trad.). **Verdade e Método.** Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2008, v. 1.

GASPARI, Elio. **A ditadura envergonhada.** São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GLEISER. **Criação imperfeita.** São Paulo: Record, 2010.

- GRAMSCI, Antonio. In: COUTINHO, Carlos Nelson (Int. e Trad.). **Cadernos do cárcere**. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, v. 1.
- GRAU, Eros Roberto. **O Direito posto e pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. **Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MIRKINE-GUETZÈVITCH. In: HAGE, Jaap C. (Trad.). **Evolução constitucional européia (ensaio sintético)**. *Reasoning with rules: an essay on Legal Reasoning and its underlying logic*. Dordrecht: Luwer Academics, 2010.
- HALL, Kermit L. **The Oxford guide to United States Supreme Court decisions**. New York: Oxford, 1999.
- HEISENBERG, Werner. **Physics and Philosophy: The Revolution in Modern Science**. New York: HarperCollins, 2007.
- HESSE, Konrad. In: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira & COELHO, Inocêncio Mártires (Trad.). **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- KELSEN, Hans. In: MACHADO, João Baptista (Trad.). **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LACERDA, Galeno. **O novo Direito Processual Civil e os feitos pendentes**. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- LAMBERT, Edouard. **Le Gouvernement des Juges et la lute contre las législation sociale aux États-Unis**. Paris: Marcel Giard, 1921.
- LASO, Enrique Sayagués. **Tratado de Derecho Administrativo**. Montevideo: 1963, v. 1.
- LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Forum, 2010.
- LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto et al. **Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.
- MIRANDA, Pontes de. Independência e harmonia entre os Poderes. **Revista de Direito Público**, v. 5, n. 20, p. 9-24 abr.-jun. 1972.
- MIRKINE-GUETZÈVITCH, B. **Les Nouvelles tendances du Droit Constitutionnel**. Paris: Marcel Giard, 1931.
- MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999.
- MORO, Sérgio Fernando. **Legislação Suspeita? Afastamento da presunção de Constitucionalidade da Lei**. Curitiba: Juruá, 1998.

MÜLLER, Friedrich. In: NAUMANN, Peter (Trad.). **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **O Novo Paradigma do Direito**: Introdução à teoria metódica estruturantes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. In: NAUMANN, Peter; SOUZA, Eurides Avance de (Trad.). **Teoria Estruturante do Direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NAVA, Pedro. **Baú de Ossos**: Memórias. 6. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1983.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.

OLIVEIRA, Manfredo A. **Reviravolta Lingüístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio Constitucional**: Um contributo para o estudo de suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PLANCK, Max. *¿Adonde va la ciencia?* 2. ed. Buenos Aires: Editorial Losada, 1944.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y Pas derechos fundamentales*. 3. ed. Madri: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2007.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **A revogação e anulamento do ato administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

ROCHA, José de Albuquerque. **Súmula Vinculante e Democracia**. São Paulo: Atlas, 2009.

ROOSEVELT III, Kermit. *The myth of judicial activism: making sense of Supreme Court decisions*. London: Yale University Press, 2006.

_____. *The Myth of Judicial Activism*. New Haven: Yale University Press, 2005.

SALDANHA, Nelson. **O Estado Moderno e a Separação de Poderes**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SHAKESPEARE, William. **Medida por medida**. In: *Obra Completa*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1988, p.141-202, v. 2.

_____. **Romeu e Julieta**. In: SHAKESPEARE, William. *Obra completa*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1988, v. 1.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o Razoável. **Revista dos Tribunais**, ano 91, v. 798, abr. 2002, p. 23-50.

SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. **Interesse Público, Legalidade e Mérito**. Coimbra: Atlântida, 1955.

SOUSA, António Francisco. **Conceitos indeterminados no Direito Administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

STRECK, Lenio Luiz. Da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição deficiente (Untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 1, n. 2, p. 9-40, jul./dez. 2003.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito, humanismo e democracia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Que é uma teoria jurídico-científica? In: LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto; SALES, Lilia Maia de Moraes (org). **Constituição, democracia, poder judiciário e desenvolvimento: Estudos em homenagem a José de Albuquerque Rocha**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

VIGO, Rodolfo Luis. In: MURA, Susana Elena Dalle (Trad.). **Interpretação Jurídica: Do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

-
- 1 Discursos dos deputados federais Genofino Guimarães Neto e João Paulo Cunha, proferidos, respectivamente, em 7 de dezembro de 2009 e 23 de maio de 2007. As duas manifestações se mostram contrárias à interferência do Judiciário na atuação do Parlamento. (OLIVEIRA, 2009; CUNHA, 2007)
 - 2 Menção expressa ao ativismo foi feita no acórdão proferido no julgamento do Recurso Especial n.º 650.728, Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe de 02/12/2009. Conforme ementa do acórdão, a Corte se mostrou avessa ao ativismo, por considerá-lo desnecessário no ordenamento brasileiro, que vive sob a prevalência da lei. Eis os termos do julgado: “No Brasil, ao contrário de outros países, o juiz não cria obrigações de proteção do meio ambiente. Elas jorram da lei, após terem passado pelo crivo do Poder Legislativo. Daí não precisarmos de juízes ativistas, pois o ativismo é da lei e do texto constitucional. Felizmente nosso Judiciário não é assombrado por um oceano de lacunas ou um festival de meias-palavras legislativas. Se lacuna existe, não é por falta de lei, nem mesmo por defeito na lei; é por ausência ou deficiência de implementação administrativa e judicial dos inequívocos deveres ambientais estabelecidos pelo legislador”.
 - 3 Além de diversos artigos e textos avulsos, o mercado editorial jurídico-brasileiro fez publicar no ano de 2010 duas obras de fôlego sobre o tema do ativismo judicial. São elas: a obra de Saul Tourinho Leal, fruto de curso de mestrado sob orientação do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, intitulada: “Ativismo ou Altivez?”; e a obra de autoria de Elival Silva Ramos, fruto do concurso o cargo de professor da Universidade de São Paulo, intitulada “Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos”.
 - 4 O esboço histórico do surgimento da expressão se encontra em LEAL (2010, p. 23 e ss).
 - 5 Ao longo deste trabalho, serão utilizados contenção e autoconção de maneira intercambiável para significar *self-restraint*.
 - 6 “Governo dos Juízes”, no original “*Gouvernement des Juges*”, o título do livro de Edouard Lambert, em que são analisadas as declarações de inconstitucionalidade levadas a efeito pela Suprema Corte para barrar os avanços sociais assegurados pelo Legislativo estadunidense, o que era feito pela utilização do devido processo legal substancial. (LAMBERT, Edouard. **Le Gouvernement des Juges et la lutte contre la legislation sociale aux États-Unis**. Paris: Marcel Giard, 1921.).

- 7 Vital Moreira, 2005, p. 197.
- 8 MOREIRA, 1995, p. 194.
- 9 ROOSEVELT III, Kermit. **The myth of judicial activism: making sense of Supreme Court decisions**. London: Yale University Press, 2006, p. 39.
- 10 Essas questões particulares envolvem, em regra, direito de classes historicamente desprotegidas como mulheres e homossexuais. No caso das mulheres, talvez a decisão da Suprema Corte mais comentada de todos os tempos seja o caso *Roe versus Wade*, em que ficou assegurado o direito ao aborto. (ROOSEVELT, III, **The Myth of Judicial Activism**. New Haven: Yale University Press, 2005, p. 91-132).
- 11 “Nenhum setor do Estado é mais importante do que nossos tribunais e nenhum deles é tão mal compreendido pelos governados”. No original: “*No department of state is more important than our courts, and none is so thoroughly misunderstood by the governed*”. (DWORKIN, Ronald. **Law’s Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 11)
- 12 DWORKIN, 1986, op. cit., p. 356.
- 13 “*The United States is a more just society than it would have been had its constitutional rights been left to the conscience of majoritarian institutions*”. (DWORKIN, 1986, op. cit., p. 356)
- 14 Levando os direitos a sério.
- 15 DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. 137.
- 16 *Ibid.*, p. 138.
- 17 DWORKIN, 1977, op. cit., p. 140. No original: “[...] *if men have no rights against the majority, if political decision is simply a matter of whose preferences shall prevail, then democracy does provide a good reason for leaving that decision to more democratic institutions than courts, even when these institutions make choices that judges themselves hate*”.
- 18 Império do Direito.
- 19 DWORKIN, 1986, op. cit., p. 369-379.
- 20 Em sua escrita peculiar, preenche de expressões irreverentes, Ronald Dworkin, 1986, op. cit., p. 378, chega a chamar o ativismo de bicho-papão (no original: *boogeyman*) das teorias passivistas.
- 21 DWORKIN, 1986 op. cit., p. 378.
- 22 No original: “[...] *the rigid idea that judges must defer to elected officials, no matter what part of constitutional scheme, is in question*” (DWORKIN, 1986, op. cit., p. 398).
- 23 DWORKIN, 1986, op. cit., p. 398.
- 24 Para conferir os julgados mencionados, remete-se para o compêndio da Oxford University Press: HALL, Kermit L. **The Oxford guide to United States Supreme Court decisions**. New York: Oxford, 1999, p. 34-36 e 161-163.
- 25 Rodolfo Luis Vigo amalgama o protagonismo judicial aos novos métodos interpretativos. Segundo Vigo (VIGO, Rodolfo Luis. In: MURA, Susana Elena Dalle (Trad.). **Interpretação Jurídica: Do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005): “[...] a distância que se comprova entre aquela definição de Montesquieu, dos juízes como seres autômatos e inanimados, e o presente ativismo judicial marca também a distância entre a teoria da interpretação do modelo dogmático e as linhas predominantes da atual teoria da interpretação jurídica.”
- 26 No Brasil, Jane Reis Gonçalves Pereira, em sua obra sobre interpretação constitucional, fruto de seu doutoramento pela UERJ, faz expressão menção ao princípio da incerteza de Heisenberg. Conferir PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 27-28.
- 27 A ideia de ciência por excelência de Antonio Gramsci, que a desenvolve nos seguintes termos: “O equívoco em torno dos termos ‘ciência’ e ‘científico’ nasceu do fato de que eles assumiram seu significado a partir de um fruto determinado de ciências, precisamente das ciências naturais e físicas. Chamou-se de científico todo método que fosse análogo ao método de pesquisa e de exame das ciências naturais, transformadas em ciências por excelências, as ciências-fetiche. Não existem ciências por excelência e não existe um método por excelência, ‘um método em si’. Toda pesquisa científica cria para si um método adequado, uma lógica própria cuja generalidade e universalidade consiste apenas em ser ‘conforme ao fim’” (GRAMSCI, Antonio. In: COUTINHO, Carlos Nelson (Int. e Trad.). **Cadernos do cárcere**. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, v. 1, p. 234-235).
- 28 Classificar como ciência um estudo baseando-se no objeto é errado: “a cientificidade não advém jamais de qualidade intrínseca do objeto” (VASCONCELOS, Arnaldo. **Que é uma teoria jurídica-científica?** In: LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto; SALES, Lília Maia de Moraes(org). **Constituição, demo-**

- cracia, poder judiciário e desenvolvimento:** Estudos em homenagem a José de Albuquerque Rocha. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 89). Isso porque “[...] a ciência não em domínio próprio que lhe seja exclusivo. Desse modo, não existem, como até há pouco tempo se acreditou, objetos que por natureza sejam científicos e outros, não científicos. Já não há, pois, como colocar-se a indagação acerca da cientificidade do Direito, ou da Psicologia, ou da Religião etc. Tudo, tudo mesmo, sem exceção, pode ser estudado cientificamente” (VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito, humanismo e democracia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 44).
- 29 Percebe-se, portanto, o caráter coletivo das construções científico-teóricas, como observa Arnaldo Vasconcelos (2008, op. cit., p. 85): “O pensamento é processo, não se conclui nunca. Um pensador sempre está continuando outro, independentemente de ter a consciência disso e da própria imediatidade do fato. Tudo se passa ao modo da imagem do atirador de flechas, de Nietzsche: um lança a haste, como no vazio, e outro a recolhe para, depois, arremessá-la na mesma ou em outra direção. Por conseguinte, toda teoria, em cada momento de sua existência, é obra coletiva [...]”.
- 30 Vencedor do prêmio Nobel de Física do ano de 1918.
- 31 Vencedor do prêmio Nobel de Física do ano de 1921.
- 32 Vencedor do prêmio Nobel de Física do ano de 1922.
- 33 Vencedor do prêmio Nobel de Física do ano de 1932.
- 34 A contribuição de Niels Bohr é mais conhecida. Sobre a contribuição de Max Planck e de Albert Einstein, conferir o discurso de Werner Heisenberg ao receber o prêmio Nobel (HEISENBERG, Werner. **Physics and Philosophy: The Revolution in Modern Science**. New York: HarperCollins, 2007, p. 183).
- 35 Título usado pelo próprio Heisenberg para identificar a teoria, conforme artigo do mesmo nome, livremente traduzido. No original: “*The Copenhagen Interpretation of Quantum Theory*” (HEISENBERG, op. cit., p. 18).
- 36 HEISENBERG, op. cit., p. 19.
- 37 *Ibid.*, p. 26.
- 38 Livre tradução para “Es real el mundo externo?” (PLANCK, Max. **¿Adonde va la ciencia?** 2. ed. Buenos Aires: Editorial Losada, 1944, p. 69).
- 39 No original: “*Hasta ahora el principio de la causalidad era universalmente aceptado como un postulado indispensable de la investigación científica, pero ahora algunos físicos nos dicen que debe ser lanzado por la borda. El hecho de tan extraordinaria opinión pueda ser expresada en círculos científicos responsables es ya bien significativo de que por todas partes cunde la desconfianza en el conocimiento humano*” (PLANCK, op. cit., p. 71)
- 40 HEISENBERG, Werner. **Physics and Philosophy: The Revolution in Modern Science**. New York: HarperCollins, 2007, p. 29.
- 41 Vencedor do prêmio Nobel de Química do ano de 1977. Ilya Prigogine 1996, p. 1999.
- 42 GLEISER, op. cit., p. 96.
- 43 PRIGOGINE, op. cit., p. 199.
- 44 No original: “*I am a judge. For me, a constitution is an operational document. I decide cases by extracting meaning from its text. The process of extracting meaning from the text of the constitution, as with any document, is the process of interpretation, and so the question presented to me is: How do you interpret a constitution? It is not an answer to say “Words have no meaning; do whatever you think politically expedient.” Words do have meaning. A cigarette is not an elephant. I am a judge, not a politician.*” (BARAK, Aharon. **Hermeneutics and Constitutional Interpretation**. In: ROSENFELD, Michel. **Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy**. London: Duke University Press, 1994, p. 253).
- 45 ROCHA, José de Albuquerque. **Súmula Vinculante e Democracia**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 44.
- 46 HESSE, Konrad. In: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires (Trad.). **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 117. Referência colhida no texto intitulado “A interpretação constitucional”, traduzida por Inocêncio Mártires Coelho. Mas o texto da norma como limite da interpretação se encontra em diversas passagens da obra de Konrad Hesse, sendo uma das características de sua doutrina. Por exemplo, a mesma ideia pode ser encontrada em seu livro “Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha”, traduzido por Afonso Heck. (HESSE, 1995, p. 69).
- 47 AARNIO, Aulis. **The Rational as Reasonable**. Dordrecht: Kluwer 2010, p. 1, denomina os casos fáceis de casos rotineiros. O autor considera que em tais casos, que ele exemplifica, dentre outros, com a aplicação de multa por excesso de velocidade imposta a motorista por policial de trânsito, são repetitivos e de solução mecânica. Considera, com razão, que sem tal sorte de casos a vida em sociedade seria impossível.
- 48 Nesse sentido, dentre outros, é a lição de CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre Derecho e lenguaje**. Buenos Aires: Abelardo-Perrot, 1994, p. 61, para quem: “Falar em todos esses casos da função criadora dos juízes

- ou intérpretes é, sem dúvida, abusar da linguagem e fonte grave de confusões, tão grave como falar de mera aplicação nas hipóteses de decisão genuína de casos difíceis e duvidosos”. No original: “*Hablar en todos estos casos de la función ‘creadora’ de los jueces o intérpretes es, sin duda, abuso de lenguaje y grave fuente de confusiones, tan grave como hablar de ‘mera aplicación’ en los supuestos de genuína decisión de casos difíciles o dudosos.*”
- 49 SHAKESPEARE, William. **Medida por medida**. In: *Obra Completa*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1988, p.141-202, v. 2, p. 485-486.
- 50 CARROL, op. cit., p. 245.
- 51 A força normativa é da Constituição, e não das Cortes Constitucionais.
- 52 Mais uma vez, o mote é colhido em Shakespeare, na peça “Medida por Medida”, ato segundo, cena II. A personagem Isabel implora, em vão, para a personagem Ângelo, delegado do Duque Vicêncio, pela vida de seu irmão Cláudio, que, condenado por Ângelo, seria mandado, em breve, ao encontro com um verdugo. Após ingentes esforços para evitar a morte do irmão, não tendo Ângelo acatado a defesa, Isabel conclui: “Assim, serei o primeiro que pronuncia tal sentença e o primeiro que a sofrerá. Oh! É admirável ter a força de um gigante, mas é tirânico servir-se dela como um gigante” (SHAKESPEARE, 1988, op. cit., p. 159).
- 53 Sobre a importância de Gadamer para a hermenêutica jurídica, conferir Betti (2007, CXXVII), em que se lê, após a enumeração de relevantes autores que escreveram sobre hermenêutica, dentre os quais Edmund Husserl e Nicolai Hartmann: “Sobretudo o livro recente de Hans Georg Gadamer, tão rico de estímulos, entendido como um estudo de hermenêutica filosófica, deve ser avaliado como sinal eloquente da vibrante atualidade de uma teoria geral da hermenêutica”. No Brasil, reconhecem a importância e trabalham a obra de Gadamer, dentre outros: GRAU (2009); STRECK (2003); PEREIRA (2006); e BELLO FILHO (2003).
- 54 GADAMER, Hans-Georg. In: MEURER, Flávio Paulo (Trad.). **Verdade e Método**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2008, v. 1, p. 358.
- 55 OLIVEIRA, Manfredo A. **Reviravolta Lingüístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006, p. 230, afirma que a preocupação fundamental de Gadamer é a superação da filosofia da subjetividade, o rompimento do ideal moderno da onipotência da reflexão e o enraizamento da compreensão na coisa, em vez de no sujeito.
- 56 GADAMER, op. cit., p. 432-433.
- 57 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 498.
- 58 MÜLLER, Friedrich, **O Novo Paradigma do Direito: Introdução à teoria metódica estruturantes**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 205.
- 59 *Ibid.*, p. 205.
- 60 *Ibid.*, p. 203.
- 61 MÜLLER, Friedrich. In: NAUMANN, Peter (Trad.). **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 41.
- 62 A iniciativa do golpe militar foi tomada pelo General Mourão Filho, então obscuro comandante de tropas aquarteladas em Juiz de Fora, Minas Gerais. A possibilidade de golpe era reconhecida. Aliás, temia-se não só um golpe contra o Presidente, mas também um golpe dado pelo Presidente. Seja como for, o golpe foi deflagrado pelo levante do desconhecido General Mourão. Sobre o assunto, com fartas referências bibliográficas e documentais: GASPARI, 2009. Para Elio Gaspari (GASPARI, Elio. **A ditadura envergonhada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 57), Mourão foi motivado pela proximidade da aposentadoria: “Mourão estava a um passo da compulsória, com poucos meses de serviço ativo, estava a um passo de ser metido em um pijama”. Ainda sobre o momento da queda de Jango, sugere-se leitura de SILVEIRA (2004), inteligente e mui bem urdido texto de natureza jornalística.
- 63 MORO, Sérgio Fernando. **Legislação Suspeita? Afastamento da presunção de Constitucionalidade da Lei**. Curitiba: Juruá, 1998, p. 86-87.
- 64 Sergio Moro é juiz federal, cargo que ocupava já ao tempo da publicação invocada. As hipóteses a que faz alusão no fragmento transcrito são: leis que estabeleçam distinções injustificadas em detrimento das minorias; outorguem tratamento diferenciado e favorável a categorias influentes; compressoras de direitos sociais; e restritivas de direitos fundamentais, especialmente liberdade de expressão e acesso à informação. O subtítulo do trabalho de Sergio Moro (op. cit., p. 71-84) é: “Afastamento da presunção de constitucionalidade”.
- 65 No original: “*Rules of law are often the result of a legislative decision making process, in which a number of reasons, based on policies, goals, values, interests, principles, etc. are weighed to achieve a balanced result. In many of the cases to which these rules of law can be applied, the underlying goals, principles, etc. would also be relevant for the legal consequences of the case, had their application not be excluded by the applicability of the legal rule. The reasons generated by the rule replace the reasons generated by the goals and principles that underlie that rule. The role of the goals and principles was confined to*

- their influence on the drafting of the rule. That is why I called the reasons, generated by a rule, replacing reasons. Similarly, the legal rule can be said to replace its underlying goals and principles*". (HAGE, op. cit., p. 170-171).
- 66 AARNIO, op. cit., p. 33.
- 67 REALE, Miguel. **A revogação e anulamento do ato administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 21.
- 68 Na doutrina estrangeira, colha-se o exemplo de Entrena Cuesta, para quem também, o respeito à legalidade é o respeito ao ordenamento como um todo. Ao utilizar-se do termo "lei", o autor faz questão de demarcar que está a se referir ao conceito em seu sentido mais amplo possível (CUESTA, Rafael Entrena. Curso de Derecho Administrativo. 4. ed. Madrid: Tecnos, 1974, p. 117).
- 69 MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999, p. 23.
- 70 CALMON, Eliana. O princípio da proporcionalidade aplicado às resoluções dos conflitos com a Administração Pública, de 15 de junho de 2004 **STJ**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001114/O%20Princípio%20da%20Proporcionalidade%20Aplicado%20às%20Resoluções%20dos%20Conflitos%20com%20a%20Administração%20Pública.doc>. Acesso em: 5 mai. 2009, p. 8.
- 71 Raciocínio semelhante se colhe do magistério de Germana de Oliveira de Moraes (1999, p. 130) sobre o controle dos atos administrativos, sob o color do princípio da proporcionalidade: "A rigor, no Direito Brasileiro, o controle jurisdicional dos atos administrativos, à luz do princípio da proporcionalidade, corresponde, em última análise, a um controle desconcentrado de constitucionalidade das leis."
- 72 Nesse sentido, Nuno Piçarra (PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio Constitucional**: Um contributo para o estudo de suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 264) que afirma ter ido à falência a tripartição dos poderes como separação universal e intemporal. Essa classificação levou a doutrina a desinteressar-se pelo tema da separação de poderes. Para Piçarra, a evolução dos estudos da matéria deve atrair a transição entre um "método abstracto-dedutivo" para um "método normativo-concreto."
- 73 MIRANDA, Pontes de. Independência e harmonia entre os Poderes. **Revista de Direito Público**, v. 5, n. 20, p. 9-24 abr.-jun. 1972, p. 10.
- 74 GUETZÉVITCH, Mirkine. In: HAGE, Jaap C. (Trad.). **Evolução constitucional europeia (ensaio sintético)**. Reasoning with rules: an essay on Legal Reasoning and its underlying logic, Dordrecht: Luwer Academics, 2010, p. 45.
- 75 SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. **Interesse Público, Legalidade e Mérito**. Coimbra: Atlântida, 1955, p. 79.
- 76 *Ibid.*, p. 83.
- 77 *Ibid.*, p. 82.
- 78 *Ibid.*, p. 83.
- 79 Mauro Cappelletti considera o sistema de controle constitucional brasileiro extremamente elaborado. Para o autor italiano, a Constituição de 1988 insere o Brasil, sob muitos aspectos, na vanguarda da tendência do constitucionalismo moderno (CAPELLETTI, Mauro. Costituzionalismo moderno e ruolo del potere giudiziario nella società contemporanea. **Revista de Processo**, v. 17, n. 68, p. 47-54, out/dez 1992).
- 80 O conceito norte-americano de lei inconstitucional frita desde sempre estava a perder força, mesmo antes da legislação mencionada. Essa visão se afasta do paradigma clássico estadunidense e se aproxima da visão kelseniana sobre a norma inconstitucional, uma vez que, para Hans Kelsen (2000, p. 304), a lei inconstitucional não é nula, mas anulável.
- 81 Barreto Lima et alli (LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto et al. **Democracia, direito e política**: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.) dividem na inédita figura da súmula vinculante a concessão ao Supremo Tribunal Federal do exercício de poder normativo nos moldes daquele exercitado pelo poder constituinte originário. Para estudo específico sobre o tema da súmula vinculante: conferir Rocha (2009).
- 82 MIRKINE-GUETZÉVITCH, op. cit., p. 34-35.
- 83 No mesmo sentido, decidindo nos termos do Enunciado 331 e afastando o argumento de negação de vigência ao artigo 71, § 1º, da Lei n.º 8.666/93, bem como afastando a necessidade de declaração de inconstitucionalidade e respeito à cláusula de reserva de plenário, citem-se estes julgados: TST-AIRR-565/2003-012-21-40.8, 7ª Turma, Relator Ministro Pedro Paulo Manus, DJU de 13/06/2008; TST-ED-AIRR-69800/2002-900-03-00.2, 6ª Turma, Relatora Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, DJU de 30/06/2006; e TST-AIRR-1103/2001-018-04-41.0, 1ª Turma, Relator Vieira de Mello Filho, DJU de 07/12/2006.
- 84 Referido posicionamento encontra-se plasmado no Enunciado n.º 636 da Súmula de Jurisprudência do

- Supremo Tribunal Federal, que tem o seguinte teor: “Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida”.
- 85 Para exemplificar o não conhecimento de recursos extraordinários ajuizados contrariamente a decisões do TST que adotaram o Enunciado n.º 331, cite-se, dentre muitos: RE n.º 403.696 - AgRg, Primeira Turma, Relatora Ministra Carmen Lúcia, DJe de 05/02/2009.
- 86 A decisão do julgamento foi publicada no DJe de 06/12/2010. Inteiro teor do acórdão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>>. Acesso em: 22 dez. 2012. Importante também a leitura da petição inicial da ADC n.º 16, uma vez que a decisão do STF foi pela procedência do pedido. A petição se encontra disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADCN&s1=16&processo=16>>. Acesso em: 25 nov. 2010.
- 87 Trecho da “Segunda Epístola aos Coríntios”, de São Paulo (II Coríntios 3,6).
- 88 Fragmento do poema “Nosso Tempo”, publicado originalmente no livro “A Rosa do Povo” (ANDRADE, 2002, p. 125).
- 89 VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito, humanismo e democracia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 200
- 90 Segundo Arnaldo Vasconcelos (VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito, humanismo e democracia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 57): “Com a redução do Direito Judicial, ou seja, a um juízo de probabilidade, elimina-se automaticamente o fator segurança, que constitui um dos atributos básicos do Direito Positivo. Seu conceito só será possível a *posteriori*. Não se poderá dizer que há ou haverá Direito, mas apenas que houve”.
- 91 Este parágrafo é francamente inspirado nas observações de Max Planck sobre o progresso da Física. Eis o texto inspirador: “[...] *el progreso de la ciencia física no siga una curva regular en su desarrollo. La curva del progreso científico sigue más bien un trazado en zig-zag. Puede decirse que el movimiento de avance es de tipo explosivo, y el retroceso subsiguiente es una característica de él. Toda hipótesis que al ser aplicada lanza un rayo de luz sobre un nuevo campo de la ciencia física representa precipitarse en la oscuridad [...]*”. (PLANCK, op. cit., p. 97).

JUDICIAL ACTIVISM AND THE IMPORTANCE OF THE LAW

ABSTRACT

This is a work about the state of the art of developing the judicial functions, regarding its outstanding role in society and in concert between the State powers. It will treat judicial activism and what it can enable: I) the new methods of juridical interpretation, especially those that seem to ensure the interpreter a prevailing role on the functions exercised by the legislator; II) constitutional principles as a new paradigm that guarantees the normative force of principles; and III) the Judiciary as a controller of executive and legislative acts, having increasingly bold procedural tools at its disposal to exercise such task.

Keywords: Activism. Separation of Powers. Interpretative Methods. Constitutional Principles.

UNIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Friedrich Müller*

1 Acerca del concepto. 2 origen histórico. 3 El contexto de la prohibición de la negación de justicia. 4 Crítica de la unidad del ordenamiento jurídico como crítica del positivismo. 5 Unidad de la constitución. 6 Conclusiones. Bibliografía.

RESUMEN

Una expresión que encierra múltiples actividades, la Unidad del ordenamiento jurídico es tomada como una característica o axioma o postulado del Derecho. Hija del Derecho Natural de tradición racionalista, fue adoptada por el Derecho Positivo. En lo que toca la unidad como un todo y en cuanto unidad de la Constitución, el análisis presentado es conducido bajo los aspectos racionales, históricos y positivistas, así como bajo la orientación de la teoría estructurante del Derecho. La conclusión es que la Unidad del ordenamiento jurídico – como un dato o una meta inspiradora de la práctica jurídica – es ilusoria.

Palabras-clave: Unidad. Ordenamiento jurídico. Constitución. Teoría estructurante del Derecho. Ilusión.

1. ACERCA DEL CONCEPTO

Se entiende por “unidad” del ordenamiento jurídico (EdR), por ejemplo, una característica del sistema científico referida al derecho positivo, aunque también una característica de aproximación analítica y de su punto de referencia, es decir, una unidad del conocimiento científico. La “unidad” del Derecho puede ser introducida no solo como axioma sino también como postulado del trabajo jurídico. Sin embargo, la unidad no cambia únicamente en función de su localización, sino también en función de una disciplina u otra; así, entre el Derecho público e internacional, el Derecho internacional privado, el Derecho

* Friedrich Müller nasceu em 1938. Estudou Direito e Filosofia em Erlangen-Nurembergue e Friburgo-em-Brigau (Alemanha). Em 1964, doutorou-se em Direito pela universidade de Friburgo-em-Brigau e, em 1968, obteve o título de livre-docente e a licença para assumir cátedras nas áreas de Direito do Estado, Direito Administrativo, Direito Eclesiástico, Filosofia do Direito e do Estado, bem como Teoria do Direito. De 1968 a 1971, lecionou na Universidade de Friburgo-em-Brigau. Em 1971, assumiu uma cátedra na Faculdade de Direito da Universidade de Heidelberg, onde coordenou o Núcleo de Direito Público de 1973 a 1975. A partir de 1975, e novamente a partir de 1979, foi diretor daquela Faculdade de Direito. Desde 1989, vem-se destacando nas áreas de pesquisa e de publicações científicas. Também tem atuado como professor-visitante e pesquisador em diversas universidades estrangeiras, sobretudo na África do Sul e no Brasil. Além de sua carreira jurídica Friedrich Müller também se destaca como literato (poesia e prosa), tradutor e cineasta. E-mail: mullerfedja@arcor.de

penal y el Derecho civil. Mezclada con otras variantes de significado, el argumento adolece de un uso muy inseguro.

2. ORIGEN HISTÓRICO

I. Derecho Racional

La expresión multívoca unidad del ordenamiento jurídico es hija del Derecho natural de tradición racionalista, habiendo sido adoptada más tarde por el positivismo jurídico. El Derecho natural, de fecha más reciente, así como el positivismo, proceden axiomáticamente, pretenden construir un sistema riguroso de conocimiento exacto, y necesitan de un raciocinio codificador: mediante un acceso de autoridad, el legislador regula todo lo regulable; fuera de sus instrucciones solo cabe imaginar el “espacio jurídico vacío”; se considera coherente el derecho sistematizado y formalizado por el Estado constitucional institucionalizado de la Europa moderna; Derecho monopolizado y burocratizado. Todo comportamiento social humano deberá ser normalizable, anticipado por medio de normas. Al ordenamiento jurídico, en cuanto engranaje jurídico, le corresponde la imagen de “unidad” del fondo normativo existente. La idea de una legislación exhaustiva, el optimismo social de una época de Derecho racional, se basaban ingenuamente tanto en conceptos de coherencia e integridad como en la ausencia de contradicciones internas, pero sin configurarse a modo de un programa de Ciencia y práctica jurídica.

II. Positivismismo

No fue hasta la llegada de la Ciencia pandectística y del positivismo legalista cuando se exageró este planteamiento, estableciéndose la pretensión de practicar la Ciencia jurídica como un sistema conceptual coherente, de permitir derivar las decisiones por medio de la lógica a partir del sistema, del *concepto* y de la doctrina científica, y poder resolver los casos jurídicos mediante subsunción silogística. Los conceptos jurídicos parecen ofrecer un *numerus clausus* de axiomas. No solo el propio ordenamiento jurídico, sino también el sistema conceptual de una Ciencia jurídica purista, debe estar necesariamente definido por el marchamo de la “unidad”. La realidad es reprimida del área de actuación del trabajo jurídico. El positivismo se interroga sobre como la ciencia jurídica podría llegar a ser autónoma, como podría proceder “de un modo puramente jurídico”. Los positivistas de los años de la especulación después de 1870 (Carl-Friedrich von Gerber) ya percibieron esta definición como un factor político. El pretendido carácter coherente y la ausencia de contradicciones del Derecho dogmáticamente formalista, su “fuerza de expansión lógica” (Karl-Magnus Bergbohm), la capacidad de poder “emparejar” conceptos jurídicos y “generar nuevos” (así lo expresa Rudolf von Ihering en su época de novel) no solamente delatan la fe en la indisputabilidad de la lógica jurídica, sino también una bien definida política científica.

III. Crítica histórica

En la época finisecular (1900), esta doctrina dominante fue puesta en tela de juicio, hablándose del “falso dogma de la coherencia del sistema jurídico” (Georg Jellinek, en términos similares Erich Jung). La doctrina de la Escuela del derecho libre, la Jurisprudencia de intereses y el debate en torno a la orientación del Derecho público en los años veinte (S. XX), hizo patente el fracaso de la tesis criptoiusnaturalista de la unidad. Un frente amplio de autores dentro de la literatura jurídica especializada, abrazaron masivamente las metáforas de los denominados “sistemas” de Derecho: dinámicos, abiertos, fragmentarios, no-axiomáticos, no-deducibles. Los problemas planteados en la práctica jurídica cotidiana pasaron a asumir el liderazgo, relegando a un segundo plano la fe en el sistema y en la unidad.

3. EL CONTEXTO DE LA PROHIBICIÓN DE LA NEGACIÓN DE JUSTICIA

Para el Positivismo se supone que el Derecho, al objeto de poder ser “aplicable” lógicamente, no solamente debe estar libre de contradicciones, sino que tampoco debe presentar lagunas. Esta situación había constituido la meta de las codificaciones del Derecho racional; habiendo sido abandonada hace mucho. La ciencia pandectística y el positivismo desplazaron el postulado hacia la ausencia de lagunas, no del sistema de normas, pero sí del sistema de conceptos. Esa metafísica deudora de un Derecho natural burgués de los años especulativos después de 1870, tenía una función política de primer orden. El debate en torno al denominado Derecho de creación judicial, ha buscado situarse en este punto desde la Escuela de Derecho libre. Debe destacarse aquí que la prohibición de la negación de justicia en las sociedades modernas, no necesita la ausencia de lagunas como correlativo tal y como se ha venido afirmando, porque cabe distinguir, de un lado, entre el fondo normativo existente y las necesidades efectivas de la práctica y, de otro lado, entre el Derecho material y el Derecho procesal. Tomando como base la demanda social de normativización, no ha habido ordenamiento jurídico que no haya resultado ser incompleto. En el Estado de Derecho, una parte litigante recibe, *lege lata*, una respuesta que constituye un derecho, aunque su contenido sea negativo, si bien correcta desde el punto de vista procesal. La prohibición de la negación de justicia no conlleva la suposición de una unidad coherente.

4. CRÍTICA DE LA UNIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMO CRÍTICA DEL POSITIVISMO

Desde la Escuela del Derecho libre, la Jurisprudencia de intereses y la Ciencia jurídica de orientación sociológica, la objeción tradicional contra los dogmas unitaristas afirma que el carácter integral del ordenamiento jurídico apenas sería más que un postulado, puesto que el juez siempre se vería ante la necesidad de “colmar las lagunas de ley mediante un acto de creación jurídica” (Arthur Kaufmann). Tal crítica no es, sin embargo, suficientemente amplia.

Desde la misma se apunta a la experiencia jurídica cotidiana de la insuficiencia lógica, o al fracaso de los ideales del “silogismo” y de la “subsunción”. Sin embargo, no se ponderan suficientemente ni el concepto de *Norma* ni las características de lo que representa.

En efecto, el positivismo se ha dejado y aún se deja llevar por una ficción, por su imagen del Derecho como unidad, por su comprensión de la resolución como subsunción lógica que deja al margen cualquier elemento del orden social no dogmatizado en la normativa. Pese a ello, las doctrinas del Derecho libre, del Derecho supeditado a los intereses, del Derecho de creación judicial, de las corrientes tópicas, de la hermenéutica proveniente de las Ciencias del espíritu, del decisionismo, de la doctrina de la integración y de otros antipositivismos, han preferido presentar una crítica de detalles en lugar de comenzar por cuestionar la Norma y el concepto de Norma.

Si, por el contrario, con la teoría jurídica estructurante se distinguiera sistemáticamente tanto entre la Norma Jurídica y el texto de la Norma, como entre la Norma Jurídica y la Norma de decisión, se aclararía la idea del “Derecho vigente”: lo que habitualmente se denomina así, se refiere al conjunto de los textos de normas, los cuales únicamente en la causa han de ser desarrollados, a su vez, según unas reglas metodológicas, para configurarse en normas jurídicas y éstas, a su vez, en normas de decisión. Asimismo quedaría claro, de otro modo, que “unidad”, “integridad” y “coherencia”, se han confundido con la positividad y la equivalencia de las normas de una codificación así como con la identidad del fondo normativo existente.

5. UNIDAD DE LA CONSTITUCIÓN

I. Acerca del concepto

Este enfoque también permite describir de forma más precisa las formas de utilización de la expresión “unidad de la Constitución”. A través de este ejemplo, la Teoría constitucional estructurante ha definido algunos tipos de conceptos formales de unidad (ausencia de lagunas-libertad de oposición; unidad del texto; unidad del rango de las fuentes de derecho-unidad de la estructura constitucional), así como varias teorías de unidad referidas al contenido, a saber, tipos ideológicos, de la historia de la Constitución, legitimadores, funcionales y metodológicos de regreso a una unidad de la Constitución.

II. El origen histórico

Los orígenes de la expresión unidad de la Constitución se remontan a la República de Weimar. Para Rudolf Smed, una Constitución es la normativización de los aspectos específicos del proceso en el cual el Estado reproduce constantemente su proceso vital; la Constitución, por tanto, no debe atender a particularidades, sino a la “totalidad del Estado y a la totalidad de su proceso

de integración”. Es un pensamiento que no solamente contempla la totalidad, sino que también emana de la totalidad de su unidad. Hans Kelsen destacó lo que este holismo tiene de problemático. Para él, la unidad del Estado solamente puede ser fundamentada desde el punto de vista normativo, y el ordenamiento jurídico solo constituye una unidad como ordenamiento lógico: con la característica de poder ser descrito mediante normas jurídicas que no se contradigan recíprocamente. La magnitud formal “norma fundamental”, constituye la unidad en la multiplicidad de las normas. En cambio, Carl Schmitt señaló la deficiencia de un criterio que se reduce al imperativo positivista aislado; cabe añadir que se limita, sobre todo, a la configuración lingüística de la Norma: su texto. Sin embargo, la voluntad decisionista existente, que no se desea más que a sí misma, atropella cualquier normatividad materialmente vinculada a unos hechos; “la totalidad de la unidad política” (Carl Schmitt), ofrece un ejemplo extremo de un holismo no estructurado. La totalidad, en cuanto fuente de argumentos, tiende al poder y a su manipulación incontrolada. A esa tendencia, el Estado de Derecho contrapone los imperativos de vinculación al Derecho y a la Constitución, el carácter determinante de los hechos, la claridad de los métodos, y una fundamentación racional suficiente. Al sacar conclusiones a partir del conjunto y su unidad, no cumple los requisitos de los métodos democráticamente vinculados y configurados conforme al Estado de Derecho.

III. La práctica de los tribunales

A partir de la sentencia del Estado del Sudoeste (VBerfGE 1,14ss.), en práctica, el Tribunal Constitucional Federal procura imponer esta visión de la Ley Fundamental como una unidad. El Tribunal Federal Supremo sigue esa tendencia en ocasiones, con fórmulas del tipo: “unidad indivisible” o “el conjunto del orden de valores”. El Poder Judicial ha generado un caos de modos de utilización de ese argumento. Asimismo, la segunda sala del Tribunal Constitucional Federal afirmaría en su tesis sobre la unidad, que existían diferencias jerárquicas genéricas en el Derecho constitucional positivo; por el contrario, la primera sala del propio Tribunal Constitucional Federal considera que, de la sentencia sobre la igualdad de derechos (BVerfGE 3, 225 ss.), cabe concluir, justamente desde la unidad de la Constitución, que las normas de la Ley Fundamental deben tener, en principio, el mismo rango jerárquico. Desde el punto de vista del Estado de Derecho, la interpretación de la Constitución conforme a la legislación fundamental, de la segunda sala, no es defendible. Desde el punto de vista del Estado de Derecho, la interpretación de la segunda sala, de conformidad con el principio, se revela insustentable.

IV. Crítica desde la Teoría Estructurante del Derecho

Un análisis acerca de los puntos de vista formales, de contenido y metodológico, conduce a resultados claros: la Ley Fundamental no está necesariamente desprovista de lagunas ni exenta de contradicciones. Pero sí ordena la integridad

del texto y el rigor del texto, en el sentido de una unidad del documento constitucional en el ámbito formal: la Ley Fundamental no presenta rangos jerárquicos distintos, ni disocia jurídicamente grupos concretos de normas de otros grupos. Por tanto, la Ley Fundamental conoce una unidad formal de rango jerárquico de las fuentes del Derecho. Y, excepción hecha de las disposiciones sobre la legislación hecha de las disposiciones sobre la legislación de emergencia, una unidad de su estructura normativa. Por eso la Ley Fundamental conduce a una unidad de grado jerárquico de las fuentes del Derecho y, sin la consideración de las prescripciones sobre el Estado de emergencia, a una unidad de su estructura normativa. Para estos casos, aunque la expresión “unidad de la Constitución” pudiera ser utilizada, resulta, sin embargo, superflua. Lo que expresa, resulta de las características generales de la Constitución escrita y/o de las normas individuales de la Ley Fundamental. Todas las cuestiones acerca de una unidad de la Constitución encuentran respuesta, en todo caso, a través de las características de su positividad, al menos en lo que se refiere a la Ley Fundamental de República Federal de Alemania. La positividad de la Constitución resuelve tanto los casos en los que el discurso de unidad de la Constitución fracasa delante de la propia Constitución (ausencia de lagunas, exención de contradicciones, unidad ideológica), como también aquellos casos en los cuales la tesis de la unidad ya se ve fundamentada por el Derecho positivo (unidad legitimadora, unidad funcional, unidad como medio de interpretación sistemática y armonizadora de la Constitución). Lo mismo vale para los tipos y mencionados más arriba (unidad documental, unidad del rango jerárquico de las fuentes del Derecho, así como de la estructura normativa de Constitución).

6 CONCLUSIONES

La expresión “unidad de la Constitución”, también puede ser abandonada donde la misma pudiera ser utilizada de forma razonable. Esta expresión no puede continuar sirviendo a los intentos de desdibujar la línea divisoria entre argumentos orientados según las normas y argumentos de política jurídica desvinculados de las normas. El intento de salvación popularizado desde las aportaciones de Rudolf Smend, de considerar la unidad no como algo dado pero sí como una tarea, tampoco lleva a parte alguna. La práctica de las magistraturas supremas lo pone de manifiesto involuntariamente. Si la unidad en cuanto un hecho dado no existe, tampoco existe como una meta a la que haya de aspirarse en la práctica. De lo contrario, sustituiremos una ilusión por otra, esto es, a la ilusión positivista por la ilusión antipositivista. Lo que, a largo plazo, sí conduce más lejos, es una estructuración postpositivista del campo de problemas.

Los argumentos engañosos acerca de la “unidad”, sea del ordenamiento jurídico en su totalidad, sea de la Constitución, conducirán a caminos errados. Son ejemplos de un holismo irracional del trabajo jurídico, que puede ser abandonado sin perjuicio de ese mismo trabajo; que debería ser abandonado en interés de una actuación de los juristas de conformidad con el Estado de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- BERGBOHM, Karl: **Jurisprudenz und Rechtsphilosophie**. Leipzig, 1892, v. 1.
- BURCKHARDT, Walter. **Die Lücken des Gesetzes und der Gesetzesauslegung**. Bern, 1925.
- ENGISCH, Karl. Der rechtsfreie Raum. En: **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, 108, 1952, 385 ss.
- _____. **Die Einheit der Rechtsordnung**. Heidelberg, 1935.
- GERBER, Carl-Friedrich-Wilhelm von. **Grundzüge des deutschen Staatsrechts**. 3. ed. Leipzig, 1880.
- JELLINEK, Georg. **Allgemeine Staatslehre**. 3. ed. Darmstadt, 1960.
- JUNG, Erich. “Von der ‘logischen Juristenfakultät für Heinrich Dernburg, Geschlossenheit’”, En: **Festgabe des Rechts, Giessener Juristenfakultät für Heinrich Dernburg**. Berlin, 1900.
- KAUFMANN, Arthur. “Gedanken zu einer ontologischen Grundlegung der juristischen Hermeneutik”, en: Norbert Horn (ed.): **Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart**. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag, v. 1, München, 1982, 5317 ss.
- KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2 ed. Wien, 1960.
- LABAND, Paul. **Das Staatsrecht des Deutschen Reiches**. 5. ed. Tübingen, 1911, v. 1.
- LARENZ, Karl. **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**. 5. ed. Heidelberg, 1983.
- LUHMANN, Niklas. Die Einheit des Rechtssystems. En: **Rechtstheorie** 14 (1983), 129 ss.
- MÜLLER, Friedrich. **Die Einheit der Verfassung**. Elemente einer Verfassungstheorie III, Berlin, 1979.
- MÜLLER, Friedrich. **Strukturierende Rechtslehre**. 2. ed. Berlin, 1994.
- _____. **Juristische Methodik**. 7. ed. Berlin, 1997.
- SCHMITT, Carl. **Vergfassungslehre**. 4. ed. Berlin, 1965.
- SMEND, Rudolf. **Verfassung und Verfassungsrecht**. München, 1928.

THE UNITY OF LEGAL SYSTEM

ABSTRACT

An expression that carries multiple meanings, the unity of legal system is taken as a legal characteristic, axiom or postulate. Arising from Natural Law of the rationalist tradition, unity was adopted by Positive Law. Whether regarding the legal system as a whole or the Constitution, the analysis presented here is conducted under rational, historical and positivist aspects, and also under the guidance of the structuring theory of Law. The conclusion is that the unity of the legal system - as a data or as an inspiring goal of legal practice - is illusory.

Keywords: Unity. Legal system. Constitution. Structuring Theory of Law. Illusion.

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, endereço eletrônico e filiação institucional (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).

* A submissão do artigo, sem qualquer menção de autoria, para os pareceristas, ficará a cargo da equipe editorial responsável.

Elementos textuais:

Modelo A:

- 1 Introdução
- 2 Desenvolvimento
- 3 Conclusão

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 New 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.

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.

* Breve currículo

** Breve currículo

*** Breve currículo

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/patrimonioindigena>>. 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.

