



Expediente da Faculdade de Direito do Sul de Minas

Programa de Pós-Graduação em Direito – v. 33, n. 1

ISSN (impresso) Nº 1516.4551

ISSN (eletrônico) Nº 2447-8709

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

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

Secretária: Natália Carvalho Campos Azevedo.

Editores associados: Fabiana Silva Bittencourt, Marcela Andrade Duarte e Meliza Marinelli Franco Carvalho.

Conselho Editorial:

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

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

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

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

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

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

Prof. Dr. Nicola Picardi - Università degli Studi di Roma "La Sapienza";
Prof. Dr. Rodrigo Perez Lisisic - Universidade do Atacama – Chile;
Prof. Dr. Rui Manuel Moura Ramos - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra;
Prof^a. Dra. Paula Costa e Silva - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal);
Prof. Ms. Diego Germán Mejía - Lemos – National University of Singapore, Faculty of Law, Singapore;
Luiz Inácio Lucena Adams – Advogado Geral da União;
Prof. Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy – IDP e UCB – DF;
Prof. Dr. Celso Lafer – FAPESP e USP;
Prof. Dr. Fredie Didier Junior - UFBA;
Prof. Dr. Humberto Theodoro Junior – UFMG;
Prof. Dr. Jessé José Freire de Souza – UFJF;
Prof. Dr. Leonardo José Carneiro da Cunha – UFPE e UNICAP;
Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - UNISINOS;
Prof. Dr. Luiz Alberto David Araujo - PUC São Paulo;
Prof. Dr. Marcilio Toscano Franca Filho – UFPB;
Prof^a. Dra. Angela Araújo da Silveira Espindola - UNISINOS;
Prof^a. Dra. Flávia Piovesan, PUC – SP e PR;
Prof^a. Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha - UNISINOS;
Prof^a. Dra. Maria Sylvia Zanella Di Pietro – USP;
Prof^a. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE;
Prof. Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho – UCB – DF.

Pareceristas atuantes:

Dr. Agostinho Oli Koppe Pereira - UCS
Dr^a. Ana Virginia Moreira Gomes - UNIFOR
Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira - UNISINOS
Dr. André Karam Trindade - IMED
Dr^a. Angela Araújo da Silveira Espindola – UFSM
Dr. Antonio Sá da Silva – UFBA
Dr. Arthur Roberto Capella Giannattasio – MACKENZIE/SP
Me. Bernardo Silva de Seixas - UFAM
Dr. Bruno Amaro Lacerda - UFJF
Me. Bruno Fraga Pistinzi – PUC/MG

Dr^a. Carina de Castro Quirino - UERJ
Pós-Dr. Carlos Alberto Simões de Tomaz - FUIT
Dr. Cesar Augusto Silva da Silva – UFGD
Pós-Dr. Cícero Krupp da Luz - FDSM
Dr^a. Clarissa Tassinari – UNISINOS
Dr. Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira – UCS
Dr^a. Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira - UNILASALLE
Dr. Cristiano Thadeu Silva Elias - FDSM
Dr. Daniel Campos de Carvalho – UNIFESP
Dr^a. Daniella Maria dos Santos Dias - UNIFESSPA
Dr^a. Danielle Anne Pamplona – PUC/PR
Pós-Dr^a. Débora Gozzo - UNIFIEO
Dr. Delton Ricardo Soares Meirelles - UFF
Dr. Demétrius Amaral Beltrão - FDSM
Dr^a. Denise dos Santos Vasconcelos Silva - UFC
Pós-Dr. Dirceu Pereira Siqueira - UNIFAFIBE
Dr^a. Edna Raquel Hogemann – UNIRIO
Pós-Dr. Edson Vieira da Silva Filho – FDSM
Dr. Eduardo Lima de Matos - UFS
Dr. Eliseu Raphael - UFPR
Dr. Érico Hack – PUC/PR
Dr. Fábio Periandro de Almeida Hirsch – UFBA
Pós-Dr^a. Fernanda Busanello Ferreira - UNIBRASIL
Dr. Fernando de Brito Alves - UENP
Pós-Dr. Fernando Sérgio Tenório de Amorim - CESMAC
Dr. Flávio Luís de Oliveira – ITE
Dr. Gianne Reis - UERJ
Pós-Dr. Giuseppe Tosi - UFPB
Dr. Harrison Ferreira Leite – UFBA
Dr. Henrique Garbellini - FADISP

Dr. Henrique Mioranza Koppe Pereira - UNISC

Dr. Henrique Weil Afonso - FADIC

Dr. Isaac Costa Reis - UNB

Dr. Jair Aparecido Cardoso - USP

Pós-Dr. Jesualdo Eduardo de Almeida Junior - FIAET

Dr. João Carlos Medeiros de Aragão – PUC/SP

Dr. João Henrique Ribeiro Roriz - UFG

Dr. José Alberto Antunes de Miranda - UNILASALLE

Dr. José Luiz Ragazzi - FDSM

Dr. José Rodrigo Rodriguez – UNISINOS

Pós-Dr. Juarez Freitas – PUC/RS

Me. Júlio Moraes Oliveira - FAPAM

Dr^a. Leilane Serratine Grubba - IMED

Dr. Leonel Pires Ohlweiler - UNILASALLE

Dr. Lourival José de Oliveira - FACCAR

Dr^a. Maria Auxiliadora Minahim – UFBA

Dr^a. Maria Cristina Zainaghi - UNINOVE

Dr^a. Maria de Fátima Pessôa Lepikson - UCSAL

Dr^a. Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça - UNIFOR

Dr^a. Maria Virgínia Leal - UFPE

Dr^a. Marise Costa De Souza Duarte - ESMARN

Me. Matheus Rocha Faganello - FADERGS

Dr. Miguel Calmon Teixeira de Carvalho Dantas – UFBA

Dr. Murilo Gasparido - UNESP

Me. Nikolay Henrique Bispo - FGV

Dr.^a Olga Jubert Gouveia Krell - FDA/UFAL

Pós-Dr. Paulo Eduardo Vieira de Oliveira - FDSM

Me. Rafael Alem Mello Ferreira - FDSM

Dr. Rafael Lazzarotto Simioni - FDSM

Dr. Rildo Mourão Ferreira - UniEVANGELICA

Pós-Dr. Rodrigo Garcia Schwarz - UNOESC

Me. Rogério Barros Sganzerla – FGV

Dr. Ruitemberg Nunes Pereira - UNICEUB

Dr^a. Samantha Ribeiro Meyer - UNINOVE

Pós-Dr. Saulo Pinto Coelho- UFG

Dr. Sebastian Borges de Albuquerque Mello – UFBA

Dr. Sérgio Tibiriçá Amaral - ITE

Dr^a. Thais Novaes Cavalcanti - UNIFIEO

Dr^a. Theresa Rachel Couto Correia - UFSC

Dr. Victor Hugo Tejerina-Velazque - UNIMEP / CUASP

Dr. Wilson José Gonçalves - UFMS

Bibliotecária responsável: Zélia Nilva de Souza Chagas.

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

Linha editorial: Constitucionalismo e Democracia.

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

Política de livre acesso: Todo o material publicado na Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas é de acesso online e gratuito. Na versão impressa, é distribuída por permuta e doação a diversas instituições de ensino nacionais e estrangeiras. A cessão de artigos à revista é igualmente gratuita, não sendo cobradas, tampouco, taxas para a análise e publicação. A Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas obedece aos termos da licença Creative Commons

3.0 (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/br/deed.pt>), atribuição não comercial e sem derivações, em consonância com a legislação autoral brasileira, Lei 9.610/98.

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

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

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

Normas para a submissão de artigos: Disponíveis em:

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

Faculdade de Direito do Sul de Minas:

Diretor: Leonardo de Oliveira Rezende

Vice-Diretor: Rafael Tadeu Simões

Fundador: Evaristo Toledo

Coordenação Financeira: Luiz Otávio de Oliveira Rezende

Coordenação de Graduação: Elias Kallás Filho

Coordenação Científica e de Pós-Graduação: Rafael Lazzarotto Simioni

20 anos de *A Sociedade da Sociedade* de Niklas Luhmann

Em 1997 foi publicado na Alemanha o livro que consolidou as reflexões teóricas de Niklas Luhmann sobre a forma da sociedade. Uma obra monumental, que reúne as principais conclusões dos seus mais de 400 trabalhos publicados, dentre livros e artigos. Trata-se de uma versão expandida e melhorada do seu *Teoria da Sociedade*, escrito em parceria com Raffaele De Giorgi e publicado na Itália em 1991.

Niklas Luhmann foi um pensador polêmico para o direito. Poucos conseguem ficar indiferentes aos seus conceitos de autopoiese, autorreferência, paradoxo, forma, código, programa, autodescrição, semântica, evolução e comunicação. No Brasil, perspectivas marxistas procuraram em Luhmann as estruturas de alienação presentes no funcionalismo de Talcott Parsons, mas não encontraram a relação entre ação, função e sistema e sim uma relação entre operação e estrutura. Críticas baseadas na nova crítica da Escola de Frankfurt, em especial nos debates de Jürgen Habermas, procuraram explicitar a posição política e ideológica da teoria dos sistemas sociais autopoieticos, mas encontraram apenas o paradoxo da sua própria (auto)observação. Análises de discurso tentaram explicitar as condições materiais da formação dos enunciados na teoria dos sistemas e não encontraram um regime de verdade, mas a policontextualidade de diversos regimes de verdades, reciprocamente contingentes, conforme o observador transita de um sistema de referência para o outro. Perspectivas filosóficas procuram questionar o estatuto ontológico da categoria sistema, mas encontraram uma concepção pós-ontológica de mundo, diferencialista, conexionista, cuja unidade é tão-somente uma forma de sentido.

Juristas importantes utilizaram os conceitos de Luhmann de um modo problemático, como foi o caso do direito penal do inimigo de Günther Jakobs e tantos outros, que se apropriaram de conceitos analítico-descritivos para tratá-los como conceitos normativos, criando assim raciocínios dedutivos como este: (premissa maior) o direito é um sistema de generalização simbólica de expectativas normativas; (premissa menor) atualmente há expectativas de combate ao terrorismo com independência do sistema de proteção de direitos humanos; (conclusão) logo, o combate ao terrorismo sem direitos humanos deve ser uma expectativa generalizável pelo direito. E está criado o direito penal do inimigo, com base em uma violência conceitual e metodológica que fere toda a rede conceitual da perspectiva pragmático-sistêmica de Niklas Luhmann.

Outros juristas procuraram ultrapassar a dureza analítica do conceito de autopoiese de Luhmann para poder observar esse conceito em outras formas de organização, para além de sistemas sociais dotados de estruturas complexas de operação. Günther Teubner propôs uma releitura da autopoiese, para entendê-la não como uma característica que existe ou não existe em determinados sistemas sociais ou que se verifica ou não empiricamente, mas como um conceito gradativo, isto é, como uma

característica que um sistema vai adquirindo com o tempo, com sua evolução, como se existissem estágios de autopoiese que vão desde a autoorganização, autorreferência, até, finalmente, a autopoiese. Essa noção gradativa gerou muito interesse entre os juristas, inclusive no Brasil. Mas exatamente na *Sociedade da Sociedade* Luhmann procura contestar essa noção, reafirmando a importância teórico-construtivista da autopoiese como uma unidade analítica e não como um conceito valorativo do estágio evolutivo de um sistema.

Tércio Sampaio Ferraz Jr., Luis Alberto Warat, Leonel Severo Rocha e Marcelo Neves foram os pioneiros entre nós. Muitas pesquisas importantes foram realizadas com base nesse referencial teórico. Uma geração de juristas se formou pensando em sistemas sociais e no direito não mais como um conjunto de regras de controle social, mas como um sistema seletivo, um sistema de generalização simbólica de expectativas sociais normativas que possui a capacidade de produzir as suas próprias estruturas para manter a operatividade da sua função na sociedade. Soluções fáceis como mais educação, mais democracia, mais direitos humanos, mais políticas públicas etc. tornaram-se efêmeras para a discussão dos problemas jurídicos brasileiros. Porque em teoria dos sistemas, apenas no nível da observação de primeira ordem a solução se encontra em outro sistema de referência. No nível da observação de segunda ordem, a solução está mesmo em uma estratégia construtivista de produção de uma diferença, de produção de uma nova forma de sentido, um novo sistema, para construir a “realidade” de um modo diferente.

Em momentos de crise nas instituições políticas, como vivemos hoje no Brasil, é oportuno pensar que as velhas soluções para os velhos problemas já não satisfazem mais as exigências intelectivas que circulam na ciência da sociedade. A cultura jurídica brasileira precisa reinventar a sua práxis. Precisamos reinventar a advocacia privada: essa profissão que tanto produziu e reproduziu elites brasileiras nos séculos XIX e XX e que, atualmente, constitui uma organização absolutamente escanteada do centro da cultura política brasileira, sufocada pelas pressões do mercado e preocupada apenas com a gestão dos seus clientes. Precisamos reinventar a advocacia pública: carreiras baseadas em altos salários, benefícios sociais sem correspondentes no setor privado e poderes ilusórios construídos pela mídia de massa: uma organização profissional de produção e reprodução das assimetrias do poder entre Estado e sociedade civil. Precisamos reinventar a magistratura: a nova elite jurídica brasileira, cujo campo simbólico se sustenta apenas por um fino cordão sanitário, amarrado no mistério da sacralidade jurisdicional do Estado. E precisamos também, com urgência, reinventar a academia jurídica: essa profissão de professor/pesquisador de direito que apenas nos últimos 20 anos se tornou uma carreira jurídica, ainda ligada à ideia de um dever de reprodução do conhecimento jurídico correto, segundo a episteme definida pelos concursos públicos e exames das organizações profissionais. Precisamos reinventar nossa prática jurídica.

Niklas Luhmann nos ensinou que a verdade é um meio de comunicação. Ela não existe ontologicamente na realidade. Ela circula pela comunicação científica do mesmo modo como o dinheiro circula na economia, as leis no direito, a fé na religião, a beleza na arte, o poder na política. A apropriação das formas de verdade, portanto, não é uma questão de conhecimento, mas uma questão de poder. A academia tem ocupado um posicionamento político na disputa pela episteme do direito absolutamente submisso às formas de comunicação da práxis forense, especialmente dos tribunais superiores. A doutrina jurídica nunca foi fonte de direito, mas já foi uma importante referência de racionalidade, coerência e consistência do direito. A doutrina, hoje, não procura mais sua identidade e sua função de transformação do conhecimento jurídico. Ela procura soluções simples para memorização com vistas à reprodução dos saberes exigidos em concursos públicos, que por sua vez reproduzem exatamente o regime de verdade imposto pelos tribunais superiores. A academia, então, tornou-se em geral um espaço de reprodução absolutamente submisso a esse regime de verdade dos tribunais.

Há exceções, especialmente no nível da pós-graduação em direito no Brasil, em que ainda se procura a produção de conhecimentos inovadores, originais e socialmente relevantes. A Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas é um veículo de comunicação científica, de difusão dos saberes jurídicos, gestada e pensada nesse nível acadêmico da operacionalidade do direito. Trata-se de um meio de difusão da cultura jurídica brasileira ligado à forma de comunicação do sistema da ciência da sociedade. Não que toda comunicação científica seja uma comunicação desprovida de pretensões de poder político, de lucro econômico, de beleza estética ou de salvação religiosa. Pelo contrário: significa que a forma de comunicação dos artigos selecionados para publicação obedecem, primariamente, às regras da estrutura do conhecimento científico, dentre as quais, uma delas é a inovação e, junto com ela, a desintegração, a dúvida, a contingência, a incerteza.

Diferentemente dos discursos jurisdicionais vinculantes, fundamentados em um regime político de cargos e competências, da fala autorizada do direito; diferentemente dos discursos advocatícios, meramente opinativos e fundamentados em um regime de gestão dos interesses dos clientes ou do Estado, da argumentação sedutora, mas não sediciosa, de pretensões de poder; os discursos acadêmicos do direito precisam construir sua identidade como diferença em relação a essas outras formas de comunicação. Os discursos acadêmicos são as únicas formações discursivas da comunicação jurídica que possuem o selo simbólico da verdade e suas exigências de consistência, coerência e racionalidade. O discurso acadêmico é tão importante para a cultura jurídica quanto são os discursos jurisdicionais e advocatícios. Não podemos permitir, na posição de acadêmicos do direito, que os tribunais superiores continuem a exercer o monopólio sobre a episteme do conhecimento jurídico.

A organização que detém o monopólio da episteme do direito detém o poder não apenas de definir o futuro daquilo que queremos como direito da nossa sociedade, mas também o poder de redefinir o sentido do passado da nossa cultura jurídica. A memória, ensina Luhmann, é uma operação seletiva de construção de começos. Um sistema social autopoietico não possui um início absoluto, tampouco uma finalidade necessária. A memória sistêmica funciona como uma referência seletiva ao passado, construída a partir das operações do presente, para dar sentido àquilo que se decide realizar. Não é apenas o futuro que pode ser sempre diferente: o passado também pode ser transformado seletivamente conforme as exigências de coerência e consistência das operações do presente. A memória inventa princípios.

Foi-se o tempo em que acreditávamos que a prática jurídica tinha ou deveria ter um compromisso com o direito de uma comunidade concreta. Os positivismos jurídicos dos séculos XIX e XX foram os últimos esforços de construção de uma referência objetiva do direito, para a qual os juristas deveriam prestar uma promessa de realização, de compromisso com a lei – e não de compromisso com seus próprios ideais subjetivos de justiça, de correção ou de moralidade particular, tampouco com os interesses do seu grupo social, dos seus patrocinadores políticos ou dos seus investidores de capital simbólico. Outro ensinamento importante de Niklas Luhmann foi o de que a positividade do direito não está na lei ou qualquer outra referência tradicional de sentido, que costumávamos chamar de fontes do direito. A positividade do direito está na decisão jurídica, isto é, na decisão que realiza a operação, genuinamente paradoxal, de afirmar a sua própria validade com base na validade de uma ordem jurídica que ela mesma afirma ser válida para validar-se a si mesma.

A positividade do direito está na decisão jurídica que justifica a sua validade em normas jurídicas que ela mesma afirma serem válidas. O que, de outro modo, não teria qualquer fundamento. Isso significa que o problema do decisionismo judicial não é uma questão liberal de controle da subjetividade do juiz, como se tem afirmado aos quatro ventos no Brasil, mas sim um problema na estrutura da comunicação jurídica, nos desenhos institucionais do judiciário, na estrutura do sistema de organização judiciária que permite que isso aconteça. A questão não é como convencer um juiz a renunciar a sua subjetividade para manter um compromisso com a lei, com interesses políticos do seu grupo social ou com os investidores do seu capital simbólico. A questão é como pensar a estrutura de um sistema de organização que institucionaliza um regime de verdade que permite isso. A positividade do direito está na decisão e não em uma referência externa às operações jurídicas. As referências externas do direito, como foram a vontade do legislador do positivismo legalista francês do Século XIX, o *volksgeist* do pandectismo alemão do mesmo século, os interesses legítimos, os valores, os bens e, atualmente, os princípios, são todas referências contingentes do acontecer do direito. São referências históricas do direito da Modernidade que poderiam ter sido diferentes.

E as pessoas? Os sujeitos? Os indivíduos? Karl Marx talvez tenha sido um dos primeiros grandes pensadores a observar que o problema do capitalismo não está nos indivíduos, mas na estrutura social. O século XX já não fala mais em pessoas, sujeitos e indivíduos, mas em atores sociais, organizações, instituições, estruturas. Niklas Luhmann, nesse sentido, é muito mais marxista do que os seus próprios críticos (estamos sendo irônicos!), porque ele sabe que quem comanda a sociedade não é um conjunto qualquer de sujeitos ou de indivíduos, mas sim as organizações, as estruturas. O direito em Luhmann não é fruto da vontade geral de indivíduos, tampouco de uma assembleia constituinte originária ou de uma história semântica comandada por sujeitos livres e conscientes das suas próprias essências ou finalidades. O direito é o resultado de conquistas evolutivas improváveis, contingentes e inscritas em uma temporalidade da vida que não possui uma essência verdadeira, uma origem sublime ou um fundamento ascético. Tampouco possui um tólos necessário, uma finalidade que, quando cumprida, daria o sistema por completo e acabado. O direito é um sistema dotado de autopoiese. Um sistema social que produz um tipo especial de comunicação significativa. Um sistema que tem por função separar aquilo que podemos esperar normativamente e aquilo que devemos esperar apenas cognitivamente, mesmo diante da contingência de frustração.

Lamentável que a genialidade de Luhmann não tenha sido permitida pela vida até os nossos dias. A internet, fenômeno incrivelmente novo para o estudo da comunicação e das transformações nos processos históricos de construção de estruturas sociais, foi objeto de uma profunda, mas breve, reflexão na Sociedade da Sociedade de Luhmann. Sempre ficará a dúvida sobre o que Luhmann teria dito a respeito das redes sociais que surgiram após a experiência dos e-mails dos anos noventa. Qual a relação entre a comunicação das redes sociais de internet e os modos de produção de sentido do direito, da democracia, da política? A ambivalência entre a destranscendentalização da vida real, combinada com uma retranscendentalização da vida virtual, operada pelas redes sociais de internet, ainda não existiam na época de Luhmann. Mas suas perguntas e seu modo paradoxal de ver o mundo continuam inspirando indagações originais, inovadoras e transformadoras da realidade.

Convidamos os leitores a observarem as pesquisas e reflexões desta edição da Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas como observadores de segunda ordem, isto é, como observadores que observam não aquilo que os textos dizem, mas as distinções pressupostas como existentes naquilo que os textos dizem. Isso porque, na esteira de Gaston Bachelard, Luhmann também nos ensinou que o conhecimento não é uma soma de saberes que vamos acumulando com passar do tempo e com o acúmulo de experiências: o conhecimento é ruptura, seletividade, renúncia, transformação. Conhecer não é partir de um ponto inicial zero rumo a um ponto final do saber: conhecer é reler o estado atual do conhecimento mediante um processo de transformação operado pelo uso de outras formas de distinção, outros pontos de vista,

outras possibilidades de entendimento. Conhecer é desintegrar os pressupostos para reintegrá-los sob outras formas de organização. Este é o papel que a academia pode e deve desempenhar, se quisermos ir além de um sistema de reprodução de saberes, para um sistema de transformação e de autonomia da cultura jurídica em relação à atual apropriação dos espaços de produção de sentido do direito pelos tribunais superiores.

Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni

Editor-Chefe da Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas

A CLÁUSULA DA PRIORIDADE CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: O CASO DE FOZ DO IGUAÇU

THE CLAUSE OF THE CONSTITUTIONAL PRIORITY OF SOCIAL FUNDAMENTAL RIGHTS: THE CASE OF FOZ DO IGUAÇU

Davi Nogueira Lopes*
Alexandre Ávalo Santana**

RESUMO

Não deve ser fácil – muito longe disso – chefiar o executivo municipal na grande maioria das cidades brasileiras. Salvo raras exceções, governá-las significa fazer escolhas trágicas. Este artigo toma como exemplo um caso ocorrido no município paranaense de Foz do Iguaçu, no qual a vice-prefeita, estando na chefia da prefeitura, decidiu “descumprir” as regras do sistema jurídico e transferir recursos da conta da iluminação pública para impedir a paralização do hospital público municipal. Por ter feito isso, ela foi acusada pelo Ministério Público de ter cometido ato de improbidade administrativa. Partindo desse caso concreto, busca-se, no presente artigo, oferecer razões que respaldaram aquela decisão administrativa, sustentando que, no modelo jurídico brasileiro, é possível reconhecer a existência da *cláusula da prioridade constitucional dos direitos fundamentais sociais*, que condiciona a interpretação e a eficácia de todo o ordenamento jurídico, incluindo das próprias normas constitucionais às finalidades impostas pelos direitos fundamentais sociais.

Palavras-chave: Políticas públicas; Direitos fundamentais sociais; Prioridade constitucional; Improbidade administrativa; Legalidade substancial.

* Mestrando em Direitos Humanos (Linha Direitos Fundamentais, Democracia e Desenvolvimento Sustentável) pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS. Especialista em Direito Constitucional pela PUC-SP. Advogado no Mato Grosso do Sul. davinogueiralopes@gmail.com.

** Mestrando em Direitos Humanos (Linha Direitos Fundamentais, Democracia e Desenvolvimento Sustentável) pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS. Procurador-geral de Campo Grande, Mato Grosso do Sul. Advogado em Mato Grosso do Sul. Professor de Graduação e Pós-Graduação em Direito. alexandreavalo@hotmail.com.

ABSTRACT

It should not be easy – so far from it – to lead the municipal executive in the vast majority of Brazilian cities. With few exceptions, governing them means making tragic choices. This article takes as an example a case occurred in the municipality of Foz do Iguaçu, in Paraná State, in which the vice mayor, in charge of the government, decided to “disobey” the rules of the legal system and transfer funds from the account of public lighting to prevent the paralyze of the municipal public hospital. For having done it, she was accused by the Public Ministry of having committed an act of administrative improbity. Based on this concrete case, this article seeks to offer reasons that support this administrative decision, sustaining that in the Brazilian legal model it is possible to recognize the existence of the *clause of the constitutional priority of fundamental social rights*, which conditions the interpretation and effectiveness of all legal order, including the constitutional rules themselves, to the purposes imposed by fundamental social rights.

Keywords: Public policies; Fundamental social rights; Constitutional priority; Administrative improbity; Substantial legality.

INTRODUÇÃO

Assumir a chefia do Poder Executivo Municipal certamente é um grande desafio, por múltiplas razões. Uma delas, talvez a mais significativa, relaciona-se com as frequentes, ou até mesmo constantes, crises financeiras que acometem setores públicos extremamente sensíveis.

Não raros são os casos em que o Ministério Público aciona o Poder Judiciário para que intervenha no sentido de garantir a efetividade de direitos fundamentais sociais, sobretudo nas áreas da saúde, educação e assistência social. Além disso, as contestações apresentadas pelo Executivo quase sempre partem de um mesmo argumento: a reserva do possível.

Na maioria das vezes, tal argumento é superado por uma ponderação de interesses na qual sobressai a importância da ação governamental pleiteada. Nesses casos, o rito estabelecido pelo artigo 167 da Constituição Federal para a abertura de crédito suplementar, a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos orçamentários, que exige a prévia autorização do Poder Legislativo, não impede que o Ministério Público requeira e o Judiciário determine o custeio de uma ação de política pública que implemente ou fomente um direito fundamental social.

Este artigo diz respeito, no entanto, a uma situação radicalmente oposta. Ele pretende analisar, sob o ponto de vista constitucional, a legalidade da medida tomada pela vice-prefeita da cidade de Foz do Iguaçu/PR, que remanejou recursos da conta da iluminação pública para impedir a suspensão do funcio-

namento de um hospital público municipal e do serviço de hemodiálise ali realizado.

Valendo-se da pesquisa bibliográfica e utilizando como marco teórico a concepção de “constitucionalismo garantista” desenvolvida por Ferrajoli,¹ o propósito desse artigo é sustentar que há, em nosso modelo constitucional, uma cláusula implícita que condiciona a interpretação e a eficácia de todo o ordenamento jurídico às finalidades impostas pelos direitos fundamentais.

O CASO DE FOZ DO IGUAÇU

No dia 17 de novembro de 2014, a vice-prefeita do município de Foz do Iguaçu, no estado do Paraná, encaminhou ao Ministério Público Estadual uma carta para noticiá-lo sobre um ato administrativo por ela praticado no exercício temporário da chefia do Poder Executivo.²

Nesta carta ela conta que em 19 de setembro do ano 2014, apenas quatro dias após assumir interinamente a chefia do Executivo, foi informada pelo Secretário Municipal de Saúde que sua pasta estava em séria crise financeira, o que foi confirmado em reunião posterior por ela convocada, nessa também presentes o secretário da Fazenda, o diretor do Fundo Municipal de Saúde e outros.³

Conta também que nessa segunda reunião o quadro apresentado pelos servidores era de “imminente risco à vida de cidadãos, não só para aqueles que necessitam dos serviços do Hospital Municipal, mas também dos nefropatas (...)” que utilizavam o serviço de diálise renal substitutiva. A dívida inicialmente apresentada foi de R\$ 5,2 milhões, sob o aviso de que o não pagamento poderia ensejar o fechamento do hospital. Diante disso, perguntou a vice-prefeita se havia alguma conta de outra pasta com dinheiro suficiente para sanar a crise apresentada, quando foi informada que o saldo na conta da iluminação pública era de R\$ 19 milhões. Houve consenso, então, em utilizar uma parte desse saldo para impedir a paralização daqueles serviços públicos de saúde.⁴

Então, uma terceira reunião foi marcada, para que se apurasse mais detidamente o valor sem o qual realmente o hospital e o serviço de hemodiálise municipais seriam interrompidos. Chegaram a um montante de R\$ 3,5 milhões, dos

¹ FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. Trad. Alexander Araujo de Souza e outros. São Paulo: RT, 2015.

² PARANÁ (BRASIL). Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Sexta Vara da Fazenda Pública da Comarca de Foz do Iguaçu. Processo n. 0009030-26.2015.8.16.0030. Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa. Foz do Iguaçu, 26/03/2015.

³ PARANÁ (BRASIL). Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Sexta Vara da Fazenda Pública da Comarca de Foz do Iguaçu.

⁴ PARANÁ (BRASIL). Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Sexta Vara da Fazenda Pública da Comarca de Foz do Iguaçu, p. 26-27.

quais R\$ 500 mil foram remanejados da conta da Câmara Municipal, e R\$ 3 milhões remanejados da conta da iluminação pública.⁵

Diante dessa situação, a decisão da vice-prefeita teve como base a ponderação de interesses sintetizada no seguinte parágrafo de sua carta ao Ministério Público:

Naquela situação de crise que me era apresentada por servidores do primeiro escalão da Administração Municipal, não tive dúvidas em optar por salvar vidas, lançando mão, mesmo que temporariamente, de um recurso “parado” numa conta que, a princípio, nenhum prejuízo traria a outros órgãos ou pessoas.⁶

E disse que cedeu “temporariamente” o valor remanejado porque, no dia 30 de dezembro de 2014, o recurso financeiro retornou à conta da iluminação pública, ou seja, o uso foi limitado a menos de dois meses.⁷

Mesmo assim, no início do ano de 2015, o Ministério Público do estado do Paraná ajuizou uma ação civil pública por ato de improbidade administrativa com base precisamente no fato de que a vice-prefeita autorizou a transferência financeira de R\$ 3 milhões da conta da iluminação pública para, segundo consta da inicial, “cobrir despesas da Secretaria Municipal de Saúde e da Fundação Municipal de Saúde, a qual administra o Hospital Padre Germano Lauck”.⁸

A CONSTITUIÇÃO GARANTISTA

O celebrado jurista italiano Luigi Ferrajoli⁹ explica que podemos distinguir três paradigmas ou modelos teóricos de direito que se desenvolveram ao longo dos últimos séculos no continente europeu: o paradigma jurisprudencial, o legislativo e o constitucional.

Ferrajoli¹⁰ denomina modelo jurisprudencial pré-moderno o advindo do direito romano e do direito comum (*common law*) até a era das codificações. Nesse modelo o direito não é estruturado em fontes normativas de competência,

⁵ PARANÁ (BRASIL). Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Sexta Vara da Fazenda Pública da Comarca de Foz do Iguaçu, p. 27.

⁶ PARANÁ (BRASIL). Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Sexta Vara da Fazenda Pública da Comarca de Foz do Iguaçu, p. 28.

⁷ PARANÁ (BRASIL). Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Sexta Vara da Fazenda Pública da Comarca de Foz do Iguaçu, p. 35.

⁸ PARANÁ (BRASIL). Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Sexta Vara da Fazenda Pública da Comarca de Foz do Iguaçu, p. 3-21.

⁹ FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*, p. 18.

mas se funda em um conjunto de regras estabelecidas por precedentes judiciais transmitidos pela cultura e pela prática jurisprudencial e doutrinária.

A existência e a validade das normas do *common law* dependem da sua substância, ou conteúdo prescritivo. Por isso, a norma de reconhecimento das normas jurídicas é a *verdade*, no sentido de *intrínseca justiça* ou *racionalidade*.¹¹

O segundo modelo é o legislativo, também chamado de *paleojuspositivista*, consolidado a partir do monopólio estatal da produção normativa. Nele, a norma de reconhecimento passa a ser o princípio da legalidade, de modo que as normas são reconhecidas pelo fato de que são produzidas em conformidade com a competência derivada de uma norma superior. A existência e a validade das normas dependem de como e quem as produziu, e não mais de sua substância (verdade, justiça, razão).¹² Este modelo legislativo separou, portanto, a validade das normas de sua intrínseca justiça, ou, noutros termos, separou o direito da moral. Foi o preço pago pelos valores da certeza do direito, da igualdade de tratamento perante a lei, da liberdade em face do arbítrio, da submissão dos juizes à lei. O positivismo jurídico é a filosofia do direito embasada nessa experiência, ou seja, no afastamento do direito relativamente a concepções políticas ou axiológicas de justiça.¹³

Já o terceiro modelo de direito adveio da difusão que se deu na Europa das constituições rígidas após o fim da Segunda Guerra Mundial. Trata-se do modelo constitucional chamado de *neojuspositivista*. Tal modelo continua a adotar a norma de reconhecimento do positivismo, que determina a existência e a vigência das normas em função de sua produção (princípio da legalidade formal), mas a sua validade passa a depender também da *conformidade da sua substância ou conteúdo aos princípios e direitos firmados na Constituição*, que passa a figurar como uma *norma de reconhecimento de caráter substancial* (princípio da legalidade substancial).¹⁴

Assim, semelhantemente à função exercida pelo *due process* no sistema do *common law*,¹⁵ no sistema do *civil law*, fundamentado no modelo constitucional neopositivista, os princípios e direitos fundamentais estabelecidos na Constituição

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos*: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político, p. 18.

¹² FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos*: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político, p. 19.

¹³ FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos*: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político, p. 19.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos*: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político, p. 19-20.

¹⁵ PEREIRA, Sebastião Tavares. *A doutrina norte-americana do devido processo substantivo* (substantive due process). Dissertação (Mestrado). Universidade do Vale do Itajaí – Univali, 2006. Disponível em: <siaibib01.univali.br/pdf/SebastiaoTavares%20Pereira.pdf>. Acesso em: 15/11/2016.

determinam limites substantivos que delinham uma zona de proteção ao indivíduo, a qual Ferrajoli¹⁶ denominou “esfera do não decidível”, definindo-a como “aquilo que nenhuma maioria pode decidir, em violação aos direitos de liberdade, e aquilo que nenhuma maioria pode deixar de decidir, em violação aos direitos sociais, estes e aqueles estabelecidos pela Constituição”.

Assim sendo, têm-se três modelos de direito com base em três distintas formas de reconhecimento da norma, que, por sua vez, correspondem a três diferentes critérios de validade. No modelo jurisprudencial, a norma era reconhecida por sua intrínseca justiça, que era a sua condição de validade. No modelo legislativo ou *paleopositivista*, a norma é reconhecida e validada pela adequação de sua produção às regras de forma e competência do ordenamento jurídico. No modelo constitucional *neojuspositivista*, a norma de reconhecimento identifica-se tanto com a conformidade de sua produção (legalidade formal) quanto com a coerência substancial da norma produzida aos princípios e direitos fundamentais firmados na Constituição (legalidade substancial).¹⁷

Ferrajoli¹⁸ observa que, no Estado legislativo de direito, o fundamento do Estado vinha expresso por noções metafísicas, imprecisas e organicistas como “vontade geral”, o *demos*, “a nação” etc., dos quais a esfera pública era tomada como expressão política. No Estado constitucional de direito, tais expressões ideológicas dão lugar à expressa positivação constitucional dos fundamentos do Estado: “de um lado, as formas representativas da democracia política e a separação dos poderes, de outro, *os direitos fundamentais impostos às decisões políticas enquanto limites e vínculos de substância*” (grifo nosso).

Com efeito, o moderno constitucionalismo *neojuspositivista*, na concepção de Ferrajoli,¹⁹ configura um “sistema de garantias, isto é, de limites e de vínculos jurídicos impostos ao exercício de qualquer poder como condição de sua legitimidade”. O autor traz à doutrina constitucional a concepção de garantismo, anteriormente ligada ao direito penal, todavia ampliada, para compreender, em suas palavras, “um modelo de direito baseado na rígida subordinação à lei de todos os poderes e nos vínculos a eles impostos para a garantia dos direitos, primeiramente, dentre todos, os direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição”.²⁰

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos*: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político, p. 20.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos*: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político, p. 21.

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos*: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político, p. 21-22.

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos*: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político, p. 24.

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos*: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político, p. 30.

Nesse sentido o garantismo é sinônimo de “Estado constitucional de direito”, ou seja, de um sistema que refunda o paradigma clássico do Estado liberal, ampliando-o em duas direções: de um lado, em relação a todos os poderes, não apenas para o Judiciário, mas também para os poderes legislativo e de governo, e não apenas para os poderes públicos, mas também para os poderes privados; de outro lado, em relação a todos os direitos, não apenas os de liberdade, mas também os direitos sociais, com as consequentes obrigações, além das proibições, a cargo da esfera pública.²¹

O neopositivismo também sustenta uma concepção substancial de democracia. Para Ferrajoli,²² se o primeiro positivismo jurídico possibilitou a eleição dos órgãos legislativos e executivos, munindo os eleitos da necessária competência representativa, com o segundo juspositivismo “vinculou-se o conteúdo das normas produzidas à garantia dos interesses e das necessidades vitais dos sujeitos representados”.

Segundo Ferrajoli,²³ os princípios e os direitos fundamentais estipulados nas Constituições equivalem à positivação da “lei da razão” jusnaturalista, ainda que contingente e historicamente determinada, e funcionam como limites e vínculos à “lei da vontade”, que é expressa em uma democracia pela *regra da maioria*.

Em suma, o paradigma neopositivista do constitucionalismo acresce ao ordenamento jurídico um elemento substancial, de modo que não basta que a lei seja produzida em conformidade com a dinâmica por ele estipulada, mas é preciso que ela sirva à garantia dos direitos fundamentais consagrados na Constituição.²⁴

Assim sendo, o princípio da legalidade assume um duplo significado: o fraco ou formal, que o remete apenas às regras de competência legislativa; e o forte ou substancial, que vincula o conteúdo da lei à garantia dos direitos fundamentais.²⁵

A CLÁUSULA DA PRIORIDADE CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

O construto teórico mais largamente utilizado pela Administração Pública nas ações – cujo mérito discute a concretização de direitos fundamentais sociais

²¹ FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*, p. 30-31.

²² FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*, p. 26.

²³ FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*, p. 36.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*, p. 31.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*, p. 30.

por meio da implementação ou fomento de políticas públicas, sobretudo nas áreas da saúde e da educação – é certamente a reserva do possível.²⁶

A reserva do possível é uma construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal alemão e, no sentido original, serviu para fornecer uma espécie de “contenção racional” da despesa pública, isto é, um limite que a razão justifica para a concretização de cada direito fundamental, considerando não apenas a porção já efetivada pelo Estado, como também a necessidade de efetivação de outras demandas sociais.^{27; 28} É, pois, um juízo de razoabilidade e proporcionalidade.²⁹ No Brasil, entretanto, ela está intimamente ligada à noção de escassez, ajustando-se mais à ideia de *reserva do financeiramente possível*.³⁰

Sobre a noção de escassez, lecionam Gustavo Amaral e Danielle Melo,³¹ na esteira de John Elster,³² que ela pode ser classificada em natural, quase-natural, ou artificial. Tem-se uma *escassez natural* quando não há nada que se possa fazer para suprir, parcial ou integralmente, alguma demanda. Dá-se a *escassez quase-natural* quando o aumento da oferta pode se dar apenas por condutas não coativas dos cidadãos, como, no exemplo de Sgarbossa,³³ a doação de sangue. A es-

²⁶ SGARBOSSA, Luís Fernando. *Do Estado-providência ao mercado-providência: direitos sob a “reserva do possível” em tempos de globalização neoliberal*. 260 f. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Paraná – UFPR, Curitiba, 2009, p. 98. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/18011/DISSERTACAO%20SGARBOSSA.pdf;jsessionid=7C43C8B8A9204A1426621C09C53E2AC5?sequence=1>>. Acesso em: 20/03/2017.

²⁷ LOPES, Davi Nogueira. Direitos sociais a uma prestação: a exigibilidade em função da proporcionalidade. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 29, n. 1: 63-100, jan./jun. 2013, p. 73-74.

²⁸ Na paradigmática decisão *numerus clausus* do Tribunal Constitucional Federal alemão (BVerfGE 33, 303), a partir da qual a teoria da reserva do possível ganhou impulso, julgou-se “uma demanda judicial proposta por estudantes que não foram admitidos em escolas de medicina de Hamburgo e Munique, em face da política de limitação do número de vagas em cursos superiores adotada pela Alemanha em 1960. Os estudantes valeram-se do art. 12 da Constituição alemã, segundo o qual ‘(...) todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação’. Ao decidir o pleito pelo aumento do número de vagas, o Tribunal entendeu que o direito à prestação positiva encontra-se sujeito à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar, de maneira racional, da sociedade” (LOPES, Davi Nogueira. Direitos sociais a uma prestação: a exigibilidade em função da proporcionalidade, p. 73-74).

²⁹ SGARBOSSA, Luís Fernando. *Do Estado-providência ao mercado-providência: direitos sob a “reserva do possível” em tempos de globalização neoliberal*, p. 136.

³⁰ LOPES, Davi Nogueira. Direitos sociais a uma prestação: a exigibilidade em função da proporcionalidade, p. 73.

³¹ AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, I. W.; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 96-97.

³² ELSTER, Jon. *Local Justice*. New York: Russell Sage Foundation, 1992, *apud* AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, I. W.; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*, p. 21-22.

³³ SGARBOSSA, Luís Fernando. *Do Estado-providência ao mercado-providência: direitos sob a “reserva do possível” em tempos de globalização neoliberal*, p. 138.

cassee artificial aparece nas hipóteses em que o governo pode, por uma escolha, tornar o bem acessível a todos, como a oferta de vagas em escolas públicas.

Assim sendo, é possível entender-se a reserva do possível sob três aspectos, a saber: (i) a escassez fática (natural ou quase natural); (ii) a escassez artificial; e (iii) a contenção racional da despesa pública.

Para o escopo deste artigo, há de se focar nos dois últimos aspectos: quando a escassez se dá, na verdade, por uma questão de escolha na alocação orçamentária (escassez artificial), e quando a sujeita, por sua vez, a um juízo da racionalidade, ou de razoabilidade, da contenção de determinada despesa pública.

Há, em suma, uma existência real dos recursos financeiros, “mas cuja alocação em determinados setores acaba por importar no não atendimento de outras necessidades, por uma decisão disjuntiva do órgão ou agente com competência em matéria alocativa, seja ele que for”.³⁴

Especialmente em matérias de direitos fundamentais sociais, costuma-se dizer que as decisões alocativas de recurso são *escolhas trágicas*,³⁵ porque cada escolha importa em uma situação de renúncia ao atendimento de outra demanda. Como asseverou o ministro Celso de Mello no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada n. 175 – no qual se discutia a questão do fornecimento de medicamento de alto custo para tratamento de uma doença rara, orçado à época em R\$ 52 mil mensais.³⁶

Essa relação dilemática, que se instaura na presente causa, conduz os Juízes deste Supremo Tribunal a proferir decisão que se projeta no contexto das denominadas “escolhas trágicas” (GUIDO CALABRESI e PHILIP BOBBITT, “Tragic Choices”, 1978, W. W. Norton & Company), que nada mais exprimem senão o estado de tensão dialética entre a necessidade estatal de tornar concretas e reais as ações e prestações de saúde em favor das pessoas, de um lado, e as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, sempre tão dramaticamente escassos, de outro.³⁷

Isso implica que, uma que uma vez que as escolhas orçamentárias são fruto de decisões essencialmente políticas que promovem uma escassez artificial, “é

³⁴ SGARBOSSA, Luís Fernando. *Do Estado-providência ao mercado-providência: direitos sob a “reserva do possível” em tempos de globalização neoliberal*, p. 140.

³⁵ MARCILIO, Carlos Flávio Venâncio. O custo dos direitos e a concretização dos direitos sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 17, n. 66, jan./mar. 2009, p. 164-165.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada n. 175. Relator Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno, p. 72. Julgado em 17/03/2010. *DJe* 29-04-2010, publicado em 30/04/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 18/11/2016.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada n. 175. Relator Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno, p. 116.

perfeitamente possível a reversão da decisão alocativa, em virtude da existência real de recursos”.³⁸

Entra em questão, então, a necessidade de revisitar, ainda que muito rapidamente, o tema da *separação dos poderes*, para enfatizar que o seu conteúdo não é universal, mas se amolda aos específicos modelos constitucionais adotados pelos Estados, lição esta que ficou assentada pelo STF no julgamento da ADI n. 98/MT (1997), relatado pelo então ministro Sepúlveda Pertence. Confira-se, a propósito, os seguintes excertos de seu voto:

O princípio da separação e independência dos Poderes, malgrado constitua um dos signos distintivos fundamentais do Estado de Direito, *não possui fórmula universal apriorística*: a tripartição das funções estatais, entre três órgãos ou conjuntos diferenciados de órgãos, de um lado, e, tão importante quanto essa divisão funcional básica, o equilíbrio entre os poderes, mediante o jogo recíproco dos freios e contrapesos, presente ambos em todas elas, *apresentam-se em cada formulação positiva do princípio com distintos caracteres e proporções* (grifo nosso).

(...)

Não há dúvida de que o princípio da separação e independência dos Poderes – instrumento que é da limitação do poder estatal –, constitui um dos traços característicos do Estado Democrático de Direito. Mas, como há pouco assinalava neste mesmo voto, *é princípio que se reveste, no tempo e no espaço, de formulações distintas nos múltiplos ordenamentos positivos que, não obstante a diversidade, são fiéis aos seus pontos essenciais* (grifo nosso).

(...)

À identificação dos signos característicos de um sistema de posituação do princípio menos importará talvez a divisão tripartite das funções jurídicas do Estado – vale dizer a separação dos poderes, cujas linhas básicas são mais ou menos constantes – do que o mecanismo dos freios e contrapesos – que, delimitando as interferências permitidas a um na área da função própria de outro, permitem, em contraposição, apurar a dimensão real da independência de cada um dos Poderes, no modelo considerado.³⁹

Com efeito, nos países cujas Constituições positivaram os direitos humanos, a ideia de separação de poderes também há de se a, *como tudo o mais*, à força normativa de tais enunciados, na festejada expressão de Konrad Hesse.⁴⁰

³⁸ SGARBOSSA, Luís Fernando. *Do Estado-providência ao mercado-providência*: direitos sob a “reserva do possível” em tempos de globalização neoliberal, p. 140.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 98. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Julgado em 07/08/1997. DJ 31-10-1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/pagina-dorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=26619>>. Acesso em: 18/11/2016, p. 36-39.

⁴⁰ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira. Porto Alegre: Fabris, 1991.

Tal entendimento é fortemente corroborado quando a própria Constituição expressamente consagra a dignidade humana como fundamento do pacto político, como se verifica no artigo 1º da Constituição da República Brasileira:⁴¹

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.

Igualmente, o artigo 1º da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (1949)⁴² enuncia o seguinte:

Artigo 1º

[Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais]

(1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.

(2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.

(3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário (ALEMANHA, 2011).

O mesmo ocorre na Constituição da República Portuguesa (1974):⁴³

Artigo 1º

República Portuguesa

Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

⁴¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompiled.htm>. Acesso em: 19/11/2016.

⁴² ALEMANHA. Constituição (1949). Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland). Tradução de Assis Mendonça. Revisão Jurídica de Urbano Carvelli. Aachen, Renânia do Norte-Vestfália, 2011. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 19/11/2016.

⁴³ PORTUGAL. Constituição (1974). Constituição da República Portuguesa. Lisboa. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 19/11/2016.

Portanto, no modelo constitucional, fundamentado na dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais são a pedra angular de todo o edifício jurídico-político. Por isso mesmo, conforme Ferrajoli,⁴⁴ no sistema constitucional garantista:

A política, cujas formas e instituições representativas são geradas e legitimadas pelo exercício dos direitos políticos, continua sendo o motor da nomodinâmica jurídica. Mas o fundamento axiológico e a razão social de todo o artifício jurídico e institucional se identificam com a garantia do conjunto dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos.

De maneira semelhante, Jorge Miranda ressalta que “diversamente de todas as anteriores Constituições, a de 1988 ocupa-se dos direitos fundamentais com prioridade em relação às demais matérias”.⁴⁵

Esse também é o sentido que se pode extrair dos julgamentos do STF, que determinando aos demais poderes da União a prestação de um direito fundamental social ou a implementação de determinada política pública, expressando, no entanto, que não há, por isso, quebra do princípio da separação de poderes. Confira-se, como exemplo, o seguinte trecho do voto do Ministro Celso de Mello no AgReg em RE n. 745.745/MG:⁴⁶

Assim, *a questão central da presente causa é verificar* se se revela possível ao Judiciário, **sem que incorra** em ofensa ao postulado da separação de poderes, **determinar a adoção, pelo Município,** quando **injustamente** omissis **no adimplemento** de políticas públicas **constitucionalmente** estabelecidas, de medidas **ou providências destinadas a assegurar,** concretamente, à coletividade em geral, **o acesso e o gozo** de direitos **afetados pela inexecução governamental** de deveres jurídico-constitucionais.

Observe, quanto a esse tema, que, ao julgar a ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, proferi decisão assim ementada (Informativo/STF n. 345/2004):

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*, p. 22.

⁴⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Preliminares. O Estado e os sistemas constitucionais. 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, t. I, *apud* SGARBOSSA, Luís Fernando. *Do Estado-providência ao mercado-providência: direitos sob a “reserva do possível” em tempos de globalização neoliberal*, p. 43.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 745.745. Relator Min. CELSO DE MELLO. Segunda Turma. Julgado em 02/12/2014. DJe 18.12.2014, publicado em 19/12/2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923>>. Acesso em: 18/11/2016.

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO) – grifos do original.

O “caráter relativo da liberdade de conformação do legislador” representa, obviamente, a relativização do princípio da separação de poderes, relativização esta que está em função da “*necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e do núcleo consubstanciador do ‘mínimo existencial’*”, isto é, de um mínimo de condições materiais para uma existência coerente com a *dignidade humana*.

É possível ver que a superação da regra da separação de poderes significa, na verdade, o desrespeito da legalidade constitucional formal, uma vez que os incisos V e VI do artigo 167 da Constituição Federal exigem prévia autorização legislativa para a abertura de créditos suplementares, a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos orçamentários. Obviamente, se houvesse os recursos orçamentários necessários à realização da medida, não haveria que se falar em “superação da separação dos poderes”. Assim sendo, superar a separação dos poderes significa, em concreto, superar a legalidade constitucional formal em favor da prioridade dos direitos fundamentais sociais.

A defesa da necessidade de se conferir prioridade aos direitos fundamentais sociais também pode ser encontrada na doutrina mais especializada, sendo exemplo disso a seguinte lição do professor Luís Fernando Sgarbossa:

Portanto, a expressão máximo dos recursos disponíveis, a despeito da indeterminação, serve de parâmetro hermenêutico mínimo de determinação de sentido, de modo a indicar que a parcela de recursos alocada para a consecução dos direitos econômicos, sociais e culturais deve ser significativa em comparação com as alocadas para outras finalidades,

não assim írrita, ínfima ou muito diminuta, em montante que, comparativamente, *possa demonstrar sua efetiva prioridade* (grifo nosso).⁴⁷

Sustenta-se, por tudo isso, que o modelo constitucional brasileiro conduz ao reconhecimento de uma norma constitucional implícita, aqui chamada de *cláusula da prioridade constitucional dos direitos fundamentais sociais*, apta a condicionar a interpretação e a eficácia das demais normas constitucionais, e de toda a legislação infraconstitucional, às finalidades impostas por tais direitos fundamentais.

O MÉRITO DA QUESTÃO

“*Quem quer que utilize dinheiro público terá de verificar seu bom e regular emprego, na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas competentes, ou seja: quem gastar, tem de gastar de acordo com a Lei*” (grifo nosso).⁴⁸ Essa foi a citação que epigrafou a “ação civil pública de responsabilidade por ato de improbidade administrativa” mencionada na introdução.

O Ministério Público Estadual sustentou que a transferência de recursos da conta da iluminação pública para a pasta da saúde fez incidir a norma do inciso VI do artigo 10 da Lei n. 8.429/1992, cuja redação é a seguinte:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: (...)

VI – realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea.

A alegação do Ministério Público é de que, como a contribuição para custeio da iluminação pública é um tributo afetado, ela não pode “subsidiar eventuais *déficits* financeiros da Fundação Municipal ou da Secretaria de Saúde”.⁴⁹

Como se sabe, a referida contribuição foi inserida na Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 39/2002, pelo acréscimo do artigo 149-A, cuja redação é a seguinte:

⁴⁷ SGARBOSSA, Luís Fernando. *Do Estado-providência ao mercado-providência: direitos sob a “reserva do possível” em tempos de globalização neoliberal*, p. 2.014-2.015.

⁴⁸ FERRAZ, Sérgio; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Dispensa e inexigibilidade de licitação*. São Paulo: Malheiros, 1994, *apud* PARANÁ (BRASIL). Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Sexta Vara da Fazenda Pública da Comarca de Foz do Iguaçu, p. 93.

⁴⁹ PARANÁ (BRASIL). Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Sexta Vara da Fazenda Pública da Comarca de Foz do Iguaçu, p. 7.

Art. 149-A. Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observando o disposto no art. 150, I e III.

Também sustentou o Ministério Público que o ato administrativo violou “os princípios que regem a administração pública” ao desrespeitar o princípio da legalidade insculpido no artigo 37 da Constituição Federal.⁵⁰

A construção da tese do Ministério Público baseia-se, principalmente, nas seguintes premissas:

É inquestionável que a liberação de verbas públicas em desacordo com o que dispõe a legislação importa em prejuízo ao erário, já que qualquer diminuição do patrimônio público advinda de ato ilegal caracteriza dano e redundando no dever de ressarcir.⁵¹

(...)

Em resumo, a Administração Pública, além de não poder atuar contra a lei ou além da lei, somente pode agir segundo a lei (a atividade administrativa não pode ser *contra legem* nem *praeter legem*, mas apenas *secundum legem*).⁵²

(...)

Ora, não corresponde aos padrões éticos que a sociedade espera e deseja da representante do Executivo, o desrespeito à Constituição Federal e à legislação infraconstitucional, das quais ela, primordialmente, deveria ser defensora.⁵³

Evidencia-se, assim, o agir irresponsável do administrador público, tratando-se evidentemente de ato que atenta contra os princípios norteadores da Administração, em especial o da legalidade e o da moralidade, afinal não é moral transferir recursos financeiros que não lhe pertencem, mas sim ao contribuinte (verba vinculada) para a Secretaria Municipal de Saúde.⁵⁴

Pois bem, a pretensão desse tópico é demonstrar como a concepção garantista da constituição dialoga com as premissas acima expostas. Antes, cumpre relembrar quais foram os contornos da situação concreta. No caso, a vice-prefeita, no exercício da chefia do Poder Executivo, determinou o remanejamento, sem

⁵⁰ PARANÁ (BRASIL). Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Sexta Vara da Fazenda Pública da Comarca de Foz do Iguaçu, p. 17-19.

⁵¹ PARANÁ (BRASIL). Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Sexta Vara da Fazenda Pública da Comarca de Foz do Iguaçu, p. 13.

⁵² PARANÁ (BRASIL). Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Sexta Vara da Fazenda Pública da Comarca de Foz do Iguaçu, p. 15.

⁵³ PARANÁ (BRASIL). Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Sexta Vara da Fazenda Pública da Comarca de Foz do Iguaçu, p. 18.

⁵⁴ PARANÁ (BRASIL). Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Sexta Vara da Fazenda Pública da Comarca de Foz do Iguaçu, p. 19.

prévia autorização legislativa, de parte de um saldo superavitário da conta da iluminação pública, para impedir a paralização do atendimento do hospital municipal, incluindo o serviço de hemodiálise, em razão de não haver saldo financeiro suficiente na conta da saúde. Menos de dois meses depois, e dentro do mesmo exercício fiscal, tais recursos foram devolvidos para a conta da iluminação pública.

Diante desse quadro, uma primeira questão a ser levantada é se houve violação ao princípio da legalidade insculpido no artigo 37 da Constituição Federal.

A solução não é simples, e muito menos livre de polêmicas. Não há dúvida, para começar a resposta, que houve desrespeito à legalidade formal, seja por descumprimento dos artigos 149-A e 167-VI da Constituição Federal, seja porque o ato está em desconformidade com a legislação infraconstitucional, como o parágrafo único do artigo 8º da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Todavia, a conclusão é diversa se o ato administrativo em questão for analisado sob a perspectiva da *legalidade substancial*. Isso porque, como foi dito, a partir da introdução dos direitos fundamentais nas cartas constitucionais, há uma esfera mínima de proteção do indivíduo, a que Ferrajoli chamou de *esfera do não decidível*:

Aquilo que nenhuma maioria pode decidir, em violação aos direitos de liberdade, e aquilo que nenhuma maioria pode deixar de decidir, em violação aos direitos sociais, estes e aqueles estabelecidos pela constituição.⁵⁵

Evidente que há limites para a satisfação dos direitos sociais, limites estes sujeitos ao teste da proporcionalidade.⁵⁶ No entanto, a partir da positivação dos direitos fundamentais pela CF de 1988, todo ordenamento jurídico pátrio deve se voltar, prioritariamente, ao atendimento das *finalidades* por eles impostas, inclusive a regra da *legalidade* insculpida no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal.

Esse entendimento é corroborado pelo posicionamento tomado muito recentemente pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a necessidade de uma interpretação teleológica da Constituição que tende ao aperfeiçoamento do sistema democrático e à concretização dos direitos fundamentais. Tal posicionamento se deu no julgamento da Medida Cautelar na ADI n. 5.296/DF,⁵⁷ publi-

⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*, p. 20.

⁵⁶ LOPES, Davi Nogueira. Direitos sociais a uma prestação: a exigibilidade em função da proporcionalidade.

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na ADI n. 5.296. Relatora Ministra Rosa Weber. Plenário. Julgado em 18/05/2016. Publicado em 11/11/2016. Disponível em:

cado em 11/11/2016, no qual se questionou a constitucionalidade da Emenda Constitucional n. 74/2013, que incluiu o parágrafo 3º ao artigo 134 da Constituição Federal, concedendo à Defensoria Pública da União as mesmas prerrogativas dadas pela Emenda Constitucional n. 45/2014 às Defensorias Públicas Estaduais, ou seja, a autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária.

No caso, alegou-se que houve ofensa ao artigo 61, § 1º, II, *c*, da Constituição Federal porque a iniciativa da Emenda Constitucional n. 74/2013 partiu de Parlamentar, e não do Poder Executivo, como determina a citada norma. Alegou-se, também, que a iniciativa de Parlamentar feriu os artigos 2º e 60, § 4º, III, da Constituição, por desrespeito à separação dos poderes.

É certo que o fundamento principal do acórdão que indeferiu a pretensão cautelar consistiu na afirmação de que o Poder Constituinte derivado não está sujeito à reserva de iniciativa do chefe do Poder Executivo trazido no artigo 61, § 1º, que expressamente se destina apenas às leis complementares e ordinárias. Entretanto, outros importantes argumentos fundamentaram a decisão, dos quais se destaca o que se refere à *interpretação teleológica da constituição*. Sobre essa temática, consta na ementa o seguinte:

4. O art. 60, § 4º, da Carta Política não veda ao poder constituinte derivado o aprimoramento do desenho institucional de entes com sede na Constituição. A concessão de autonomia às Defensorias Públicas da União, dos Estados e do Distrito Federal encontra respaldo nas melhores práticas recomendadas pela comunidade jurídica internacional e não se mostra incompatível, em si, com a ordem constitucional. *Ampara-se em sua própria teleologia, enquanto tendente ao aperfeiçoamento do sistema democrático e à concretização dos direitos fundamentais do amplo acesso à Justiça (art. 5º, XXXV) e da prestação de assistência jurídica aos hipossuficientes (art. 5º, LXXIV) (grifo nosso).*⁵⁸

O argumento da *intepretação teleológica da constituição* foi desenvolvido no voto da relatora, a ministra Rosa Weber, como se confere do seguinte trecho:

Ainda que, como qualquer opção de política constitucional, possa ser alvo de questionamentos legítimos sob diversos ângulos – eficiência orçamentária, desempenho da Administração, desejabilidade etc. – não me parece que a concessão de autonomia às Defensorias Públicas da União, dos Estados e do Distrito Federal seja, em si, incompatível com a ordem constitucional vigente.

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=310710836&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 18/11/2016.

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na ADI n. 5.296, p. 3.

Pelo contrário, a teleologia da Constituição Federal ampara e legitima, na minha visão, o reconhecimento da autonomia das Defensorias Públicas da União, dos Estados e do Distrito Federal, enquanto tendente ao aperfeiçoamento do próprio sistema democrático.

Nesse contexto, lembro que a assistência jurídica aos hipossuficientes foi alçada, pelo art. 5º, LXXIV, da Carta Política, à condição de direito fundamental prestacional, na linha do amplo acesso à Justiça também nela consagrado. No desempenho do seu mister, as Defensorias Públicas concretizam esse direito fundamental que, além de se tratar de um direito de inclusão em si mesmo, traduz mecanismo pelo qual é garantido o exercício, por toda uma massa de cidadãos até então sem voz, dos demais direitos assegurados pela Constituição do Brasil e pela ordem jurídica (grifo nosso).⁵⁹

A ideia de interpretação teleológica da Constituição, que tende ao aperfeiçoamento do sistema democrático e à concretização dos direitos fundamentais, coaduna-se com o entendimento de que os direitos fundamentais não só condicionam a interpretação da legislação infraconstitucional, como também do próprio texto constitucional.

Tudo isso nos leva a concluir que, no caso concreto, o ato praticado pela vice-prefeita, embora em desconformidade formal com várias regras constitucionais e infraconstitucionais, na verdade não feriu a dimensão substancial da legalidade administrativa insculpida no artigo 37 da Constituição Federal, porque a interpretação dessa regra não pode conduzir à aniquilação de direitos fundamentais tão caros às pessoas que vivem naquela cidade, como a saúde e a própria vida.

Isso expõe o equívoco de considerar que a Administração Pública *sempre* terá de atuar segundo a lei, pois há situações em que seguir a literalidade da lei, até mesmo da lei constitucional, pode causar uma grave violação a direitos fundamentais. Obviamente, tais situações são excepcionais, e a medida que descumprir a lei deve ser justificada por um juízo de proporcionalidade em que se supere tanto o princípio que justifica a regra, como também o princípio formal que estabelece que as regras que foram criadas por autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas.⁶⁰

Também não está correta a afirmação de que o desrespeito à Constituição e à legislação infraconstitucional infringe os *padrões éticos* que a sociedade espera do chefe do Poder Executivo. Nem sempre.

Para o celebrado jusfilósofo John Finnis, “existem bens humanos que só podem ser garantidos por meio das instituições de direito humano e requisitos

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na ADI n. 5.296, p. 53.

⁶⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 105.

de razoabilidade prática a que apenas essas instituições podem satisfazer”.⁶¹ E ao fazer a pergunta sobre “quais são, então, as formas básicas do bem para nós?”, Finnis coloca em primeiro lugar – e não poderia ser de outra forma – o bem “vida”. Confira-se a preciosa lição:

Um primeiro valor básico, correspondente ao impulso de autopreservação, é o valor da vida. O termo “vida” aqui significa cada aspecto da vitalidade (*vita*, vida) que põe um ser humano em uma boa forma para a autodeterminação. Daí que aqui a vida inclui a saúde corporal (inclusive a cerebral) e estar livre de dor que indica mau funcionamento ou dano orgânico. E o reconhecimento, a busca e a realização desse propósito humano básico (...) são tão variados quanto o esforço e a prece do homem que caiu no mar e está tentando ficar à tona até que seu navio volte para recolhê-lo; o trabalho de equipe dos cirurgiões e de toda a rede de apoio, serviços auxiliares, faculdades de medicina etc.⁶²

Obviamente existem outros tantos bens ou valores caros ao ser humano, e muitas vezes a realização de um deles importa no abandono de outro. Para Finnis,⁶³ a escolha entre um ou outro é guiada pela *razoabilidade prática*. É ela que resolve “o problema da decisão inteligente: O que deve ser feito? O que pode ficar sem ser feito? O que não deve ser feito?”⁶⁴

Assim sendo, a conduta ética que a sociedade espera de seu governante e das instituições de direito reclama a preservação de seus bens básicos, e parece evidente que o maior deles é a “vida”, considerada aqui no amplo aspecto de *vitalidade* assumido por Finnis.⁶⁵

De igual sorte, a *moralidade* de uma determinada lei está intrinsecamente ligada à *razoabilidade prática* da ação que ela exige, sempre condicionada ao propósito de alcançar o *bem comum*, aqui tomado no sentido de “bem-estar geral”, ou “interesse público”.⁶⁶ Segundo Finnis,⁶⁷

(...) na perspectiva mais ampla do raciocínio prático que inclui mas vai além dos limites do raciocínio jurídico, os princípios relevantes adicionais serão os princípios de que o bem comum deve ser promovido, que a determinação oficial de problemas de coordenação serve ao bem comum, e de que a regulamentação legal é (*presumivelmente*) um bom método de determinação oficial” (grifo nosso).

⁶¹ FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. Trad. Leila Mendes. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007, p. 17.

⁶² FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*, p. 91.

⁶³ FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*, p. 25.

⁶⁴ FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*, p. 105.

⁶⁵ FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*, p. 91.

⁶⁶ FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*, p. 155.

⁶⁷ FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*, p. 321-322.

Assim sendo, o agir moral do administrador público não se confunde necessariamente com cumprir a lei, pois a conduta normativa, ainda que abstratamente justa, pode gerar um grave prejuízo ao *bem comum* no caso concreto, como seria a paralização das atividades de um hospital municipal. A moralidade da ação governamental advém daquilo que a *razoabilidade prática* exige para o alcance dos bens fundamentais, dos quais a “vida” é o maior.

Vale lembrar que o inciso I do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa deixa claro que imoral é o ato praticado visando uma *finalidade* proibida em lei, ou regulamento, ou diversa daquela prevista na regra de competência.

Ora, a *finalidade* da lei não pode ser outra senão a realização do *bem comum*, e no modelo do constitucionalismo neopositivista isso se identifica essencialmente com a *efetivação dos direitos fundamentais*.

CONCLUSÃO

O caso de Foz do Iguaçu aqui apresentado é bastante emblemático porque representa uma inversão daquilo que os operadores jurídicos estão acostumados a ver. Nele, não se acusa a Administração Pública de se omitir perante o dever de proteger os direitos fundamentais sociais à vida e à saúde, mas se pretende punir o agente público que ousou romper a legalidade formal precisamente para preservar tais direitos diante de uma situação concreta de risco iminente de grave lesão.

Vale lembrar que em cada ação civil pública que culmina na determinação à Administração para que custeie determinada medida de política pública, a despeito da insuficiência de recursos orçamentários (escassez artificial), há também um desrespeito à legalidade constitucional, uma vez que o artigo 167, incisos V e VI, da Constituição Federal exige prévia autorização do Poder Legislativo para a abertura de crédito suplementar, a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos orçamentários, se necessários ao cumprimento da medida.

No entanto, o modelo constitucional brasileiro autoriza a superação da legalidade formal se isso for imprescindível à garantia de uma efetividade mínima dos direitos fundamentais. É claro que isso somente pode se dar em situações excepcionais nas quais a medida seja justificada pela regra da proporcionalidade, sob pena de se beirar o anarquismo.

Mas não há dúvida de que a Constituição de 1988 é uma constituição garantista e, como tal, pede o reconhecimento da cláusula da prioridade dos direitos fundamentais.

Evidentemente este artigo não teve o propósito de esgotar o tema, por demais complexo e polêmico. Pretendeu-se, isso sim, apenas expor, a partir de uma situação concreta, a necessidade de uma tomada de posição sobre a força normativa dos direitos fundamentais, notadamente os de cunho social.

Nessa perspectiva, a conclusão só pode ser a de que o ato administrativo que remanejou recursos da conta da iluminação pública para impedir a paralização do atendimento do hospital municipal, a despeito de ter contrariado a legalidade formal, foi respaldado por um juízo de proporcionalidade na qual reconheceu-se justamente a prioridade constitucional dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Constituição (1949). Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*). Tradução de Assis Mendonça. Revisão Jurídica de Urbano Carvelli. Aachen, Renânia do Norte-Vestfália, 2011. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 19/11/2016.

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

AMARAL, Gustavo. Saúde, fornecimento de remédios e escolhas públicas. 2009. Fortaleza, CE (apresentação de trabalho no XXXV Congresso Nacional dos Procuradores de Estado). Disponível em: <http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/001_015_Gustavo_do_Amaral_Martins_22072009-13h18m1.pdf>. Acesso em: 18/11/2016.

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

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

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

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 19/11/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 98. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Julgado em 07/08/1997. *DJ* 31-10-1997. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=26619>>. Acesso em: 18/11/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 45/DF, publicada no *DJU*, seção 1, n. 84, 04/05/2004, p. 13.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 745.745. Relator Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em 02/12/2014. *DJe* 18/12/2014, publicado em 19/12/2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923>>. Acesso em: 18/11/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 727.864. Relator Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em 04/11/2014. *DJe* 12-11-2014. Publicação 13/11/2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7218726>>. Acesso em: 18/11/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada n. 175. Relator Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 17/03/2010. *DJe* 29-04-2010, publicado em 30/04/2010. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 18/11/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na ADI n. 5.296. Relatora Ministra Rosa Weber. Plenário. Julgado em 18/05/2016. Publicado em 11/11/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=310710836&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 18/11/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na ADPF n. 347. Relator Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 09/09/2015, *DJe* 18/02/2016, publicado em 19/02/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 18/11/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 410715 AgR, Relator Min. Celso de Mello, segunda turma, julgado em 22/11/2005, *DJ* 03/02/2006. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>>. Acesso em: 18/11/2016.

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

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

CORWIN, Eduard S. A constituição norte-americana e seu significado atual. Trad. Lêda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Zahar, 1959, *apud* PEREIRA, Sebastião Tavares. *A doutrina norte-americana do devido processo substantivo* (substantive due process). Dissertação (Mestrado). Universidade do Vale do Itajaí – Univali, 2006. Disponível em: <siaibib01.univali.br/pdf/SebastiaoTavares%20Pereira.pdf>. Acesso em: 15/11/2016.

ELSTER, Jon. Local Justice. New York: Russell Sage Foundation, 1992, *apud* AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, I. W.; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. Trad. Alexander Araujo de Souza e outros. São Paulo: RT, 2015.

FERRAZ, Sérgio; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Dispensa e inexigibilidade de licitação*. São Paulo: Malheiros, 1994, *apud* PARANÁ (BRASIL). Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Sexta Vara da Fazenda Pública da Comarca de Foz do Iguaçu. Processo n. 0009030-26.2015.8.16.0030. Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa. Foz do Iguaçu, 26/03/2015, p. 3.

FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. Trad. Leila Mendes. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. 20. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

LOPES, Davi Nogueira. Direitos sociais a uma prestação: a exigibilidade em função da proporcionalidade. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 29, n. 1, p. 63-100, jan./jun. 2013.

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

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

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Preliminares. O Estado e os sistemas constitucionais. 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, t. I, *apud* SGARBOSSA, Luís Fernando. *Do Estado-providência ao mercado-providência: direitos sob a “reserva do possível” em tempos de globalização neoliberal*. 260p., Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Paraná – UFPR. Curitiba, 2009, p. 98. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/18011/DISSERTACAO%20SGARBOSSA.pdf;jsessionid=7C43C8B8A9204A1426621C09C53E2AC5?sequence=1>>. Acesso em: 20/03/2017.

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

PARANÁ (BRASIL). Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Sexta Vara da Fazenda Pública da Comarca de Foz do Iguaçu. Processo n. 0009030-26.2015.8.16.0030. Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa. Foz do Iguaçu, 26/03/2015.

PEREIRA, Sebastião Tavares. *A doutrina norte-americana do devido processo substantivo* (substantive due process). Dissertação (Mestrado). Universidade do Vale do Itajaí – Univali, 2006. Disponível em: <siaibib01.univali.br/pdf/SebastiaoTavares%20Pereira.pdf>. Acesso em: 15/11/2016.

PORTUGAL. Constituição (1974). *Constituição da República Portuguesa*. Lisboa. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 19/11/2016.

SGARBOSSA, Luís Fernando. *Do Estado-providência ao mercado-providência: direitos sob a “reserva do possível” em tempos de globalização neoliberal*. 260p. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Paraná – UFPR. Curitiba, 2009. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/18011/DISSERTACAO%20SGARBOSSA.pdf;jsessionid=7C43C8B8A9204A1426621C09C53E2AC5?sequence=1>>. Acesso em: 17/11/2016.

TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. 3. ed. New York: Foundation Press, 2000, *apud* PEREIRA, Sebastião Tavares. *A doutrina norte-americana do devido processo substantivo* (substantive due process). Dissertação (Mestrado). Universidade do Vale do Itajaí – Univali, 2006. Disponível em: <siaibib01.univali.br/pdf/SebastiaoTavares%20Pereira.pdf>. Acesso em: 15/11/2016.

Data de recebimento: 17/01/2017

Data de aprovação: 30/01/2017

A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 91 E OS SEUS REFLEXOS PERANTE A SISTÊMICA CONSTITUCIONAL-ELEITORAL

CONSTITUTIONAL AMENDMENT 91 AND ITS IMPACT BEFORE THE CONSTITUTIONAL AND ELECTORAL SYSTEMIC

*Felipe Cesar José Matos Rebêlo**

RESUMO

O presente artigo objetiva realizar uma análise acerca das disposições da Emenda Constitucional n. 91, atinente à hipótese de desfiliação partidária que não decorra da justificativa de infidelidade. Outrossim, se busca relacionar o impacto das disposições dessa emenda constitucional com os princípios que regem a democracia brasileira, principalmente no tocante à força atribuída aos partidos políticos e na representatividade cidadã. A sistêmica constitucional-eleitoral brasileira também merecerá considerações, uma vez que as consequências jurídicas concernentes aos casos de infidelidade partidária têm merecido guarida da Justiça Eleitoral e do próprio Supremo Tribunal Federal, mesmo a relação partido político-cidadão, no centro da democracia, tem reconhecido sua ingerência. Inclusive, cabe informar o papel muito atuante da Justiça Eleitoral no próprio poder legiferante e ajustável à questão complexa da fidelidade partidária.

Palavras-chave: Fidelidade partidária; Emenda constitucional; Democracia representativa.

* Mestre e doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico (PPGDPE), São Paulo. Pesquisador atuante nas áreas de Direito Econômico, Direito Político/Eleitoral, Filosofia do Direito e Direito Internacional Público. Integrante do grupo de estudos “Criança e adolescente no século XXI”, bem como dos grupos de pesquisa “Direito e democracia na teoria política contemporânea”; “Políticas públicas como instrumento de efetivação da cidadania”; e “Os parlamentos latino-americanos”, da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogado e professor universitário. felipecesar375@gmail.com.

ABSTRACT

This article aims to make an analysis of the Constitutional Amendment number 91 provisions, relating the possibility of party disaffiliation that does not result from the infidelity justification. Furthermore, it seeks to relate the constitutional amendment provisions impact with the principles governing the Brazilian democracy, especially regarding the power given to political parties and in the citizen representation. The Brazilian constitutional and electoral systemic also deserves consideration, since the legal consequences relating to cases of party loyalty have earned den of the Electoral Court and of the Federal Supreme Court, even the relationship political party citizen at the heart of democracy, has recognized its interference. Even, it is useful inform the very active role of the Electoral Justice in itself legislating power and adjustable to the complex issue of political party loyalty.

Keywords: Political party loyalty; Constitutional amendment; Representative democracy.

INTRODUÇÃO

O sistema jurídico brasileiro permanece em constante mutação, para que haja uma adequação da atualidade dos interesses sociais ao formalismo da lei, que pretende acompanhar estes últimos.

Não obstante esse ponto, o que tem se verificado, muitas vezes, é o não acompanhamento das intenções populares acerca do sistema político. Se é por falta de percepção do legislativo ou por questões meramente políticas, cabe uma análise pormenorizada e em separado sobre o assunto.

Nesse quadro, ganha destaque a promulgação recente da Emenda Constitucional n. 91, que gera uma hipótese momentânea de troca de partidos políticos pelo parlamentar, sem a perspectiva do atingimento de sanções.

Em um contexto em que se aflora o sentimento nacional pela retidão procedimental dos quadros políticos nacionais, o que passa pela observância da força dos partidos políticos como instrumentos constitucionais de preservação e representação do interesse público, a pertinência dessa nova emenda constitucional merece ponderação e reflexão.

Diante de um cenário recente, com escassa produção técnica e específica sobre o tema, recorre-se a uma análise pautada pelo instituto da fidelidade partidária e sua fulguração no ambiente jurídico-político brasileiro, de forma a se compreender como atualmente o cenário se desenvolve, em qual perspectiva de aplicação legal pode ser considerado e como afeta o interesse público.

A sistêmica eleitoral-constitucional se revela a seara que possui um contato mais direto com o instituto da fidelidade partidária, e, portanto, merecerá uma

atenção especial no presente trabalho, analisando sua forma de tutela de acordo com o interesse público, espelho do regime democrático sob o qual a sociedade brasileira vive.

Para tanto, a doutrina será devidamente considerada no processo analítico, cabendo relevar conceitos alienígenas naquilo que for pertinente. Por sinal, por esses instrumentos se busca entender o instituto da fidelidade partidária, como ele encontra perpetração por meio da emenda constitucional citada, e qual seu relacionamento com o modelo democrático vigente e das perspectivas sociais, assentes no compromisso político com os valores fundantes da sociedade.

Como conclusão almeja-se obter a síntese desse entendimento, buscando a pertinência ou não da Emenda Constitucional n. 91 dentro da perspectiva cidadã que a democracia vigente exige das instituições e dos homens.

A FIDELIDADE PARTIDÁRIA E O SISTEMA DEMOCRÁTICO

O modelo democrático reinante no mundo ocidental contempla a eleição de representantes em duas facetas específicas: pelo povo e para o povo, parafraseando Abraham Lincoln.

Mesmo sendo esse o modelo adotado, verifica-se continuamente a implementação de uma dosagem participativa nos modelos democráticos, perspectiva natural de um cidadão que anseia, de forma mais acentuada, participar do processo político e do estabelecimento decisório.

A crise do modelo representativo pode ser citada nesse contexto como uma das causas possíveis para essa revigoração participativa do modelo democrático,¹ contudo, não pode ser encarada como a única, em virtude da presença da própria interconexão acelerada entre as pessoas, facilitada pela internet, mídias sociais e pela própria globalização.

Em que pesem essas considerações, deve ser enfatizado que o sistema representativo ainda é a mola mestra de todo o processo político e, como não poderia ser diferente, encontra a vultuosidade hábil na sua posição para o direcionamento da vida de um país.

Em virtude disso, não se pode ignorar a relação existente e pertinente envolvendo o cidadão que vota, e o candidato que é eleito.

Não mais impera no mundo ocidental a figura do *mandato imperativo*, prevalecendo, isso sim, a figura do chamado *mandato representativo*. O primeiro pode ser assimilado como o instrumento de representação política em que se observa a vinculação do eleito com aquele grupo específico de eleitores que

¹ BALESTERO, Gabriela Soares. *Reforma política e o poder judiciário*: questões polêmicas. Curitiba: Juruá, 2015, p. 47-49.

depositaram seus votos na sua pessoa, enquanto o segundo modelo instrumental assimila o mandato parlamentar ao interesse público como um todo, não vinculando, necessariamente, o candidato eleito ao grupo específico do eleitorado que o elegeu.

Nesse sentido, Maurice Duverger² considera que no mandato imperativo a designação do mandatário assume uma feição própria: “Le mandataire doit se conformer strictement aux instructions de son mandant”. Por outro lado, no caso do mandato representativo, o caráter da soberania popular merece realce: “Si l’ ensemble des députés représente l’ensemble de la nation, les représentants ne sont pas liés par un mandat précis reçu de leurs électeurs, puisque ceux-ci ne sont pas les véritables mandants, mais la nation”.

Monica Herman Salem Caggiano³ é bem precisa nessa análise:

(...) sob o particular *aspecto atinente ao conteúdo do mandato representativo*, é interessante visualizar as reformulações deflagradas já no ano de 1774 pela potência do discurso de Edmund Burke, que chamava a atenção para o fato de que o parlamento “*is not a congresso of amassadors from diferente hostile interests; which interests each must maintain, as na agente and advocate; but Parliament is a deliberative assembly o fone nation, with one interest, that of the whole*”. O *mandato imperativo*, pois, foi sendo banido das práticas representativas, detectando-se, até hoje, em algumas constituições a presença desta preocupação com o afastamento de qualquer possibilidade de ligadura ou instruções passadas ao representante por um determinado círculo de eleitores.

Diante desse quadro conceitual, em que a representação assume um caráter eminentemente público, ligado que é ao interesse público, engendra-se o instituto da fidelidade partidária como o instrumental adequado para garantir a consecução dessa relação de confiança.

Por sinal, esse enquadramento se robustece ainda mais com o estabelecimento dos partidos políticos na qualidade de legitimados a fazer valer o plano democrático, posição assumida no plano público mormente após os conflitos bélicos ocorridos na primeira metade do século XX.

Com efeito, em um período anterior, os partidos políticos restavam marginalizados pela sociedade e pelo próprio Estado, questão que passou a encontrar outra interlocução após as reformas democráticas pós-guerras, e, inclusive, a constitucionalização da atuação dos partidos políticos como inerentes e funda-

² DUVERGER, Maurice. *Institutions politiques et droit constitutionnel*. 12. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1971, v. 1, p. 102-103.

³ CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Direito parlamentar e direito eleitoral*. Barueri: Manole, 2004, p. 13.

mentais ao regime democrático. O pensamento de John Adams, o segundo presidente dos Estados Unidos da América, acerca da nocividade dos partidos políticos, e sua exigência para a democracia, enfim ganha amparo social e legal, retrato da tela democrática que se vislumbra no período retratado.

Maurice Duverger esclarece muito bem essa questão:⁴

El verdadero medio de defender la democracia contra las toxinas que ella misma segrega, no consiste en amputarla de las técnicas modernas de organización de las masas y de selección de los cuadros – cirugía que la reduciría a una forma vacía, a una apariencia ilusoria – sino en desviar a éstas para su uso propio: porque son, en definitiva, instrumentos, capaces quizá de lo mejor y de lo peor, como las lenguas del viejo Esopo.

Por conta disso, os partidos políticos são visualizados como os instrumentos hábeis a permitir o acesso dos cidadãos ao plano democrático como possibilidade de construção do quadro representativo, não sendo possível outras fontes para tal fulcro. A Constituição Federal de 1988 é bem clara nesse sentido, como bem se observa em seu artigo 17.⁵

Há, no entanto, o dever de fidelidade para com o cidadão, constituindo o partido político mero instrumental, porém constitucionalizado, para o alcance desse fim:⁶

Os *partidos políticos*, entendidos como instrumento de pluralismo de ideias, não são um fim em si próprios, e sim meio por meio do qual os integrantes de uma nação encaminham o equacionamento das soluções dos seus conflitos que, primitivamente, resolviam, reunidos em assembleia e pelo voto direto. Os parlamentares, assim, não representam o *partido* do qual são parte integrante, e sim o eleitor que lhes delegou o exercício da soberania em seu nome e para com quem possuem dever de *Fidelidade*.

⁴ DUVERGER, Maurice. *Los partidos políticos*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 453.

⁵ “Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

I – caráter nacional;

II – proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes;

III – prestação de contas à Justiça Eleitoral;

IV – funcionamento parlamentar de acordo com a lei”.

⁶ FERNANDEZ, Fernando Francisco Afonso. *Fidelidade partidária no Brasil: análise sob a óptica da política jurídica*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 167.

Em sentido confluyente se pronuncia André Norberto Carbone de Carvalho:⁷

Assim, para a efetividade da democracia pelos partidos, o instituto da fidelidade partidária é essencial. A fidelidade partidária é entendida, aqui, em sentido amplo, como o dever de lealdade a um partido político. É através dela, repita-se, que se garante a vinculação do representante a um programa partidário de governo.

Embora a fidelidade partidária permaneça um instituto de suma importância para o processo democrático, a Constituição Federal de 1988 não estabeleceu casos de infidelidade partidária. O decantado artigo 17 silencia sobre esse assunto. Cabe menção, apenas, ao artigo 55 do documento constitucional de hipóteses de perda do mandato parlamentar, não se referindo diretamente ao instituto.

Coube ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE), por meio da Resolução n. 22.610/2007, estipular casos que configuram a infidelidade partidária, e que ensejariam a perda do cargo pelo parlamentar infrator em prol do partido prejudicado. Aliás, resolução resultante de um longo caminho percorrido, passando pela Resolução n. 22.526/2007 do próprio TSE, bem como por decisões do STF (Supremo Tribunal Federal) proferidas nos Mandados de Segurança 26.602 e 26.604 de 2007.⁸

Essa resolução, em termos sintéticos, estipulou que os mandatos, nas eleições proporcionais e majoritárias, pertencem aos partidos políticos. Apenas é plausível se visualizar a desfiliação partidária de um parlamentar, podendo levar consigo o mandato que angariou, se houver uma justa causa para esse desligamento, inicialmente especificado da seguinte forma pela Resolução citada, em seu artigo 1º, § 1º:

- a) Incorporação ou fusão do partido;
- b) Criação de novo partido;
- c) Mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário;
- d) Grave discriminação pessoal.

Com o advento da Lei n. 13.165/2015, passou-se a se admitir a possibilidade de desfiliação por justa causa, acoplando-se nesta última condição as seguintes hipóteses (artigo 22-A da Lei n. 9.096/95): *c* e *d* do caso anterior, mais a mudança de partido efetuada nos últimos 30 dias do prazo máximo de filiação para concorrer a pleito (6 meses antes do escrutínio), desde que ocorra ao término do mandato vigente.

⁷ CARVALHO, André Norberto Carbone de. *A democracia brasileira: uma democracia pelos partidos? Análise da evolução da figura do partido político na democracia praticada no Brasil, sob a égide da Constituição Federal de 1988*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2012, p. 84.

⁸ CÂNDIDO, Joel J. *Direito eleitoral brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Edipro, 2012, p. 695.

Dessa forma, nota-se inicialmente uma intenção mais dura em reprimir a mudança partidária, como forma de manter a democracia representativa e a integridade das bancadas de acordo com os valores expressos pelos cidadãos votantes. Todavia, na última reforma, já se visualiza um abrandamento da questão, permitindo a desfiliação sem maiores justificativas, e dentro de um lapso de tempo razoável.

De certa maneira, em que pese a força do partido político para a representatividade dos interesses da sociedade, ele acaba perdendo energia em certa faceta da questão, como bem observa Augusto Aras:⁹

Fica, pois, difícil ao partido impor-se aos seus filiados em geral e, em particular, aos filiados detentores de mandatos eletivos. Abandonar o partido é atitude que traz graves prejuízos a esta entidade. Ao candidato, ponderando sobre perdas e ganhos em abandonar a agremiação, caso assim decida fazê-lo, nenhum ônus lhe advém desta decisão, ou se algum prejuízo lhe advier, será mínimo se comparado com o prejuízo causado ao partido político, à autenticidade do sistema representativo e à democracia.

A questão da identificação das pessoas mais com o candidato do que com o partido também merece consideração:¹⁰

O partido político não aparece, não é tão visível quanto aquele que deveria ser o representante. Se, por um lado, o candidato se beneficia das condições oferecidas pelo partido ao qual está filiado, a correspondência de favorecimento à agremiação nem sempre é clara e às vezes é inexistente. Eis aqui um outro motivo a facilitar os desligamentos dos filiados, que enfraquecem o partido e fortalecem o candidato, rompendo com a ideia de despersonalização e institucionalização do Poder. O relacionamento, no Brasil, entre os candidatos e o eleitorado é pessoal e, os partidos, ao perderem seus parlamentares, perdem mais que um filiado infiel, pois sofrem desfalque em importante parcela do seu patrimônio político.

Orides Mezzaroba¹¹ também considera esse último ponto enfocado:

A constitucionalização dos partidos políticos no Brasil, sem dúvida, foi uma aquisição tardia, porém significativa, resta ainda seu reconhecimento formal como instância política vital para a Democracia

⁹ ARAS, Augusto. *Fidelidade partidária: a perda do mandato parlamentar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 165.

¹⁰ ARAS, Augusto. *Fidelidade partidária: a perda do mandato parlamentar*, p. 173-174.

¹¹ MEZZAROBA, Orides. A reforma política e a crise de representatividade do sistema partidário brasileiro. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 53, p. 16-26, dez. 2006, p. 96.

brasileira. Isso porque, no Brasil, os partidos políticos ainda não foram reconhecidos como cooperadores no processo de formação da vontade do Estado.

Trata-se, portanto, de considerar dentro do último apontado, a tutela dos princípios republicano e federativo com o estabelecimento do instituto da fidelidade partidária, fornecendo sustentáculo à democracia para a harmonização da tessitura social.

A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 91 E SUAS DISPOSIÇÕES EXCEPCIONAIS

Em meados de fevereiro do corrente ano, entrou em vigor a Emenda Constitucional n. 91, referente a uma hipótese específica de abandono de uma legenda, pelo parlamentar, sem a ocorrência de configuração de infidelidade partidária.

A citada emenda pode ser visualizada logo a seguir:

Art. 1º É facultado ao detentor de mandato eletivo desligar-se do partido pelo qual foi eleito nos trinta dias seguintes à promulgação desta Emenda Constitucional, sem prejuízo do mandato, não sendo essa desfiliação considerada para fins de distribuição dos recursos do Fundo Partidário e de acesso gratuito ao tempo de rádio e televisão.

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

De acordo com essa novel normatividade, é possível uma nova hipótese de desfiliação partidária, diferentemente das previstas na Resolução n. 22.610/2007 do TSE e no artigo 22-A da Lei n. 9.096/1995, em caráter temporal e excepcional.

Destarte, é possível desligar-se do partido específico nos 30 dias subsequentes à promulgação da emenda constitucional citada, sem qualquer ônus referente à perda do mandato parlamentar.

O projeto de emenda constitucional que surgiu no Senado sob o n. 113/2015, após inúmeras votações nas duas Casas Legislativas pertinentes, encontrou seu termo com embasamento, sustentado essencialmente pelos parlamentares que atuaram nas relatorias, bem como nas respectivas Comissões Parlamentares, no sentido de propiciar um momento de transição na reforma política que se instauraria.

De acordo com essa visão, que sustentou a admissibilidade da PEC como emenda constitucional consolidada, diante de uma reforma política que se avizinha para o momento específico das eleições de 2016, abarcando assuntos sensíveis como o financiamento partidário e perda de cargos eletivos por infidelidade partidária (nos termos da legislação ordinária), concebe-se como justificável esse prazo transitório para trocas de partidos para preencher lacunas que o quadro partidário possa enfrentar nesse período de transição.

Nesse sentido, entende-se como plausível essa troca temporária, permitindo que os agrupamentos políticos se amoldem às novas regras, às regras de uma reforma política que se pretendia mais ampla, envolvendo pontos nevrálgicos da legislação, como os pontos já enfocados (financiamento de campanhas eleitorais e perdas de cargos eletivos por infidelidade partidária), incluindo-se a remodelação do sistema eleitoral, bem como as nuances básicas ao voto e sua localização.

Com base nesse argumento fulcral, é que se acabou por aprovar a citada emenda constitucional, que ainda sustenta a temporariedade de sua vigência no plano fático em virtude do prestígio da fidelidade partidária como instituto jurídico. O seguinte parecer do relator da PEC n. 113/2015, Senador Raimundo Lira (PMDB-PB), explicita o exposto:¹²

Recordamos, a propósito, que estamos acolhendo o dispositivo que permite a troca de partidos pelos detentores de mandato por trinta dias a partir da publicação da Emenda Constitucional que se originar da presente proposição, sem punição por infidelidade partidária, na medida em que a atual realidade política impõe que se permita esse procedimento para que o quadro partidário possa se ajustar à nova realidade (conforme art. 3º do texto para promulgação). Todavia, cabe ponderar que a desfiliação prevista no dispositivo não será considerada para fins de distribuição dos recursos do Fundo Partidário e do acesso gratuito ao tempo de rádio e televisão.

Não obstante esse fator positivo para o parlamentar, trazido pela promulgação da citada emenda constitucional, algumas ressalvas podem ser feitas para essa troca, consistentes em não aderências à distribuição dos recursos do Fundo Partidário e acesso aos horários de rádio e televisão.

Não é exagero enfatizar que os recursos do Fundo Partidário recebidos pelos partidos políticos, bem como o acesso gratuito aos horários mencionados, revelam-se importantes fatores nas corridas eleitorais, uma vez que simbolizam recursos financeiros ativos nas campanhas e a exposição midiática necessária para o alcance da opinião pública para o específico escrutínio.

Assim sendo, ocorrendo a troca no período englobado pela Emenda Constitucional n. 91, por um lado, o parlamentar poderá trocar de legenda sem maiores ressalvas, no entanto, o partido que o receber não poderá contar com os valores disponíveis pelo fundo (e, também, calculados com base nos parlamentares

¹² BRASIL. Projeto de Emenda Constitucional n. 113, de 2015 (do Senado Federal). Reforma as instituições político-eleitorais, alterando os artigos 14, 17, 57 e 61 da Constituição Federal, e cria regras temporárias para vigorar no período de transição para o novo modelo, acrescentando o artigo 101 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122759>>. Acesso em: 24/03/2016.

existentes na grei partidária) e os respectivos espaços nos meios de comunicação (também medidos com base nas estatísticas de parlamentares de cada partido).

O que chama a atenção nessa nova emenda constitucional, dentre a enxurrada de emendas constitucionais que tornam a Constituição Federal uma colcha de retalhos, é seu caráter transitório, ocupando um espaço específico no tempo para depois se encampar pela seara das peças mortas dentro do ordenamento jurídico.

Como a supracitada emenda foi promulgada no dia 18 de fevereiro de 2016, os parlamentares que se encaixem em seu permissivo terão até o dia 19 de março do mesmo ano para trocar de partido, sem maiores afrontas.

O dispositivo básico da emenda morre nessa data, para não ser mais esmiuçado pelo operador do direito. A única questão que ainda merecerá uma ponderação posterior será a questão dos fundos partidários e do horário gratuito, que não poderão ser desrespeitados pelo parlamentar que trocou de legenda e pelo partido que o recebeu. Caberá a devida fiscalização à Justiça Eleitoral quanto a este ponto.

No mais, permanece uma grande incógnita o propósito de deliberação acerca de uma emenda com tais matizes. Utilizar-se da prerrogativa atribuída pelo artigo 60, § 3º da Constituição Federal, inerente a reforma constitucional, para focalizar uma disposição que poderia encontrar outra fulguração na própria legislação, de forma mais completa e detalhada (e não como hoje, com disposições esparsas em resolução da Justiça Eleitoral e dispositivos da lei dos partidos políticos – Lei n. 9.096/1995), realmente, não demonstra muito sentido para a construção de um ordenamento jurídico coeso. Por mais questionável que seja a medida em seu conteúdo, a forma de propagação via emenda merece a devida avaliação.

A única coisa plausível que se poderia pensar para esse dilema seria a resolução de interesses políticos, uma vez que as questões jurídicas passam longe dessa problemática. A questão do período de transição política, conforme realçado no projeto da PEC, também merece ressalvas, uma vez que a reforma política supostamente pretendida não se efetivou. Os próprios institutos da fidelidade partidária e da democracia representativa reclamam o contrário. Nesse ponto, deve-se dizer, é possível se adentrar ao campo da especulação, que pode ser sobejado apenas em caráter de apontamento superficial, por não ser condizente com o trabalho científico e suas razões.

É realçada na doutrina a questão da contemplação normativa do instituto da fidelidade partidária, referindo-se ao cerne da discussão ao âmbito da Constituição, do poder normativo da Justiça Eleitoral e da legislação ordinária.

Nessa seara, pode ser denotado o ponto de vista que vê a necessidade de abordagem da questão da fidelidade partidária pela Constituição Federal, mor-

mente em seu artigo 55, que trata de questões de perda do mandato parlamentar. Critica-se, nesse ponto, a atuação da Justiça Eleitoral, por meio da Resolução n. 22.610/2007, disciplinando matéria que caberia ao Legislativo, invadindo competência alheia.

Gabriela Balestero¹³ bem elucida esse paradoxo:

(...) é muito importante constatar a necessidade de moralizar os nossos agentes políticos, porém compete ao Legislativo a Reforma Política, pois devido a interferência do Poder Judiciário, tal situação que poderia ser sadia, pode trazer problemas constitucionais graves.

(...)

Desta forma, o Tribunal Superior Eleitoral atuou como um legislador positivo em matéria reservada ao artigo 55 da Constituição Federal de 1988 e não à lei ordinária federal.

Nesse sentido, tal situação viola: o princípio da segurança jurídica; o princípio da liberdade de pensamento, de reunião, de associação e expressão, o fato de que ninguém pode se privado de seus direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, além do fato de que a norma constitucional de interpretação restritiva que prevê a perda do mandato é somente o artigo 55 da Constituição Federal.

(...)

Nessa esteira, sendo imprescindível a reforma política, então que ela seja feita por intermédio do poder competente que é o Legislativo, de maneira a, por Emenda Constitucional elencar uma hipótese nova no artigo 55 da Constituição Federal de 1988, acrescentando a infidelidade partidária.

Por seu turno, Augusto Aras esclarece que a análise da questão da infidelidade partidária passa pelo cerne de diferenciação entre a *atividade parlamentar* e a *atividade partidária* dos constituintes. As duas podem ser diferenciadas da seguinte maneira:¹⁴

A atividade partidária é muito mais ampla que a atividade parlamentar, podendo ser desempenhada por filiado e até mesmo por simples adeptos. Por seus atos respondem os partidos políticos, por solidariedade passiva (art. 241 do Código Eleitoral).

As regras que disciplinam a atividade parlamentar aplicam-se no que diz respeito à atuação dos deputados e senadores nas respectivas Casas que representam o Poder Legislativo – e, por simetria, aos deputados estaduais e vereadores –, dotada de função primordial de impulso ou

¹³ BALESTERO, Gabriela Soares. *Reforma política e o poder judiciário*: questões polêmicas, p. 120-122.

¹⁴ ARAS, Augusto. *Fidelidade partidária*: a perda do mandato parlamentar, p. 319-320.

direção política na elaboração de leis e controle dos demais Poderes Executivo e Judiciário (*checks and balances*), composto por uma pluralidade de partidos, cada um detendo interesses imediatos conflitantes, carentes de satisfação.

Ou seja, é possível se depreender que a atividade partidária precede a parlamentar, permanecendo esta restrita à atuação do parlamentar perante o mandato nele investido, o que difere de sua atuação no âmbito *interna corporis* da grei partidária de sua origem.

Por via oblíqua, sendo plausível se visualizar o artigo 17 da Constituição Federal como aquele dispositivo referente à atividade partidária, diferentemente do artigo 55, oponível à atividade parlamentar, qualquer disposição acerca da infidelidade partidária mereceria especial conhecimento do primeiro dispositivo constitucional citado, e não do segundo.

Augusto Aras¹⁵ assim pontua:

Enfim, a atividade partidária antecede e é distinta da atividade parlamentar, tendo, cada uma delas, peculiar sistema de proteção ou de controle, uma prevista no parágrafo 1º do art. 17/CF e outra, no art. 55/CF, que devem coexistir e funcionar, independentemente, a fim de conferir segurança, respectivamente, aos Partidos Políticos e ao Parlamento. A ausência do efetivo funcionamento de um – ou de ambos – dos sistemas de proteção ou de controle, partidário e parlamentar, põe em risco a autenticidade do sistema representativo, só havendo uma forma de preservar o fim último do Estado de Partidos parcial (o caso do Brasil), que é através do reconhecimento da validade e importância da perda do mandato parlamentar como consequência da aplicação da pena de expulsão ou desligamento voluntário, de índole partidária – e não parlamentar –, resultante da autonomia e competência outorgada às agremiações para dispor sobre normas de fidelidade e disciplina.

De qualquer forma, o que se visualiza é que a questão da infidelidade partidária mereceria um apontamento mais específico e ordenado, não se esparramando pela legislação ordinária, por resoluções da Justiça Eleitoral até redundar em uma emenda constitucional sem o menor cabimento jurídico.

Em um Estado em que o partido assume a defesa do interesse e da soberania popular, mediante a acolhida dos representantes escolhidos, mister se faz pensar na influência que medidas contraditórias e intempestivas envolvendo os três poderes podem conduzir a uma afetação negativa da democracia e da confiança popular nos instrumentos estabelecidos com o escopo de sua preservação, tais quais os partidos políticos.

¹⁵ ARAS, Augusto. *Fidelidade partidária: a perda do mandato parlamentar*, p. 322.

O FORTALECIMENTO/ENFRAQUECIMENTO DOS PARTIDOS POLÍTICOS E DA DEMOCRACIA

Estabeleceu-se o regime da fidelidade partidária como uma resposta necessária a adequação da atuação dos parlamentares ao conjunto de votos que os elegeram para seus respectivos cargos.

Alude à democracia, a representatividade necessária que se expressa pelo mandato representativo, fruto da defesa do interesse de toda a coletividade, e não de um agrupamento de menor monta.

Diante desses vetores, contestável permanece uma emenda constitucional que não considera o espírito relatado no presente trabalho, que se presta a objetivos enigmáticos, que não alicerçar a confiança humana naqueles que tiveram o voto popular, tornando a democracia mais fortificada e preparada para eventuais crises.

Com efeito, muitos são apontados os motivos que levam os parlamentares a trocarem de partidos, que não seja o interesse comum, a defesa daqueles que depositaram em específica classe de cidadãos sua confiança pela condução dos rumos políticos do país. Augusto Aras¹⁶ denota isso bem:

(...) a força motriz do primeiro momento é fortalecer-se aderindo aos partidos vitoriosos e que saíram fortalecidos das eleições, em busca de verbas e cargos estratégicos. A motivação em um segundo momento é o interesse em sagrar-se vencedor em nova eleição, aderindo aos partidos com maior potencial de elegibilidade.

Não se almeja, com o instituto da fidelidade partidária, que o parlamentar permaneça um “robô” sem vontade, que não tenha o mínimo de propensão intelectual e volitiva quanto às decisões a tomar. Deve ser esquadrinhado um espaço mínimo para a vontade do parlamentar, dentro dos limites propostos pelo programa e pelo conjunto de ideais do partido, tendo-se, como pano de fundo, obviamente, o escopo do mandato representativo.

Clèmerson Merlin Clève¹⁷ é bem feliz em sua análise quanto a este último ponto retratado:

O princípio constitucional da fidelidade partidária deve ser compatibilizado com os demais princípios constitucionais, designadamente, o princípio do mandato representativo e o princípio da liberdade de consciência, de pensamento e de convicção (os direitos fundamentais possuem natureza principiológica). A fidelidade partidária não pode

¹⁶ ARAS, Augusto. *Fidelidade partidária: a perda do mandato parlamentar*, p. 165.

¹⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Fidelidade partidária: estudo de caso*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 78-79.

chegar ao ponto de transformar mandato representativo em mandato imperativo, e o parlamentar em autômato guiado pelas cúpulas partidárias. Não pode, também, chegar a ponto, observados a doutrina e o programas partidários, de violentar a consciência e a liberdade de convicção e de pensamento do parlamentar. Ocorrente situação de conflito, e desde que não sejam maculados o programa e a doutrina partidárias, está o parlamentar autorizado a abster-se de votar sempre que a diretriz partidária venha a significar violência à sua esfera de intimidade e de convicção.

Assim sendo, convivemos em um Estado de partidos, estes acolhidos constitucionalmente para canalizar a vontade geral e para perpetrar a democracia. Augusto Aras fala em *Estado de partidos parcial*,¹⁸ mas, independentemente da classificação adotada, reconhece-se esse caráter de supremacia partidária para a instrumentalização da democracia, em que pese a identificação mais profunda do eleitorado com a individualidade dos candidatos, conforme citado no presente estudo.

A democracia de partidos impera, mas esse tipo de atuação parlamentar, expressa pela emenda constitucional citada, corrobora para o enfraquecimento dos mesmos partidos.¹⁹

É por lógica deduzir que o uso do poder de reforma, previsto constitucionalmente, enseja a utilização do instrumental cabível de forma a tutelar uma atribuição de fundamental força no eixo constitucional. O que pode ser verificado no caso concreto é o uso da emenda constitucional para reduzir a força democrática impressa ao instituto da fidelidade partidária, permitindo a troca imotivada entre legendas sem a menor retribuição ao Estado Democrático.

Permitir que um parlamentar abandone uma grei partidária para outra em um lapso determinado de tempo, sem justificar essa troca (o que enseja especulações políticas) se revela uma afronta a uma democracia que precisa se consolidar, que necessita estreitar e solidificar os laços envolvendo parlamentar e cida-

¹⁸ Diferenciam-se o Estado de Partidos total e parcial. O total se refere a existência do partido único como mola propulsora da sociedade e da organização política. Destaca-se nos Estados totalitários. Porém, o parcial é constituído de três elementos: pluralidade de canais de representação dos interesses, a mediação pelos partidos de forma dinâmica e, por último, a concorrência na formação da vontade do Estado. É o caso do Brasil, admitido a um aspecto pluripartidário (ARAS, Augusto. *Fidelidade partidária: a perda do mandato parlamentar*, p. 287-288).

¹⁹ Deve-se ressaltar que existem vozes na própria doutrina que enfatizam o caráter fortificado das agremiações partidárias, não obstante o estudo aqui realizado, enfocando essa premência com base na estruturação territorial deles e no aumento constante e linear do número de filiados. Cf. SOUSA BRAGA, Maria do Socorro; RODRIGUES-SILVEIRA, Rodrigo; BORGES, Tiago. Organización, territorio y sistema partidario: difusión territorial de la organización de los partidos y sus potenciales impactos sobre la estructura del sistema partidario en Brasil. *Revista América Latina Hoy*, Salamanca, n. 62, p. 15-45, 2012.

ção, parlamentar e sociedade, gerando a segurança governamental almejada pela Constituição Federal.

Com medidas adotadas como essa, expressa pela Emenda Constitucional n. 91, não só a democracia resta prejudicada, como os próprios partidos políticos, uma vez que se chega a atribuir aos parlamentares, em uma situação pontual (como a especificada por esta emenda constitucional), mais força que os ideários partidários (já não muito sólidos), expressões motrizes do voto e da confiança popular, mesmo persistindo a situação de escolha pelas características individuais (uma vez que mesmo esses escolhidos possuem uma linha ideológica política, por mais contraditória que seja).

Já as treze colônias americanas vislumbravam um modelo democrático de aproximação entre parlamentar e população. A própria estrutura territorial e política já seria montada para essa persecução com fundamento nas instituições professadas por Thomas Jefferson, com a contínua divisão das unidades políticas locais de forma a efetivar essa aproximação.²⁰

A questão envolvendo a fidelidade partidária, e o próprio Estado de partidos, passa por essa ideia. A aproximação que envolve, que compromete com o ideário, aproxima cidadão e parlamentar escolhido, permite a maior fiscalização, tornando a democracia mais atuante e solidificada.

Ao invés de se estabelecer uma emenda ou qualquer reforma constitucional revendo a questão da fidelidade, tornando a instituição mais robusta, sem se limitar ao ordenamento infraconstitucional ou à atuação da Justiça Eleitoral, limita-se o legislador pátrio a pontuar questões supérfluas, ligadas estritamente a interesses pessoais, como se viu na emenda em comento.

O mandato representativo, nessa esfera, se enfraquece. Ou, nas palavras de Augusto Aras, o mandato representativo partidário sai enfraquecido, tal a força que pode ser atribuída aos partidos políticos no contexto analisado:²¹

Defende-se a releitura do instituto da representação e do seu veículo mandato político, para efeito de buscar um novo modelo adequado à pós-modernidade, ao qual propõe o autor receba a nomenclatura de mandato representativo partidário, baseado na tríplice relação eleitor-partido-eleito, em que o parlamentar só é livre para os atos tipicamente legislativos (elaborar leis e fiscalizar), ficando os atos de índole partidária submetidos aos estatutos, ideário, programa e diretrizes legitimamente estabelecidas, tendo em vista que no Estado Parcial de Partidos (Brasil) o titular do mandato parlamentar não é o eleito e, sim,

²⁰ EKIRCH JR., Arthur A. *A democracia americana: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1965, p. 68.

²¹ ARAS, Augusto. *Fidelidade partidária: a perda do mandato parlamentar*, p. 353.

a agremiação pela qual se elegeu, porque a ela filiado, conferindo-se, destarte, efetividade ou eficácia social ao princípio constitucional da Fidelidade Partidária.

Não se pode ignorar um fator. A democracia contemporânea se instrumentaliza por meio dos partidos políticos. Configuram um requisito *sine qua non* no processo. Monica Caggiano²² bem demonstra isso:

No entanto, também foram merecedores de atenção, **os efeitos benéficos da medida no tocante ao fortalecimento da instituição político partidária**. O robustecimento dessa entidade, **numa ordem jurídica que vincula a apresentação das candidaturas aos partidos**, a exemplo do que ocorre entre nós, importa, sem dúvida, na consagração do **modelo de Estado de Partidos** desenhado por Hans Kelsen e neste diapasão, no reconhecimento de uma nova dimensão democrática, porquanto neste contexto, a democracia passaria a se operacionalizar por intermédio dos partidos. (grifos no original)

Portanto, com toda a desenvoltura produzida pela supracitada emenda constitucional, o parlamentar escolhido acabou agindo ignorando os principais postulados que o mantém na sua posição. Afrontou a democracia e os partidos políticos, expressão do mandato representativo, que deve se ater a uma aproximação com a sociedade, com o cidadão, em fortalecer as instituições que mantêm íntegra a democracia, e não em sentido inverso, como infelizmente se deflagrou.

O poder reformador foi estruturado em prol da elevação da democracia. Seus principais instrumentais, no entanto, utilizam em momentos inoportunos essa característica para o enfraquecimento das instituições democráticas, tal qual a fidelidade partidária, que embasa a confiança social nos partidos políticos, caminhos necessários para o alcance da democracia equilibrada e deliberada de forma espontânea.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto da fidelidade partidária, conforme foi possível verificar no presente trabalho desenvolvido, revela-se de suma importância para a própria democracia instaurada.

De modo subsequente, diz-se que o processo democrático busca uma legitimidade, fomentando-se por meio do Estado de partidos, instrumentos hábeis e constitucionalizados com o fim de fomentar a democracia representativa, com o mandato representativo.

²² CAGGIANO, Monica Herman Salem. A fenomenologia dos trânsfugas no cenário político-eleitoral brasileiro. In: CAGGIANO, Monica Herman Salem; LEMBO, Claudio Salvador (Coord.). *O voto nas Américas*. Barueri: Minha Editora, 2008, p. 244.

Consideradas essas condições, a Emenda Constitucional n. 91 acabou se revelando inapropriada para os fins almejados.

Estipulando um modelo específico e temporal para a troca imotivada de partido, relega-se a um segundo plano o instituto da fidelidade partidária como elemento de confiança do cidadão na representatividade escolhida, em prol de interesses obscuros que não mantêm estreita ligação com o bem público.

O poder reformador se revela como um mecanismo atribuído ao legislador para garantir a funcionalidade do sistema constitucional, do sistema jurídico como um todo, e, no final das contas, pareceu ser utilizado não para aprimorar a fidelidade partidária, carente de uma maior especificação constitucional, e sim para perpetrar os interesses políticos de se manter no poder a qualquer custo.

A Justiça Eleitoral e o próprio Direito Eleitoral precisarão estar atentos aos efeitos dessa emenda constitucional, buscando manter o espírito democrático estabelecido de acordo com os instrumentais e finalidades últimas do modelo representativo, como elucidado no presente trabalho em diversas ocasiões.

A democracia anda para trás com esse tipo de ocorrência, perpetrada por uma letra morta e temporal no texto constitucional, que merece a mais alta consideração.

Ao final de tudo, o cidadão resta prejudicado, pois vê a *accountability* democrática em relação aos seus representantes afrouxada, com seus representantes deixando quadros ideológicos de eleição em prol de interesses estranhos ao bem público.

Diante desse quadro, cabe ao cidadão retomar as rédeas do jogo. Apenas sua atuação democrática mais ativa possui o condão de evitar o tipo de situação ocasionada pela Emenda Constitucional n. 91, estranha ao espírito democrático instaurado. Apenas tomando a Administração pública como sua, e fazendo parte de si, participando de forma ativa, que poderá mudar esse quadro, fiscalizando mais de perto os representantes escolhidos. Nas palavras de Thomas Jefferson:²³

(...) uma república pura é um Estado de sociedade na qual todo membro de espírito maduro e são tem igual direito de participar, pessoalmente, na direção dos negócios da sociedade. Tal regime, é obviamente, impraticável além dos limites de um acampamento ou de uma pequena aldeia. Quando números, distância ou força obrigam-na a agir por meio de deputados, então seu governo continua republicano somente na proporção em que as funções que eles exercem, pessoalmente, são maiores ou menores e, como naquelas exercidas pelo deputado, o direito de nomear

²³ JEFFERSON, Thomas. *Escritos políticos*. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 10 (Coleção Os Pensadores).

o deputado deles somente é *pro hac vice* ou fins maiores ou menores ou para mandatos mais curtos ou mais longos.

A participação, expressão da soberania popular, merecerá a devida reflexão, como meio a ser ainda mais incentivado no âmbito popular, de forma a fomentar um regime democrático representativo mais equânime:²⁴

A valorização do princípio participativo é uma forma de reação à sociedade de massas e sua tendência ao individualismo atomizante, pois propicia meios de superar a alienação imposta por um sistema que, via de regra, não incentiva que os integrantes da sociedade se preocupem em dar uma contribuição maior *em nome* de um todo (orgânico).
(...)

Não se pode retirar do povo as formas de expressão de sua soberania a partir da equivocada alegação de que ele não está preparado para exercê-la. Somente com a abertura dos canais de expressão da vontade popular haverá um movimento no qual o povo terá progressivamente melhores condições de desempenho responsável da cidadania no chamado *processo* democrático.

Por conseguinte, há a possibilidade positiva e concreta de fazer prevalecer o Estado de partidos, por meio do mandato representativo, dentro do modelo democrático adotado, longe de arbitrariedades perpetradas por parlamentares que atuam em desacordo ao interesse da sociedade.

REFERÊNCIAS

ARAS, Augusto. *Fidelidade partidária: a perda do mandato parlamentar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BALESTERO, Gabriela Soares. *Reforma política e o poder judiciário: questões polêmicas*. Curitiba: Juruá, 2015.

BRASIL. Projeto de Emenda Constitucional n. 113, de 2015 (do Senado Federal). Reforma as instituições político-eleitorais, alterando os arts. 14, 17, 57 e 61 da Constituição Federal, e cria regras temporárias para vigorar no período de transição para o novo modelo, acrescentando o art. 101 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122759>>. Acesso em: 24/03/2016.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. A fenomenologia dos trãnsfugas no cenário político-eleitoral brasileiro. In: CAGGIANO, Monica Herman Salem; LEMBO, Claudio Salvador (Coord.). *O voto nas Américas*. Barueri: Minha Editora, 2008.

²⁴ NOHARA, Irene Patrícia. Democracia e participação direta – reflexões sobre os limites e as novas possibilidades de efetivação da soberania popular pela governança. In: MESSA, Ana Flávia; SIQUEIRA NETO, José Francisco; BARBOSA, Susana Mesquita (Coord.). *Transparência eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 197-198; p. 203-204.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Direito parlamentar e direito eleitoral*. Barueri: Manole, 2004.

CÂNDIDO, Joel J. *Direito eleitoral brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Edipro, 2012.

CARVALHO, André Norberto Carbone de. *A Democracia brasileira: uma democracia pelos partidos? Análise da evolução da figura do partido político na democracia praticada no Brasil, sob a égide da Constituição Federal de 1988*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2012.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Fidelidade partidária: estudo de caso*. Curitiba: Juruá, 2005.

DUVERGER, Maurice. *Institutions Politiques et droit constitutionnel*. 12. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1971, v. 1.

DUVERGER, Maurice. *Los partidos políticos*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

EKIRCH JR., Arthur A. *A democracia americana: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1965.

FERNANDEZ, Fernando Francisco Afonso. *Fidelidade partidária no Brasil: análise sob a óptica da política jurídica*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

JEFFERSON, Thomas. *Escritos políticos*. São Paulo: Abril Cultural, 1973 (Coleção Os Pensadores).

MEZZAROBA, Orides. A reforma política e a crise de representatividade do sistema partidário brasileiro. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 53, p. 95-112, dez. 2006.

NOHARA, Irene Patrícia. Democracia e participação direta – reflexões sobre os limites e as novas possibilidades de efetivação da soberania popular pela governança. In: MESSA, Ana Flávia; SIQUEIRA NETO, José Francisco; BARBOSA, Susana Mesquita (Coord.). *Transparência eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOUSA BRAGA, María do Socorro; RODRIGUES-SILVEIRA, Rodrigo; BORGES, Tiago. Organización, territorio y sistema partidario: difusión territorial de la organización de los partidos y sus potenciales impactos sobre la estructura del sistema partidario en Brasil. *Revista América Latina Hoy*, n. 62, Salamanca, p. 15-45, 2012.

Data de recebimento: 30/05/2016

Data de aprovação: 21/10/2016

A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS: UMA DIRETRIZ CONSTITUCIONAL AINDA PENDENTE

THE FUNDAMENTALITY OF THE LABOR RIGHTS: A CONSTITUTIONAL GUIDELINE STILL PENDING

*Antônio Braga da Silva Júnior**
*Roberto Freitas Filho***

RESUMO

O Direito do Trabalho hodierno enfrenta delicado momento de questionamentos e relativizações, mormente no atual contexto de crise econômica nacional. É nesse cenário que se destaca o estudo do regime jurídico-constitucional aplicado às normas sociais trabalhistas. O presente artigo, portanto, ao perquirir acerca do caráter da fundamentalidade desse importante ramo jurídico, examinará em que medida o regime jurídico atinente aos direitos fundamentais pode dar voz e efetividade aos direitos sociais trabalhistas, no sentido de não se admitir que o robusto rol constitucional de direitos laborais se transforme em mera carta retórica de intenções. Pretende-se ao final, sem pretensão de esgotamento deste vasto problema de pesquisa, demonstrar que o Direito do Trabalho, instrumento constitucional fundamental de distribuição de poder e de riqueza e, assim, de resguardo da dignidade humana, possui a favor de si plena eficácia protetiva, de modo a demandar do Estado e mesmo dos particulares um exercício contínuo contra a tendência de retrocesso na proteção e na efetividade da tutela laboral.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; Direitos sociais; Direitos trabalhistas; Eficácia.

* Graduado em Direito pela Universidade de Brasília – UnB. Mestrando na área de concentração Constituição e Sociedade, no Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. antoniojunior.85@gmail.com.

** Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo – USP. Professor do Programa de Mestrado do IDP. freitasfilho.roberto@gmail.com.

ABSTRACT

The Labour Law faces a delicate moment of questioning and relativization nowadays, especially in the current context of economic crisis. In this context, the study of the constitutional regime applied to labor social norms emerges. This article, therefore, while it asserts about the character of the fundamentality of this important legal branch, it also examines to what extent the legal regime about fundamental rights can give voice and effectiveness to labor social rights, in order not to admit that the constitutional labor rights become mere rhetoric letter of intent. Without intending to exhaust this vast research problem, we intend to show that the Labour Law, fundamental constitutional instrument of power and wealth distribution, and thus of human dignity, has full protective efficacy in order to demand the state and even individuals a continuous exercise against regression in the protection and effectiveness of labor protection.

Keywords: Fundamental rights; Social rights; Labor rights; Effectiveness.

INTRODUÇÃO

Passados praticamente trinta anos da promulgação do texto constitucional de 1988, ainda muito se tem discutido acerca do conteúdo formal e material da Constituição, mormente em razão da sua robustez quanto aos direitos fundamentais. Essa robustez se denota não apenas no aspecto quantitativo, relacionado ao vasto número de direitos fundamentais individuais e sociais previstos implícita e explicitamente no rol constitucional, mas também no aspecto qualitativo atinente ao regime jurídico a eles relacionado. A abertura material da Constituição a outros direitos fundamentais, ainda que não previstos em seu analítico texto (art. 5º, § 2º), a previsão de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º) e o limite ao poder de reforma do constituinte (art. 60, § 4º) são apenas exemplos dessa ênfase à fundamentalidade, que se torna tão mais evidente quanto mais se adentra nos estudos do tema.

Contudo, no decorrer desses longos anos de vigência constitucional, bem se sabe que muitas foram as discussões e teorias que conspiraram contra essa robustez constitucional, principalmente no que concerne aos direitos fundamentais sociais. Apenas a título exemplificativo, vale recordar as discussões acerca dos limites da Revisão Constitucional que ocorreu cinco anos após a promulgação da Constituição da República, consoante artigo 3º do ADCT, em que uma importante corrente de constitucionalistas (chamada de ala dos conservadores da Constituinte), em grande medida influenciada pelo ideário neoliberal,¹ defendia

¹ Consoante o historiador Perry Anderson, o ideário neoliberalista é marcado pelo pensamento desregulatório do Estado de Bem-Estar Social. Seus defensores enxergavam as origens da crise econômica localizadas no “poder excessivo (...) do movimento operário, que havia corroído as

o ponto de vista de que a Revisão Constitucional poderia e deveria ser ampla, sem qualquer limitação, de modo a emplacar o interesse político de diminuição do tamanho do Estado e de enxugamento dos direitos fundamentais sociais.²

Nos dias atuais, essas investidas contra os direitos sociais – em grande medida associadas ainda ao pensamento neoliberal – longe de cessarem, intensificaram-se diante do cenário de longa e persistente crise econômica. A propósito, de acordo com dados macroeconômicos oficiais, em 2015 o Produto Interno Bruto (PIB) do Brasil retraiu 4,08%,³ com aumento do desemprego em 9,1%⁴ no ano de 2015, números estes que denotam tempos difíceis pelos quais a economia brasileira atravessa.

E, se antes as investidas contra os direitos fundamentais sociais dirigiam-se à própria afirmação constitucional dessas garantias sociais, atualmente apresentaram-se no cenário jus-político com estratégia diversificada, ora relacionada ao reconhecimento da fundamentalidade – e respectivos efeitos jurídicos – dos direitos sociais. Não são poucas as teses jurídicas modernas que insistem na objeção da constitucionalização de direitos e deveres em matéria social, tanto no tocante à extensão do conteúdo quanto, e principalmente, à aplicação do regime jurídico dos direitos fundamentais.⁵

bases de acumulação capitalista com suas pressões reivindicativas sobre os salários e com sua pressão parasitária para que o Estado aumentasse cada vez mais os gastos sociais”. A ideologia política neoliberal desenvolve-se a partir do governo de Margaret Thatcher na Inglaterra de 1979, de Ronald Reagan nos Estados Unidos de 1980, bem como de Helmut Kohl na Alemanha de 1982. No Brasil, a ideologia neoliberal influenciou principalmente os governos de Sarney (1985), Fernando Collor de Mello (1990), Itamar Franco (1992) e os dois mandatos de Fernando Henrique Cardoso (1995). ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir (Org.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. São Paulo: Paz e Terra, 1996, p. 10 e ss.

² De acordo com o deputado Constituinte Aldo Arantes, apesar da grande pressão dos membros Constituintes da ala conservadora, nitidamente neoliberal, não houve força política suficiente para impor o que defendiam para a Revisão Constitucional. Apesar de toda articulação dos grandes empresários e defensores do pensamento neoliberal, a Constituição de 1988 incorporou o rico aparato de direitos fundamentais sociais ao seu texto. ARANTES, Aldo. O golpe da revisão constitucional ampla. *Princípios – Revista teórica, política e de informação*, São Paulo, Anita, n. 29, p. 4-12, maio/jun. 1993. Disponível em: <http://grabois.org.br/portal/cdm/revista.int.php?id_sessao=50&id_publicacao=128&id_indice=548>. Acesso em: 19/12/2015.

³ Índice de Atividade Econômica – IBC-Br, divulgado pelo Banco Central. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?INDECO>>. Acesso em: 25/02/2016.

⁴ Pnad Contínua, atualizada trimestralmente pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoe-rendimento/pnad_continua/>. Acesso em: 25/02/2016.

⁵ Ainda que minoritariamente, com pouca expressividade entre os doutrinadores que se debruçam sobre o tema, há autores que negam aos direitos sociais a condição de autênticos direitos fundamentais. Cita-se, exemplificativamente, o autor chileno Fernando Atria e seu provocativo artigo “Existem Direitos Sociais?”. ATRIA, Fernando. *Existem direitos sociais?* Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1273603159.pdf>. Acesso

Quando observado o enfoque trabalhista no contexto dos direitos sociais, essa problemática de objeção se intensifica, tendo em vista o caráter privado das relações trabalhistas. É dizer, o motivo de os custos sociais para a tutela do valor trabalho originarem-se em grande medida da iniciativa privada, por meio de um custeio direto do empregador, faz com que essa resistência à fundamentalidade do trabalho e aos seus consequentes efeitos jurídicos se intensifique no ideário econômico nacional.

A trajetória deste artigo, portanto, será traçada no sentido de se explorar em que medida os direitos sociais trabalhistas de fato possuem a favor de si o caráter da fundamentalidade, e, dessa forma, como o regime jurídico atinente aos direitos fundamentais podem dar voz e efetividade⁶ aos direitos sociais trabalhistas, no sentido de não se admitir que o extenso rol constitucional de direitos trabalhistas se transforme em mera carta retórica de intenções em plena fase democrática do Estado de Direito.

Para tanto, o trabalho abordará inicialmente a centralidade do trabalho humano na Constituição da República de 1988 e a associação do Direito do Trabalho ao intuito de afirmação da dignidade da pessoa humana, para, daí, perquirir acerca da marca da fundamentalidade tanto formal quanto material desse ramo jurídico.

Na segunda parte do trabalho, será desenvolvida a controvérsia em torno do regime jurídico constitucional dos direitos fundamentais aplicado aos direitos sociais trabalhistas, mais especificamente o postulado da aplicabilidade

em: 19/12/2015. Na doutrina nacional, é importante registrar, ainda, o posicionamento do autor Roger Stiefelmann Leal, que, apesar de afirmar a existência e importância dos direitos sociais no âmbito constitucional, ao tratar dos limites e restrições aplicados aos direitos sociais flexibiliza o instituto da vedação ao retrocesso social, de modo a admitir a possibilidade inclusive de total supressão de legislação vigente concretizadora de direitos sociais quando insuficientes os recursos públicos. LEAL, Roger Stiefelmann. *Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/direitos-sociais-e-vulgariza%C3%A7%C3%A3o-da-no%C3%A7%C3%A3o-de-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 19/12/2015.

⁶ É importante ressaltar, desde já, a diferenciação entre eficácia jurídica – objeto de estudo diante do regime jurídico atinente aos direitos fundamentais – e eficácia social (ou efetividade), em que pese a íntima conexão entre aquela como pressuposto desta. De acordo com as clássicas lições de José Afonso da Silva, representativas da doutrina dominante sobre o assunto, eficácia jurídica “designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos” referindo-se, assim, à aplicabilidade ou exigibilidade da norma, ou seja, à possibilidade de sua aplicação jurídica. Por sua vez, eficácia social se refere à efetividade, vista como a realização concreta do direito na prática social. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 55-56. Igualmente são as concepções da ilustre jurista Flávia Piovesan, que, utilizando-se da doutrina de Kelsen e Tércio Sampaio Ferraz Jr, afirma que eficácia jurídica corresponde às condições técnicas de aplicação da norma, enquanto a eficácia social diz com a efetiva aplicação da norma aos casos concretos. PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. São Paulo: RT, 1995, p. 47 e ss.

imediatamente a que se refere o artigo 5º, § 1º, da Constituição da República, o dever dos poderes constituídos à eficácia protetiva dos direitos laborais e, por fim, a vedação ao retrocesso social atinente às normas laborais.

A CENTRALIDADE DO TRABALHO HUMANO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

A Constituição da República de 1988 deixou clara a inserção do Direito do Trabalho em seu núcleo essencial, relacionado aos direitos e garantias fundamentais sociais.⁷

E esse fato se explica, de um lado, pela matriz de um Estado Democrático de Direito em que foi estruturado o Texto Maior, com destaque para os direitos fundamentais da pessoa humana. De outro lado, figura o Direito do Trabalho, assegurador em grande medida da prevalência dos direitos fundamentais da pessoa humana no âmbito individual e comunitário, da subordinação da propriedade à sua função social, da valorização do primado do emprego na ordem social e, em suma, da justiça social.⁸

Tendo em vista que o ideal democrático distingue-se e destaca-se como regime diferenciado na história constitucional por conferir poder também aos seguimentos de indivíduos e grupos sociais hipossuficientes, por meio de pioneira atribuição de voz e resguardo aos antes desamparados, o trabalho destaca-se por ser o mais eficiente meio garantidor de um patamar mínimo de poder e de distribuição mínima de riqueza à grande massa da população.

A matriz democrática da Constituição da República associada ao evidente caráter tutelar das normas trabalhistas no âmbito individual do trabalhador e na dimensão familiar e social, portanto, levou o Texto Magno a exaltar o valor

⁷ Acerca do conceito de direitos fundamentais sociais, convém invocar a definição de Ingo Wolfgang Sarlet, que demonstra que os direitos sociais – dentre eles os direitos trabalhistas – encontram sua unidade na circunstância comum de que “todos consideram o ser humano na sua situação concreta na ordem comunitária (social), objetivando, em princípio, a criação e a garantia de uma igualdade e liberdade material (real), *seja por meio de determinadas prestações materiais e normativas, seja pela proteção e manutenção do equilíbrio de forças na esfera das relações trabalhistas*” (grifos nossos). Considerando a abordagem do autor, então, podemos identificar os direitos sociais em um duplo aspecto: positivo (prestacional) e negativo (tutela para libertação da opressão social), de modo que o direito trabalhista, além de estar relacionado também ao caráter prestacional dos direitos sociais, se aproxima com mais ênfase ainda ao caráter negativo, de defesa, garantidor de uma existência digna protegida da opressão do poder do capital. SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: Direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 146 e ss.

⁸ DELGADO, Maurício Godinho. Constituição da República, Estado Democrático de direito e direito do trabalho digno. In: DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015, p. 47-48.

trabalho em sua corporificação, erigindo-o a um dos princípios cardiais da ordem constitucional democrática brasileira.⁹

Essa centralidade do valor trabalho na Constituição se verifica já na sua porta de entrada, quando no Preâmbulo encontramos referência expressa no sentido de que a garantia dos direitos individuais e sociais, da igualdade e da justiça constitui objetivo permanente de nosso Estado.

Igualmente se destaca a ênfase às normas sociais trabalhistas no introito da parte normativa da Constituição (Título I – Dos Princípios Fundamentais), quando em seu primeiro artigo “os valores sociais do trabalho” e a “dignidade da pessoa humana” são assentados como fundamentos da República Federativa do Brasil no contexto do Estado Democrático de Direito.

Mais à frente, no núcleo fundamental (Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais), o Direito do Trabalho é cuidadosamente listado como direito social no artigo 6º do Texto Magno para, em seguida, ser exaltado a ponto de compor a integralidade do artigo 7º, com o esmiuçamento analítico de todos os direitos fundamentais trabalhistas assegurados indistintamente aos trabalhadores urbanos e rurais.

Como se não bastasse à evidenciação da intenção do constituinte, o ramo jurídico juslaboral e o respectivo valor do trabalho humano compõem igualmente o não menos importante Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira, ao serem expressamente previstos como fundamento da ordem econômica.¹⁰

Por fim, natural que seria de sua vocação social, o Direito do Trabalho e o valor trabalho compõem, ainda, o Título VIII – Da Ordem Social, figurando como base da ordem social dirigida ao bem-estar e à justiça social.¹¹

Observado sistematicamente, portanto, as diversas menções e referências ao primado do trabalho ao longo do texto constitucional, tem-se a clara exaltação da valorização do trabalho humano na Constituição da República de 1988.

A TAREFA DO TRABALHO NA AFIRMAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

Diversas são as vertentes de abordagem da valorização do trabalho humano, tal como o viés econômico-produtivo, o psicossocial, o filosófico ou da dignida-

⁹ DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n. 2, v. 7, 2007, p. 13-16. Disponível em: <<http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/issue/archive>>. Acesso em: 19/12/2015.

¹⁰ Com efeito, diz o artigo 170 da Lei Maior que “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, devendo ser observados, dentre outros, os princípios da função social da propriedade, redução das desigualdades regionais e sociais e busca do pleno emprego.

¹¹ Nos termos do artigo 193 da Constituição, “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.

de da pessoa humana trabalhadora. Elemento ontologicamente essencial e fundante da existência do homem, e, por isso, imprescindível e indissociável da vida humana,¹² o trabalho pode ser aferido como gerador de riqueza para o prestador e para a sociedade em geral, como fator altruístico de engrandecimento e satisfação pessoal, ou, ainda, como fator de dignificação do ser humano. Em razão do recorte temático do presente artigo, será abordado o trabalho humano como suporte da dignidade da pessoa humana

O desenvolvimento do conceito e limites doutrinários sobre a dignidade da pessoa humana configura uma árdua tarefa, que naturalmente demanda um esforço de pesquisa incompatível com o fim deste trabalho. Assim, sem a pretensão de exaurir o tema, partiremos da concepção mais abstrata, porém universal, da dignidade da pessoa humana relacionada, em suma, com a respeitabilidade que o cidadão, como pessoa humana, é possuidor no meio em que vive, independentemente de suas condições materiais ou seu *status* social.

Ingo Wolfgang Sarlet, frisando a inexistência de definição universal sobre a temática, assim expõe a dignidade em um conceito propositalmente analítico:

(...) temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹³

Destaca o autor, portanto, a dignidade enquanto qualidade intrínseca do ser humano, revelada pela própria condição humana, refletida em seu meio social a partir de um tratamento com igual respeito e consideração. Enxerga-se, daí, duas dimensões da dignidade: a individual e a social (intersubjetiva).

Maurício Godinho Delgado, destacando a dimensão social da dignidade, argumenta:

(...) a ideia de dignidade não se reduz, hoje, a uma dimensão estritamente particular, atada a valores imanentes à personalidade e que não se projetam socialmente. Ao contrário, o que se concebe inerente à digni-

¹² Acerca da centralidade do valor trabalho humano no mundo contemporâneo, vide ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e negação do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Boitempo, 2000.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 62.

dade da pessoa humana é também, ao lado dessa dimensão estritamente privada de valores, a afirmação social do ser humano. A dignidade da pessoa fica, pois, lesada caso ela se encontre em uma situação de completa privação de instrumentos de mínima afirmação social. Enquanto ser necessariamente integrante de uma comunidade, o indivíduo tem assegurado por este princípio não apenas a intangibilidade de valores individuais básicos, como também um mínimo de possibilidade de afirmação no plano social circundante.¹⁴

A partir dessa premissa conceitual, tem-se que o Direito do Trabalho, ao tutelar a prestação de serviços realizados por um ser humano e ao mesmo tempo garantir sua afirmação econômico-social, dirige-se à exigência formalizada da condição de dignidade no trabalho tanto na dimensão individual como social. Fixa o “patamar civilizatório mínimo”,¹⁵ abaixo do qual se vulnera a valorização mínima deferível ao trabalho (condição social) e, em decorrência, ao próprio ser humano trabalhador (condição humana).

E, sendo certo que não se concebe falar em dignidade apenas no plano abstrato, o trabalho evidencia sua importância por se apresentar como meio capaz de, no mundo dos fatos, afirmar a dignidade da pessoa humana. É nesse ponto que entra o trabalho digno como proporcionador de uma contraprestação remuneratória justa, de um ambiente laboral saudável e equilibrado adequado à permanência humana, do repúdio ao trabalho infantil, da fixação de jornada e descansos condizentes com os limites fisiológicos humanos, dentre tantas outras condições associáveis à adequada vida humana.

Nesse contexto, o Direito do Trabalho apresenta-se como um fundamental instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana, mormente por possibilitar a criação de condições reais para que não apenas o Estado provedor, mas a própria pessoa seja autora e partícipe da sua própria inclusão – e de sua família – no seio social.

DIREITOS TRABALHISTAS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

A “nota da fundamentalidade” assume especial relevância para se compreender a diferenciada exaltação, dignidade e proteção que direitos fundamentais

¹⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 43-44.

¹⁵ Expressão emprestada de Mauricio Godinho Delgado. Segundo o autor, “patamar civilizatório mínimo” é o limite mínimo de negociação da tutela laboral de qualquer seguimento econômico-profissional, abaixo do qual não se concebe relativização dos direitos trabalhistas, sob pena de se afrontarem a própria dignidade da pessoa humana e a valorização mínima deferível ao trabalho (art. 1º, III, e 170, *caput*, CF/88). DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 122.

adquirem no sistema jurídico. A importância de se discutir a fundamentalidade cinge-se às prerrogativas de centralidade no ordenamento jurídico que os direitos assim caracterizados assumem, na medida em que: torna os direitos hierarquicamente superiores em relação às demais normas do ordenamento jurídico, em uma natureza supralegal; submete os direitos fundamentais aos limites formais e materiais de revisão e emenda constitucional; confere aplicabilidade imediata a esses direitos especiais, vinculando todos os poderes públicos, de acordo com o disposto no § 1º do artigo 5º constitucional.¹⁶

De acordo com a lição do jus filósofo alemão Robert Alexy,¹⁷ seguida na doutrina portuguesa por J. J. Gomes Canotilho¹⁸ e no Brasil replicada por Ingo Wolfgang Sarlet, a fundamentalidade pode ser observada por meio do sentido formal e do sentido material. Enquanto a fundamentalidade formal encontra-se ligada ao simples fato de o direito estar positivado no texto constitucional, a fundamentalidade material, por sua vez, decorre da circunstância de os direitos fundamentais conterem em seu cerne decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade, “de modo especial no que diz com a posição nestes ocupada pela pessoa humana”.¹⁹

A fundamentalidade formal, portanto, define como direito fundamental tudo o que for regularmente criado por meio de procedimento e da forma constitucionalizada, a depender da vontade do legislador constituinte. Remete-se, dessa forma, ao modelo puramente procedimental embasado na já ultrapassada estrutura formal lógico-dedutiva do positivismo jurídico tradicional, que teve em Hans Kelsen, mais especificamente no livro *Teoria pura do direito*,²⁰ sua maior expressão.²¹

Diante da vagueza da fundamentalidade no sentido formal, alheia aos valores dos bens jurídicos envolvidos e, portanto, ao reconhecimento do conteúdo da norma assim qualificada, nota-se que a definição meramente nominal de um direito fundamental evidencia sua insuficiência diante do atual paradigma pós-positivista do Estado Democrático de Direito.

E essa insuficiência da fundamentalidade no sentido meramente formal se destaca ainda mais no caso brasileiro, em que a Constituição da República admite

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 59.

¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 520 e ss.

¹⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p. 509.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 59-60.

²⁰ KELSEN, Hans. Capítulo V – Dinâmica Jurídica. In: *Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 135-194.

²¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 520-521.

expressamente sua abertura material a outros direitos fundamentais que não necessariamente expressos em seu texto (art. 5º, § 2º).

Assim, mostra-se necessário explorar um critério mais profundo e substancial, condizente com a importância e a finalidade que os direitos fundamentais assumem perante o sistema jurídico no contexto democrático-constitucional.²² É nesse ponto que se destaca a fundamentalidade material atrelada à dignidade da pessoa humana.

Não é outra a conclusão de Paulo Gonet e Gilmar Mendes, que, de forma precisa, assentam ser o princípio da dignidade da pessoa humana a inspiração da nota da fundamentalidade:

Não obstante a inevitável subjetividade envolvida nas tentativas de discernir a nota de fundamentalidade em um direito, e embora haja direitos formalmente incluídos na classe dos direitos fundamentais que não apresentam ligação direta e imediata com o princípio da dignidade da pessoa humana, é esse princípio que inspira os típicos direitos fundamentais, atendendo à exigência do respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, ao postulado da igualdade em dignidade de todos os homens e à segurança. É o princípio da dignidade humana que demanda fórmulas de limitação do poder, prevenindo o arbítrio e a injustiça. Nessa medida, há de se convir em que os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana.²³

Na medida em que o Direito do Trabalho visa garantir condições materiais para a afirmação social, buscando igualar situações sociais desiguais na tarefa de concretização do exercício das liberdades e igualdade material, a fim de realizar os princípios fundamentais dispostos nos artigos 1º a 4º da Constituição da República, tendo como norte um tratamento humano com igual respeito e consideração, figurando, enfim, como suporte da dignidade da pessoa humana tanto na dimensão individual como social – tal como registrado no tópico anterior –, resulta cristalina, portanto, a fundamentalidade material desse ramo sociojurídico.

Outrossim, ainda que o Direito do Trabalho não visse a favor de si a substancial fundamentalidade material, não se pode olvidar igualmente que nossa

²² No sentido da exaltação do aspecto material dos direitos fundamentais é a definição de Robert Alexy, que, em atenção ao conteúdo dos direitos assim qualificados, define-os como posições jurídicas que, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), foram integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 522-523.

²³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 140.

Constituição da República de 1988, inserida na tradição constitucionalista social-democrática do pós-guerra, fez questão de acolher expressamente os direitos sociais – dentre eles os direitos trabalhistas – no Título II relativo aos direitos e garantias fundamentais.

Como se não bastasse, o Constituinte fez questão, ainda, de estampar no texto do *caput* dos artigos 6º e 7º a enunciação dos direitos sociais trabalhistas básicos mediante a inserção de expressões ao final da redação dos artigos que deixam às claras a intenção de considerar incluído no rol dos direitos fundamentais sociais outros dispositivos dispersos no corpo do texto constitucional. Nesse sentido, vide as expressões “(...) na forma dessa Constituição” e “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social” dos artigos 6º e 7º da Constituição, respectivamente.²⁴ E isso sem levar em conta, ainda, a cláusula geral de abertura prevista no artigo 5º, § 2º, da Constituição, no sentido de inclusão de outros eventuais direitos sociais “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Também por esses motivos formais – topográfico e redacional –, portanto, a fundamentalidade dos direitos trabalhistas não poderia ser sumariamente desconsiderada, na medida em que denotam a clara intenção do constituinte originário de, em seu “pacto constitucional fundante”, inculcar, de plano, o manto da fundamentalidade ao amplo conjunto heterogêneo de direitos sociais trabalhistas que naquele momento se previa.

Evidenciado, daí, a “nota da fundamentalidade” das normas trabalhistas, quer no avalorativo sentido formal, quer pela vultosa fundamentalidade material decorrente da finalidade de resguardo da dignidade da pessoa humana.

DECORRÊNCIAS DA FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS: O PROBLEMA DA EFICÁCIA

Assentada a dupla fundamentalidade (formal e material) dos direitos sociais trabalhistas, cabe por ora perquirir acerca de um fértil problema: a aplicação do regime jurídico dos direitos fundamentais à categoria dos direitos sociais trabalhistas, problema este diretamente relacionado com a própria eficácia e efetividade das normas trabalhistas no mundo concreto.

Consoante à ideia que norteou Robert Alexy sobre a prerrogativa da fundamentalidade, diz o autor que os direitos fundamentais são posições jurídicas que, de tão importantes para o Estado Democrático, “não podem ter a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las simplesmente relegada para a maioria parlamentar simples”.²⁵

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 64-65.

²⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 446.

Há que se ter em mente, nesse aspecto, que a marca da fundamentalidade só faz sentido a partir do momento em que se reconhece um privilégio de regime jurídico constitucional aos direitos assim caracterizados. Se assim não fosse, estaríamos a exaltar o simples *nomen iuris* “direitos fundamentais” em detrimento de seu conteúdo e, mais ainda, a desconsiderar o adjetivo “fundamentais” que o constituinte fez questão de exaltar.

Para tanto, deve-se reconhecer a tais direitos uma proteção contra um esvaziamento por parte do Poder Público, uma proteção contra a falta de normatividade. Ainda mais, para que se reconheça o privilégio da fundamentalidade, devem os direitos assim caracterizados estarem imunes contra uma supressão ou uma diminuição arbitrária por parte do Poder Público.

Vejamos, portanto, a aplicação desse regime jurídico dos direitos fundamentais aos direitos sociais trabalhistas.

Aplicabilidade imediata prevista no artigo 5º, § 1º, da Constituição da República

Atenta a essa doutrina constitucional contemporânea, que, dentre outras decorrências, enxergava na marca da fundamentalidade uma posição privilegiada contra o esvaziamento de eficácia e normatividade, a Constituição da República de 1988 fez questão de estampar em seu artigo 5º, § 1º, que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, deixando claro o postulado da máxima normatividade, ou, em outras palavras, a plenitude da eficácia dos direitos fundamentais.

Note-se que até mesmo mediante uma interpretação literal do texto constitucional podemos chegar à conclusão de que a destinação de aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais é ampla, não se restringindo àqueles direitos individuais e coletivos elencados no artigo 5º da Constituição. Isso porque a mencionada redação do artigo 5º, § 1º, utiliza deliberadamente a formulação genérica “normas definidoras de *direitos e garantias fundamentais*” como objeto da eficácia imediata, em referência expressa à epígrafe do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), contemplando, portanto, os direitos fundamentais para além daqueles individuais e coletivos elencados no extenso rol do artigo 5º da Constituição.²⁶

E como se comporta o postulado da plenitude da eficácia decorrente do artigo 5º, § 1º, da Constituição quando observados especificamente os direitos sociais trabalhistas?

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos sociais como direitos fundamentais*: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988, p. 12. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf>. Acesso em: 17/12/2015, p. 236.

Bem se sabe que o aparato constitucional de direitos trabalhistas pode se apresentar de modo dúbio e variável²⁷ perante a tradicional classificação funcional dos direitos fundamentais sociais em *direitos de defesa* (integrados principalmente pelos direitos de liberdade, igualdade e direitos políticos, de matriz liberal), que demandam uma atitude de abstenção dos poderes estatais ou mesmo dos particulares, e em *direitos a prestações*, que, por sua vez, podem ser subdivididos em direito a prestações jurídicas ou prestações materiais.²⁸

Os direitos trabalhistas, então, a depender da perspectiva de análise a que estão sendo submetidos, podem ser comparados ora como *direitos de defesa* conformadores de verdadeiras liberdades sociais – quando se tem em mente, por exemplo, o dever do Estado e dos particulares de abstenção perante as liberdades sociais dos trabalhadores, como é o caso da liberdade sindical e associativa,²⁹ do direito a não discriminação no labor,³⁰ da limitação da jornada de trabalho,³¹ da vedação de trabalho nocivo ao menor de dezoito anos de idade³² (direitos de liberdade) e da concretização do direito de igualdade salarial no ambiente laboral³³ (direito à igualdade material) –, ora como *direitos prestacionais* de natureza jurídica – quando se observa o dever de produção normativa do Estado ou dos entes coletivos sindicais para proteção do obreiro contra afrontas por parte do Poder Público ou de particulares, como é o caso da redução dos riscos do meio ambiente laboral³⁴ e do direito ao fundo de garantia por tempo de serviço³⁵ –, e, ainda, ora como *direitos prestacionais* de natureza material – quando se tem em

²⁷ Essa imprecisão de enquadramento classificatório pode ser justificada inclusive pela conexão e interdependência entre os direitos fundamentais, o que põe em xeque qualquer tentativa didática precisa de classificação.

²⁸ Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet advoga que “o conceito de direitos fundamentais sociais no direito constitucional pátrio é um conceito amplo, incluindo tanto posições jurídicas tipicamente prestacionais (direito à saúde, educação, assistência social etc.), quanto uma gama diversa de direitos [aproximado aos] de defesa (direitos de liberdade e igualdade)”. Especificamente quanto aos direitos trabalhistas, Sarlet aponta que “boa parte dos direitos dos trabalhadores, positivados nos arts. 7º a 11 de nossa Lei Suprema, são, na verdade, concretizações do direito de liberdade e do princípio da igualdade (ou da não discriminação), ou mesmo posições jurídicas dirigidas a uma proteção contra ingerências por parte dos poderes públicos e entidades privadas. É o caso, por exemplo, da limitação da jornada de trabalho (art. 7º, incs. XIII e XIV), do reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho (art. 7º, inc. XXVI), das normas relativas à prescrição (art. 7º, inc. XXIX), das proibições consignadas no art. 7º, incs. XXX a XXXIII, da igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício e o trabalhador avulso (art. 7º, inc. XXXIV), da liberdade de associação sindical (art. 8º)”. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 146.

²⁹ Art. 8º da Constituição da República.

³⁰ Art. 7º, inc. XXX, da Constituição da República.

³¹ Art. 7º, inc. XIII, da Constituição da República.

³² Art. 7º, inciso XXXIII, da Constituição da República.

³³ Art. 7º, incs. XXX, XXXI, XXXII e XXXIV, da Constituição da República.

³⁴ Art. 7º, inc. XXII, da Constituição da República.

³⁵ Art. 7º, inc. III, da Constituição da República.

vista, por exemplo, o dever do empregador particular de remunerar seu empregado com o piso salarial mínimo.³⁶

A partir do enfoque na perspectiva dos direitos trabalhistas identificados majoritariamente como direitos fundamentais de defesa, mormente quando vistos pela perspectiva do Estado, a tese de plena eficácia dessa tipificação de direitos fundamentais não encontra maiores resistências.³⁷ E, na esteira de Ingo Wolfgang Sarlet, isso pode ser explicado por dois principais motivos. Primeiro, os direitos fundamentais sociais de defesa em regra independem de políticas públicas alocadoras de recursos para a concretização desses direitos. São, assim, imunes a alegações de limitação de recursos disponíveis. Segundo – e em consequência do primeiro motivo –, os próprios dispositivos constitucionais que consagram esses direitos fundamentais sociais de defesa receberam do Constituinte suficiente exequibilidade, sem a necessária dependência de intermediação legislativa para a plena eficácia.³⁸

Podemos concluir que, diante de direitos fundamentais trabalhistas – em geral alheios à dependência de recursos, principalmente no tocante ao dever do Estado de implementação –, prevalecerão as diretrizes da máxima efetividade possível e da aplicabilidade imediata. Tendo em vista que o Estado se comprometeu à promoção da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da justiça social, tal como se observa do Título I – Dos Princípios Fundamentais da Constituição da República, tem-se que nada produzido pelo seus Poderes poderá se furtar à efetividade dos direitos trabalhistas, sob pena de se desvirtuar a vontade constitucional estampada expressamente no artigo 5º, § 1º, da Lei Maior.

Dever de proteção

Os direitos fundamentais em geral assumem uma dupla perspectiva – ou dimensão – perante o sistema jurídico, na medida em que podem ser considera-

³⁶ Art. 7º, incs. IV e V, da Constituição da República.

³⁷ É importante rememorar, nesse aspecto, a histórica deliberação constitucional acerca da regulamentação do direito de greve no serviço público (art. 37, VII, da Constituição da República). Na oportunidade dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712, o Supremo Tribunal Federal, a partir da solução proposta pelos votos dos ministros Eros Grau e Gilmar Mendes, declarou a omissão legislativa do Estado quanto ao dever constitucional em editar lei que regulamente o exercício do direito de greve no setor público e, por maioria, determinou aplicação da lei de greve vigente do âmbito privado (Lei n. 7.783/1989). Segundo bem resumiu o ministro Celso de Mello, nesse julgamento a Suprema Corte “não só restitui ao mandado de injunção a sua real destinação constitucional, mas, em posição absolutamente coerente com essa visão, deu eficácia concretizadora ao direito de greve em favor dos servidores públicos civis”. Informação sobre o julgamento. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=75355>>. Acesso em: 04/01/2016.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 246.

dos tanto como direitos subjetivos individuais (dimensão subjetiva), quanto como elementos objetivos fundantes da ordem social (dimensão objetiva).³⁹ Especificamente quanto às relações laborais, quando a Constituição destina aos direitos trabalhistas a nota da fundamentalidade ela assim o faz não apenas com vistas à proteção do indivíduo trabalhador em sua individualidade, mas também por exaltar a necessidade de proteção objetiva dos valores do trabalho humano como condição da ordem democrático-constitucional vigente.

Essa consideração acadêmica da dupla perspectiva dos direitos fundamentais robusteceu-se a partir da paradigmática decisão da Corte Constitucional Alemã no caso *Lüth* (1958), em que a doutrina e jurisprudência alemã – influenciadora de grande parte da doutrina do mundo ocidental – passou a considerar que a eficácia produzida pelos direitos fundamentais perante o Estado não se limitava ao âmbito subjetivo da relação entre indivíduos e Estado. Para além da importante função de defesa do indivíduo contra atos do Poder Público, os direitos fundamentais passaram a ser vistos como componentes de uma ordem objetiva de valores, capazes de irradiar eficácia por todo o ordenamento jurídico e, assim, constituir diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.⁴⁰

Destaque-se que o reconhecimento da força jurídica objetiva autônoma dos direitos fundamentais não se exaure na abstrata observância da dimensão valorativa da ordem jurídica e na eficácia irradiante acima citada. Como desdobramento da perspectiva objetiva, emerge ainda e principalmente o que a doutrina alemã convencionou chamar de *dever de proteção* dos direitos fundamentais pelo Estado, relacionado ao múnus do Estado de adotar medidas concretas com o objetivo de proteção dos direitos fundamentais.⁴¹ Nas palavras de Konrad Hesse, os direitos fundamentais, conformadores de uma “ordem estatal jurídica” objetiva, determinam concretamente “o objetivo, os limites e o modo de cumprimento das tarefas estatal-sociais”, apresentando-se vinculativos para todos os poderes estatais.⁴²

Partindo da premissa de Hesse, o também o alemão Claus-Wilhelm Canaris, maior expoente sobre a teoria dos deveres de proteção, assenta que os direitos

³⁹ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. 20. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris Editor, 1998, p. 228-232.

⁴⁰ Ingo Wolfgang Sarlet faz interessante comparação didática da eficácia irradiante dos direitos fundamentais à entre nós difundida técnica da interpretação conforme a Constituição, no sentido de utilizar a ordem objetiva de direitos fundamentais como parâmetro de constitucionalidade para aplicação e interpretação das leis. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 124-128.

⁴¹ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. 20. ed. alemã. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris Editor, 1998, p. 239-244.

⁴² HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 241.

fundamentais vinculam os poderes públicos dos Estados de forma direta e imediata por força de duas principais razões: primeiro, decorre de previsão expressa de vinculação jurídica dos direitos fundamentais prevista no texto constitucional alemão, mais especificamente no artigo 1º, n. 3, da Lei Fundamental da República Federal Alemã,⁴³ correspondente ao nosso artigo 5º, § 1º, da Constituição da República de 1988; segundo, decorre do próprio princípio da supremacia constitucional.⁴⁴

Dessa forma, tanto durante sua atividade legiferante quanto durante a atividade executiva e de jurisdição, o Estado obriga-se não apenas a se abster de violar os direitos fundamentais dos cidadãos – ao que denomina de *proibição de intervenção* –, mas obriga-se também e, principalmente, a protegê-los diante de ameaças oriundas inclusive dos particulares, em busca da efetiva proteção. É dizer, a proteção da dignidade humana a ser promovida por meio dos direitos fundamentais abarca não apenas garantias negativas, mas também garantias positivas, imputando ao Estado um dever de fazer tendente à promoção da cidadania. A esta última função dos direitos fundamentais, Canaris emprega a designação *imperativo de tutela*, recepcionado na doutrina nacional pela já consolidada expressão *dever de proteção*.

A partir do dever de proteção, compreende-se que uma vez garantido constitucionalmente, os direitos fundamentais receberão do Estado uma proatividade no sentido da densificação e consolidação jurídicas. De acordo com o reconhecimento do dever de proteção, portanto, ao Estado incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais, o que ocorre não exclusivamente diante de ações do próprio Poder Público, mas igualmente contra agressões provindas de relações particulares. Para tanto, o Estado deve se utilizar de medidas positivas de diversas naturezas, dentre elas prioritariamente a atividade legiferante concretizadora de uma vigilante e persistente proteção jusfundamental.⁴⁵

É mediante a noção de conexão entre os direitos fundamentais e o dever de proteção do Estado, então, que vislumbramos particularmente nos direitos sociais dos trabalhadores o múnus do Estado de, prioritariamente pela atividade do

⁴³ Lei Fundamental da República Federal Alemã, artigo 1º, n. 3: “Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário”. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 16/12/2015.

⁴⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 223-244.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos sociais como direitos fundamentais*: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988, p. 12. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf>. Acesso em: 17/12/2015, p. 128-129.

legislador, concretizar de forma paulatina a proteção do trabalhador diante do ameaçador cenário de interesses capitalistas em que se encontra. É dizer, observado a já referida centralidade do trabalho na Constituição da República de 1988, com ênfase na proteção social do trabalhador estampada expressamente nos Títulos dos Princípios Fundamentais (art. 1º), dos Direitos e Garantias Fundamentais (arts. 6º e 7º), Da Ordem Econômica e Financeira (art. 170) e Da Ordem Social (art. 193), desponta o dever do Estado de proteção concreta e efetiva do trabalhador hipossuficiente.

Nesse sentido, o legislador, ao editar as normas trabalhistas equalizadoras da relação assimétrica entre empregado e empregador, normatiza com considerável espaço de manobra uma série de determinações que visam concretizar o dever de proteção do Estado perante o trabalhador. Essa tarefa do Estado legiferante – complementado, frise-se, pela materialização diligente do regramento trabalhista pelo Poder Executivo e pela interpretação e aplicação das normas pelo Poder Judiciário no sentido pretendido pela Constituição – certamente não se exauriu e não se exaurirá com o tempo, demandando um exercício contínuo do Estado para eficácia da proteção dos direitos fundamentais trabalhistas.

Observado o dever contínuo de proteção, portanto, impera a favor dos direitos fundamentais trabalhistas o dever do Estado de protegê-los concretamente diante das crescentes investidas patronais atualmente observadas no cenário legislativo nacional a favor de flexibilizações das regras laborais, ora intensificadas diante do momento de crise econômica nacional – como notadamente o intenso *lobby* no Congresso Nacional para ampliação da terceirização de serviços e para a prevalência da negociação coletiva sobre as disposições legais em matéria trabalhista, as propostas extremistas de total desregulamentação de jornada de trabalho inspiradas na dura realidade laboral da China, da Índia ou dos Tigres Asiáticos, e, por fim, a crescente exaltação legislativa do tratamento favorecido às micro e pequenas empresas em detrimento da proteção social dos respectivos trabalhadores⁴⁶ –, que neste trabalho citamos apenas superficialmente para que não escapemos do foco temático.

⁴⁶ Acerca da exaltação legislativa do tratamento favorecido às micro e pequenas empresas, convém expor a atual tendência do Poder Legislativo brasileiro, que, diante da intrigante tensão constitucional entre esse direito constitucional patronal (arts. 170 e 179 da CF) e a tutela jus fundamental dos respectivos empregados, entendeu por bem exaltar o primeiro e, conseqüentemente, concretizar o tratamento favorecido mediante lei que dispensa empresas com até 10 (dez) empregados do controle de jornada (art. 74, § 2º, da CLT, com redação dada pela Lei n. 7.855/89), mediante a dispensa da obrigação legal de contratação de aprendizes (art. 51, III, da LC n. 123/2006), bem como, ainda, mediante prerrogativa às micro e pequenas empresas do instituto da Dupla Visita em detrimento do Poder de Polícia da Inspeção do Trabalho (art. 55, § 1º, da LC n. 123/2006).

Proibição do retrocesso social

Com inspiração na doutrina estrangeira, mormente a portuguesa e a alemã, a doutrina nacional tem cada vez mais se ocupado com o que veio a ser chamado no Brasil de proibição – ou vedação – ao retrocesso social, sendo este mais uma das nuances do regime jurídico aplicado ao gênero dos direitos fundamentais.

A proibição do retrocesso social não se refere a fenômeno exclusivo da seara dos direitos fundamentais sociais. Entretanto, é na espécie dos direitos fundamentais sociais que se concentra a problemática do tema, mormente porque é nessa esfera social que se destaca a indispensável atuação proativa do legislador para regulamentação e consequente efetividade do aparato constitucional de direitos fundamentais sociais.

Partindo para sua caracterização doutrinária, convém de plano assentar uma observação conceitual quanto ao instituto. Em que pese a expressão “vedação ao retrocesso” possa nos conduzir a equívoco, vale registrar, para esclarecimento do fim a que o instituto se propugna, que, ao menos no âmbito dos direitos sociais, o termo “retrocesso” denominador do instituto em comento não necessariamente corresponde a medidas legais de caráter retroativo. Para tanto, basta ter em mente que vedação ao retrocesso social não corresponde às conhecidas figuras constitucionais da proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Ao contrário, por mais paradoxal que os termos possam se mostrar a essa altura, tem-se que a proibição de medidas retrocessivas na verdade tem por objeto medidas prospectivas, quando, por exemplo, o legislador em seu poder de reforma constitucional suprime ou restringe demasiadamente, com efeitos *ad futurum*, um direito fundamental, ou quando esse mesmo legislador em sua atividade típica legiferante no plano infraconstitucional deixa de regulamentar dispositivos constitucionais.⁴⁷

Nesses primeiros contornos da caracterização da proibição do retrocesso social, já é possível notar sua intuitiva aproximação à noção de segurança jurídica. Isso porque o princípio da segurança jurídica, em que pese não estar positivado no texto constitucional, tem reconhecido a favor de si pela doutrina constitucional contemporânea a prerrogativa de se constituir como autêntico pilar do Estado de Direito por figurar como uma proteção contra medidas legais retroativas que afrontem direitos já conquistados.⁴⁸ No mesmo sentido, portanto, caminha o princípio da proibição do retrocesso social, que igualmente se propõe a gerar uma estabilidade para os projetos sociais dos cidadãos e, consequentemente, uma confiança na ordem jurídica, sustentando assim a esperança

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 398.

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 396.

contra o desmantelamento das promessas do Estado Democrático Constitucional de Direito.

Luís Roberto Barroso, embasado na precursora doutrina lusitana de J. J. Gomes Canotilho, assenta que, apesar de o princípio do não retrocesso social não se apresentar de forma explícita na ordem constitucional brasileira, tal como também ocorre com o princípio da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana, ainda sim possui plena aplicabilidade no cenário jurídico nacional no sentido de se manter o patamar civilizatório estabelecido pela própria Constituição:

Por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido.⁴⁹

É importante trazer a lume a ressalva do doutrinador pátrio Ingo Wolfgang Sarlet, no sentido de que essa vocação à confiança jurídica a que se propõe a proibição ao retrocesso social não se restringe à concretização infraconstitucional dos direitos fundamentais sociais. Mais que isso, essa confiança jurídica abrange amplamente todos os esforços no sentido da manutenção dos níveis sociais gerais de proteção alcançados pelo Estado Social, inclusive diante do poder constituinte reformador.⁵⁰

Proibição ao retrocesso social pode, então, ser caracterizada como manutenção dos níveis gerais de proteção social, em qualquer dos seus planos normativos, a fim de se manter a confiança nas promessas do Estado que se diz Democrático Constitucional de Direito.

Caracterizado os contornos da proteção social a que se compromete a proibição do retrocesso, tem-se que o cerne da celeuma que a envolve se relaciona, pois, com os limites do dever de proteção do Estado perante os direitos fundamentais, de modo a se perquirir até que ponto é possível ao Estado retroceder quanto à proteção social constitucionalmente estabelecida.⁵¹ Dito de outro modo, a problemática da proibição ao retrocesso social cinge-se aos limites do Estado em sua liberdade de prognose e conformação do conteúdo dos direitos fundamentais sociais.

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 158.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 397.

⁵¹ Tem-se como exemplo da proteção constitucionalmente estabelecida os fundamentos e objetivos da República Federativa Brasileira estampados nos artigos iniciais do texto constitucional, mais especificamente no já referido Título I – Dos Princípios Fundamentais (mencionado quando neste trabalho se tratou da centralidade do trabalho humano na Constituição da República).

E a discussão acerca do adequado nível de proteção social a ser mantido pelo Estado torna-se ainda mais instigante quando a ela acrescentamos o atual contexto de diversas crises (não apenas econômica, mas também política e cultural) pela qual atravessamos no Brasil. No caso específico do Direito do Trabalho, a notável tendência de decréscimo da tutela protetiva⁵² fomentada pelo contexto de adversidade econômica patronal engrandece sobremaneira a importância da discussão da amplitude do dever de proteção estatal outorgado pela proibição do retrocesso social.

Com efeito, fato é que o próprio J. J. Gomes Canotilho, em estudos mais recentes contextualizados pela crise financeira deflagrada em grande parte da Europa e com intensidade em Portugal no início desta última década, manifestou-se contrariamente à concepção absoluta e inflexível do princípio da vedação do retrocesso. De acordo com a atual reavaliação de Canotilho, a rigidez do “princípio da não reversibilidade”, definidor de um progresso contínuo de prestações sociais, não se mostra passível de sustentação absoluta no atual contexto de fragilidade econômica:

Deve relativizar-se este discurso que nós próprios enfatizámos noutros trabalhos. A dramática aceitação de “menos trabalho e menos salário, mas trabalho e salário e para todos” [flexibilização trabalhista], o desafio da bancarrota da previdência social [reforma previdenciária], o desemprego duradouro, parecem apontar para a insustentabilidade do princípio da não reversibilidade social.⁵³

Porém, apesar dessa guinada teórica de Canotilho, nota-se apenas que o autor cuidou em explicitar o fato de que a proibição ao retrocesso social não pode ser tida de modo inflexível, rígido. Tal como se extrai da definição supramencionada de Luís Roberto Barroso, o que a proibição ao retrocesso social veda é a supressão, total e absoluta, de direito incorporado ao patrimônio jurídico da cidadania, sendo juridicamente defensável, entretanto, certa conformação relativa desses direitos sociais pelo legislador infraconstitucional, mormente em

⁵² O atual decréscimo de tutela social trabalhista promovido pelas flexibilizações das regras laborais tem como notável exemplo, como visto, as discussões acerca da ampliação da terceirização dos serviços (Projeto de Lei n. 4.330/2004), o relaxamento da proteção trabalhista em favor da concretização do mandamento constitucional de tratamento favorecido às pequenas empresas, promovido principalmente no âmbito da Lei Complementar n. 123/2006 (vide, exemplificativamente, os artigos 51, 55 e 58 da Lei Complementar n. 123/2006, alterada pela recente Lei Complementar n. 147/2014), bem como, ainda, a recente discussão parlamentar havida no âmbito da Medida Provisória n. 680/2015, acerca da prevalência da negociação coletiva sobre as disposições legais em matéria trabalhista – proposta esta conhecida como prevalência do negociado sobre o legislado.

⁵³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 111.

contexto de crise, mas sempre observada a manutenção do conteúdo básico dos direitos sociais para que não se perca a essência de fundamentalidade.

Enfim, diante dessas nuances teóricas sobre os limites de manobra do Estado para a concretização dos direitos sociais, a fim de se evitar posições doutrinárias extremistas de absoluta liberdade de conformação do Estado⁵⁴ e, por outro lado, de intangibilidade dos direitos sociais concretizados, convém trazer a lume a doutrina de Gilmar Ferreira Mendes, para quem o princípio da vedação do retrocesso social pode ser visto a partir do princípio da proporcionalidade, de modo a vedar o Estado de exercer uma “proteção insuficiente” dos direitos fundamentais.⁵⁵

Nesse sentido, o que deve ser exaltado na problemática atinente ao adequado nível de proteção social estatal é a interpretação das normas constitucionais sociais de acordo com suas especificidades e com o contexto fático em que se aplicam. É necessário, pois, a verificação cuidadosa das circunstâncias atinentes a cada espécie de direito social fundamental, bem como os interesses sociais e os bens jurídicos envolvidos na ocasião.

A propósito, no tocante aos direitos trabalhistas, em sua grande maioria identificados como direitos fundamentais sociais de defesa, mormente quando observados pela perspectiva do Estado – conforme visto anteriormente –, o argumento de crise econômica perde força, pois em regra não se trata de direitos prestacionais dependentes de recursos materiais fornecidos pelo Estado. Ao contrário, por tutelarem a manutenção do equilíbrio de forças nas relações de trabalho, os direitos trabalhistas demandam essencialmente apenas uma atitude de abstenção dos poderes estatais ou mesmo dos particulares, sem que vicissitu-

⁵⁴ Cita-se como exemplo de doutrina contrária ao reconhecimento da proibição de retrocesso em matéria de direitos sociais Roger Stiefelmann Leal, que, ao partir da premissa de incapacidade prestacional do Poder Público em concretizar os direitos sociais – mormente aqueles prestacionais, ante os limites impostos pela reserva do possível –, admite a possibilidade de total supressão de legislação já vigente concretizadora de direitos sociais. Diz o autor, ao tratar da proibição do retrocesso social: “Há de se ressaltar, contudo, que, ao se tratar de efetivação de direitos sociais, fala-se sempre na concretização dentro de uma reserva do possível, a fim de recordar que tal efetivação depende de determinados fatores como a existência de recursos. Desse modo, deve-se ter presente que, se não for possível custear o serviço público da maneira exigida pela norma concretizadora de um direito social, faz-se imperativo a redução do grau de concretização adquirido ou até a sua total desconcretização”. LEAL, Roger Stiefelmann. *Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/direitos-sociais-e-vulgariza%C3%A7%C3%A3o-da-no%C3%A7%C3%A3o-de-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 19/12/2015.

⁵⁵ Diz Gilmar Ferreira Mendes, com base no doutrinador alemão Bernhard Schlink, que “a conceituação de uma conduta estatal [dever de legislar ou qualquer outro dever de proteção] como insuficiente, porque ela não se revela suficiente para uma proteção adequada e eficaz, nada mais é, do ponto de vista metodológico, do que considerar referida conduta como desproporcional em sentido estrito”. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 228.

des de caráter material os comprometa. É o caso, exemplificativamente, do direito à jornada limitada de trabalho, da repulsa ao trabalho degradante e da vedação de trabalho nocivo ao menor de dezoito anos de idade, que visam tão somente à defesa da dignidade, à valorização do trabalho humano e à justiça social no ambiente de labor, sem qualquer apelo direto a prestações materiais.

Some-se a isso, ainda, a característica peculiar dos direitos trabalhistas na Constituição brasileira de 1988, que, da forma como exaltou o valor do trabalho humano digno em seu núcleo essencial de direitos e garantias fundamentais – como igualmente já visto –, procurou estabelecer claros limites ao poder de conformação infraconstitucional mediante amplo leque de normas laborais, algumas vezes de forma bastante detalhada. Tais normas denotam, pois, a intenção constitucional de se constituir balizadores – não apenas ao Legislador, mas também à Administração e ao Judiciário – dirigidos ao incessável objetivo de proteção do trabalhador brasileiro, independentemente de momentos economicamente críticos.

Afinal, não seria crível que a leviana alegação de crise – expressão essa já banalizada no discurso político a ponto de apresentar-se esvaziada de sentido, sem sequer sabermos se se trata verdadeiramente de crise financeira, política, moral, social, institucional – colocasse em xeque esse nítido arsenal de direitos fundamentais deliberadamente consolidados como concretização da intenção constitucional de proteção do trabalhador brasileiro.

CONCLUSÃO

Para se alcançar o pretensioso teor democrático⁵⁶ sobre a qual se erigiu a Constituição da República no contexto nascedouro de um Estado Democrático

⁵⁶ Ao se tratar do teor democrático da Constituição da República de 1988, não poderia deixar de registrar a memorável palestra proferida pelo ex-ministro do STF e ex-deputado constituinte Nelson Jobim, ocorrida em abril de 2012 no Instituto de Direito Público (IDP), em Brasília. Àquela oportunidade, dizia Nelson Jobim que no momento inicial de elaboração do texto constitucional de 1988, os constituintes perguntaram-se: “o que de mais moderno e diverso existe mundo afora acerca de direitos constitucionais?”. Colocaram à volta, então, no chão, uma coleção de recortes de variados tipos de normas constitucionais em voga no planeta. Algumas normas mais liberais, oriundas da Constituição Norte-americana, com enfoque em Direitos Fundamentais de primeira dimensão. Outras mais democráticas, como as experiências europeias, com enfoque em Direitos Fundamentais sociais. Outras normas, ainda, atinentes a Direitos Fundamentais metaindividuais. A seguir, questionaram: “o que colocar na Constituição de 1988?”. “Tudo!”, foi a pronta resposta dos constituintes. Eis, portanto, a multiplicidade como marca da matriz democrática sobre a qual se construiu a Constituição de 1988. Ainda segundo Nelson Jobim, essa multiplicidade – e quiçá falta de coesão – das normas presentes no texto constituição “é o preço que se paga em um verdadeiro processo democrático”. Palestra relatada pela revista *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-13/origem-constituicao-democratica-racional-nelson-jobim>>. Acesso em: 01/02/2016.

Com a permissão de se analisar todo esse procedimento constituinte de modo crítico, tem-se que a mencionada multiplicidade como marca democrática gerou um completo e avançado

de Direito, é essencial que a ordem constitucional reconhecesse os direitos fundamentais individuais, políticos e sociais não apenas no plano formal, tal como observado nas fases Liberal e Social anteriores. Mais que isso, é necessário que se viabilizasse a todos os indivíduos condições efetivas para o alcance concreto do pleno exercício desses direitos fundamentais na prática social.

Foi nesse contexto que a Lei Maior reconheceu o valor trabalho e o Direito laboral como instrumentos essenciais de afirmação do ser humano, tanto no âmbito individual quanto familiar e social, capazes de garantir um patamar mínimo de poder e de distribuição mínima de riqueza à grande massa da população. Por possibilitar a criação de condições materiais para que não apenas o Estado provedor, mas a própria pessoa trabalhadora seja autora e participe da sua inclusão – e de sua família – no seio social, o Direito do Trabalho apresenta-se como um fundamental instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana.

Atenta ao fascinante projeto emancipatório de distribuição de poder e de riqueza e, em suma, de resguardo da dignidade humana a que as normas tutelares do trabalho humano se propõem, a ordem constitucional vigente lhes reconheceu e incorporou a nota da fundamentalidade, dirigindo-as à centralidade no ordenamento jurídico e fazendo-as merecedoras da aplicação do regime jurídico típico dos direitos fundamentais. É a partir daí que se destaca o estudo da doutrina da eficácia imediata, do dever de proteção e da vedação ao retrocesso social aplicado às normas tutelares trabalhistas.

A primeira decorrência da aplicação do regime jurídico dos direitos fundamentais às normas trabalhistas corresponde à proteção contra a falta de normatividade, traduzido pela aplicabilidade imediata referida no artigo 5º, § 1º, da Lei Maior. Tendo em vista que as normas constitucionais laborais identificam-se em grande maioria a direitos sociais de defesa, em regra independentes de regulamentação jurídica específica e sequer imunes a objeções relacionadas à escassez de recursos materiais e que, nesse sentido, receberam do constituinte suficiente exequibilidade em seus próprios dispositivos, resulta indene de dúvida sua plenitude da eficácia, de modo que nada produzido pelos seus Poderes da República deverá se furtar à persistente busca pela efetividade dos direitos trabalhistas.

No tocante ao dever de proteção, tem-se a tarefa constitucional do Estado de se manter vigilante e garantir a paulatina conformação aos direitos trabalhis-

texto constitucional, que, de tão extenso, sequer coube em si diante de tamanha pretensão abarcadora (vide, nesse sentido, o artigo 5º, § 2º, da CF). Mas, a nosso ver, gerou-se uma Constituição avançada demais para a sociedade a que ela visou reger. Hoje temos um texto distante da realidade nacional, que, por isso, necessita de imensos esforços de efetividade – esforços estes que até hoje instigam estudos acerca da efetividade constitucional, tal como este artigo que ora se conclui.

tas por meio não apenas da sua atividade legiferante, mas também mediante a interpretação e aplicação judicial das normas e pela materialização diligente do regramento trabalhista pelo Poder Executivo, a fim de realizar a diretriz constitucional de tutela dos trabalhadores a que se referem os Princípios Fundamentais (arts. 1º e 4º), os Direitos e Garantias Fundamentais (arts. 6º e 7º), a Ordem Econômica e Financeira (art. 170) e a Ordem Social (art. 193) da Constituição da República.

Esse dever de proteção, aliado à plenitude da eficácia típica dos direitos fundamentais, demanda do Estado e até mesmo dos particulares um exercício contínuo contra tendência de retrocesso na proteção e na efetividade da tutela laboral. Fundamental, pois, que o Estado que se diz Democrático Constitucional de Direito, diante de tão rico regramento jus fundamental trabalhista, se mantenha vigilante ao dever de proteção, à plena normatividade e à vedação ao retrocesso das normas laborais, malgrado toda a atual investida flexibilizante e desregulamentadora promovida pelos interesses capitalistas patronais embasados em matizes neoliberais, ora intensificados pela intensa e duradoura crise econômica a que estamos submetidos.

Afinal, não podemos coadunar com posicionamentos que, diante de momentâneas vicissitudes político-econômicas, insistem em dar prevalência a interesses setoriais econômicos, sob pena de minguarmos a proteção jus fundamental das normas trabalhistas que a ordem democrático constitucional brasileira não hesitou em exaltar.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e negação do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Boitempo, 2000.

ARANTES, Aldo. O golpe da revisão constitucional ampla. *Princípios – Revista teórica, política e de informação*, São Paulo, Anita, n. 29, p. 4-12, maio/jun. 1993.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 223-244.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

DELGADO, Maurício Godinho. Constituição da República, Estado Democrático de Direito e direito do trabalho digno. In: DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015.

- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.
- DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n. 2, v. 7, 2007, p. 15-16. Disponível em: <<http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/issue/archive>>. Acesso em: 19/12/2015.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2013.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. 20. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris Editor, 1998.
- KELSEN, Hans. Capítulo V – Dinâmica Jurídica. In: *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. São Paulo: RT, 1995, p. 47 e ss.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: *Direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988*, p. 12. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf>. Acesso em: 17/12/2015.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

Data de recebimento: 02/03/2016

Data de aprovação: 29/11/2016

A INFLUÊNCIA DAS CONVENÇÕES DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO NO DIREITO BRASILEIRO – A CONVENÇÃO N. 189 E A PROTEÇÃO AO TRABALHADOR DOMÉSTICO

THE INFLUENCE OF THE INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION CONVENTIONS IN THE BRAZILIAN LAW – THE 189 CONVENTION AND THE HOUSEKEEPER PROTECTION

Marcelo Guerra Martins*

José Luiz Parra Pereira**

Rodrigo Martins Takashima***

RESUMO

O texto analisa a descentralização do capital e dos meios de produção, equacionando o surgimento de novas tecnologias e o expansivo processo de globalização, fenômenos que protagonizaram o rompimento de barreiras geográficas e comerciais na era da sociedade da informação. O estudo busca refletir a integração e a influência da internacionalização do direito do trabalho, avaliando eventuais avanços ou retrocessos desse movimento pela proteção ao trabalhador. Diante desse novo cenário, o trabalho examina a interpretação da doutrina e jurisprudência na aplicação das convenções internacionais perante ao ordenamento jurídico nacional, oportunidade em que destacamos a influência da Convenção n. 189 da OIT (proteção ao trabalhador doméstico) no processo legislativo

* Mestre em Direito Civil e doutor em Direito do Estado ambos pela Universidade de São Paulo. Professor do mestrado em Sociedade da Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Juiz Federal em São Paulo. marcelo.martins@fmu.br.

** Pós-graduado em Direito Empresarial e Processo Civil e mestrando em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, no qual também é professor da graduação em Direito nas disciplinas de Processo Civil e Direito Empresarial. Advogado. luiz.parrapereira@gmail.com.

*** Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestrando em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Advogado. rodrigo@lt.adv.br.

brasileiro. A metodologia utilizada é o estudo bibliográfico com caráter qualitativo e indutivo.

Palavras-chave: OIT; Convenções internacionais; Globalização; Sociedade da informação.

ABSTRACT

The text considers the decentralization of capital and means of production, equating the emergence of new technologies and the expanding globalization, phenomena that staged the break of geographical and trade barriers in the information society era. The study seeks to reflect the integration and influence of international labor law, assessing any progress or setbacks of this movement by the employee protection. In this new scenario, the paper examines the interpretation of the doctrine and jurisprudence on the application of international conventions forward the national legal system, at which highlight the influence of ILO Convention 189 (housekeeper protection) of the legislative process. The methodology used is the bibliographical study with qualitative and inductive character.

Keywords: ILO; International conventions; Globalization; Information society.

INTRODUÇÃO

A humanidade vive a chamada globalização, fenômeno acentuado pelo advento de novas tecnologias, principalmente de comunicação, que se aplicam a quase todas as áreas do convívio humano. Com efeito, os tradicionais conceitos de soberania e de fronteiras entre os países têm sido colocados em xeque por acontecimentos reais que obrigam a novas e mais profundas reflexões.

Assim, os novos cenários obrigam a uma modificação dos modos tradicionais de compreensão das diversas relações jurídicas que se estabelecem em sociedade. O direito, antes circunscrito às fronteiras nacionais, com poucas conexões exteriores aqui e acolá, cada vez mais vem sendo chamado a operar no âmbito internacional, para promover soluções adequadas aos novos tempos que vem chegando.

Uma dessas áreas de evolução é o direito internacional do trabalho, cujas normas precisam lidar com mercados cada vez mais transnacionais em que a informação e o conhecimento tomam papel central nos diversos ambientes socioeconômicos.

Um dos problemas a serem superados são as complicações surgidas nos processos de integração e de incorporação das normas internacionais no ordenamento jurídico interno (como foco no brasileiro), notadamente a partir da atuação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) em seu relevante papel de criação de regras que objetivam a proteção do trabalhador.

Nessa linha, além dessa nova e desafiadora conjuntura internacional, o presente texto analisa e faz uma reflexão acerca da Convenção n. 189 da OIT, aprovada em 2011 e não ratificada pelo Brasil, mas que, conforme será visto, influenciou diretamente a edição da Emenda Constitucional n. 72 e da Lei Complementar n. 150/2015, normas essas que ampliaram significativamente o rol de direitos dos trabalhadores domésticos.

Trata-se, sem dúvida, de algo inédito, isso é, a incorporação “por vias transversas” (porque não houve ratificação formal da Convenção n. 189) de normas de direito internacional ao direito interno. Na verdade, em termos estritamente jurídicos, não houve sequer incorporação da norma internacional, mas é fato que, com a edição da citada EC n. 72 e LC n. 150, deu-se um aprimoramento de normas protetivas do trabalhador doméstico, o que se coaduna com os objetivos primordiais da Convenção n. 189.

Essas questões, por meio de uma metodologia sobretudo de caráter qualitativo e indutivo, são os principais tópicos do presente artigo, ficando advertido que nossa intenção não é deitar palavras finais ou definitivas sobre o assunto, muito ao contrário, aliás, as críticas e sugestões são muito bem-vindas.

GLOBALIZAÇÃO E A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Indubitavelmente, a globalização é um movimento crescente e ainda em curso, envolvendo, de modo transnacional, fatores como o comércio, o movimento de capitais, a imigração e os intensos fluxos informacionais.

Com efeito, um importante catalizador do processo de globalização foram as novas tecnologias de comunicação, as quais possibilitaram a acentuada troca de ideias, informações e conhecimentos entre os milhões usuários das redes telemáticas como a *internet*, a custos cada vez menores.

É fato que toda essa comunicação facilitada pela *internet* chega efetivamente a incomodar, para que não se diga amedrontar, certos governantes que têm pouco apreço pela democracia, pelo direito de crítica e dissidência. Prova desse temor é a recente Primavera Árabe que, literalmente, apeou do poder alguns caudilhos bastante conhecidos pela truculência em lidar com a população.

Aponta a doutrina¹ que as profundas mudanças socioeconômicas geradas pela globalização, com a crescente abertura dos diversos mercados, impactaram fortemente o direito, com destaque para o direito do trabalho, sendo necessária, portanto, uma atenta reflexão acerca de novos valores e formas de inter-relação dos diversos atores sociais.

¹ PAIVA, Ana Lúcia Pinke Ribeiro de. *Contrato internacional de trabalho: transferência de empregados*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 30.

Na ótica de Marco Antonio Barbosa,² as transformações decorrentes da reestruturação mundial do capitalismo, com destaque para a globalização e a formação de blocos econômicos regionais, além da intensa substituição da centralidade industrial para a informacional, afetaram diretamente os princípios de organização das diversas sociedades e seus respectivos Estados.

Ainda o pesquisador afirma que a multiplicidade de elementos dessa nova realidade – como o econômico, o midiático, os simbólicos e os culturais –, acabaram dando lugar a incertezas dentro de uma realidade ainda não substancial, não sendo possível, por conseguinte, prever as consequências de decisões políticas nesse tipo de sociedade marcada por interconexões.³

O advento dessa complexa e dinâmica rede de interação, decorrente do processo de globalização, deu origem à atual sociedade da informação, um novo ambiente econômico e social em que o papel central é da própria informação e do conhecimento.⁴

Nesse novo contexto, informação e conhecimento tornaram-se um produto comercial que literalmente interliga o desenvolvimento dos diversos povos ao redor do mundo. Com efeito, diagnostica Alvin Toffler⁵ que “a informação tornou-se talvez o negócio mais importante e o que mais cresce no mundo”. Nessa mesma linha, Paula A. Forgioni⁶ informa que atualmente “a propriedade intelectual é o maior produto de exportação dos Estados Unidos”.

Essa nova sociedade rompeu com o modelo industrial tradicional, passando a informação e o conhecimento a serem a principal matéria-prima do desenvolvimento econômico, o que até mesmo explica a tendência de crescimento de empresas ligadas ao setor de serviços e distribuição de bens,⁷ caminho que parece não ter volta diante da consolidação de grandes grupos empresariais que desenvolvem esse tipo de atividade.

Nessa conjuntura, ainda vê-se um direito tradicional que busca adaptar-se a tais profundas mudanças, dentro de uma rede com inúmeros microsistemas

² BARBOSA, Marco Antonio. Estado e sociedade: mutações e incertezas na sociedade da informação. *Revista Jurídica da FURB*. Blumenau, FURB, v. 17, n. 33, jan./jun. 2013, p. 122.

³ BARBOSA, Marco Antonio. Estado e sociedade: mutações e incertezas na sociedade da informação, p. 124.

⁴ BARRETO JÚNIOR, Irineu Francisco. Abordagens recentes da pesquisa jurídica na sociedade da informação. In: PAESANI, Líliliana Minardi (Coord.). *O direito na sociedade da informação*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 39-50, p. 41.

⁵ TOFFLER, Alvin. *A terceira onda*. 18. ed. São Paulo: Record. 1980, p. 162.

⁶ FORGIONI, Paula A. *Fundamentos do antitruste*. 8. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 313.

⁷ ABDALA, Vitor. Setor de serviços tem crescimento de 2,1% em julho. *Revista Exame*, São Paulo, 18/09/2015. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/economia/noticias/setor-de-servicos-tem-crescimento-de-2-1-em-julho>>. Acesso em: 05/06/2016.

normativos abertos que alteraram, por exemplo, a clássica visão de soberania, vista outrora como poder absoluto e incontestável,⁸

No mercado de trabalho não foi diferente. Em verdade, muitas foram as alterações decorrentes das novas tecnologias, sendo a automação umas das marcas do século XX, com a crescente substituição da mão de obra humana por equipamentos que aumentaram a eficiência da produção industrial,⁹ fenômeno caracterizado como “toyotismo”.

Tal fenômeno, efetivamente, provocou verdadeira reestruturação na forma de se produzir os diversos bens, bem como incentivou a criação de profissões antes inexistentes, como aquelas voltadas ao campo da robótica e da mecatrônica.

Outra significativa mudança foi o surgimento do denominado “teletrabalho”, o qual modificou o conceito tradicional de desenvolvimento de uma atividade laboral, permitindo a influência do progresso tecnológico no trabalho à distância através de diversas ferramentas disponíveis de modo facilitado.

Nessa linha de raciocínio, segundo a lição de Tacianny Mayara Silva Machado, atualmente, “ao contrário da grande fábrica, o empregado tem a possibilidade de executar seu trabalho de forma descentralizada podendo atuar a distância, ou externado, com a utilização dos instrumentos ou telemática através do teletrabalho”.¹⁰

Em linhas gerais, a principal marca desse novo momento histórico, ainda em construção, é a constante evolução tecnológica que provoca, dia após dia, a relativização da distância, a descentralização dos meios de produção e transição das relações sociais, o que resta por permitir o surgimento de novas necessidades a serem reguladas por direitos antes não imaginados.

É esse, em suma, o cenário que vem se descortinando e que cada vez mais desafia a astúcia dos juristas a promoverem novas formas de interpretação dos conceitos jurídicos tradicionais, de modo a não deixar que caiam na obsolescência. O direito, antes muito circunspeto às fronteiras dos diversos países, nessa nova etapa mundial precisa inegavelmente adaptar-se para albergar, cada vez mais, as normas internacionais. No direito laboral, o destaque fica com a Organização Mundial do Trabalho.

⁸ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O marco civil da internet e as liberdades de mercado. In: DE LUCCA, Newton et al. (Coord.). *Direito & internet III: marco civil da internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 49-52.

⁹ MACHADO, Tacianny Mayara Silva. O futuro do trabalho na perspectiva da Organização Internacional do Trabalho: uma análise das transformações do mercado de trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo, RT, v. 166, nov./dez. 2015, p. 20.

¹⁰ MACHADO, Tacianny Mayara Silva. O futuro do trabalho na perspectiva da Organização Internacional do Trabalho: uma análise das transformações do mercado de trabalho, p. 18.

A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO E A ATUAÇÃO DA OIT

O trabalho, na acepção da palavra, sempre esteve relacionado à própria existência do ser humano, pois muito mais do que a mera subsistência ele representa, sobretudo, um fator de satisfação e realização pessoal, além de trazer dignidade àquele que o exercita.

Essa reflexão fica ainda mais relevante quando a atenção se volta ao âmbito internacional, pois, na maioria das vezes, as condições de trabalho e a participação do Estado no cenário externo estão interligados à situação econômica nacional, não sendo raro encontrar em países, principalmente subdesenvolvidos, em que, por uma série de fatores, há forte resistência à implantação de normas que visem conferir maior proteção ao trabalhador.¹¹

Com o dinamismo e o avanço da economia atual, o mercado laboral vem passando por constantes mudanças, em especial pela sedimentação do consumo de massa e pela utilização das novas tecnologias, sendo necessário, portanto, que exista equilíbrio entre os interesses empresariais, cujo mote é a eficiência da produção, com os dos trabalhadores, cujo cerne é a dignidade da pessoa humana, de modo a proporcionar um adequado e sustentável desenvolvimento econômico e social.¹²

Dessa maneira, é certo que não se pode esmagar as empresas com normas cuja observância importaria em custos inviabilizadores do negócio, mas, da mesma forma, não é admissível a ausência completa de proteção ao trabalhador, cuja dignidade sempre merece atenção.

Portanto, ainda que esse equilíbrio possa variar de país para país, tudo a depender do nível de riqueza e desenvolvimento atingidos em cada caso, não se pode abrir mão, no âmbito internacional, de certas garantias mínimas em prol dos trabalhadores.

De fato, como bem observa Arnaldo Sussekind, os motivos de ordem econômica influenciam diretamente a regulamentação das normas internacionais de cunho protetivo, pois, em suas palavras:

Impuseram, inquestionavelmente, a necessidade de ser nivelado, tanto quanto possível, no campo internacional, o custo das medidas sociais da proteção ao trabalho, a fim de que os Estados que as tivessem adotado, através de sistemas completos e tutelares, não sofressem, por essa razão, no comércio mundial, a indesejável concorrência dos países que

¹¹ DUPAS, Gilberto. A lógica da economia global e a exclusão social. *Revista Estudos Avançados*. São Paulo, Universidade de São Paulo, v. 12, n. 34, 1998, p. 130-132.

¹² GONÇALVES, Sérgio Campos. Cultura e sociedade de consumo: um olhar em retrospecto. *Revista InRevista*. Ribeirão Preto, Unaerp, v. 3, n. 5, 2008, p. 22-23.

obtinham produção mais barata pelo fato de não serem onerados com os encargos de caráter social.¹³

De fato, um dos enfoques mais importantes atribuídos ao direito do trabalho é o aspecto social e a dignidade da pessoa humana no exercício da atividade laboral,¹⁴ temas que também são objeto de estudos no direito internacional público, notadamente quanto à organização jurídica e a solidariedade entre as nações para manutenção da ordem social na comunidade internacional.

Nesse passo, pontua Adalberto Martins que, com a consolidação do sistema capitalista, o direito internacional público sofreu uma ampliação no seu âmbito de atuação, passando, assim, a comunidade internacional a abranger novas formas de produção internacional de normas, inclusive na seara do direito do trabalho.¹⁵

Segundo a doutrina,¹⁶ a internacionalização do direito do trabalho se iniciou com Robert Owen ainda no século XIX, industrial inglês que defendeu a intervenção efetiva do Estado para a garantia de direitos básicos dos trabalhadores diante das crescentes injustiças sociais, sendo uma de suas propostas a fixação de um limite máximo da jornada de trabalho, além da necessária regulamentação internacional das condições de trabalho.

Fato é que o processo de globalização potencializou o surgimento de organismos internacionais formados por diversos países que possuem entre si harmonia de normas e, por isso, são a expressão mais visível do esforço articulado para tal desiderato, como é o caso da OIT, criada por força do Tratado de Versalhes em 1919,¹⁷ o qual foi firmado inicialmente com 29 signatários após o fim da Primeira Guerra Mundial.¹⁸

Em seu preâmbulo de criação, consta que a Organização se baseia na paz universal e justiça social, sendo a responsável pela formulação e aplicação das normas internacionais do trabalho.

No momento de sua criação, a economia global vivia um período de grande crise social decorrente do fim da Primeira Guerra Mundial, com problemas re-

¹³ SUSSEKIND, Arnaldo. *Instituições do direito do trabalho*. 20. ed. São Paulo: LTr, 2002, v. 2, p. 1.468.

¹⁴ MEIRELES, Gustavo Fernandes. O papel do direito internacional no reconhecimento dos direitos fundamentais do trabalho. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário*. Brasília, UCB, v. 7, p. 302, 2012.

¹⁵ MARTINS, Adalberto. *Manual didático de direito do trabalho*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 41.

¹⁶ SOUZA, Zoraide Amaral de. A Organização Internacional do Trabalho – OIT. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*. Campos dos Goytacazes, FDC, v. 9, nov./dez. 2006, p. 427-429.

¹⁷ SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 86.

¹⁸ BRASIL. Organização Internacional do Trabalho. *História*. Brasília. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/hist%C3%B3ria>>. Acesso em: 15/05/2016.

lativos à exploração da mão de obra do trabalhador, fenômeno esse influenciado pela significativa migração de pessoas que saíam do continente europeu em busca de terras e recursos.¹⁹

Foi relevante o papel da OIT na construção da ideia de que o trabalho não é uma simples mercadoria, tanto que reafirmou, em 1944, por meio da Declaração de Filadélfia, princípios fundamentais que constituem valores básicos e vigem até hoje:

(...) que o trabalho deve ser fonte de dignidade, que o trabalho não é uma mercadoria, que a pobreza, em qualquer lugar, é uma ameaça à prosperidade de todos e que todos os seres humanos tem o direito de perseguir o seu bem estar material em condições de liberdade e dignidade, segurança econômica e igualdade de oportunidades.²⁰

Não obstante o importante papel da OIT no que diz respeito ao combate do trabalho infantil, a eliminação da pobreza, a busca por melhores condições de trabalho, entre outras, a OIT tem discutido os desafios sociais do novo mercado de trabalho gerado em face das mudanças profundas no cenário econômico global, o que, de fato, tem revertido em significativas reformas nas legislações laborais em diversos países.

Diferentemente de outras organizações internacionais, a OIT apresenta uma estrutura tripartida, sendo a Conferência Internacional do Trabalho (assembleia geral) composta por dois representantes governamentais, um dos empregados e outro dos empregadores, fazendo com que os atos normativos nela produzidos não resultem do entendimento direto entre os Estados envolvidos, mas sim das tratativas oriundas do próprio quadro da OIT, os quais quando aprovados ganham contornos oficiais.²¹

Na atualidade, a OIT é responsável por formular normas internacionais de proteção ao trabalhador, bem como fomentar a cooperação internacional na difusão de regras que estabeleçam direitos mínimos de dignidade e de bem estar social,²² utilizando como mecanismos as convenções ou as recomendações.

Embora algumas convenções firmadas na OIT não cheguem a ser ratificadas por países-membros, é fato que muitas delas, bem como várias das suas recomendações, são posteriormente incorporadas nos ordenamentos jurídicos internos de diversos países-membros com as mesmas características, o que demonstra

¹⁹ THERBORN, Goran. Globalização e desigualdade: questões de conceituação e esclarecimento. *Revista Sociologias*. Porto Alegre, v. 6, n. 3, jul./dez. 2001, p. 147-148.

²⁰ BRASIL. Organização Internacional do Trabalho. *História*.

²¹ SOUZA, Zoraide Amaral de. A Organização Internacional do Trabalho – OIT, p. 438.

²² FINKELSTEIN, Cláudio. *Direito internacional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 87-88.

a relevância da organização na edição de normas atuais relacionadas às condições de trabalho ao redor do mundo.

Não obstante a relevância desses instrumentos (convenções e recomendações), o que se observa, no Brasil, é a falta de conhecimento desse tipo de regramento por quase todos os Tribunais Regionais do Trabalho,²³ destacando-se que uma das atribuições da OIT é justamente orientar os países-membros não somente no aspecto legislativo, mas também na aplicação como fontes do direito quando ausente norma específica relativa à matéria em discussão.

É necessário destacar que as convenções e as recomendações da OIT têm natureza jurídica distinta. As convenções são tratados internacionais em sentido estrito, ou seja, vinculam (ou obrigam) o Estado que as ratifica, ou seja, a convenção devidamente ratificada deve ser cumprida e gera direitos subjetivos individuais.²⁴

As recomendações, porém, não têm vinculação obrigatória, servindo mais como inspiração e referência ao legislador interno na criação de normas trabalhistas.²⁵

Nas palavras de Valério de Oliveira Mazzuoli, as convenções da OIT “são tratados multilaterais abertos, de natureza normativa, elaborados sob os auspícios da Conferência Internacional do Trabalho, a fim de regulamentar o trabalho no âmbito internacional (...)”;²⁶ importando dizer que as convenções não possuem um destinatário certo e que, desse modo, estão abertas à adesão de qualquer país-membro.

No que se refere à vigência, cabe ressaltar que, após a ratificação e a incorporação de uma convenção ao ordenamento jurídico interno, o Estado-membro submete-se a controle e monitoramento por uma comissão da OIT, de maneira a assegurar o cumprimento das normas dispostas no texto ratificado.²⁷

No Brasil, a ratificação da convenção internacional tem rito delineado na Constituição Federal, que é semelhante ao do tratado internacional, nos termos do art. 84, inc. VIII e do art. 49, inc. I. A diferença, em suma, reside apenas

²³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira; FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Incorporação e aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo, RT, v. 167, jan./fev. 2016, p. 176.

²⁴ SOUZA, Zoraide Amaral de. A Organização Internacional do Trabalho – OIT, p. 446.

²⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira; FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Incorporação e aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil, p. 170.

²⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 8. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 1.112.

²⁷ CORRÊA, Lelio Bentes. Normas internacionais do trabalho e direitos fundamentais do ser humano. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília, Magister, v. 75, n. 1, jan./mar. 2009, p. 58-59.

quanto à dispensa da formalidade de assinatura, tendo em vista que a própria OIT adota essa exceção em sua Constituição.²⁸

Assim, uma vez aprovada a convenção no Congresso Nacional e promulgada a sua ratificação por meio de decreto presidencial, a norma passa a integrar o ordenamento jurídico nacional. Celeuma existe, entretanto, quanto ao quórum de aprovação dessa convenção no Congresso, matéria que será analisada com maior cuidado a seguir.

Quanto às recomendações, pode-se dizer que igualmente são instrumentos normativos significativos ao direito internacional do trabalho, mas sem a natureza jurídica de tratado internacional. Isso, porém, não retira sua relevância no contexto social geral, na medida em que os respectivos conteúdos podem, a qualquer momento, ser incorporados pela legislação doméstica de um país-membro.²⁹

Em síntese, independentemente do instrumento normativo utilizado pela OIT, é inquestionável que o modo dinâmico de atuação da organização vem proporcionando maior dimensão nas discussões que envolvem a melhoria das condições de trabalho em âmbito internacional, possibilitando, por conseguinte, uma melhor coordenação dos interesses comuns a todos os países-membros.

No entanto, resta uma questão adicional, qual seja: qual a hierarquia normativa das convenções internacionais quando incorporadas ao direito pátrio. É o que passamos a discutir.

HIERARQUIA DAS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS: SUPRALEGALIDADE OU PARIDADE NORMATIVA

Tratando-se de convenção da OIT, as quais, como dito anteriormente, possuem natureza de tratado internacional, algumas divergências se apresentam na doutrina, mais especificamente no que diz respeito ao *status* constitucional e ao respectivo quórum para a incorporação da norma ao ordenamento pátrio, principalmente nos casos em que haja conflito com alguma norma doméstica. Também existe controvérsia a respeito de essas normas internacionais ostentarem a natureza de direitos humanos ou não.

Essa discussão é relevante, pois representa impacto direto na interpretação do ordenamento jurídico e, por conseguinte, nas respectivas relações de trabalho. Não obstante a irrefutável soberania dos países no que se refere à produção de suas normas internas,³⁰ vale lembrar que uma das atribuições estratégicas da OIT

²⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*, p. 1.116.

²⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*, p. 1.125.

³⁰ RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério dos tratados de direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, Universidade São Paulo, v. 104, jan./dez. 2009, p. 247.

é influenciar a produção de legislações que permitam a melhoria das condições de trabalho no plano mundial.³¹

No Brasil, a problemática está relacionada, primeiro, à identificação dos tratados internacionais de direitos humanos, tendo em vista que não existem critérios plenamente objetivos que permitam uma identificação indene de alguma controvérsia. Assim, parte da doutrina fez esse tipo de questionamento.

Haveria, outrossim, a presença de características que permitam identificar as convenções da OIT como tendo por objeto matéria ligada aos direitos humanos?³²

Não se pode negar que o aperfeiçoamento do direito do trabalho ao longo da história constitui uma lógica de contínua construção dos direitos humanos, na medida em que as gradativas melhorias das condições laborais, tais como a redução de jornadas excessivas, o combate ao trabalho infantil e melhores condições sanitárias ao trabalhador, nitidamente representam a valorização da dignidade da pessoa humana.³³

Desse modo, sustenta-se que, em sua essência, as normas jurídicas de direito internacional do trabalho têm, sim, caráter de direitos humanos.

Outro ponto de intenso debate diz respeito ao *status* normativo da convenção da OIT ratificada pelo Brasil, especialmente quando haja conflito com norma doméstica.

Assim, partindo-se do pressuposto de que as convenções internacionais do trabalho, ao menos quanto à matéria, têm natureza de tratado de direitos humanos, tem-se a previsão, a partir da Emenda Constitucional 45/2004, de um quórum qualificado para aprovação desses tratados.

Entretanto, de uma leitura atenta do § 3º do art. 5º da Constituição, depreende-se que o quórum qualificado ali estabelecido não é obrigatório para as matérias que versam sobre direitos humanos, mas sim facultativo, em vista da expressão “que forem aprovados”.³⁴

Fato é que, não estando o verbo no modo imperativo, é bastante razoável considerar que o Congresso Nacional pode ou não aprovar uma convenção da OIT com o quórum qualificado.

³¹ SUSSEKIND, Arnaldo. Normas internacionais do trabalho e direitos fundamentais do ser humano. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília, Magister, v. 73, n. 3, jul./set. 2007, p. 16-19.

³² QUEIROZ, Miron Tafuri. *A integração das convenções da Organização Internacional do Trabalho à ordem jurídica brasileira*. 2009. 216p. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 131.

³³ SUSSEKIND, Arnaldo. Normas internacionais do trabalho e direitos fundamentais do ser humano, p. 23.

³⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. *Constituição Federal*. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm>. Acesso em: 12/06/2016.

Aliás, sobre o tema em foco, Valério de Oliveira Mazzuoli destaca que, diante do rigor do disposto no § 3º, até julho de 2015 apenas dois tratados internacionais de direitos humanos haviam sido aprovados pelo Congresso Nacional com o quórum qualificado,³⁵ o que demonstra a dificuldade na obtenção desse tipo de quórum.

De qualquer modo, pode-se sustentar que as convenções aprovadas e ratificadas sob o rito do § 2º do art. 5º da Constituição (quórum simples) têm o que a doutrina especializada conceitua como um *status* constitucional material.³⁶ Já as convenções aprovadas e ratificadas nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição terão o *status* constitucional formal,³⁷ gozando a referida convenção de natureza jurídica equivalente à Emenda Constitucional.

Todavia, a celeuma na doutrina e na jurisprudência não se encerrou com a definição da faculdade ou obrigatoriedade do quórum qualificado para a aprovação de convenções internacionais do trabalho, persistindo ainda a dúvida acerca de qual lei aplicar em caso de conflito aparente entre norma interna e uma convenção da OIT aprovada com o quórum simples do § 2º do art. 5º da Constituição.

Embora o debate da relação estabelecida entre o direito internacional e o direito doméstico de cada Estado esteja ainda em construção, é inegável que a partir do julgamento do RE 466.343-1/SP, em dezembro de 2008, o Supremo Tribunal Federal adotou uma posição sobre o tema, optando a Corte Constitucional pela tese da suprallegalidade.³⁸

No intuito de resolver a polêmica gerada pela Emenda Constitucional n. 45/2004, a Corte Suprema aproximou-se da influência europeia,³⁹ entendendo a maioria dos ministros participantes que os tratados que versam sobre direitos humanos estão abaixo da Constituição Federal, mas acima de toda e qualquer lei federal, mesmo que o tratado tenha sido aprovado com quórum simples do § 2º do art. 5º da Constituição. Portanto, esses tratados possuem a característica da suprallegalidade.⁴⁰

³⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira; FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Incorporação e aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil, p. 175.

³⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira; FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Incorporação e aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil, p. 173.

³⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira; FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Incorporação e aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil, p. 173.

³⁸ MOTTA, Sylvio. *A hierarquia legal dos tratados internacionais*. São Paulo, 18/09/2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-set-18/convencao-direitos-pessoas-deficiencia-status-ec>>. Acesso em: 11/06/2016.

³⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira; FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Incorporação e aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil, p. 174.

⁴⁰ FIGUEIREDO, Patrícia Cobiانchi. Os tratados internacionais de direitos humanos no Supremo Tribunal Federal: incorporação e hierarquia com considerações do direito comparado e

Em análise desse julgamento, Valério de Oliveira Mazzuoli tece críticas destacando que a tese cria uma duplicidade de regimes jurídicos que não existe no ordenamento brasileiro, apontando para “categorias” de tratados de nível constitucional e supralegal, o que acaba por conferir tratamento deferente a instrumentos normativos que, a bem da verdade, são iguais e distinguem-se apenas pelo quórum de aprovação no Congresso Nacional.⁴¹

Continua o doutrinador afirmando “ser equivocado alocar certos tratados de direitos humanos abaixo da Constituição e outros (também de direitos humanos) no mesmo nível dela, sob pena de se subverter toda a lógica convencional de proteção de tais direitos (...)”.⁴² Assim, embora a posição adotada pela maioria dos ministros tenha apontado uma direção, vislumbra-se que, ao menos em termos doutrinários, o tema está muito longe de encontrar harmonia.

Nesse ponto, é imperioso observar o necessário diálogo entre as normas internacionais e as de direito interno, como bem discorre Antônio Augusto Cançado Trindade:

No presente domínio de proteção, o direito internacional e o direito interno, longe de operarem de modo estanque ou compartimentalizado, se mostram em constante interação, de modo a assegurar a proteção eficaz do ser humano. Como decorre de disposições expressas dos próprios tratados de direitos humanos, e da abertura do direito constitucional contemporâneo aos direitos internacionalmente consagrados, não mais cabe insistir na primazia das normas do direito internacional ou do direito interno, como na doutrina clássica, porquanto o primado é sempre da norma – de origem internacional ou interna – que melhor proteja os direitos humanos; o Direito Internacional dos Direitos Humanos efetivamente consagra o critério da primazia da norma mais favorável às vítimas.⁴³

Em referência aos ditames do direito internacional público, argumenta Valério de Oliveira Mazzuoli que qualquer tratado internacional, que tenha por objeto os direitos humanos, goza de *status* constitucional, independentemente do número de deputados e senadores presentes na sua aprovação,⁴⁴ tendo em vista que a matéria (direitos humanos) visa proteger o destinatário final dessas normas, que é a própria pessoa humana, destacando-se que um dos fundamentos

proposta quanto à interpretação. *Revista Thesis Juris*. São Paulo, Uninove, v. 2, n. 1, jan./jun. 2013, p. 56-57.

⁴¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*, p. 405.

⁴² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*, p. 405.

⁴³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, v.2, p. 25.

⁴⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*, p. 406.

da República Federativa do Brasil é a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da Constituição).

Não obstante os reiterados debates acerca da tese, é certo que o próprio direito internacional desenvolveu o chamado princípio da primazia da norma mais favorável, aplicável quando o tratado versar sobre direitos humanos. Desse modo, o intérprete da norma deve optar por aquela que for mais favorável ao indivíduo, evitando-se assim as clássicas discussões entre teoria monista e dualista.⁴⁵

Posto esse cabedal teórico acerca da hierarquia das convenções internacionais frente ao direito interno brasileiro, passamos a abordar a temática da Convenção n. 189 da OIT e como e em quais pontos ela inspirou a edição da Emenda n. 72 e a Lei Complementar n. 150/2015.

A CONVENÇÃO N. 189 DA OIT E SUAS REFLEXOS NA EC N. 72 E NA LEI COMPLEMENTAR N. 150/2015

De uma rápida pesquisa, identificamos no sítio eletrônico da OIT que, até junho de 2016, o Brasil havia ratificado 95 convenções internacionais, estando 80 delas em vigor,⁴⁶ o que demonstra uma intensa participação do país no cenário do direito internacional do trabalho.

A Convenção n. 189 da OIT, celebrada em 2011, teve por objeto majorar direitos conferidos aos trabalhadores domésticos. Tanto é assim que foi denominada oficialmente de Convenção sobre o Trabalho Decente para as Trabalhadoras e os Trabalhadores Domésticos. Conforme esclarecimento constante do sítio eletrônico da organização:

Considerando, portanto, a necessidade de complementar as normas gerais já existentes no âmbito da OIT com normas específicas, no sentido de promover uma proteção mais efetiva aos direitos das/os trabalhadoras/es domésticas/os, a OIT realizou um processo de dupla discussão sobre trabalho decente para trabalhadoras/es domésticas/os nas 99ª (2010) e 100ª (2011) Conferências Internacionais do Trabalho (CIT), que resultou na adoção da Convenção sobre o Trabalho Decente para as Trabalhadoras e Trabalhadores Domésticos, 2011 (n. 189), acompanhada de uma Recomendação (n. 201). Desta maneira, a OIT contribuiu, de forma efetiva, para a promoção do trabalho decente para as/os milhões de trabalhadores e trabalhadoras domésticos/as.

⁴⁵ RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério dos tratados de direitos humanos, p. 255.

⁴⁶ BRASIL. Organização Internacional do Trabalho. *Convenções ratificadas pelo Brasil*. Brasília. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/convention>>. Acesso em: 12/06/2016.

O tema é de suma importância, pois, no Brasil, grande parte dos trabalhadores domésticos é representada por mulheres (94,5%), negros e pardos (62%), bem como por pessoas com poucos anos de estudo,⁴⁷ demonstrando, assim, a vulnerabilidade desses trabalhadores na relação empregatícia.

Fato é que, embora não tenha sido ratificada pelo Brasil, a Convenção n. 189 da OIT influenciou diretamente a confecção da Emenda Constitucional n. 72, de 02 de abril de 2013, cujo texto acrescentou o parágrafo único ao art. 7º da Constituição de 1988, *in verbis*:

São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social.⁴⁸

⁴⁷ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa mensal de emprego*. Brasília. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/princ_carac_trab_dom.pdf>. Acesso em: 12/06/2016.

⁴⁸ Os direitos, pela ordem, são os seguintes: IV – salário mínimo; VI – irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; VII – garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável; VIII – décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria; X – proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; XIII – duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; XV – repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; XVI – remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinqüenta por cento à do normal; XVII – gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; XVIII – licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; XIX – licença-paternidade, nos termos fixados em lei; XXI – aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; XXIV – aposentadoria; XVI – reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho; XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; XXXI – proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; XXXIII – proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; I – relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; II – seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; III – fundo de garantia do tempo de serviço; IX – remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; XII – salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; XXV – assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas; XXVIII – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

A regulamentação da aludida Emenda veio com a Lei Complementar n. 150, de 1º de junho de 2015, quando, efetivamente, os domésticos conquistaram o limite da jornada de trabalho semanal e mensal, a remuneração da jornada extraordinária em percentual de no mínimo 50%, o reconhecimento de convenções coletivas, FGTS,⁴⁹ entre outros direitos que proporcionam maior dignidade e valor social a esses trabalhadores.

Da mesma forma que a Convenção n. 189, a Lei Complementar n. 150/2015 não só ampliou a proteção dos trabalhadores domésticos, como determinou o conceito de empregado doméstico (trabalhar na mesma residência por mais de dois dias por semana),⁵⁰ abrangendo, inclusive, os casos de atividades fora da residência, como idas ao supermercado entre outras atividades que auxiliem o regular funcionamento da casa.⁵¹

Aliás, o parágrafo único do art. 1º da Lei Complementar n. 150/2015 em comento expressamente faz referência à Convenção n. 189 da OIT, nos seguintes termos: “É vedada a contratação de menor de 18 (dezoito) anos para desempenho de trabalho doméstico, de acordo com a Convenção n. 182, de 1999, da OIT (...)”.

Assim, observa-se claramente que, embora a Convenção n. 189 da OIT não tenha formalmente integrado o ordenamento jurídico nacional, mesmo não apresentando incompatibilidades formais segundo parte da doutrina,⁵² o Brasil foi diretamente influenciado pelo cenário internacional favorável ao reconhecimento dos direitos ali transcritos.

Dessa maneira, na perspectiva do direito internacional, o Brasil atingiu a finalidade da Convenção n. 189, mesmo que não a tenha ratificado, pois se buscou com a Emenda n. 72 e a Lei Complementar n. 150/2015 a incorporação de direitos e garantias outrora não previstos aos domésticos, opção que, ao menos juridicamente, consolidou maior igualdade de direitos entre as classes de trabalhadores existentes.

Não se pode negar de que se trata de um fenômeno novo, isso é, o conteúdo, mesmo que parcial, de Convenção Internacional não ratificada vir a fazer parte do ordenamento jurídico interno por meio de normatização especialmente editada com tal finalidade.

⁴⁹ BRASIL. Lei complementar n. 150, de 1º de junho de 2015. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp150.htm>. Acesso em: 12/06/2016.

⁵⁰ BRASIL. Lei complementar n. 150, de 1º de junho de 2015.

⁵¹ GOMES, Ana Virginia Moreira; TORTELL, Lisa. A convenção 189 da OIT e sua ratificação pelo Brasil: principais disposições e compatibilidade com a lei brasileira. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo, RT, v. 162, mar./abr. 2015, p. 143.

⁵² GOMES, Ana Virginia Moreira; TORTELL, Lisa. A convenção 189 da OIT e sua ratificação pelo Brasil: principais disposições e compatibilidade com a lei brasileira, p. 161.

Evidentemente, ainda é cedo para saber se o novo regramento atingiu, em termos práticos, seus objetivos. Isso dependerá de vários fatores, passando, inclusive, pelo crescimento e desenvolvimento econômico do país. A persistirem situações de pobreza e miserabilidade, é bem provável que o subemprego, principalmente na área doméstica, continue sem regra em muitos locais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das precedentes considerações, é fácil perceber que o expansivo processo de globalização alterou o mercado de trabalho que, em termos clássicos, era primordialmente voltado para o setor industrial. Com efeito, a implantação da mão de obra robótica, a intensificação do trabalho à distância e o surgimento de empresas com modelo de negócio fundamentado na informação e no uso das novas tecnologias, representaram uma mudança de paradigma.

Nesse novo cenário de globalização, o direito internacional, cada vez mais, constitui-se em significativa fonte legislativa, especialmente quando se analisa as convenções e recomendações elaboradas perante a OIT, organismo que apresenta relevante participação para a proteção da segurança e dignidade do trabalhador.

Nesse contexto, nota-se que as convenções da OIT vêm possibilitando maior qualidade das normas de proteção trabalhista em diversos países, destacando-se que no Brasil tal legislação possui quilate constitucional diante da matéria possuir natureza de direitos humanos.

A história demonstra uma gradual e persistente evolução do direito internacional do trabalho, com o constante aperfeiçoamento de garantias fundamentais aos trabalhadores, tais como limitações de jornadas, melhorias de condições no ambiente laboral, combate ao trabalho infantil, igualdade entre homens e mulheres, dentre outras conquistas.

Desse modo, mesmo que a Convenção n. 189 da OIT não tenha sido ratificada pelo Brasil, acabou nitidamente influenciando a confecção da Emenda Constitucional n. 72 e a norma que a regulamentou (a LC n. 150/2015), ambos importantes instrumentos legais de cunho protetivo de uma classe laboral composta por pessoas que ordinariamente se encontram em situação de vulnerabilidade.

Dentre as principais conquistas, os domésticos obtiveram limite da jornada de trabalho semanal e mensal, remuneração da jornada extraordinária em percentual de no mínimo 50%, reconhecimento de convenções coletivas, FGTS, direitos que há certo tempo já pertenciam às demais classes de trabalhadores.

Ainda que não tenha havido ratificação formal da Convenção n. 189 da OIT, é fato que os principais objetivos da Convenção foram alcançados pela legislação

posteriormente edificada no âmbito interno (EC n. 72 e LC n. 105), o que não deixa de ser uma novidade em termos da permeabilidade ou “abertura” do ordenamento jurídico pátrio às influências advindas das normas internacionais.

Sem dúvida, isso demonstra que o Brasil vem acompanhando uma certa tendência internacional de intensificar a proteção ao trabalhador em termos normativos, o que, por conseguinte, permite concluir ser um país inserido no processo maior da globalização.

Por fim, acreditamos ser ainda um pouco cedo para aferir se a nova legislação gerou efeito prático, ou seja, se realmente significou a melhoria das condições de trabalho da classe dos domésticos. Fatores como crescimento e desenvolvimento econômico do país serão fulcrais para que a eficácia plena se torne realidade.

REFERÊNCIAS

ABDALA, Vitor. Setor de serviços tem crescimento de 2,1% em julho. *Revista Exame*, São Paulo, 18/09/2015. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/economia/noticias/setor-de-servicos-tem-crescimento-de-2-1-em-julho>>. Acesso em: 05/06/2016.

BARBOSA, Marco Antonio. Estado e sociedade: mutações e incertezas na sociedade da informação. *Revista Jurídica da FURB*. Blumenau, Furb, v. 17, n. 33, p. 99-126, jan./jun. 2013.

BARRETO JÚNIOR, Irineu Francisco. Abordagens recentes da pesquisa jurídica na sociedade da informação. In: PAESANI, Liliana Minardi (Coord.). *O direito na sociedade da informação*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 39-50.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. *Constituição Federal*. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12/06/2016.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa mensal de emprego*. Brasília. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/princ_carac_trab_dom.pdf>. Acesso em: 12/06/2016.

BRASIL. Lei complementar n. 150, de 1º de junho de 2015. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp150.htm>. Acesso em: 12/06/2016.

BRASIL. Organização Internacional do Trabalho. *Convenção e recomendação sobre trabalho decente para as trabalhadoras e os trabalhadores domésticos*. Brasília. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/housework/doc/trabalho_domestico_nota_5_565.pdf>. Acesso em: 12/06/2016.

BRASIL. Organização Internacional do Trabalho. *Convenções ratificadas pelo Brasil*. Brasília. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/convention>>. Acesso em: 12/06/2016.

BRASIL. Organização Internacional do Trabalho. *História*. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/hist%C3%B3ria>>. Acesso em: 15/05/2016.

CORRÊA, Lelio Bentes. Normas internacionais do trabalho e direitos fundamentais do ser humano. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília, Magister, v. 75, n. 1, p. 56-61, jan./mar. 2009.

DUPAS, Gilberto. A lógica da economia global e a exclusão social. *Revista Estudos Avançados*. São Paulo, Universidade de São Paulo, v. 12, n. 34, p. 121-159, 1998.

FIGUEIREDO, Patrícia Cobianchi. Os tratados internacionais de direitos humanos no Supremo Tribunal Federal: incorporação e hierarquia com considerações do direito comparado e proposta quanto à interpretação. *Revista Thesis Juris*. São Paulo, Uninove, v. 2, n. 1, p. 49-78, jan./jun. 2013.

FINKELSTEIN, Cláudio. *Direito internacional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FORGIONI, Paula A. *Fundamentos do antitruste*. 8. ed. São Paulo: RT, 2015.

GOMES, Ana Virginia Moreira; TORTELL, Lisa. A convenção 189 da OIT e sua ratificação pelo Brasil: principais disposições e compatibilidade com a lei brasileira. *Revista de Direito do Trabalho*, v. 162, p. 139-163, mar./abr. 2015.

GONÇALVES, Sérgio Campos. Cultura e sociedade de consumo: um olhar em retrospecto. *Revista In Revista*. Ribeirão Preto, Unaerp, v. 3, n. 5, p. 18-28, 2008.

MACHADO, Tacianny Mayara Silva. O futuro do trabalho na perspectiva da Organização Internacional do Trabalho: uma análise das transformações do mercado de trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo, RT, v. 166, p. 16-28, nov./dez. 2015.

MARTINS, Adalberto. *Manual didático de direito do trabalho*. São Paulo: Malheiros, 2003.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 8. ed. São Paulo: RT, 2014.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira; FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Incorporação e aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo, RT, v. 167, p. 169-182, jan.-fev. 2016.

MEIRELES, Gustavo Fernandes. O papel do direito internacional no reconhecimento dos direitos fundamentais do trabalho. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário*. Brasília, UCB, v. 7, p. 302, 2012.

MOTTA, Sylvio. *A hierarquia legal dos tratados internacionais*. São Paulo, 18/09/2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-set-18/convencao-direitos-pessoas-deficiencia-status-ec>>. Acesso em: 11/06/2016.

PAIVA, Ana Lúcia Pinke Ribeiro de. *Contrato internacional de trabalho: transferência de empregados*. São Paulo: Saraiva, 2010.

QUEIROZ, Miron Tafuri. *A integração das convenções da Organização Internacional do Trabalho à ordem jurídica brasileira*. 2009. 216p. Dissertação (Mestrado). São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério dos tratados de direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, Universidade São Paulo, v. 104, p. 241-246, jan./dez. 2009.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, Zoraide Amaral de. A Organização Internacional do Trabalho – OIT. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*. Campos dos Goytacazes, FDC, v. 9, p. 425-465, nov./dez. 2006.

SUSSEKIND, Arnaldo. *Instituições do direito do trabalho*. 20. ed. São Paulo: LTr, 2002, v. 2.

SUSSEKIND, Arnaldo. Normas internacionais do trabalho e direitos fundamentais do ser humano. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília, Magister, v. 73, n. 3, p. 15-27, jul./set. 2007.

THERBORN, Goran. Globalização e desigualdade: questões de conceituação e esclarecimento. *Revista Sociologias*. Porto Alegre, v. 6, n. 3, p. 122-169, jul./dez. 2001.

TOFFLER, Alvin. *A terceira onda*. 18. ed. São Paulo: Record. 1980.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O marco civil da internet e as liberdades de mercado. In: DE LUCCA, Newton et al. (Coord.). *Direito & internet III: marco civil da internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 49-64.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, v. 2.

Data de recebimento: 09/09/2016

Data de aprovação: 15/12/2016

A MEDIAÇÃO E O AMOR NA OBRA DE LUIS ALBERTO WARAT

LUIS ALBERTO WARAT'S PROPOSAL FOR LOVE AND MEDIATION

Leonel Severo Rocha*

Roberta Magalhães Gubert**

Vão passando, senhoras e senhores!

Vão passando! Entrem na escola do mundo ao avesso!

Que se alce a lanterna mágica! Imagem e som! A ilusão da vida!

Em prol do comum estamos oferecendo! Para ilustração do público presente e bom exemplo das gerações vindouras! Venham ver o rio que cospe fogo!

O Senhor Sol iluminando a noite! A Senhora Lua em pleno dia!

As Senhoritas Estrelas expulsas do céu! O bufão sentado no trono do rei!

O bafo de Lúcifer toldando o universo! Os mortos passeando com um espelho na mão!

Bruxos! Saltimbancos! Dragões e vampiros!

A varinha mágica que transforma um menino numa moeda!

O mundo perdido num jogo de dados! Não confundir com grosseiras imitações!

Deus bendiga quem vir! Deus perdoe quem não! Pessoas sensíveis e menores, abster-se.

(Baseado nos pregões da lanterna mágica, do século XVIII)

Programa de estudos

- *A escola do mundo ao avesso*: Educando com o exemplo; Os alunos; Curso básico de injustiça; Curso básico de racismo e machismo.
- *Cátedras do medo*: O ensino do medo; A indústria do medo; Aulas de corte e costura: como fazer inimigos por medida.

* Doutor EHES-Paris. Pesquisador do CNPq. Coordenador e Professor Titular do PPG/Direito Unisinos. Leonel.rocha@uol.com.br.

** Doutoranda em Direito (Unisinos). Mestre em Direito (Unisinos). Professora (Unisinos e Ceuca). robertamgubert@gmail.com.

- *Seminário de ética*: Trabalhos práticos: como triunfar na vida e fazer amigos; Lições contra os vícios inúteis.
- *Aulas magistrais de impunidade*: Modelos para estudar; A impunidade dos caçadores de gente; A impunidade dos exterminadores do planeta; A impunidade do sagrado motor.
- *Pedagogia da solidão*: Lições da sociedade de consumo; Curso intensivo de incomunicação.
- *A contra-escola*: Traição e promessa do fim do milênio; O direito ao delírio.¹

RESUMO

O presente trabalho apresenta a proposta de mediação das relações continuadas, de Luis Alberto Warat, como um processo de construção da autonomia e de emancipação, fundado em uma perspectiva psicanalítica e conduzida pelo sentimento de amor, como um processo de reencontro mediado, que permita não a busca por um acordo ou solução definitiva, mas a transformação das relações que produzem as situações conflituosas. O trabalho está dividido em duas partes; na primeira, apresenta os conceitos centrais do conjunto da obra de Warat, como forma de contextualização de sua proposta e, na segunda, apresenta os elementos centrais de sua teoria da mediação. A elaboração do texto permitiu concluir que não é possível compreender a proposta de mediação em Warat por meio dos conceitos e institutos jurídicos tradicionais; nesse sentido, o estudo e a eventual implementação dessa proposta depende de uma atitude existencial verdadeiramente transdisciplinar e hospitaleira (amorosa).

Palavras-chave: Mediação; Amor; Relações continuadas; Luis Alberto Warat.

ABSTRACT

This paper introduces Luis Alberto Warat's proposal for mediation of long-term social relations as a process of self-emancipation and autonomy, led by the sentiment of love and structured in a psychoanalysis perspective. As a mediated encounter, it seeks to promote not only agreement between the parts or a final decision to a judicial demand, but mainly the transformation of the personal relations that became conflicted. The paper has two sections. The first one contextualizes Warat's life work. The second one presents the central element of his mediation theory. The research allowed us to conclude that Warat's proposal cannot be understood by

¹ GALEANO, Eduardo. *De pernas pro ar: a escola do mundo ao avesso*. 7. ed. Porto Alegre: LP&M, 1999, p. VII-VIII.

the traditional legal methods, therefore the study and the implementation of his mediation depends of a truly open and loving existential attitude.

Key-works: Mediation. Love. Long-term social relations. Luis Alberto Warat.

INTRODUÇÃO

A obra e a vida de Luis Alberto Warat não podem ser adequadamente compreendidas de forma isolada uma da outra, ambas foram marcadas pela crítica, pelo desejo e pela criatividade. O presente trabalho tem por objetivo apresentar os pontos centrais do texto *O ofício do mediador I* e refletir sobre a importância do amor na proposta de mediação das relações continuadas. Para tanto, inicialmente percorremos uma breve síntese do conjunto de sua obra, destacando suas principais contribuições e os conceitos centrais do sistema waratiano, para então, em um segundo momento, enfrentarmos o tema central da proposta waratiana de mediação.

Com um profundo conhecimento do Direito, formado na tradição argentina analítica, Warat circulava muito bem pela literatura, filosofia, psicanálise, entre outras áreas. De fato, ele fazia com muita naturalidade aquilo que sempre pregou: a necessidade de se desenvolver um pensamento crítico por meio da transdisciplinaridade:

Luis Alberto Warat é um grande pensador que, a partir de um sólido conhecimento do Direito, transita livremente desde a filosofia, psicanálise, literatura até a teoria do Direito. Com suas ideias contestadoras e radicais, vindas de lugares inesperados, marcou profundamente o universo jurídico (...) Warat teve como grande diferencial a capacidade de inspirar pessoas e reunir amigos em torno de suas ideias, motivação que por si só transformava qualquer encontro em um espaço de grande afetividade e genialidade.²

O ponto de partida de seus estudos se deu com a busca por um aprofundado conhecimento das teorias normativas – mormente do positivismo de Hans Kelsen – o que lhe permitiu ser também um duro crítico das insuficiências desse modelo e de suas consequências, especialmente daquilo que denominou “senso comum teórico dos juristas”. Utilizando a Semiótica como uma metodologia crítica do Direito dogmático,³ a obra de Warat será marcada pela descon-

² ROCHA, Leonel Severo. A aula mágica de Luis Alberto Warat. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de pós-graduação em Direito da Unisinos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora/São Leopoldo: Unisinos, 2012, p. 204.

³ ROCHA, Leonel Severo. A aula mágica de Luis Alberto Warat, p. 207.

trução dos saberes impostos e institucionalizados, o que também marcaria sua profunda crítica ao modelo de pedagogia tradicional.⁴

Cheguei como argentino exilado ao Brasil, e me contagiei de seu modo de contagiar-se a ponto de não poder reconhecer-me mais nesse intelectual portenho que um dia desembarcou quase como um desaparecido mais da repressão militar. Cheguei kelseniano, impregnado de alguns dos vícios do paradigma moderno, mas também contagiado do pensamento dissidente francês: Barthes e outros. Vim já sendo a ovelha negra da filosofia analítica argentina. Instalei-me no Rio Grande do Sul contagiado de um pensamento contradogmático e já querendo fugir da metodologia do ensino do Direito que começava a instalar-se no pensamento jurídico latino-americano.⁵

O ensino jurídico foi outra grande preocupação do autor. Como demonstração de sua inovação e liberdade no trânsito transdisciplinar, sua crítica ao modelo docente tradicional se realizou por meio da literatura, encontrando na obra de Júlio Cortázar sua proposta de uma pedagogia surrealista, com base no afeto e na vivência do contato pessoal entre professor e alunos. E Warat de fato viveu aquilo que escreveu, como no relato de seus alunos sobre a postura que exercia e sua

compreensão da possibilidade de existência de um professor capaz de produzir em seus alunos a sensação de que eles são protagonistas. Um professor que comunica ao exigir a abertura do sentido. Não pretende exercer uma postura dominadora e centralizadora do processo pedagógico, mas uma atitude capaz de proporcionar um *tapete mágico* onde os alunos comessem a assumir um papel mais ativo nessa viagem (...) A partir da afetividade todos sentem a capacidade de participar e construir, desde a sala de aula, um novo mundo.⁶

Falando sobre a violência das formas de ensino tradicionais, Warat também demonstrou grande fluência em outra área na qual possuía considerável domínio, a psicanálise. Em realidade, seu interesse e conhecimento foram, em grande parte, consequência dos vários processos de análise pelos quais passou ao longo da vida. Nas palavras do mestre Lacan, “o que descobrimos na experiência de qualquer psicanálise é justamente da ordem do saber, e não do conhecimento ou da representação”.⁷ Invertendo a dialética hegeliana do mestre

⁴ ROCHA, Leonel Severo. A aula mágica de Luis Alberto Warat, p. 206.

⁵ WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador II: a escuta dos marginalizados. *Surfando na pororoca*, v. 3. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 190-191.

⁶ ROCHA, Leonel Severo. A aula mágica de Luis Alberto Warat, p. 204.

⁷ LACAN, Jacques. *O seminário, livro 17: o avesso da psicanálise*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992, p. 28.

e do escravo, Lacan ensina que a experiência psicanalítica se dará a partir da ligação de significantes, cuja formação se dá de modo arbitrário, no sentido de que não existe uma ligação “natural” entre os signos e os significados, o que também não significa que esta seja uma livre escolha do sujeito.⁸ Propondo um retorno à Freud, Lacan fará sua releitura ancorado na filosofia alemã, especialmente nas obras de Saussure – do qual empregou a questão do desenvolvimento da linguística para falar do inconsciente organizado como linguagem –, de Heidegger, de quem adotou os temas da verdade, do ser e do desvelamento –, e de Lévi-Strauss, que lhe permitiram trabalhar a tópica do simbólico (real, imaginário e simbólico).⁹ Para Warat, a linguagem – seja nos processos inconscientes, seja no discurso jurídico, seja na relação de ensino –, também será uma questão central.

No trecho a seguir, o autor deixa clara a importância que atribui à linguagem e à relação afetiva e, portanto, ao espaço de vulnerabilidade mútua que se dá entre os sujeitos no processo de aprendizagem:

Freud já dizia que era impossível ensinar, que era impossível educar. Ninguém pode ensinar nada a ninguém. Quando muito, um mestre pode ajudar as pessoas a aprender. O que já é demasiado difícil. Existem vários abismos intransponíveis entre pretender ensinar e ajudar a aprender (...) Freud, enigmaticamente para seu tempo, usou metaforicamente a afirmação de que é impossível educar, é impossível ensinar. O enigma teve várias interpretações, começando pela que tenta demonstrar que, mais do que ensinar, as pessoas aprendem porque querem e o que querem e não as coisas que um outro impõe ou força a saber. Porém, a afirmação freudiana pode ser entendida como o fato de que os homens só se educam entre si e mediatizados pelo mundo, que ninguém educa a ninguém, que o que educa é a possibilidade de construir um diálogo, fazer circular a palavra no “entre-nós” do educador e do educando.¹⁰

Outra passagem marcante de sua habilidade para a desconstrução dos saberes dogmáticos se dará com o conceito de *carnevalização* do ensino jurídico, como espaço de desmistificação da própria linguagem jurídica, usada pela pedagogia tradicional como uma forma de manutenção do *status quo* e do discurso dogmatizante que sustenta o modelo normativista, retirando a capacidade do aluno e do jurista de rompimento com esse estado das coisas dominante e a

⁸ DOR, Joël. *Introdução à leitura de Lacan*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1989, p. 29.

⁹ ROUDINESCO, Elizabeth; PLON, Michel. *Dicionário de psicanálise*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 448.

¹⁰ WARAT, Luís Alberto. Sobre a impossibilidade de ensinar Direito. Notas polêmicas para a desescolarização do Direito. *Epistemologia e ensino jurídico: o sonho acabou*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 425-426.

construção de um pensamento crítico autêntico. Nesse sentido, Leonel Severo Rocha afirma:

O conceito de Carnavalização, que aparece em Bakhtin (autor russo) em um primeiro escrito, na perspectiva waratiana, sugere que para se pensar o Direito é preciso uma linguagem carnavalizada, sem um lugar único, ou ponto certo, constituindo basicamente uma polifonia de sentidos. Trata-se de uma linguagem que não possui um centro, configurando-se em um lugar onde todos podem falar.¹¹

Bakhtin desenvolve o conceito de *carnavalização* sob a perspectiva das manifestações culturais do período medieval e do Renascimento. Para o autor russo, o carnaval “é o *locus* privilegiado da inversão, onde os marginalizados apropriam-se do centro simbólico, numa espécie de explosão de alteridade, onde se privilegia o marginal, o periférico, o excludente”,¹² derrubando-se as barreiras hierárquicas e sociais. Nesse contexto, o carnaval “representa a liberdade, o extravasamento; é um ‘mundo às avessas’, no qual se abolem todas as abscissas entre os homens para substituí-las por uma atitude carnavalesca especial: um contato livre e familiar entre os homens”.¹³ Partindo desse sentido, Warat utiliza o conceito para criticar os discursos institucionalizados e, assim, subverter as paralisias dogmáticas.

Essa abertura waratiana por meio de um discurso de contracultura, de desbunde, de observação da sociedade a partir do ponto de vista marginal – e que ele realiza com um natural entrelaçamento entre as contribuições da literatura, da psicanálise e da filosofia da linguagem – demonstram a intensa relação que se estabelece entre a produção do conhecimento (pela ciência e pela filosofia) e as formas de ensino. Warat evidencia que o ensino institucionalizado é também um dos mecanismos de dominação política e, portanto, de violência e reprodução do discurso científico vigente. Por isso, afirma:

A carnavalização é uma concepção do ensino em que se aprende sem que ninguém ensine. À sua maneira, **o aprender carnavalizado diz não à imagem do professor bem comportado com a ciência**; ele começa pela descoberta do professor eticamente anarquista como Barthes e termina inventando a figura do professor marginal. Escandalosa fissura institucional. Sujeito orgulhoso por fraqueza que emprega toda sua causticidade, sua técnica de ataque e defesa para denunciar que a didática é uma

¹¹ ROCHA, Leonel Severo. A aula mágica de Luis Alberto Warat, p. 209.

¹² SOERENSEN, Cláudia. A carnavalização e o riso segundo Makhail Bakhtin. *Revista Travesias*, v. 5, n. 1, 2011. Disponível em: <file:///C:/Users/rmg/Downloads/4370-19129-1-PB%20(2).pdf>. Acesso em: 24 jun. 2016.

¹³ SOERENSEN, Cláudia. A carnavalização e o riso segundo Makhail Bakhtin.

violência contra a própria vida. **O professor marginal é aquele que violenta as instituições para não violentar a vida. A marginalidade é uma fraqueza anormal. É a autoconsciência de uma loucura que nos faz anormalmente fortes para a descoberta da satisfação lúdica como apoteose mágica, como incurável irreverência diante das convenções estereotipadas.**¹⁴ [grifo nosso]

Logo em seguida, algumas páginas depois, Warat relaciona também a linguagem, assim como anteriormente falou da pedagogia tradicional, como um instrumento de dominação e poder, e apresenta o estudo de semiótica, situado em um local de fala marginal, como uma alternativa de rompimento com o discurso da racionalidade cientificista, uma vez que a “*marginalidade permite atravessar fronteiras e burlar alfândegas impostas pelas palavras que abrigam verdades*”¹⁵ e completa que a marginalidade é para a semiologia a possibilidade de e rejeitar o “predomínio da racionalidade científica. Dissolvem-se discretamente os padrões assertivos através do desenvolvimento de formas poéticas que vão nos revelar o sentido da experiência como coisa viva”.¹⁶

É, contudo, com a obra *A ciência jurídica e seus dois maridos* que Warat vai expressar uma de suas metáforas mais criativas e lúdicas, na qual – por meio do paralelo estabelecido entre os personagens de Teodoro e Vadinho, maridos de Dona Flor no texto de Jorge Amado – contrapõe duas expressões da ciência jurídica: de uma lado a face dogmática da ciência normativista, do racionalismo cientificista das verdades impostas e reproduzidas e, de outro, a abertura para o sentimento, o desejo e o amor.

O romance *Dona Flor e seus dois maridos*, escrito por Jorge Amado em 1967, conta a história de Florípedes, uma professora de culinária conhecida como Dona

¹⁴ WARAT, Luis Alberto. A ciência jurídica e seus dois maridos. In: *Territórios Desconhecidos. A procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 153.

¹⁵ Nessa passagem, fica bastante evidenciada a influência de Roland Barthes, especialmente em seu texto *Aula*, na qual o autor francês desenvolve a ideia da *linguagem como fascismo*, na medida em que obriga a dizer. Nas palavras do próprio autor: “A razão dessa resistência e dessa ubiquidade é que o poder é o parasita de um organismo trans-social, ligado à história inteira do homem, e não somente à sua história política, histórica. **Esse objeto em que se inscreve o poder, desde toda eternidade humana, é: a linguagem – ou, para ser mais preciso, sua expressão obrigatória; a língua. A linguagem é uma legislação, a língua é seu código.** Não vemos que o poder que reside na língua é uma classificação, e que toda classificação é opressiva (...) **Assim, por sua própria estrutura, a língua implica em relação fatal de alienação.** Falar, e com maior razão discorrer, não é comunicar, como se repete com demasiada frequência, é sujeitar: toda língua é uma reição [regência] generalizada (...) **Mas a língua, como desempenho de toda a linguagem, não é reacionária, nem progressista; ela é simplesmente: fascista; pois o fascismo não é impedir de dizer, é obrigar a dizer.**” [grifo nosso]. BARTHES, Roland. *Aula*. 6. ed. São Paulo: Cultrix, 1978, p. 12-14.

¹⁶ WARAT, Luis Alberto. *A ciência jurídica e seus dois maridos*, p. 172.

Flor. “Vadinho, o primeiro marido de Dona Flor, morreu em um domingo de carnaval pela manhã, quando, fantasiado de baiana, sambava em um bloco, na maior animação, no largo Dois de Julho, não longe de sua casa”.¹⁷ Passados seis meses da viuvez, Dona Flor alivia seu luto e o uso constante dos vestidos pretos, ainda jovem e bonita, desperta o interesse do farmacêutico Teodoro, que será seu segundo marido. Figuras opostas, mas que despertam o amor de Dona Flor por razões distintas. Vadinho, um eterno malandro e mulherengo, lhe despertava o fogo e a paixão, já Teodoro, pacato e solene, traz uma nova tranquilidade e organização à vida de Dona Flor. A trama se torna fantástica quando já vivendo o segundo casamento, Dona Flor continua a desejar o primeiro marido e a chamar por ele nas madrugadas, fazendo com que o espírito de Vadinho reapareça, formando um inusitado triângulo amoroso.

A necessidade de Dona Flor por esses dois opostos e a completude que essas duas vivências lhe trazem estão muito bem representadas no “bilhete” que a própria personagem envia ao escritor:

Caro amigo Jorge Amado, o bolo de puba que eu faço não tem receita, a bem dizer. Tomei explicação com dona Alda, mulher de seu Renato do museu, e aprendi fazendo, quebrando a cabeça até encontrar o ponto. (Não foi amando que aprendi a amar, não foi vivendo que aprendi a viver?) Vinte bolinhos de massa puba ou mais, conforme o tamanho que quiser. Aconselho dona Zélia a fazer grande de uma vez, pois de bolo de puba todos gostam e pede mais. **Até eles dois, tão diferentes, só nisso combinando: doidos por bolo de puba ou carimã.** Por outra coisa também? Me deixe em paz, seu Jorge, não me arrelie nem fale nisso. Açúcar, sal, queijo ralado, manteiga, leite de coco, o fino e o grosso, dos dois se necessita. **(Me diga o senhor, que escreve nas gazetas: por que há de se precisar sempre de dois amores, por que um só não basta ao coração da gente? As quantidades, ao gosto da pessoa, cada um tem seu paladar, prefere mais doce ou mais salgado, não é mesmo? A mistura bem ralinha. Forno quente.)**

Esperando ter lhe atendido, seu Jorge, aqui está a receita que nem receita é, apenas um recado. Prove do bolo que vai junto, se gostar mande dizer. Como vão todos os seus? Aqui em casa, todos bem. Compramos mais uma quota da farmácia, tomamos casa para o veraneio em Itaparica, é muito chique. O mais, que o senhor sabe, naquilo mesmo, não tem conserto quem é torto. Minhas madrugadas, nem lhe conto, seria falta de respeito. Mas de fato e lei quem acende a barra do dia por cima do mar é esta sua servidora, Florípedes Paiva Madureira dona Flor dos Guimarães. (Bilhete recente de dona Flor ao romancista) [grifo nosso]¹⁸

¹⁷ AMADO, Jorge. *Dona Flor e seus dois maridos*. São Paulo: Livraria Martins, [sem ano], p. 21.

¹⁸ AMADO, Jorge. *Dona Flor e seus dois maridos*, p. 15.

Na releitura jurídica de *A ciência jurídica e seus dois maridos*, percebemos a autenticidade do autor e a coesão de seu referencial teórico, assim como a importância da psicanálise na estruturação de seu pensamento. Sua visão crítica e sua proposta de desconstrução dos saberes institucionalizados jamais poderia ser confundida com uma posição niilista, ao contrário, era um construtor de mundo; de um mundo aberto à vulnerabilidade do sujeito, que se permite sentir e viver com afeto, o que reforça seu referencial psicanalítico. Nesse sentido, ao analisar a proposta de uma ciência jurídica aos moldes do personagem Vadinho, afirma que:

O amor de Vadinho (como eu o imagino) não conheceu a morte, porque sempre foi um exercício de autonomia. Amou intensamente, alegremente, despreziosamente, e nunca pensou de fazer de Flor sua dependente. Meu Vadinho tem um imaginário que foge de todos os intentos da castração. A castração é sobretudo a poda de um desejo. À primeira vista, a castração revela-se, passivamente, como uma falta, uma insuficiência, um vazio. É essa representação camuflada da castração que nos faz submergir nos suntuosos anacronismos das verdades completas (...) Por que não enxergar também a castração pelo seu outro lado, o ativo? Ela é, muito mais que corte (seu lado passivo), um direcionamento permanente em todas as formas do cotidiano (...) a castração é o desejo posto, ideologicamente fora da história. É o desejo sublimado que ambiciona o controle dos corpos, como se fosse a coisa mais natural e benéfica do mundo. É o modo que o desejo virá a olhar no rastro das verdades. A castração como ideologia”.¹⁹

Dentre os vários temas e conceitos brevemente percorridos, chegamos a um ponto central da proposta waratiana de mediação, objeto primeiro do presente trabalho, que é a questão do amor. Dificilmente expressaríamos, com a devida clareza, as peculiaridades da proposta waratiana, sem antes termos realizado este retorno, mesmo que singelo, ao conjunto de sua obra como intensa expressão de sua própria vivência. Desta forma, cabe justificar que a reiterada utilização de trechos do próprio autor, embora imponham um desafio de maior desgaste ao leitor, operam como estratégia fundamental para o objetivo de apresentar e expressar a liberdade que representa o **fenômeno Warat (vida e obra)**.

Nesse contexto, torna-se muito mais compreensível e plausível falar de amor em um texto jurídico sobre mediação. Cumpre lembrar que a temática do amor também vem sendo desenvolvida por vários outros pensadores contemporâneos, como Michael Hardt e Antonio Negri, que na última obra da trilogia *Império*

¹⁹ WARAT, Luis Alberto. *A ciência jurídica e seus dois maridos*, p. 63.

(2000), Multidão (2004) e Comum (2009) utilizam o argumento do amor como conceito essencial da filosofia, da política e de sua proposta de construção do projeto de uma nova sociedade, fundada no respeito à alteridade e na busca pelo Comum. Não se trata do amor sentimental, mas da forma de amor própria dos pobres, isto é, a solidariedade: o cuidado com o outro, a possibilidade da criação de uma comunidade e da cooperação em projetos comuns. A falta desse tipo de amor é causa central para a fragilidade do pensamento contemporâneo. O amor é o coração vivo do projeto de Hardt e Negri. Entretanto, o sentido de pobreza aqui empregado precisa ser contextualizado; ser pobre não é viver uma “vida nua”, mas sim usar dos poderes de invenção e produção. Logo, a essência do pobre não é a “falta”, mas sim o “poder”.²⁰

Não se trata, portanto, das formas corruptas de amor, como o identitário, que é o amor pelo mesmo, pelo igual (amor pela raça ou pela nação), ou ainda o amor como processo de unificação, do casal que se ama, que casa para ser uma unidade, mas, sim, o amor pela alteridade, pelo outro, pelo distante. Essa segunda forma de amor, pelo diferente, é criadora das singularidades do Comum. Essas diferentes concepções de amor podem ser entendidas por meio da diferença entre a Fábula das abelhas – que polinizam pelo dever e pela hierarquia da colmeia (amor pela unidade) –, e a Fábula da vespa (marimbondo) e a polinização das orquídeas – que se dá pelo prazer, uma vez que a orquídea se assemelha ao órgão sexual desses insetos. Assim, o modelo da vespa/orquídea demonstra a produção de subjetividade que anima a economia da *biopolítica* em oposição à dominação dos corpos realizada pelo *biopoder* (termo bem cunhado por Michel Foucault).

Para os autores, sendo a República um projeto fundado na propriedade, os pobres então estão excluídos dela. Esse conflito não se estabelece pela dicotomia ricos e pobres, mas envolve mais profundamente a questão da produção da subjetividade. A propriedade privada cria uma subjetividade individual, que se unifica como classe apenas para proteger este direito. Nesse contexto, a multidão dos pobres não quer reclamar da sua miséria, mas sim romper, no sentido de criar uma nova subjetividade que resulta de uma radicalidade plural e de um corpo político aberto. O pobre não é aquele que nada tem, mas todos aqueles que estão inseridos na ampla multiplicidade dos mecanismos de produção social, independentemente da propriedade.²¹

Em sentido bastante diverso, partindo de uma perspectiva muito mais liberal, o francês Luc Ferri defende o amor como o paradigma fundante do novo humanismo ou da nova espiritualidade laica, que caracteriza a sociedade con-

²⁰ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Commonwealth*. Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 179-180.

²¹ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Commonwealth*, p. 39-40.

temporânea. Para ele, o amor no casamento e, em consequência, o amor pelos filhos, são uma inovação da modernidade, proporcionados especialmente pelo capitalismo, na medida em que, no período medieval, o casamento acontecia por razões mais pragmáticas, como a necessidade de manutenção da linhagem ou a garantia da própria subsistência, especialmente no meio rural, em que a geração de muitos filhos era necessária como garantia de mão-de-obra, inclusive em decorrência do alto índice de mortalidade infantil. Com o fluxo das populações para a cidade e, principalmente, o início do trabalho assalariado das mulheres – transformando a autonomia e subjetividade desta população em decorrência de uma maior liberdade individual –, o casamento motivado pelo amor se tornará uma realidade possível. Nesse contexto, os antigos absolutos que pautavam a vida da humanidade, como o amor à Deus ou à nação, serão substituídos pelo amor à família, diminuindo, inclusive, a capacidade humana (mormente entre os ocidentais) de se sacrificar por um ideal ou por uma revolução.²²

Entre opostos e contrapontos, em uma leitura mais psicanalítica de cunho social, para Warat o amor é uma situação improvável, que permite ao homem o rompimento com a ferida narcísica e a abertura para uma condição de vulnerabilidade. Embora rara, a relação amorosa é a forma mais profunda de existência. Trata-se do “encontro desarmado que duas reservas selvagens podem expressar uma para a outra”,²³ ou seja, acontece da difícil vivência com a expressão mais íntima do seu próprio eu e o vínculo que se estabelece com a intimidade do outro.

Para amar é preciso encontrar o outro em sua reserva selvagem. Algo duro, que não é fácil, obriga cada parceiro a passar por uma revolução que o transforme, porque se queres encontrar a alguém em tua reserva, terás que permitir que essa pessoa chegue a tua reserva. Tua reserva selvagem terá que voltar a se desarmar, terá que ficar absolutamente desarmada. Algo que traz muito risco (...) O amor é doloroso porque nos deixa sem armaduras, vulneráveis, o amor nos coloca no risco, fora dos cálculos, fora dos portos seguros.²⁴

É por isso que na perspectiva waratiana o amor é ativo e construtor de mundo, sendo, portanto, fundamental para o processo de mediação como construção de autonomia e transformação dos conflitos.²⁵

No momento em que duas reservas selvagens se encontram desarmadas, um novo mundo é criado, inscrito um dever de diferenças no tempo.

²² FERRY, Luc. *A Revolução do amor: por uma espiritualidade laica*. São Paulo: Objetiva, 2012.

²³ WARAT, Luis Alberto. *Essa raridade chamada amor*. Disponível em: <<http://luisalbertowarat.blogspot.com.br/2007/08/essa-raridade-chamada-amor.html>>. Acesso em: 26 mar. 2015.

²⁴ WARAT, Luis Alberto. *Essa raridade chamada amor*.

²⁵ WARAT, Luis Alberto. *Essa raridade chamada amor*.

Nesse novo mundo, ambos se transformam. Quando alguém consegue amar, já não é mais a mesma pessoa. Juntamo-nos para criar uma relação, e essa criação nos cria como diferentes, (re)cria-nos no mais profundo. Um outro silencioso se apodera de nosso corpo mostrando-lhe o inédito que escondia como uma semente de mostarda (como diria Osho) que o outro do amor impulsiona a crescer. O encontro de dois mundos selvagens em reserva é algo muito complexo. É a mais complexa das místicas. O lugar mágico mais complexo. Os conflitos que unicamente a magia pode resolver.

As relações de afetividade, em especial, o sentimento do amor, serão, portanto, a base para a proposta de mediação em Warat. Como já referido, esta não é uma teoria *puramente jurídica*, e este é uma alerta importante ao leitor que busca de fato deixar o texto dizer-lhe algo novo. Trata-se de uma proposta que parte justamente da crítica aos modelos de mediação institucionalizadas já existentes, aos moldes propostos pelas justiças brasileira e argentina. Sua mediação é uma verdadeira *terapia do amor mediado*.

Warat nunca se limitou ao mundo jurídico e sempre transitou com muita desenvoltura por outros ramos do conhecimento. Em sua fase final, a obra de Félix Guattari lhe despertou especial interesse; como o *Antiédipo*, escrito a quatro mãos com Gilles Deleuze: “Escrevemos o *Antiédipo* a dois, como cada um de nós era vários, já era muita gente”.²⁶ Fruto do sentimento de maio de 1968, no qual os pensadores franceses buscam compreender a força revolucionária do desejo como uma reação à psicanálise tradicional de Freud e Lacan, o livro traz uma nova visão sobre o inconsciente e o desejo; diferente de Freud, para quem o inconsciente é teatro calcado no modelo narcísico, para Deleuze e Guattari o inconsciente é um espaço criador, povoado por uma “máquina de produção desejanter”. Falando sob a perspectiva do modelo esquizofrênico, os autores defendem a verdadeira força criativa e impulsionadora do desejo, capaz de romper com os padrões e estruturas do modelo de sociedade capitalista, buscando efetivamente novas alternativas e possibilidades, fazendo uma psicanálise de caráter muito mais social e com posicionamento político.

Em *Micropolítica: cartografias do desejo*, Guattari e Rolnik denominam “revolução molecular” o processo de resistência, por parte dos novos movimentos sociais, às formas tradicionais de controle social – que visam a produção de uma subjetividade homogênea em escala planetária –, como uma tentativa de produzir uma subjetividade mais original e singular.²⁷

²⁶ DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *Mil platôs: capitalismo e esquizofrenia*, v. 1. Rio de Janeiro: Editora 34, 1995, p. 11.

²⁷ GUATTARI, Félix; ROLNIK, Suely. *Micropolítica: cartografias do desejo*. Petrópolis: Vozes, 1996, p. 45.

O que caracteriza este processo de singularização é seu traço automodelador:

Isto é, que ele capte os elementos da situação, que construa seus próprios tipos de referências práticas e teóricas, sem ficar numa constante de dependência global, a nível econômico, a nível do saber, a nível técnico, a nível das segregações, dos tipos de prestígios que são difundidos. A partir do momento em que grupos adquirem essa liberdade de viver seus processos, eles passam a ter uma capacidade de ler sua própria situação e aquilo que se passa em torno deles. Essa capacidade é que vai lhes dar um mínimo de possibilidade de criação e permitir preservar exatamente esse caráter de autonomia tão importante. A ideia de revolução molecular diz respeito sincronicamente a todos os níveis: infrapessoais (o que está em jogo no sonho, na criação, etc); pessoais (por exemplo, as relações de autodomação, aquilo que os psicanalistas chamam de Superego); e interpessoais (a invenção de novas formas de sociabilidade na vida doméstica, amorosa, profissional, na relação com a vizinhança, com a escola, etc.).²⁸

Tendo como referência Rolnik, Warat se apropria desse conteúdo para propor uma mediação comunitária dos excluídos como forma de revolução molecular. As armas dessa revolução seriam exatamente os “fluxos esquizos” – termo que evidencia a releitura de Guattari –, que a psicanálise tem ao mesmo tempo o mérito de suscitar e o erro de afogar ou infantilizar como uma categoria universal. Ao invés de se prender no drama edipiano das neuroses de família ou de casal – analisando o sujeito privado, individualista e possessivo, que busca o objeto irreparavelmente perdido –, a análise pela emergência dos fluxos esquizofrênicos permite a coleta de recortes de singularidade capazes de construir um agenciamento de enunciações transformadoras.²⁹

Trata-se de analisar o diálogo dos excluídos como uma cartografia, uma leitura viva do que facilita e dificulta o potencial transformador dos desejos. Assim, a mediação dos conflitos comunitários surge como uma concepção fora do discurso jurídico calcado na artificialidade da ordem; é um diálogo cujas palavras se produzem na desordem, na fuga do sentimento de segurança que a normatividade da semelhança impõe como “parte de sua ditadura das certezas.”³⁰

²⁸ GUATTARI, Félix; ROLNIK, Suely. *Micropolítica: cartografias do desejo*, p. 46.

²⁹ WARAT, Luis Alberto. *Diálogos del excluído: la ciudadanía y los derechos humanos como pedagogía – movimientos y desdoblamientos sobre el carácter pedagógico y poco terapéutico de la mediación. Surfando na pororoca*, v. 3. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 314.

³⁰ WARAT, Luis Alberto. *Diálogos del excluído: la ciudadanía y los derechos humanos como pedagogía – movimientos y desdoblamientos sobre el carácter pedagógico y poco terapéutico de la mediación*, p. 315.

A PROPOSTA DA MEDIAÇÃO COMO VIVÊNCIA DO AMOR

Na obra *A rua grita Dionísio!*, Warat afirma que a mediação seria o produto da diferença no conflito.³¹ Isto significa dizer que sua visão da mediação está voltada para a construção de um espaço que fomenta a construção da autonomia e da emancipação dos sujeitos envolvidos na situação de conflito, de forma que por meio do autoconhecimento possam transformar a relação que é gênese do dissenso, e não meramente alcançar um acordo ou uma solução manejada de “fora para dentro”.

Sua mediação será construída sob uma perspectiva psicanalítica voltada para as denominadas “relações continuadas”, ou seja, relações interpessoais como vínculos de família, de vizinhança, entre colegas de trabalho, comunitários etc. Dessa forma, sua proposta não tem uma pretensão universal para ser adaptada a qualquer espécie de relação jurídica.

Desatacam-se como premissas de seu modelo a ideia de que não se pode aprender com a verdade imposta pelo outro, ou seja, o aprendizado não poderá acontecer na tradicional relação pedagógica de hierarquia entre professor e aluno, mas dependerá de uma capacidade de autoconhecimento, que poderá ser intermediada pela figura de um mestre, que coloque o sujeito em situação de aprendizado por meio da experiência.³²

O mestre, mais do que um professor, é aquele que prepara sua própria morte, e impulsiona seu discípulo para além do ego e do intelecto teorizado.³³ Esta reflexão será importante tanto para a busca do autoconhecimento dos sujeitos que participam do processo de mediação, quanto para a formação da pessoa que vai exercer o papel de mediador, como veremos adiante.

A possibilidade do desenvolvimento e da ampliação da mediação está marcada, no contexto atual, por um cenário de crise: por um lado, ela é proposta pelo próprio Estado e sua estrutura legalista,³⁴ como uma alternativa ao esgotamento de suas instituições e à obstrução causada pelo volume gigantesco de processo judiciais, a ser realizada, contudo, dentro do paradigma do direito estatal legalista; curiosamente, a mediação também é encarada, por aqueles que denunciam a crise deste direito, como um instrumento viável na construção de um novo paradigma de resolução dos conflitos.

³¹ WARAT, Luis Alberto. *A rua grita Dionísio! Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 7.

³² WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador I. *Surfando na pororoca*, v. 3. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 13-14.

³³ WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador I, p. 14-15.

³⁴ TOSI, Sandra Cristina. *Do ser genético ao ser afetivo: a ontologia do ser na mediação waratiana*. Dissertação (Mestrado). Unisinos, 2012. Disponível em: <<http://biblioteca.asav.org.br/biblioteca/index.php?codAcervo=406456>>. Acesso em: 23 mar. 2015, p. 14.

A perspectiva waratiana se insere na segunda hipótese, como um projeto de crítica aos modelos institucionalizados, que busca oferecer uma resposta ecopolítica de resistência às formas jurídico-institucionais de poder. Nessa linha de raciocínio, Warat faz a contraposição entre as noções de *biopoder* e *biopolítica* – conceitos já trabalhados por pensadores como Michel Foucault, Hannah Arendt e Antonio Negri –, no qual o primeiro conceito descreve as formas de exercício de poder sobre a vida, ou seja, os instrumentos e mecanismos de controle político sobre o biológico, enquanto o segundo representa uma forma de resistência, um poder da vida que viabiliza a capacidade de resistir ao poder das instituições políticas, por meio da produção de novas subjetividades na busca pela liberdade,³⁵ Warat entende também a mediação como uma alternativa ecopolítica de resistência aos modos jurídico-institucionais de poder.³⁶ Nesse contexto, sua proposta é obrigatoriamente muito diferente das experiências concretas já desenvolvidas pelas instituições do Poder Judiciário da Argentina e do Brasil.

Ao perceber a importância da comunicação na realização desse processo – e a agressão violenta produzida pela mediação que força à argumentação e à linguagem afirmativa –, Warat fará um contraponto entre a verdade produzida pelo homem científico, como um produto de sua consciência, expressada por meio de perguntas e respostas prontas e, de outro lado, a verdade como o sentido produzido pela sensibilidade do homem que é capaz de sentir e de amar com sabedoria.³⁷

Problematizando a mediação como um resgate das relações humanas, Alexandre Morais da Rosa relembra a metáfora waratiana, inspirada no surrealismo de Cortázar, da dicotomia entre Famas e Cronópios. Assim, enquanto os projetos de mediação institucionalizada, usualmente desenvolvidos pelo Poder Judiciário, se aproximam da figura do mediador-fama, homem das ciências, que busca a ordenação, a solução definitiva pela instrumentalização de acordos³⁸ (vazios de desejo), o mediador de Warat se expressa na essência dos cronópios e sua capacidade de lidar com a inexorável incompletude e provisoriabilidade humana.³⁹

Talvez uma das chaves para entender a proposta de Warat sobre mediação possa estar na leitura cruzada, ou seja, como metáfora, da literatura,

³⁵ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Commonwealth*, p. 58-63.

³⁶ WARAT, Luis Alberto. *A rua grita Dionísio! Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia*, p. 40.

³⁷ WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador I*, p. 18.

³⁸ A propensão ao insucesso desses processos de mediação institucionalizadas pelos órgãos da justiça pode ser pensada pela metáfora da xícara de chá do mestre zen. Como explica Warat, não é possível saber e conhecer alguma coisa quando já se está cheio de conhecimentos impostos. WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador I*, p. 20.

³⁹ ROSA, Alexandre Morais. *Entre famas e cronópios, mediação com Warat nos leva à literatura*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-28/entre-famas-cronopios-mediacao-warat-leva-literatura>>. Acesso em: 21 mar. 2015.

recurso utilizado por ele diversas vezes. Por isso a invocação de Cortazar e seu fantástico livro *História de Cronópios e Famas*, justamente para indicar duas posições diferentes, a saber, os *famas* como sujeitos matemáticos, estatísticos, ordenados, loucos por protocolos de atuação. Já os *cronópios*, por seu turno, gente que aceita o convite da vida, do inesperado e de bom grado a surpresa da faticidade, sem querer impor um padrão de vida. A opção entre *famas* e *cronópios*, no caso da mediação, dá a dimensão do que se passa. Embora o discurso seja de aceitar o outro e a violência que ele sempre traz consigo, muitas e muitas vezes o deslizar para “consertar” o sujeito, a relação estabelecida entre os envolvidos, faz com que os *famas*-mediadores neguem o fundamento da mediação, alienadamente. Assim, parece, com acerto, que somente uma postura de mediador-cronópio pode promover uma mediação sem salvação transcendente, já que vivem o mundo poeticamente.

A autenticidade é atributo fundamental para a mediação e para o mediador. Ela é importante para as partes que participam da mediação na medida em que o autoconhecimento depende de integridade e de maturidade para suportar o sofrimento e permitir a autocompreensão. Não há ninguém a ser enganado. Para o mediador, ela será a chave para o agir com sabedoria: a fim de “deixar o problema fervendo. Se deixar as partes mornas, será inútil ao trabalho, pois elas ficarão novamente frias. Para ficar mediado é necessário chegar ao ponto de ebulição, à transformação alquímica”.⁴⁰

Essa passagem denota uma diferença essencial do modelo waratiano em relação às formas tradicionais de mediação: sua compreensão da natureza do conflito e de sua função. Fundado em uma perspectiva psicanalítica, Warat entende que o conflito não pode ser simplesmente racionalizado, plenamente entendido, pois a relação conflituosa guarda sempre algo oculto, inclusive do saber consciente das partes envolvidas.

Para a psicanálise, o segredo é sempre um foco de conflito. Dessa maneira, defende que o conflito deve ser *sentido*, razão pela qual o mediador não intervém “sobre o conflito”, mas apenas deve criar um espaço e um tempo para que as partes possam conhecer seu próprio sentimento, de modo a dissolver o conflito pela transformação do sentimento conflituoso.

Os conflitos nunca desaparecem, se transformam; isso porque, geralmente, tentamos intervir sobre o conflito e não sobre o sentimento das pessoas. Por isso, é recomendável, na presença de um conflito pessoal, intervir sobre si mesmo, transformar-se internamente, então, o conflito se dissolverá (se todas as partes comprometidas fizerem a mesma coisa).⁴¹

⁴⁰ WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador I, p. 25.

⁴¹ WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador I, p. 26.

O conflito não poderia ser compreendido como um corpo estranho na sociedade, um mal que precisa ser solucionado. Na verdade, em uma sociedade democrática, é preciso garantir o espaço de emergência do conflito e entendê-lo como uma manifestação própria da natureza humana e de seu caráter social. O homem, para ser feliz e amoroso, precisa estar em equilíbrio com o seu eu. Quando um sentimento o impede desse contato com seu próprio interior, surge a tensão e o conflito se manifesta pela “vontade conflitiva”, ou seja, pelo conflito com o outro que passa a ser tratado como um adversário hostil⁴² e o conflito gerado pelo outro é uma forma de agressão.⁴³

O conflito se instala, portanto, como um confronto de vontades. Nesse cenário, o mais importante seria, então, permitir às partes conflituosas um momento de autoconhecimento e de retorno ao equilíbrio com seu próprio eu, ao invés de apenas encaminhá-las para a negociação de um acordo que tenta barganhar as vontades opostas. Essa também é visão de Warat:

A mediação, como terapia do reencontro amoroso, parte da ideia de que os processos de amor e desamor se encontram na vida de toda pessoa; que os vínculos afetivos formam parte de sua socialização e contribuem para o seu bem estar, ou sua infelicidade no dia a dia, sendo um componente estrutural no desenrolar dos conflitos e na possibilidade de estabelecer com o outro uma diferença neles.⁴⁴

A mediação não estaria voltada para a necessária obtenção de um acordo ao final de um prazo pré-estipulado. Sua função seria possibilitar “o direito a dizer o que nos passa, ou uma procura do próprio ponto de equilíbrio e do ponto de equilíbrio com os outros”.⁴⁵ Dessa forma, a função do mediador será a de ajudar as partes a ouvir uma linguagem mais apropriada para esta expressão.⁴⁶

A linguagem, nesse cotejo, possuiria uma dupla função ou intenção. Uma primeira, seria a linguagem da *prosa fática*, empregada nos conceitos, nos pensamentos, no ego e nas verdades racionais. Esta seria a linguagem da ciência, sem dúvida meritória, e da qual o mundo não pode prescindir. No entanto, esta não pode ser a linguagem objetivo da vida quando abrimos nossos corações para tentar elucidar o que está oculto em nós e dificilmente pode ser nomeado. Para

⁴² TOSI, Sandra Cristina. *Do ser genético ao ser afetivo: a ontologia do ser na mediação waratiana*, p. 42-43.

⁴³ WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador I, p. 32.

⁴⁴ WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador I, p. 75.

⁴⁵ WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador I, p. 28.

⁴⁶ A ideia de que é possível, por meio da palavra e do discurso, expressar os conflitos internos de forma a dissolvê-los, ou numa expressão mais sintetizada, “a cura pela palavra” é uma forte evidência da idealização da mediação como um processo de terapia e do mediador como um terapeuta.

esta expressão, existe uma outra linguagem, a da *poesia*. Esta segunda é a linguagem que faz a comunicação com as reservas selvagens, com o inconsciente e com o mundo dos afetos. A função do mediador é auxiliar as partes a ouvir e a expressar essa segunda forma de linguagem.⁴⁷

O tempo da mediação também é algo a ser considerado. Na visão waratiana “a mediação é um processo de sensibilidade que institui um novo tipo de temporalidade, de fazer do tempo um modo específico de autoalteração”.⁴⁸ É o tempo que não pode ser preestabelecido em igual medida para todos, nem medido cronologicamente, pois cada um possui o seu processo de descoberta da singularidade.

Contrapondo as noções gregas de *chronos*, do tempo em sentido cronológico e sequencial, e *kairós*, entendido como o tempo oportuno, próprio e existencial, capaz de resistir a linearidade de *chronos*, Warat fala do tempo da mediação como o “tempo da significação, da alteridade que me reconstitui como singularidade em devir. Falo do tempo do devir fazer da singularidade, do tempo que nos aproxima do que realmente sentimos, que nos conduz rumo à nossa reserva selvagem, ao centro recalçado dos próprios afetos”.⁴⁹

Diante da amplitude e, ao mesmo tempo, das particularidades do projeto de mediação em Warat, grande parte de sua viabilidade ficará calcada na figura do mediador, tanto em seu papel, quanto em sua formação.

Sobre sua formação, resgata-se a ideia de uma relação entre mestre e discípulo, lembrando que, em obras anteriores, Warat já havia se dedicado à crítica aos modelos de pedagogia tradicional e que, agora, também serão afastados da preparação do mediador. Sob esta perspectiva, entende-se que as escolas de mediação, em sua grande maioria, estão fracassando, pois se preocupam apenas em passar técnicas e recomendações, protocolos e formalidades, e de fato acabam por formando meros conciliadores e negociadores.⁵⁰

Ensinar é impor, é invadir, doutrinar, disciplinar, controlar, desumanizar. Ensinar é formar um homem unidimensional, já denunciado por Marcuse. Os que simulam ensinar ou educar escolarizam em vez de humanizar (...) Os que têm pretensões de ensinar institucionalizam valores de opressão que contaminam dependências emocionais, que condicionam submissões nas relações pessoais e nas institucionais, e isto começa a nos tornar inumanos (...) Ao longo da modernidade, os estudantes mais que humanizados, foram **escolarizados**, conseguindo,

⁴⁷ WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador I, p. 28-29.

⁴⁸ WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador I, p. 30.

⁴⁹ WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador I, p. 31.

⁵⁰ WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador I, p. 33.

assim, **confundir processo com conteúdo, obtenção do diploma com competência, fluência comunicacional com capacidade de dizer algo novo. A imaginação do estudante é escolarizada de tal maneira que o levam a confundir vida comunitária com assistência social, segurança com proteção policial, trabalho produtivo com competência desleal.**⁵¹ [último grifo nosso]

Para Warat a mediação não é uma ciência que pode ser explicada, mas uma arte transmitida pela experiência.⁵² Portanto, o mediador não pode ser formado como um técnico profissional. Não sendo uma profissão, podemos interpretar com isso que nem todos terão o perfil para ser um mediador, pois sua formação dependerá de sua sensibilidade e dependerá de um mestre, em uma relação de mestre e discípulo.

O mestre, que é uma figura diferente do professor, não está preocupado em comunicar o mero encontro, em palavras, de dois egos racionais. Warat inclusive chama de absurda a ênfase dada pelas escolas de mediação à comunicação.⁵³ Como já referido anteriormente, a comunicação voltada para a afirmação é uma forma de violência. Assim, na formação do mediado, o mestre buscará a comunhão de corações e experiências, sem a intermediação de palavras, pois a “verdade da experiência é incomunicável, é uma tremenda energia que se tornou silenciosa (...) As coisas da existência são inacessíveis. A sensibilidade é o que nos aproxima o mais perto possível, do que está vedado”.⁵⁴ Desta forma, conclui:

Para formar um mediador é preciso levá-lo a um estado de mediação, ele deve estar mediado, ser a mediação. **Estar mediado é entender o valor de não resistir, de deixar de estar permanentemente em luta, tentando manipular em seu benefício a energia dos outros.**⁵⁵ [grifo nosso]

Quanto à função do mediador com as partes, seu papel não será, portanto, técnico, de um profissional que maneja técnicas para impulsionar e instrumentalizar o fechamento de uma solução para o problema. Isso porque o acordo formado pela pressão externa não repercute no mundo interno e acaba se tornando um pacto frágil, fácil de ser quebrado, porque nada transforma na pessoa. Por dever de ofício, o mediador deve, inclusive, abster-se de interpretar.⁵⁶

⁵¹ WARAT, Luis Alberto. Sobre a impossibilidade de ensinar Direito. Notas polêmicas para a desescolarização do Direito, p. 425 e p. 427.

⁵² WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador I, p. 34.

⁵³ WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador I, p. 36-37.

⁵⁴ WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador I, p. 37.

⁵⁵ WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador I, p. 38.

⁵⁶ WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador I, p. 39.

Se a mediação for entendida como uma mera conciliação ou negociação, o acordo por ela produzida será apenas de palavras, voltado somente para uma barganha das vontades opostas e não produzirá qualquer autoconhecimento ou transformação.

A mediação de Warat é mais profunda e se assemelha, de fato, ao processo terapêutico, como ele próprio chama de “reencontro amoroso”. O mediador exercerá uma função de psicoterapeuta do reencontro amoroso, não para aplicar técnicas que facilitem a mera obtenção de um acordo, mas para realizar, por meio de suas experiências e de seu ser mediado (capaz de mostrar o caminho da vulnerabilidade), uma mediação que permita às partes conhecerem e expressarem seus sentimentos, de forma a transformar a própria relação e desintegrar o conflito. Por isso também recusa-se a estipulação de um tempo determinado, uma vez que cada sujeito terá seu próprio tempo de autoconhecimento e, conseqüentemente, de produção da autonomia e emancipação.

Nesse contexto, evidencia-se que o embasamento deste projeto depende de uma verdadeira ética da alteridade, na medida em que a dissolução do conflito, por meio do autoconhecimento e da transformação das relações, depende necessariamente do reconhecimento do outro, que, em sua semelhança, é também muito diferente. Assim, Warat defende que é preciso:

começar a falar de Direitos da Alteridade. Os que não seriam outra coisa que devires permanentes produtores do novo com o outro. Sementes de um sentido em comum, em comunidade. Sentidos compartilhados, postos para o acordo. Primeiro esboço de Direitos da Alteridade: (a) Direito a não estar só; (b) Direito ao amor; (c) Direito à autonomia, encontro com a própria sensibilidade; (d) Direito à autoestima; (e) Direito a não ser manipulado; (f) Direito a não ser discriminado, excluído; (g) Direito a ser escutado; (h) Direito a não ficar submisso; (i) Direito a transitar à margem dos lugares comuns, os estereótipos e os modelos; (j) Direito a fugir do sedentarismo como ideologia e retornar à pulsão errância; (k) Direito à própria velocidade; à lentidão”.⁵⁷

Para Warat, portanto, o amor é a melhor forma de administração de um conflito. Amor aqui entendido como uma categoria psicanalítica que expressa o sentimento mais visceral de existência. Como um direito da alteridade, a mediação seria o processo pelo qual o ser amoroso poderia, em um esforço de autocohecimento, realizar de fato sua autonomia e o vínculo com o outro.

Por fim, no texto *Ofício do mediador II: a escuta dos marginalizados*, Warat fará uma autocrítica ao seu primeiro texto (*Ofício do mediador I*), desconstruin-

⁵⁷ WARAT, Luis Alberto. *A rua grita Dionísio! Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia*, p. 116-117.

do a própria formação do mediador no sentido de sua “mera” escolarização; para tanto, passa a defender a importância do diálogo, especialmente pela capacidade narrativa do mediador (o que não poderia ser ensinado, tendo em vista que, nessa perspectiva, seria impossível ensinar alguém a mediar). “Só podemos ajudar o outro a aprender alguma coisa (...) onde o mestre ajuda na medida em que aquele que queira aprender assume a própria responsabilidade sobre sua vida, trabalha sobre a própria existência e a própria experiência de aprender”.⁵⁸

Nesse contexto, o mediador teria a função de atuar como um verdadeiro narrador de contos, apresentando, de modo épico e mítico, a verdadeira história daquela comunidade e, assim, contagiando as partes envolvidas a reconstruir suas alteridades; nessa perspectiva, pode-se concluir que a narrativa da mediação está mais voltada à sabedoria do que ao saber racional. Além disso, esta mediação se radicaliza quanto aos seus destinatários, agora voltada ao chamado “cidadão desconhecido”; seu *locus* será as comunidades mais carentes, formadas por populações marginalizadas e excluídas, buscando ouvir e dar voz àqueles que estão abandonados em situação de “orientação amorfa, como baratas atordoadas”.⁵⁹

Para tanto, Warat resgata sua própria experiência com os programas de Humanização da Justiça e dos Balcões de Direito do Ministério da Justiça, fazendo um contraponto crítico com a experiência de mediação norte-americana, de caráter mais burguês, voltada para os conflitos entre familiares e vizinhos, refletindo sobre os avanços e retrocessos de sua vivência concreta com os Balcões de Direito do Rio de Janeiro.

Desta realidade, a mediação assume uma faceta/função de caráter mais social. É a mediação dos excluídos e esquecidos – o “cidadão desconhecido” – que enfrentam conflitos bem mais profundos e multifacetados, vinculados aos desafios das grandes comunidades carentes que se formam e ainda crescem de forma desordenada nas grandes cidades brasileiras, enfrentando problemas muito mais complexos que o mero conflito familiar ou de vizinhança, como as implicações da presença do tráfico de drogas ou de milícias nas relações comunitárias.⁶⁰

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho, dentro de suas singelas limitações, vislumbrou um objetivo razoavelmente audacioso diante do imenso horizonte de possibilidades que a obra de Luis Alberto Warat impõe: apresentar em poucas páginas sua proposta de mediação. Para tanto, considerando a profundidade teórica de seu

⁵⁸ WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador II: a escuta dos marginalizados, p. 194.

⁵⁹ WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador II: a escuta dos marginalizados, p. 206.

⁶⁰ WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador II: a escuta dos marginalizados, p. 204.

referencial e variedade de temas e conceitos provenientes de diferentes áreas do conhecimento (literatura, psicanálise, semiótica, filosofia etc.), iniciamos pelo resgate de conceitos-chave em sua teoria.

Sua visão inovadora e criativa exige uma contextualização de termos inesperados no mundo do direito, tais como terapia do reencontro amoroso, carnavalização do ensino jurídico, surrealismo, entre outros. Por fim, nos dedicamos ao objeto central do trabalho, qual seja, a crítica de Warat às formas de mediação institucionalizadas e sua proposta de mediação das relações continuadas como uma terapia de reencontro amoroso, que, ao invés de buscar a mera conciliação ou obtenção de um acordo, visa produzir o autoconhecimento das partes e o exercício de uma alteridade capaz de transformar as relações conflituosas, de forma que o objeto do confronto perca relevância.

REFERÊNCIAS

- AMADO, Jorge. *Dona Flor e seus dois maridos*. São Paulo: Livraria Martins, [sem ano].
- BARTHES, Roland. *Aula*. 6. ed. São Paulo: Cultrix, 1978.
- DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *Mil platôs: capitalismo e esquizofrenia*, v. 1. Rio de Janeiro: Editora 34, 1995.
- DOR, Joël. *Introdução à leitura de Lacan*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1989.
- FERRY, Luc. *A Revolução do amor: por uma espiritualidade laica*. São Paulo: Objetiva, 2012.
- GALEANO, Eduardo. *De pernas pro ar. A escola do mundo ao avesso*. 7. ed. Porto Alegre: LP&M, 1999.
- GUATTARI, Félix; ROLNIK, Suely. *Micropolítica: cartografias do desejo*. Petrópolis: Vozes, 1996.
- HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Commonwealth*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.
- LACAN, Jacques. *O seminário, livro 17: o avesso da psicanálise*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992.
- MELEU, Marcelino da Silva. *Jurisdição comunitária: a interface sistêmica entre Estado e sociedade para gestão de conflitos e a efetivação do acesso à justiça na policontexturalidade*. Tese (Doutorado). Unisinos. São Leopoldo, 2014. Disponível em: <<http://biblioteca.asav.org.br/biblioteca/index.php?codAcervo=415227>>. Acesso em: 20 mar. 2015.
- ROCHA, Leonel Severo. A aula mágica de Luis Alberto Warat. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do programa de pós-graduação em Direito da Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora/São Leopoldo: Unisinos, 2012.
- ROSA, Alexandre Morais da. *Entre famas e cronópios, mediação com Warat nos leva à literatura*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-28/entre-famas-cronopios-mediacao-warat-leva-literatura>>. Acesso em: 21 mar. 2015.

ROUDINESCO, Elizabeth; PLON, Michel. *Dicionário de psicanálise*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

SOERENSEN, Cláudia. A carnavalização e o riso segundo Makhail Bakhtin. *Revista Travessias*, v. 5, n. 1, 2011. Disponível em: <file:///C:/Users/rmg/Downloads/4370-19129-1-PB%20(2).pdf>. Acesso em: 24 jun. 2016.

TOSI, Sandra Cristina. *Do ser genético ao ser afetivo: a ontologia do ser na mediação waratiana*. Dissertação (Mestrado). Unisinos, 2012. Disponível em: <<http://biblioteca.asav.org.br/biblioteca/index.php?codAcervo=406456>>. Acesso em: 23 mar. 2015.

WARAT, Luis Alberto. A ciência jurídica e seus dois maridos. *Territórios desconhecidos*. A procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade, v. 1. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WARAT, Luis Alberto. *A rua grita Dionísio! Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WARAT, Luis Alberto. *Díálogos del excluído: la ciudadanía y los derechos humanos como pedagogía – movimientos y desdoblamientos sobre el carácter pedagógico y poco terapéutico de la mediación*. *Surfando na pororoca*, v. 3. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WARAT, Luis Alberto. *Essa raridade chamada amor*. Disponível em: <<http://luisalberto-warat.blogspot.com.br/2007/08/essa-raridade-chamada-amor.html>>. Acesso em: 26 mar. 2015.

WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador I. *Surfando na pororoca*, v. 3. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador II: a escuta dos marginalizados. *Surfando na pororoca*. v. 3. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WARAT, Luis Alberto. Sobre a impossibilidade de ensinar Direito. Notas polêmicas para a desescolarização do Direito. *Epistemologia e ensino jurídico: o sonho acabou*, v. 2. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

Data de recebimento: 08/11/2016

Data de aprovação: 21/02/2017

A MEDIDA DE INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DE DEPENDENTES DE CRACK E O DIREITO À SAÚDE

THE STEP OF THE COMPULSORY HOSPITALIZATION OF PEOPLE ADDICTED IN CRACK AND THE RIGHT TO HEALTH

Rosalice Fidalgo Pinheiro*
Luciana Ferreira de Mello**

RESUMO

A medida de internação compulsória dos indivíduos dependentes de crack representa um caso de colisão entre direitos fundamentais. De um lado, identifica-se a autonomia existencial do indivíduo e o direito à saúde e, de outro, a saúde pública. Trata-se de delinear o direito à saúde afeto ao direito à liberdade como uma construção pessoal, que possibilita ao indivíduo governar o seu próprio corpo. Nesta perspectiva, a autonomia privada deixa de ser identificada à liberdade econômica e evidencia-se como uma autonomia existencial, capaz de conferir ao indivíduo o direito à autonomia corporal. O presente estudo tem a pretensão de analisar a medida de internação compulsória sob o prisma da restrição destes direitos fundamentais. Para tanto, a teoria externa de Robert Alexy aponta para uma ponderação destes direitos em face do princípio da solidariedade. Conclui-se que as políticas públicas devem considerar o direito à saúde como uma construção pessoal dos dependentes de crack.

* Doutora e mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Professora adjunta de Direito Civil do setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Professora adjunta de Direito Civil do programa de mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil. Líder do núcleo de pesquisa em Direito Civil e Constituição. Pesquisadora do projeto de pesquisa Virada de Copérnico do programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. E-mail: rosallice@gmail.com.

** Possui graduação em Direito do Centro Universitário Autônomo do Brasil (2009), especialização em Direito Aplicado pela Emap (2010), mestre em Direito Constitucional pelo Centro Universitário Autônomo (2013). Atualmente, leciona na Fapar – Faculdade Paranaense – a disciplina de Direito Constitucional. Atua como advogada nas áreas trabalhista, cível e família. Leciona Direitos Humanos em curso preparatório para concursos públicos. E-mail: luciana_mello84@hotmail.com

Palavras-chave: Internação compulsória; Direitos fundamentais; Direito à saúde; Autonomia corporal.

ABSTRACT

The step of compulsory hospitalization of dependent on crack individuals is a case of collision between fundamental rights. On one side it identifies the existential autonomy of the individual and the right to health, on another, the public health. It is to outline the right to health affect the right to freedom as a personal construction, which enables the individual to govern their own body. In this perspective, private autonomy ceases to be identified as an economic freedom and shows up as an existential autonomy, able to give the individual the right to bodily autonomy. This study intends to analyze the step of compulsory hospitalization under the prism of the restriction of these rights. To do so, we use the external theory of Robert Alexy points to a weighting of in the face of the principle of solidarity. It is concluded that the public policies must consider the right to health as a personal construction, protecting the free development of the personality of the dependent on crack individuals.

Keywords: Compulsory hospitalization; Fundamental rights; Right to health; Bodily autonomy.

INTRODUÇÃO

O vício em psicotrópicos dentre os cidadãos é problema corrente na sociedade. Esta questão tem tido maior relevância em razão das manchetes dos noticiários que, recentemente, têm dado ênfase para a possibilidade de internação compulsória de usuários de crack no Estado de São Paulo.

Em 2006, foi criado, por meio de Lei Federal, o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas. Em maio de 2010, foi publicado o Decreto n. 7.179, instituindo o Plano Integrado de Enfrentamento ao crack e outras substâncias, que daria cumprimento ao Sistema instituído pela Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, ambos relacionados ao Programa Federal “Crack é possível vencer”, que preveem a integração entre União, Estados e Municípios, bem como entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. O programa de internação compulsória que está em prática, desde janeiro de 2013, em São Paulo é resultado da articulação entre o Poder Judiciário e o Ministério Público, cuja finalidade é, a princípio, promover a internação de viciados em crack do Estado de São Paulo, independentemente, de manifestação positiva de vontade por parte do indivíduo.

No âmbito Federal, o Projeto n. 7.663 de 2010, de autoria deputado Osmar Terra (PMDB-RS), foi aprovado em 22 de maio de 2013, na Câmara dos Deputados, e agora está em trâmite no Senado. Sua finalidade, dentre outras, é a de incluir a previsão de internação compulsória na Lei n. 11.343 de 2006, que instituiu o programa de enfrentamento ao crack.

Nesse contexto, em que a medida de internação de indivíduos viciados em crack independe de sua manifestação de vontade, indaga-se acerca de uma possível restrição aos direitos fundamentais. Partindo desta indagação, constata-se que está em jogo um amplo direito à saúde, que, afeto à liberdade, afirma-se como uma construção pessoal, que possibilita a cada pessoa o governo de seu próprio corpo em atenção ao livre desenvolvimento da personalidade. Ao seu lado, figura o direito à autonomia corporal, que resulta de uma ruptura com uma concepção de autonomia privada identificada à liberdade econômica, para se traduzir também em autonomia existencial.

Com vistas a responder semelhantes questões, o presente trabalho submete esses direitos fundamentais à teoria externa de Robert Alexy, identificando-se o âmbito de tutela dos bens envolvidos, à luz do princípio da solidariedade. Em última instância, questiona-se a possibilidade de restrição daqueles direitos em favor da saúde pública, rompendo a intangibilidade do corpo humano.

Valendo-se dos marcos teóricos de Ana Carolina Brochado Teixeira, José Antônio Peres Gediel e Robert Alexy, o trabalho utiliza-se do método dedutivo e do procedimento bibliográfico, dividindo-se em três partes: (i) o consumo de psicotrópicos e as políticas públicas de enfrentamento do crack no Brasil; (ii) a medida de internação compulsória dos dependentes de crack em face do direito à saúde e da autonomia corporal; (iii) a medida de internação compulsória dos dependentes de crack: uma restrição aos direitos fundamentais?

Considerando-se a necessidade de proteger a pessoa diante de um “novo humanismo”, que permeia os textos constitucionais do Segundo Pós-Guerra, procura-se demonstrar que a medida de internação compulsória, não obstante se mostre a saída mais imediata para o problema da dependência química, não pode ser utilizada em violação ao livre desenvolvimento da personalidade. Eis que, em um cenário de colisão de direitos fundamentais, a saúde desponta como uma construção pessoal que confere maior autonomia ao indivíduo para governar o próprio corpo, perfazendo-se como pessoa, o que não pode ser desconsiderado pelas políticas públicas de um Estado Democrático de Direito.

O CONSUMO DE PSICOTRÓPICOS E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ENFRENTAMENTO DO CRACK NO BRASIL

As políticas públicas, recentemente promovidas para combater o crack no Estado de São Paulo, elegem a internação compulsória dos dependentes desta substância química, como forma de solucionar este problema social. Para contextualizar esta solução, o primeiro tópico deste trabalho se encarregará de apresentar um breve panorama a respeito dos psicotrópicos e sua influência no Brasil na última década, com base em estudos estatísticos realizados por entidades governamentais.

Popularmente conhecidos como “drogas”,¹ os psicotrópicos são substâncias que alteram o funcionamento do sistema nervoso central. As alterações promovidas pelos psicotrópicos podem ser de ordem estimulante, cuja função é aumentar a atividade cerebral. Trata-se de agir na atividade cerebral, alterando sua qualidade e deixando o indivíduo perturbado, por isso seus efeitos são chamados perturbadores.²

O uso contínuo dessas substâncias pode ensejar resultados preocupantes não somente para o usuário, mas também para a sociedade de uma maneira geral. Quanto aos efeitos diretos ao usuário, estudos comprovam que, especificamente, no que se refere ao crack – classificada como estimulante, é substância que, após inalada, proporciona um efeito mais rápido, em torno de 3 a 5 minutos, por isso a duração de seus efeitos é igualmente breve. Essa rapidez faz com que o usuário busque se drogar novamente, o que o leva à dependência mais rápido do que as outras drogas. Salientando que, além do prazer que se sente ao utilizá-la, há a ocorrência de fissura avassaladora, caracterizada pela compulsão em utilizá-la novamente.³

Dentre seus efeitos, o crack causa rápida perda de peso, cerca de 8 a 10 quilos em um mês. A substância faz com que o usuário deixe de promover os mínimos hábitos de higiene e limpeza, por isso, são de fácil identificação entre a população. Outro efeito marcante do crack é a incidência de um quadro mental paranoico, que proporciona ao viciado a sensação de estar sendo vigiado e perseguido continuamente.⁴ Na sociedade o impacto trazido pela substância, de acordo com especialistas, está relacionado ao aumento da criminalidade ensejada pelos roubos e furtos. O usuário perde a noção do risco e tem como único objetivo conseguir dinheiro para comprar a droga, com isso, utiliza-se de todos os meios que possui, sendo capaz de realizar qualquer ato para alcançar este objetivo, inclusive, roubar e furtar.⁵

¹ A origem do vocábulo droga vem do Holandês antigo – *droog* – cujo significado é folha seca. É das folhas secas a base dos medicamentos, de modo que, droga tanto pode significar um medicamento como um psicotrópico, por isso atualmente, a medicina define droga como qualquer substância capaz de modificar a função dos organismos vivos, resultando em mudanças fisiológicas ou de comportamento. Tendo em vista o caráter acadêmico científico, o presente estudo adora no decorrer do texto o vocábulo psicotrópico. BRASIL. Presidência da República. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas e Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas. *Folheto sobre drogas psicotrópicas*: leitura recomendada para alunos a partir do 7º ano do ensino fundamental; organizadores. 5. ed. Brasília: Senad/Cebrid, 2010, p. 8.

² *Folheto sobre drogas psicotrópicas*: leitura recomendada para alunos a partir do 7º ano do ensino fundamental, p. 9.

³ *Folheto sobre drogas psicotrópicas*: leitura recomendada para alunos a partir do 7º ano do ensino fundamental, p. 37.

⁴ *Folheto sobre drogas psicotrópicas*: leitura recomendada para alunos a partir do 7º ano do ensino fundamental, p. 38.

⁵ *Folheto sobre drogas psicotrópicas*: leitura recomendada para alunos a partir do 7º ano do ensino fundamental, p. 38.

A utilização de psicotrópicos pode levar à morte. Esta conclusão resulta de uma pesquisa realizada pela Secretaria Nacional de Política sobre Drogas, que analisou óbitos cuja causa básica foi envenenamento (intoxicação) ou transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de substâncias psicoativas, notificados no sistema SIM (Sistema de Informação sobre Mortalidade), no período de 2001 a 2007. A pesquisa identificou que o número de óbitos por unidades federativas e regiões geográficas cresceu no Brasil como um todo. Todavia, no período de tempo observado, o Estado de São Paulo foi o que apresentou mais casos, aproximadamente 18% deles, o que já era esperado, por se tratar do Estado mais populoso do País.⁶

No que se refere à utilização de psicotrópicos, a Secretaria Nacional de Política sobre Drogas realizou um levantamento com estudantes da rede pública – no ensino fundamental e médio, na faixa etária de 12 a 65 anos, relacionado ao período de 2001 a 2005, em cidades com mais de 200 mil habitantes – e constatou-se que 0,7% dos entrevistados em 108 cidades do país já utilizou o crack em algum momento da vida.⁷ Dentre os universitários, apenas 11,2% dos entrevistados afirmaram nunca ter utilizado substâncias psicotrópicas, incluindo o álcool. Com relação à utilização de apenas uma única substância, 30,7% confessaram que utilizaram uma substância na vida; 58,1% já usaram mais de duas, dentre os quais 68% utilizaram três ou mais.⁸ No ano de 2010, Pablo Roig, psiquiatra, em audiência pública na Câmara de Deputados, apresentou uma estimativa feita com base em dados do censo promovido pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas), identificando que o número de usuários hoje no Brasil está em torno de 1,2 milhão e a idade média para início do uso específico do crack é de 13 anos.⁹

Com base nesses dados estatísticos, realizados entre os anos de 2005 e 2010, foi possível verificar que a utilização de psicotrópicos tem causado alterações que repercutem para além da esfera individual. Eis que o vício em psicotrópicos altera os níveis de criminalidade, causa transtorno nos usuários e aumenta, inclusive, as taxas de mortalidade. As pesquisas realizadas ressaltam, ainda, que o

⁶ Brasil. Presidência da República. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas. *Relatório brasileiro sobre drogas*. IME-USP; organizadores Paulina do Carmo Arruda Vieira Duarte, Vladimir de Andrade Stempliuk e Lúcia Pereira Barroso. Brasília: Senad, 2009, 364p., p. 280-290.

⁷ *Relatório brasileiro sobre drogas*, p. 55.

⁸ Brasil. Presidência da República. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas. *I levantamento nacional sobre o uso de álcool, tabaco e outras drogas entre universitários das 27 capitais brasileiras*. Crea/IPQ-HC/FMUSP; organizadores Arthur Guerra de Andrade, Paulina do Carmo Arruda Vieira Duarte e Lúcio Garcia de Oliveira. Brasília: Senad, 2010, 284p., p. 101.

⁹ Brasil. Confederação Nacional dos Municípios. *Pesquisa sobre a situação do crack nos municípios brasileiros*. Brasília: CNM, 2010, 155p., p. 5. Disponível em: <http://www.mp.ma.gov.br/arquivos/COCOM/arquivos/centros_de_apoio/cao_saude/dados_e_estatistica/mapeamento_crack_municipios_brasil_estudo_completo.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2013.

vício em psicotrópicos tem alta incidência entre os jovens e crianças e que o número de consumidores no Brasil é preocupante. Em face destes dados alarmantes, o Estado tem apresentado algumas políticas públicas na tentativa de combater a comercialização e o tráfico de drogas.

Uma série de eventos deu início ao engajamento do Estado no sentido de promover políticas nacionais de combate ao crack. O primeiro passo foi com a realização do primeiro Seminário Internacional de Políticas Públicas sobre Drogas. O objetivo foi promover o debate e o intercâmbio de experiências de sete países: Canadá, Itália, Países Baixos, Portugal, Reino Unido, Suécia e Suíça. Em um segundo momento, foram realizados fóruns regionais e, por fim, realizou-se uma reunião nacional para a discussão do tema.¹⁰ Como resultado das discussões levadas a efeito neste seminário, algumas alterações legislativas foram promovidas no ordenamento jurídico pátrio. Dentre elas, a publicação da Lei n. 11.343 de 2006, que institui do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas com a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades de prevenção, tratamento e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, bem como as de repressão ao tráfico, em perfeito alinhamento com a Política Nacional sobre Drogas e com os compromissos internacionais do país. Alguns aspectos inovadores da medida foram o maior rigor nas penas aplicáveis ao crime de tráfico e o fim do tratamento obrigatório para dependentes de drogas e a concessão de benefícios fiscais para iniciativas de prevenção, tratamento, reinserção social e repressão ao tráfico.

Em maio de 2010, foi publicado o Decreto n. 7.179, instituindo o Plano Integrado de Enfrentamento ao crack e outras substâncias, bem como criando o Comitê para sua gestão. A atuação do Comitê se daria em quatro frentes: no combate ao tráfico; no tratamento; na prevenção e, por fim, na atuação do Judiciário.¹¹ No que tange ao combate, intentava-se a realização de operações especiais com vistas a dismantelar a rede de narcotráfico, especialmente, nas regiões de fronteira, bem como o fortalecimento das polícias estaduais para combater o tráfico em áreas de maior vulnerabilidade para o consumo. Já no que diz respeito ao tratamento, o decreto visava o atendimento, o tratamento e a reinserção social dos usuários, aumentando o número de leitos em hospitais. O decreto prevê, ainda, promoção de campanhas de mobilização, informação e orientação a fim de enfrentar a utilização do crack. Deste modo, o Decreto n. 7.179 de 2010,

¹⁰ Brasil. Presidência da República. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas. *Legislação e políticas públicas sobre drogas*, 2010, 106p., p. 8.

¹¹ LIMA FILHO, Mário Coelho. *O legislativo e a política de enfrentamento do uso do crack*. Brasília: 2010. 54f. Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação do Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados/Cefor como parte de avaliação do Curso de Especialização em Legislativo e Políticas Públicas – LPP, p. 26.

mediante a integração das diversas esferas do poder, por meio da promoção de medidas de cunho repressivo e preventivo, enfrenta a proliferação do consumo do crack em nossa sociedade.

Não obstante, todas as medidas previstas pelos instrumentos legislativos citados, tramita perante a Câmara de Deputados, o Projeto de Lei n. 7.667 de 2010, proposto por Osmar Terra, por uma Comissão Mista, com a finalidade de alterar alguns dispositivos da Lei n. 11.434 de 2006 sobre Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad). Dentre as alterações promovidas pelo Projeto, o mais polêmico está relacionado à possibilidade de internação dos dependentes químicos. De acordo com o autor da proposta, o deputado Osmar Terra (PMDB-RS), mais do que uma solução para as cracolândias das grandes cidades, a intenção é o resgate pleno do paciente que não tem capacidade de discernimento e de decisão.¹² Salienta-se que, desde o início de janeiro de 2013, a implementação da medida de internação compulsória vem sendo instrumentalizada em São Paulo, com a integração entre o Poder Judiciário e o Ministério Público.

Apesar do artigo 4º da Lei n. 10.216/2001 determinar que “a internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes”, o PL n. 7.667 determina o seguinte:

Art. 11. Inclua-se o seguinte art. 23-A à Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006:

“Art. 23-A A internação de usuário ou dependente de drogas obedecerá ao seguinte:

I – será realizada por médico devidamente registrado no Conselho Regional de Medicina (CRM) do Estado onde se localize o estabelecimento no qual se dará a internação e com base na avaliação da equipe técnica;

II – ocorrerá em uma das seguintes situações:

- a) internação voluntária: aquela que é consentida pela pessoa a ser internada;
- b) internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e
- c) internação compulsória: aquela determinada pela Justiça.¹³

Assim, de acordo com o artigo 11 do PL n. 7.663 de 2010, é prevista a inserção do artigo 23-A da Lei n. 11.343 de 2006 para regulamentar as internações e incluir as hipóteses de internação voluntária, a involuntária e a compulsória, sendo a última medida a mais discutível. Quanto à internação voluntária, o projeto determina que se dará da seguinte maneira:

¹² Projeto de Lei n. 763/2010. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SAUDE/434191-CAMARA-PODE-VOTAR-PREVISAO-DE-INTERNACAO-INVO-LUNTARIA-DE-USUARIO-DE-DROGAS.html>>. Acesso em: 17 jan. 2013.

¹³ Projeto de Lei n. 763/2010.

§ 1º A internação voluntária:

I – deve ser precedida da elaboração de documento que formalize, no momento da admissão, a vontade da pessoa que optou por esse regime de tratamento; e

II – seu término dar-se-á por determinação do médico responsável ou por solicitação escrita da pessoa que deseja interromper o tratamento.¹⁴

No que concerne à internação involuntária se dará nos seguintes moldes:

§ 2º A internação involuntária:

I – deve ser precedida da elaboração de documento que formalize, no momento da admissão, a vontade da pessoa que solicita a internação; e

II – seu término dar-se-á por determinação do médico responsável ou por solicitação escrita de familiar, ou responsável legal.¹⁵

Especificamente, com relação à internação compulsória o projeto determina que:

§ 3º A internação compulsória é determinada, de acordo com a legislação vigente, pelo juiz competente.

§ 4º Todas as internações e altas de que trata esta Lei deverão ser registradas no Sistema Nacional de Informações sobre Drogas às quais terão acesso o Ministério Público, Conselhos de Políticas sobre Drogas e outros órgãos de fiscalização, na forma do regulamento.

§ 5º É garantido o sigilo das informações disponíveis no sistema e o acesso permitido apenas aos cadastrados e àqueles autorizados para o trato dessas informações, cuja inobservância fica sujeita ao disposto no art. 39-A desta Lei.

§ 6º O planejamento e execução da terapêutica deverá observar o previsto na Lei n. 10.216, de 6 de abril de 2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.¹⁶

Procedendo-se a uma sucinta observação do texto do Projeto de Lei, é possível afirmar que a lei não deixa transparecer muito facilmente a diferença entre a internação involuntária e compulsória. Entende-se que a primeira pode ser realizada mediante a simples solicitação de terceiros, como parentes, por exemplo, pois a lei é omissa quanto à necessidade de autorização judicial, neste caso. Quanto à internação compulsória, dá a entender que esta seria realizada independentemente da solicitação de qualquer ente ligado ao usuário.

¹⁴ Projeto de Lei n. 763/2010, p. 23.

¹⁵ Projeto de Lei n. 763/2010, p. 24.

¹⁶ Projeto de Lei n. 763/2010, p. 24.

A política legislativa, acima esboçada de enfretamento ao vício em crack, culmina na política pública de internação compulsória, que já se observa no Estado de São Paulo, desde 11 de janeiro de 2013. Semelhante prática coloca em pauta a autonomia existencial que envolve o exercício de direitos da personalidade, por um lado, e na realização de um amplo direito à saúde, por parte do Estado e dos particulares.

A MEDIDA DE INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DOS DEPENDENTES DE CRACK EM FACE DO DIREITO À SAÚDE E DA AUTONOMIA CORPORAL

Diante de políticas públicas ensaiadas pelo Estado acerca do problema social da dependência química, indaga-se se a medida de internação compulsória de dependentes de crack, recentemente discutida pelo Senado,¹⁷ deve ser tratada como uma questão de segurança pública ou como uma medida de concretização do direito fundamental à saúde.

Atendendo ao caráter de segurança pública, poderia se afirmar que a medida de internação compulsória muito se assemelha à doutrina de Bentham, como adepto da corrente utilitarista que visa proporcionar a felicidade ao maior número de indivíduos. O filósofo sugere que, com vistas a proporcionar a felicidade ao maior número de pessoas da sociedade, os mendigos deveriam ser recolhidos em abrigos, independentemente de sua vontade, pois a infelicidade de alguns mendigos era menor, quantitativamente, à felicidade que seu recolhimento proporcionaria ao restante da população.¹⁸

Sandel, ao criticar esta teoria, embasa suas objeções no desrespeito aos direitos individuais que esta medida representa. Assim, da mesma forma, a internação compulsória afronta os direitos individuais dos viciados, que têm sua dignidade e autonomia, totalmente desconsiderados pelo Estado que decide interná-los contrariamente à sua vontade.¹⁹ Em consonância com os fundamentos kantianos de autonomia privada, esta supõe que, para agir livremente, é necessário agir com autonomia, e agir com autonomia é agir de acordo com as leis que cada um impõe para si mesmo, e não de acordo com as convenções sociais. Ao agir com autonomia, considera-se a pessoa como um fim em si mesmo, e não um meio. Eis os ensinamentos que figuram na base de uma dignidade especial, que

¹⁷ O Projeto de Lei do Senado n. 111/2010, em discussão no Senado, foi recentemente aprovado pela Comissão de Assuntos Sociais e ainda passará por análise da Comissão de Direitos Humanos e de Constituição, Justiça e Cidadania.

¹⁸ BENTHAM, Jeremy. *Tracts on Poor Laws in: The Works of Jeremy Bentham*, v. 8 [1843]. A project of Liberty Fund, Inc. The Online Library of Liberty, 2011, p. 540-564.

¹⁹ SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 143.

difere pessoas de coisas.²⁰ Para Kant, respeitar a dignidade da pessoa implica em tratá-la como finalidade e nunca como meio. Portanto, não é possível tratar um grupo de pessoas como instrumento em prol do bem-estar social, como sugere Bentham, ao afirmar que o arrebatamento dos mendigos tornaria o restante da população mais feliz.²¹

O direito fundamental à saúde como uma construção pessoal

A medida de internação compulsória aponta para a realização de um amplo direito à saúde. A Constituição da República trata do direito à saúde como um direito social, o que demanda uma intervenção por parte do Estado, idealizando a prestação de serviços que eliminem a doença. Contudo, tal afirmação liga-se a uma concepção reducionista do direito à saúde, que não se presta a uma tutela integral da pessoa humana.²² Para tanto, é necessário considerá-lo como um bem-estar físico e psíquico, que se liga ao direito fundamental à liberdade.

Amparado em diversos documentos internacionais, dos quais o Brasil se fez signatário, o direito humano à saúde ingressou no direito interno, por meio de disposição expressa no artigo 6º e nos artigos 196 a 200. Nesta ordem jurídico-constitucional, a saúde reveste-se da qualificação de direito fundamental social. Segundo Ingo Sarlet, este direito reveste-se de uma dupla fundamentalidade: a formal e a material. Isso significa, que sua relevância para a vida e a dignidade humana traz a medida de sua tutela, conferindo-lhe *status* de norma de hierarquia superior, e cláusula pétrea submetida à aplicabilidade imediata designada pelo artigo 5º, § 1º, da Constituição da República de 1988.²³

Considerar a saúde como um direito público subjetivo pode significar reduzir sua eficácia.²⁴ Eis que ela se inscreve em uma dupla dimensão: a positiva e a negativa. Em sua dimensão positiva, a saúde é um direito prestacional. Possibilita ao particular, com base nas normas constitucionais que a acolhem, requerer

²⁰ KANT, Emmanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo, 2004, p. 394.

²¹ SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*, p. 143.

²² TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 85.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, n. 10, jan. 2002, p. 3.

²⁴ "(...) o direito à saúde não pode, portanto, continuar sendo reconduzido exclusiva e irrefletidamente à condição de direito público subjetivo, já que manifesta sua atuação também na esfera das relações entre particulares, ainda que se possa admitir que a assim denominada 'eficácia horizontal' dos direitos fundamentais, em suma, a vinculação dos sujeitos privados, não possa ser tratada de modo similar à vinculação do poder público" (SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988, p. 6).

ao poder público uma prestação material, como medicamentos, tratamento médico, intervenção cirúrgica e outros.²⁵ Em sua dimensão negativa, a saúde revela-se como um direito de defesa, passível de ser oposto ao Estado ou aos particulares. Eis que se trata de bem jurídico fundamental, e, guardando esta característica, encontra-se protegida contra agressões que possam ser provocadas pelo Estado ou por terceiros. A estes, impõe-se o dever de não afetar a saúde das pessoas, sob pena de se configurar como inconstitucional.²⁶

Esta dupla dimensão permite superar a estrita consideração do direito à saúde como mero direito prestacional perante o Estado. Para efetiva tutela da saúde, é necessário considerá-la como direito de liberdade, o que conduz à vedação do Estado e dos particulares de atuar sem a autorização da pessoa. Trata-se de considerar a vontade do sujeito na construção de sua própria personalidade, o que lhe faculta modificar ou conservar sua saúde em face do modo como acredita ser mais adequado para si.²⁷ Por conseguinte, “(...) todos devem se abster de interferir nas condições atreladas à integridade psicofísica, de modo a não opor obstáculos às escolhas que se referem ao se e ao como gozar a própria saúde, uma vez que esta é uma opção pessoal, que não deve sofrer interferências de terceiros, salvo no que tange à informação médica”.²⁸

Pietro Perlingieri identifica um caráter dinâmico, que leva cada pessoa a construir um modelo individual de saúde que persegue durante o curso de sua vida, em conformidade com suas experiências, as mudanças em sua personalidade e sua realidade pessoal e familiar. Afasta-se, portanto, a possibilidade de um padrão universal de saúde, devendo-se considerar um modelo individual, que atenta para o livre desenvolvimento da personalidade.²⁹

Como efeito desta concepção de saúde atrelada à liberdade, ela ainda se traduz em um controle do corpo, que para ser exercido requer a integridade psíquica, ou ainda, o discernimento para escolher a destinação dada ao corpo.³⁰ Isso afastaria os incapazes, arrolados nos artigos 3º e 4º do Código Civil, que não apresentam o “discernimento necessário” para exercer a liberdade de construir o próprio conceito de saúde.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988, p. 12.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988, p. 10.

²⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*, p. 69.

²⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*, p. 69-70.

²⁹ Perlingieri, Pietro. Il diritto alla salute quale diritto della personalità. *Rasegna di diritto civile*, Napoli: ESI, v. IV, 1982, p. 1.023, apud TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*, p. 70.

³⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*, p. 73.

Há nessa concepção de saúde uma ligação indissolúvel entre corpo e identidade: cada pessoa, amparada em seu direito fundamental à liberdade, pode dispor de seu corpo e de sua saúde, de acordo com parâmetros que julgar mais convenientes, para se realizar como pessoa e alcançar o seu próprio bem-estar.³¹ Paradoxalmente, a construção pessoal da saúde é traduzida em igualdade substancial. Na acepção de Maria Celina Bodin de Moraes, a igualdade reivindica o direito à diferença, buscando, no reconhecimento do outro, considerar as diferenças. Em outras palavras, é “(...) necessário interpretar e aplicar o Direito a partir do respeito pela diferença, que deve se sobressair, possibilitando a coexistência pacífica das diversas concepções de vida, cientes do que as distingue e do que as une – no caso, a singularidade de cada uma e a igual dignidade de todas as pessoas humanas”.³²

Atentando-se para uma construção individual de saúde, conectada com a ideia de “governo do próprio corpo”, o que se traduz em aproximá-la de uma perspectiva pessoal, que “só faz sentido dentro dos parâmetros estabelecidos por cada um, de acordo com a própria crença, experiências da vida, valores, enfim, com a concepção do que seja bom para si mesmo”.³³ Desse modo, o amplo direito à saúde deve ser reconstruído à luz do direito fundamental à liberdade, o que resulta em cogitar, para além da autonomia privada, a existência de uma autonomia existencial.

O direito ao corpo e a autonomia existencial

A compreensão da autonomia privada como “pedra angular” do Direito Privado deve-se a um preciso momento histórico: a ruptura com o sistema feudal e a passagem para uma forma superior de sociedade,³⁴ na qual se promove a liberdade do homem com vistas a adequá-lo à ideologia do modo capitalista de produção.

O direito é chamado a fazer da liberdade individual e da igualdade perante a lei, a mais alta realização de sua personalidade. Justifica-se, então, a autonomia privada como um princípio fundamental do Direito Privado, porque permite ao homem afirmar-se como pessoa.³⁵ Tal ligação está presente na

³¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*, p. 77.

³² MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 92.

³³ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*, p. 86-87.

³⁴ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 37.

³⁵ Esta é a justificativa para conceber a autonomia privada como direito fundamental. LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid: Editorial Civitas, 1985, p. 55.

própria essência da autonomia privada, pois é traduzida como o “poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de juridicizar a sua atividade (designadamente, a sua atividade econômica), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos”.³⁶

Essa concepção de autonomia privada traduz uma “função translativa-circulatória”,³⁷ que encontra no direito subjetivo e no negócio jurídico seus veículos de realização, depositando na liberdade individual o nexo que os liga. Portanto, o princípio identifica-se com o conceito de liberdade de cunho econômico, na medida em que o negócio jurídico, como instrumento de dinâmica patrimonial, traduz a “mística da vontade”.³⁸

A afirmação de um sistema internacional de proteção de direitos humanos, no período do Segundo Pós-Guerra, delineou o que Eliseu Figueira chama de “novo humanismo”,³⁹ que se fez presente nos textos constitucionais do século XX. Trata-se de uma nova antropologia que se faz presente na Constituição da República Brasileira de 1988, quando esta acolhe o princípio da dignidade da pessoa humana, em seu art. 1º, III.

Como reflexo deste “novo humanismo”, o Direito Privado voltou-se para a tutela dos direitos da personalidade, ensejando as situações jurídicas subjetivas existenciais. Segundo Judith Martins-Costa, tais situações reúnem as seguintes características: (i) a complexidade, segundo a qual as situações existenciais constituem-se em poderes, direitos, deveres, ônus, faculdades merecedoras de tutela jurídica; (ii) a interioridade, que conduz a um exame interno, e não externo ou descritivo, da teia de relações em causa; (iii) a dinamicidade, pois não são atos isolados e atomizados entre si, ou temporalmente congelados; (iv) a concretude, uma vez que seus poderes não podem ser pensados em abstrato, mas concretamente já modelados e modulados por uma teia de interesses.⁴⁰

Tais características rendem às situações subjetivas existenciais a necessidade de encontrar um regime jurídico diverso daquele ancorado na lógica proprietária, delineada para as relações jurídicas patrimoniais pelo Direito Privado moderno. Eis que a liberdade patrimonial, expressa na propriedade e no contrato, não exaure as expressões da liberdade da pessoa humana, uma vez que se identifica como um instrumento realizador da dignidade da pessoa humana.⁴¹ Portanto, é necessário traçar os contornos da autonomia privada aplicada às si-

³⁶ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 11.

³⁷ BARCELLONA, Pietro. *Diritto privato e società moderna*. Napoli: Jovene Editore, 1996, p. 320.

³⁸ BARCELLONA, Pietro. *Diritto privato e società moderna*, p. 324.

³⁹ FIGUEIRA, Eliseu. *Renovação do direito privado*. Lisboa: Caminho, 1989, p. 108.

⁴⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*, p. 136-137.

⁴¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*, p. 137.

tuações existenciais como o exercício do direito à saúde, a renúncia a tratamento médico ou atos de disposição do próprio corpo.⁴²

Distinguindo a autonomia privada de autodeterminação, Joaquim de Souza Ribeiro identifica, para além do seu componente patrimonial, o aspecto existencial caracterizado como o “poder de cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de interesses, orientando a sua vida de acordo com as suas preferências”.⁴³ Já Pietro Perlingieri vale-se da expressão “autonomia negocial” com a qual designa situações patrimoniais e existenciais, definida como o “poder reconhecido ou atribuído pelo ordenamento ao sujeito de direito, privado ou público, de regular com manifestações próprias de vontade e interesses privados ou públicos”.⁴⁴

A autonomia existencial refere-se a uma liberdade de exercício de direitos da personalidade, como resultado de uma positivação de princípios de proteção à pessoa humana. Por conseguinte, reclama um regime diferenciado das situações patrimoniais. Enquanto as situações existenciais têm como objetivo direto a realização da dignidade humana, o que lhes rende uma função pessoal, as situações patrimoniais tem a realização da dignidade humana como um objetivo indireto, evidenciando-se uma função social.⁴⁵ Como resultado desta comparação, atribui-se uma primazia das primeiras sobre as segundas, fundamentada no princípio do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana.

O texto constitucional de 1988 reconhece a autonomia corporal, no artigo 199, § 4º. Nesta seara, não há, entretanto, uma liberdade absoluta, pois a vontade dirigida à disposição corporal somente pode ser juridicamente valorada se for exercida em face dos fins admitidos pelo ordenamento jurídico. Com isso, afirma José Antônio Peres Gediel que “a vontade, apesar de necessária, não é suficiente para tonar lícitos todos os atos de disposição corporal”.⁴⁶

O Código Civil brasileiro, ao mesmo tempo em que valora, limita a autonomia corporal:⁴⁷ (i) o exercício dos direitos da personalidade não pode sofrer limitação voluntária, segundo o artigo 11; (ii) o artigo 13 estabelece os contornos de uma ordem pública, à qual se submetem os atos de disposição do próprio corpo, expressos na redução permanente da integridade física, nos bons costumes e na exigência médica; (iii) o parágrafo único do artigo 14 estabelece que os atos de disposição do próprio corpo podem ser livremente revogados a qualquer mo-

⁴² TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*, p. 139.

⁴³ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 22.

⁴⁴ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Edição brasileira organizada por Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 318.

⁴⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*, p. 147.

⁴⁶ GEDIEL, José Antônio Peres. *Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo*. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000, p. 98.

⁴⁷ GEDIEL, José Antônio Peres. *Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo*, p. 100.

mento; (iv) o artigo 15 exige que o sujeito expresse sua autonomia corporal, por meio de consentimento livre e esclarecido, para conferir validade jurídica aos atos de disposição do próprio corpo.

Os contornos fixados pelo Código Civil brasileiro para o exercício da autonomia corporal traduzem-se em critérios rígidos, fechados e estáticos, segundo alguns autores. Eis que se cria uma “reserva legal para a autolimitação dos direitos da personalidade”, e determinam-se “limites fixos que nem sempre serão os mais adequados para a correta solução do caso concreto”. Eis que “reconhecer que o particular somente pode dispor do exercício dos seus direitos da personalidade em hipóteses previamente definidas em lei seria negação da própria dignidade que se concretiza também pela liberdade”.⁴⁸

Conjugando-se o direito à saúde como uma construção pessoal com um “direito fundamental à autonomia corporal”,⁴⁹ indaga-se em que medida cabe ao Estado intervir nesta autonomia para delinear os contornos daquele direito fundamental. Está em jogo uma concepção abstrata e irrestrita do direito à saúde, de tal modo a exigir do Estado que proteja a pessoa contra si mesma, bem como uma intervenção máxima do Estado na autonomia corporal capaz de dissipar o livre desenvolvimento da personalidade. Transpondo semelhantes indagações para a medida de internação compulsória de dependentes de crack, indaga-se acerca da possibilidade do Estado, em nome da saúde pública, interferir na autonomia corporal dos sujeitos, impondo a internação compulsória. Com a finalidade de dissipar semelhante conflito, delinea-se a restrição aos direitos fundamentais, a partir da teoria externa de Robert Alexy.

A MEDIDA DE INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DOS DEPENDENTES DE CRACK: UMA RESTRIÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS?

As indagações realizadas no item anterior revelam que a medida de internação de dependentes de crack traz consigo o problema da “reconstrução da relação entre os direitos e seus limites ou restrições”.⁵⁰ Trata-se da discussão acerca das teorias interna e externa de direitos fundamentais, formuladas por civilistas franceses como Planiol e Ripert e Josserand, ensejando a necessidade da compreensão da relação entre o direito e seus limites ou restrições.⁵¹ Afirma-se,

⁴⁸ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 185-187.

⁴⁹ GEDIEL, José Antônio Peres. *Droit de la santé: le statut juridique du corps humain au Brésil*. Association Henri Capitant, p. 2.

⁵⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 127.

⁵¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 128.

ainda, que a convivência das duas vertentes teóricas não é pacífica, pois conceber que os direitos possuem limites iminentes, exclui que fatores externos, com base em ideias como o sopesamento entre princípios, não pode lhe proporcionar uma restrição externa.⁵²

Segundo a teoria interna, ancorada nos ensinamentos de Planiol e Ripert, sintetizados na máxima “o direito cessa onde o abuso começa”, o processo de definição de limites ao direito subjetivo é um processo interno, que não se deixa influenciar por aspectos externos, traduzidos na colisão com outros direitos. Por conseguinte, promove-se a definição do direito sob a estrutura de regras, de tal modo que qualquer restrição que lhe fosse imposta, posteriormente à edição da norma, seria inconstitucional. Sob a denominação de “limites iminentes”, seus defensores sustentam que os direitos fundamentais não são absolutos, pois possuem seus limites definidos, implícita ou expressamente, pela própria Constituição. Eis que “tais limites fazem parte da própria essência dos direitos fundamentais, já que não se pode falar em liberdades ou em direitos ilimitados e que é tarefa por excelência da interpretação constitucional tornar seus contornos os mais claros possíveis”.⁵³

Já a teoria externa separa o direito de suas restrições. A partir desta distinção, promove-se o sopesamento das colisões entre direitos fundamentais, com amparo na regra da proporcionalidade, em suas vertentes: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação ordena que se verifique, no caso concreto, se a restrição operada ao direito fundamental é útil e idônea para o fim que se pretende alcançar. Se for adequada, entra em jogo a necessidade, avaliando se a restrição ao direito fundamental é o meio menos gravoso de conseguir o fim que se espera no caso concreto. Em última instância, considera-se a proporcionalidade em sentido estrito: traduz a proporção entre a restrição ao direito fundamental e o fim pretendido.⁵⁴ As restrições não influenciam seu conteúdo, apenas restringem seu exercício no caso concreto, de tal modo que, em uma colisão entre princípios, um tem de ceder em favor do outro, sem afetar sua validade e sua extensão *prima facie*.⁵⁵ Para tanto, é requerido um forte ônus argumentativo que irá decidir qual direito deve prevalecer no caso concreto.

⁵² SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 128.

⁵³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 132.

⁵⁴ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 212 e segs.

⁵⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 138.

A contraposição entre as duas teorias revela a dificuldade em se delimitar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais. É possível afirmar que não podem ser considerados absolutos, como pretende a teoria interna, e, portanto, blindados contra qualquer tipo de restrição.⁵⁶ Já a ideia segundo a qual os direitos fundamentais possuem uma dimensão *prima facie*, comportando restrições, como sustenta a teoria externa, encontra maior receptividade. Portanto, o conteúdo do direito fundamental à autonomia corporal dos dependentes de crack dependerá da restrição que ele sofrer diante do caso concreto, mediante o exercício de ponderação com os direitos colidentes,⁵⁷ como é o caso da saúde pública. Para evidenciá-lo, recorre-se aos fundamentos de Robert Alexy.

Para delinear o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, Robert Alexy preocupa-se em identificar qual a natureza jurídica dos direitos fundamentais, colocando em pauta normas, regras ou princípios, pois esta identificação traz diferentes resultados em caso de conflito. Alexy chega à conclusão que os direitos fundamentais são princípios de otimização:

As regras que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. Regras contêm, portanto, **determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.**

(...)

O ponto decisivo na distinção entre princípios e regras é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, **mandamentos de otimização**, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades é determinado pelos princípios e regras colidentes.⁵⁸ [grifo nosso]

Além disso, o autor estabelece o raciocínio segundo o qual os direitos fundamentais possuem duas dimensões: (i) *prima facie* na qual, em um primeiro momento, o âmbito de proteção abarca uma infinidade de bens jurídicos, e (ii) definitiva, em um segundo momento, no qual, após a realização da restrição, identificam-se os bens jurídicos protegidos após a colisão com outro direito fundamental.

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 387.

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 389.

⁵⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

Nesse primeiro momento, depreende-se que os direitos fundamentais, segundo Robert Alexy, são mandamentos de otimização, o que significa dizer que tais direitos não sejam sempre efetivados por completo. E como são detentores de duas dimensões – uma *prima facie* e outra definitiva – há a possibilidade de colisão entre princípios. No entanto, para entendê-los como princípios é preciso assumir que, em caso de conflitos – diferentemente do que ocorre com as regras, nas quais apenas uma permanecerá no ordenamento jurídico –, a colisão entre princípios não implicará no banimento de um dos conflitantes, sendo importante que o resultado da colisão não implique em esvaziamento do direito preterido.⁵⁹

A partir do momento em que se conclui que os direitos são princípios e, portanto, regidos por um mandamento de otimização, entende-se que eles devem ser efetivados em seu grau máximo dentro das possibilidades e que tais direitos podem ser restringidos em caso de colisão com outros direitos. No que se refere à sua colisão – sua ocorrência entre dois princípios –, o papel do sopesamento realiza-se ao definir qual dos interesses conflitantes – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto, levando em consideração as possibilidades fáticas e jurídicas.⁶⁰

A solução da colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedência condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária. Assim, definida por Robert Alexy, a precedência condicionada auxilia na previsibilidade das decisões referentes aos conflitos entre princípios.⁶¹

De acordo com o autor, a colisão entre princípios guarda íntima relação com a máxima da proporcionalidade:

Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, com suas máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento menos gravoso) e proporcionalidade em sentido estrito (mandamento de sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.⁶²

⁵⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 90.

⁶⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 91.

⁶¹ ALEXY, Robert. A estrutura das normas de direitos fundamentais, p. 94.

⁶² ALEXY, Robert. A estrutura das normas de direitos fundamentais, p. 117.

Com efeito, os direitos fundamentais são numerosos e de conteúdo impreciso e não são raras as vezes em que, no caso concreto, existem dois interesses divergentes amparados por dois princípios antagônicos – como é o caso da internação compulsória dos dependentes de crack, que resulta na colisão entre o direito à saúde e o exercício da autonomia corporal. A solução desta colisão, segundo a teoria esboçada, está na ponderação entre os dois princípios.

Para chegar a um resultado mais próximo da constitucionalidade, Robert Alexy indica o modelo fundamentado para tomar a melhor decisão acerca de colisões, pois evita uma série de dificuldades que estão frequentemente associadas ao conceito de sopesamento.⁶³ Desse modo, fica claro que o sopesamento não é um procedimento que faz com que um direito se realize, de forma precipitada, às custas de outro. Trata-se de um procedimento abstrato e generalizante, existindo a necessidade de um forte ônus argumentativo para fundamentar a decisão.

Assim, com base na doutrina de Robert Alexy, ao se expor o problema da dependência do crack no Brasil e da política de internação compulsória dos dependentes – sem levar em consideração qualquer expressão de vontade deles –, é necessário indagar se semelhante restrição é justificável. A implementação de uma política pública de internação compulsória dos dependentes de crack, visando salvaguardar a saúde dos indivíduos, acaba por minimizar o alcance do princípio da autonomia corporal desses indivíduos, quando desconsidera sua declaração de vontade com relação ao ato.

É de se analisar se a atuação compulsória do Estado, reprimindo parcela da dignidade daqueles indivíduos – expressa na intangibilidade do corpo humano, realizando sua internação forçada – poderia ser considerada proporcional. O Estado estabelece os contornos de um direito à saúde, que é uma construção pessoal, excluindo completamente a participação do indivíduo, o que esvazia sua autonomia existencial. Considerando-se o direito à saúde como um aspecto da liberdade individual, qualquer intervenção sobre seu corpo, que não emane da própria vontade de seu titular, afasta a possibilidade do Estado ou de terceiros interferirem no corpo do indivíduo sem seu consentimento. Tal intervenção renderia ao ato aspectos de ilegitimidade, ou até mesmo, de inconstitucionalidade.

O debate acima travado pode adquirir uma resposta diversa, se conjugado com o princípio da solidariedade. Trata-se de responder à pergunta se, em nome da saúde pública, o Estado pode interferir na autonomia corporal do indivíduo, atuando semelhante intervenção como um componente de seu direito à saúde como uma construção pessoal.

O princípio da solidariedade, proclamado pelo constituinte, no artigo 3º, deve ser considerado na elaboração da legislação ordinária, na execução de po-

⁶³ ALEXY, Robert. A estrutura das normas de direitos fundamentais, p. 95.

líticas públicas e, ainda, na interpretação e aplicação do Direito. Trata-se de princípio constitucional que se identifica com um “conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados”.⁶⁴ Isso significa que o projeto solidarista não expressa um mero preceito moral, mas uma princípio geral do ordenamento jurídico, dotado de força normativa e capaz de tutelar a coexistência humana, enunciando o reconhecimento do outro.⁶⁵

No confronto entre saúde pública e autonomia corporal, o princípio da solidariedade apontaria para uma restrição à autonomia corporal, de tal modo que a opção pela construção pessoal da saúde – como a possibilidade de estar dependente de uma substância química como o crack – não poderia acarretar a outrem nenhuma repercussão social. Caso contrário, estaria ameaçada a saúde pública, que conformaria a intangibilidade do corpo humano e resultaria na concepção de saúde como um dever, em face da preponderância da solidariedade, que legitimaria intervenções coativas à autonomia corporal.

Porém, isso somente seria justificável, se “(...) o estado de doença do indivíduo for potencialmente lesivo a terceiros ou quando existe uma efetiva razão de tutela de saúde pública que se concretiza na proteção dos membros da coletividade”.⁶⁶ Excepcionalmente a tais casos, não é possível sustentar o dever do indivíduo conservar a própria saúde, por se tratar esta última uma construção individual afeta à liberdade. Portanto, “tal liberdade é conformada pela solidariedade, encontrando limites apenas no espaço jurídico de terceiros, no qual incide a intersubjetividade”.⁶⁷

Com efeito, delimita-se o âmbito de proteção dos bens envolvidos, que estão presentes nos direitos fundamentais em jogo: a saúde como construção individual e governo do próprio corpo não pode sofrer uma intervenção do Estado amparada em motivações outras senão a prevalência da saúde pública. Nesta perspectiva, a medida de internação dos dependentes de crack pode ser caracterizada como aceitável, se manejada como forma de promover a saúde pública, mas não como forma de promover a segurança pública. Além de se mostrar como um princípio que orientaria a interpretação e aplicação do Direito, a solidariedade também se presta a orientar políticas públicas. Portanto, para além de uma teoria externa que acolhe este princípio no âmbito da proporcionalidade, deve-se atentar para a execução de uma política pública aos dependentes de crack, por parte

⁶⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, p. 114.

⁶⁵ MOARES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, p. 111-112.

⁶⁶ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*, p. 83.

⁶⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*, p. 84.

do Estado, que considere o direito à saúde como uma construção pessoal que afeta ao governo do próprio corpo, e não como uma medida coativa que restringe seus direitos fundamentais em favor de uma pretensa segurança pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Comprovou-se estatisticamente que o vício em drogas no Brasil representa um problema que deve ser tratado com cuidado pelas entidades governamentais. Com vistas a sanar esse problema, o Estado criou políticas públicas de enfrentamento deste problema, mediante ação integrada de seus poderes. Neste sentido, o projeto de Lei n. 7667 de 2010, proposto por Osmar Terra, por uma Comissão Mista, foi aprovado na Câmara de Deputados e agora está em trâmite no Senado. Sua finalidade é alterar alguns dispositivos da Lei n. 11.343 de 2006 para nela incluir a possibilidade de internação compulsória dos viciados em crack. A partir de janeiro de 2013, no Estado de São Paulo anunciou-se o estabelecimento de parceria entre o Ministério Público e o Poder Judiciário para coordenar os trabalhos entre agentes de saúde e promover a internação compulsória dos viciados em crack.

A internação compulsória implica em realizar o recolhimento destes indivíduos que são viciados em crack a estabelecimento que lhes promova o tratamento com vistas à recuperação do vício, sem levar em consideração sua manifestação de vontade. O presente trabalho identificou nesta medida uma restrição ao direito à saúde como construção pessoal e ao direito à autonomia corporal. Trata-se o primeiro de um amplo direito à saúde, que transpõe a concepção estrita de um direito fundamental social, que demanda prestações do Estado. Na medida em que está afeto ao direito fundamental à liberdade, cada pessoa pode construir seu próprio conceito de saúde e qualquer intervenção sem seu corpo, realizada sem seu consentimento, resulta em sua invalidade.

Examinada essa colisão de direitos fundamentais à luz das teorias interna e externa, buscou-se identificar o âmbito de proteção dos bens envolvidos. Afastando-se a possibilidade de conceber os direitos à saúde e à autonomia corporal como absolutos, à luz da teoria interna, passou-se a delinear referido âmbito de proteção à luz da teoria externa, proposta por Robert Alexy. Considerando os critérios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, em um primeiro momento, é possível sustentar a impossibilidade de restrição da medida de internamento compulsório aos dependentes de crack, em face da prevalência da saúde como um direito de liberdade, que requer o consentimento do indivíduo, delineando o governo do próprio corpo.

Contudo, adicionando-se à colisão de direitos fundamentais o componente do princípio da solidariedade, previsto em sede constitucional, uma concepção diversa emerge, ao considerar-se a medida de internação compulsória, não como

medida de segurança pública, mas de saúde pública. Esta prevalece sobre a intangibilidade do corpo humano e conduz semelhantes reflexões para a admissibilidade da medida de internação dos dependentes de crack que respeito o direito à saúde como uma construção pessoal atrelada à liberdade e não apenas como um direito prestacional. Portanto, é possível questionar a compulsoriedade da medida, mostrando-se como mais plausível que o Estado forneça condições ao dependente e, por vezes, aos seus familiares de optarem por esta medida.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARCELLONA, Pietro. *Diritto privato e società moderna*. Napoli: Jovene Editore, 1996.
- BENTHAM, Jeremy. *Tracts on Poor Laws in: the Works of Jeremy Bentham*, v. 8 [1843]. A project of Liberty Fund, Inc. The Online Library of Liberty, 2011, p. 540-564.
- Brasil. Confederação Nacional dos Municípios. *Pesquisa sobre a situação do crack nos municípios brasileiros*. Brasília: CNM, 2010. 155 5p. Disponível em: <http://www.mp.ma.gov.br/arquivos/COCOM/arquivos/centros_de_apoio/cao_saude/dados_e_estatistica/mapeamento_crack_municipios_brasil_estudo_completo.pdf> Acesso em: 17 jan. 2013.
- Brasil. Presidência da República. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas. *I levantamento nacional sobre o uso de álcool, tabaco e outras drogas entre universitários das 27 capitais brasileiras*. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas. Crea/IPQ-HC/FMUSP; organizadores Arthur Guerra de Andrade, Paulina do Carmo Arruda Vieira Duarte e Lúcio Garcia de I. Brasília: Senad, 2010. 284p.
- Brasil. Presidência da República. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas e Centro Brasileiro de Informações sobre drogas Psicotrópicas. *Folheto sobre drogas psicotrópicas: leitura recomendada para alunos a partir do 7º ano do ensino fundamental*; organizadores. 5. ed. Brasília: Senad/Cebrid, 2010. 66p.
- Brasil. Presidência da República. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas. *Legislação e políticas públicas sobre drogas*, 2010, p. 106.
- Brasil. Presidência da República. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas. *Relatório brasileiro sobre drogas*. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas. IME-USP; organizadores Paulina do Carmo Arruda Vieira Duarte, Vladimir de Andrade Stempliuk e Lúcia Pereira Barroso. Brasília: Senad, 2009, 364p.
- CITTADINO, Gisele Guimarães. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- FIGUEIRA, Eliseu. *Renovação do direito privado*. Lisboa: Caminho, 1989.
- GEDIEL, José Antônio Peres. *Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo*. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.
- GEDIEL, José Antônio Peres. *Droit de La santé: le statut juridique du corps humain au Brésil*. Association Henri Capitant.

KANT, Emmanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo, 2004.

LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid: Editorial Civitas, 1985.

LIMA FILHO, Mário Coelho. *O legislativo e a política de enfrentamento do uso do crack*. Brasília: 2010. 54f. Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação do Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados/Cefor como parte de avaliação do Curso de Especialização em Legislativo e Políticas Públicas – LPP.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

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

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Edição brasileira organizada por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, n. 10, jan. 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA SANTOS, Boaventura. *As tensões da modernidade*. Texto apresentado no Fórum Social Mundial, Porto Alegre, 2001.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

Data de recebimento: 30/05/2016

Data de aprovação: 12/01/2017

AGENOR DE ROURE E A CRÔNICA DOS ACONTECIMENTOS HISTÓRICOS DA FORMAÇÃO CONSTITUCIONAL DO BRASIL

AGENOR DE ROURE AND THE NARRATIVE CONCERNING HISTORICAL FACTS RELATED TO THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL BACKGROUND

*Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy**

RESUMO

Em 1914 o político Agenor de Roure publicou um estudo de história constitucional sobre a extinção, por ordem de D. Pedro, da Assembleia Nacional Constituinte e Legislativa de 1823. O autor defendeu que o “fantasma do medo” fora a causa principal da ordem do Imperador, ainda que não conseguisse exatamente explicitar do que se tratava esse medo imaginário. Ao analisar esse livro esquecido, o artigo retoma um ponto importante na história constitucional brasileira, a respeito das origens de nossa primeira Constituição.

Palavras-chave: História constitucional; Agenor de Roure; Assembleia Nacional Constituinte e Legislativa de 1823; Fantasma do medo; Dissolução da Assembleia; Autoritarismo de D. Pedro.

ABSTRACT

In 1914 Agenor de Roure, a Brazilian politician, published a book on the History of Brazilian Constitutional History, analyzing the 1823 Brazilian National Constituent and Legislative Assembly as for its extinction, by an order of D. Pedro. The author defended that a “phantom of fear” had been the main reason of the order. However, the author does not exactly explain the core of this imaginary fear. Analyzing this forgotten book the paper exams an important topic of the Brazilian constitutional history, related to the origins of our first Constitution.

* Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Doutor e mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor visitante na Universidade da Califórnia, em Berkeley e pesquisador no Instituto Max-Planck de História do Direito Europeu em Frankfurt. Foi consultor-geral da União (2011-2015). Procurador da Fazenda Nacional.

Keywords: Constitutional history; Agenor de Roure; The 1823 Brazilian National Constituent and Legislative Assembly; Phantom of fear; Dissolution of the Brazilian Assembly; The authoritarian behavior of D. Pedro.

INTRODUÇÃO

Agenor de Roure (1870-1935) deixou-nos um valioso estudo sobre a gênese do constitucionalismo brasileiro, que descreveu como uma “crônica dos acontecimentos históricos que envolveram a formação constitucional do Brasil”.¹ Formado em odontologia, nunca exerceu a profissão, dedicando-se ao jornalismo e à política; foi Chefe da Casa Civil da Presidência da República (1919-1922), Ministro da Fazenda do Governo Provisório que sucedeu ao governo deposto de Washington Luís. Estudou a história de nosso constitucionalismo, deixando também um livro sobre o contexto histórico e político da Assembleia Nacional Constituinte, que discutiu e aprovou nossa primeira Constituição republicana; Roure igualmente contribuiu para o estudo da Constituição de 1891.²

Seu estudo sobre a construção da Constituição de 1824 teve como base fontes primárias, decretos, decisões e, principalmente, os Anais da Constituinte de 1823. Baseou-se exclusivamente em documentos escritos, oficiais, lamentando que não contávamos com uma memória coletiva dos fatos.³ Propôs-se a enfrentar uma questão histórica: por que D. Pedro dissolveu a Assembleia, outorgando-nos em seguida a Carta de 1824? Sua resposta para a questão, como tentará se demonstrar, é vaga e ambígua.

Roure argumentou que D. Pedro lutou por uma constituição liberal e democrática, que os irmãos Andrada não tinham objetivo ou preocupação em diminuir a autoridade do Imperador, que a Constituição outorgada em 1824 era ainda mais liberal do que o texto que se discutiu na Assembleia Constituinte, que este colegiado não fez oposição sistemática a D. Pedro e que o que chamou de “fantasma do medo” teria sido responsável pelos eventos que marcaram a dissolução de nossa primeira Assembleia Constituinte. É na imprecisão desse conceito, “fantasma do medo”, que radica a percepção de que sua resposta para o problema proposto é vaga e duvidosa. São esses os temas centrais que apresentamos no presente artigo.

JUSTIFICATIVA, APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA E METODOLOGIA

A narrativa histórica da construção do constitucionalismo brasileiro recorrentemente despreza registros e relatos construídos ao longo da vigência de

¹ ROURE, Agenor. *Formação constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Typographia do Jornal do Commercio, de Rodrigues & C., 1914, p. 221.

² ROURE, Agenor. *A Constituinte Republicana*. Brasília: Senado Federal, 1979.

³ ROURE, Agenor. *Formação constitucional do Brasil*, p. 5.

textos constitucionais pretéritos. O comentário contemporâneo a textos vigentes, ou a textos constitucionais próximos à experiência do comentador, podem oferecer farto material para a tentativa de problematização e de compreensão de arranjos constitucionais já não mais vigentes. O comentador de hoje, em princípio, é a fonte primária direta de um imaginário historiador do direito futuro.

No caso presente, o autor estudado, Agenor de Roure, de algum modo próximo à vigência da Constituição de 1824, apresenta dados e recolhe informações que instigam a alguma discussão em torno do texto constitucional imperial. O livro aqui estudado, e presentemente pouco lembrado, sugere pistas para a retomada de aspectos centrais de nossa tradição constitucional, do ponto de vista da investigação histórica, bem entendido.

Há dois problemas centrais que estimulam a presente pesquisa. De um lado, um ponto substancialmente historiográfico, de fontes, que suscita a retomada de autor relevante, quanto às informações que apresentou, mas de algum modo esquecido, no contexto das referências para o estudo da Constituição de 1824. De outro lado, os problemas levantados pelo autor aqui estudado, no que se refere ao tema próprio da dissolução da Assembleia Nacional Constituinte, por ordem de D. Pedro I. A mencionada dissolução do Congresso Constituinte qualificou um retrocesso.

Isto é, os temas explorados por Agenor Roure ocorreram como parte de reação a um projeto de recolonização do Brasil que se pretendeu avançar no contexto do funcionamento das Cortes Gerais Extraordinárias Constituintes da Nação Portuguesa, ao longo da Revolução do Porto (1820), resultado de um decreto datado de 29 de setembro de 1821, no qual se determinava o imediato retorno de D. Pedro a Portugal. Argumentava-se que era chegado o tempo do príncipe-regente completar sua educação. Os deputados brasileiros que atenderam à assembleia constituinte em Portugal teriam sido hostilizados pelos portugueses, ainda que haja opinião no sentido de que não teria ocorrido uma tão extensiva polarização entre portugueses e brasileiros.

D. Pedro reagiu publicamente em 7 de janeiro de 1822, declarando que era vontade geral da Nação que ele ficasse e que, portanto, aqui ficaria (dia do Fico). Em maio de 1822, baixou decreto (denominado decreto do *cumpra-se*) por intermédio do qual determinava que as leis portuguesas somente teriam vigência e eficácia no Brasil após o seu consentimento, mediante autorização formal. Em seguida, demitiu o Gabinete organizado por D. João, mantendo, no entanto, Manoel Antonio de Farinha à frente da pasta dos negócios marítimos, por conta da absoluta confiança que D. Pedro tinha a respeito desse político português. D. Pedro nomeou José Bonifácio de Andrada e Silva para o Ministério do Reino e Estrangeiros. Bonifácio era o único brasileiro no gabinete. Caetano Pinto Miranda Montenegro chefou o Ministério da Fazenda e Oliveira Álvares, o Minis-

tério dos Negócios Militares. Já se desenhava, de alguma forma, um conflito entre as pretensões absolutistas de D. Pedro e as ideias liberais de José Bonifácio. Essa tensão foi captada por Agenor de Roure.

D. Pedro convocou Assembleia Constituinte, em 3 de junho de 1822, que só foi instalada, no entanto, em 3 de maio de 1823. Em agosto de 1822, ele viajou para São Paulo, com o objetivo de controlar insurreição local. Ao sair de São Paulo, recebera cartas de sua esposa, Dona Leopoldina, e de José Bonifácio. A declaração formal de independência foi então proferida, sintetizada no mote *independência ou morte*. Três meses após a proclamação da independência uma ordem imperial determinava que as Juntas de Fazenda das Províncias não cumprissem ordem alguma de Portugal. Invocava-se uma *santa e justa causa*, dispondo-se sobre a real separação dos dois reinos.⁴ Essa separação era sacramentada num conjunto de ritos e procedimentos, todos herdados de Portugal, indicativos de um processo de absoluta continuidade. É disso prova a cerimônia de coroação do primeiro imperador brasileiro.

Uma suposta experiência progressista que poderia plasmar o texto constitucional que se concebia no início da década de 1820 fora sufocada pela reação do Imperador em face dos elementos progressistas que marcavam as discussões da Assembleia então dissolvida. É justamente esse o momento captado pelas impressões de Agenor de Roure aqui estudadas.

Do ponto de vista metodológico a pesquisa fundamentalmente se ocupa do texto de Agenor de Roure, suscitando leitura contemporânea das preocupações e soluções alavancadas por esse juspublicista. Metodologicamente, a pesquisa visita autor antigo, buscando, a partir de informações e percepções mais próximas a um determinado tempo histórico estudado, possibilidades de interpretação de problema recorrente na historiografia do direito constitucional brasileiro, relativa à dissolução da Assembleia Nacional Constituinte por D. Pedro I.

A CRÔNICA CONSTITUCIONAL DE AGENOR DE ROURE

A proposta historiográfica de Agenor de Roure radica em cinco pontos, que bem refletiam o ambiente e a prática da história na primeira metade do século

⁴ Ordem n. 153, Ministério da Fazenda, de 7 de dezembro de 1822. Martim Francisco Ribeiro de Andrada, do Conselho de S. M. o Imperador Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Fazenda e Presidente do Tesouro Público, faço saber a Junta da Fazenda Pública da Província de... que, sendo presente a S. M., o Imperador que pela Secretaria de Estado dos Negócios da Fazenda de Lisboa, indevidamente se tem expedido ordens as Juntas de Governo e da Fazenda Pública das Províncias deste Império do Brasil, contra a santa e justa causa em que nos achamos; há o mesmo A. S. por bem ordenar que a Junta não cumpra ordem alguma que daquela Corte de Lisboa se lhes envie, a vista da separação dos dois Reinos. O que a Junta assim cumprirá sem dúvida alguma Candido Caldeira de Souza a fez no Rio de Janeiro, em 7 de dezembro de 1822. Marcelino Antonio de Souza a fez escrever. Martin Francisco Ribeiro de Andrada.

XX, centrado no culto ao pretérito e na construção de exemplos cívicos: o cultivo à poesia do passado, a garantia da unidade da Nação, a necessidade de se trabalhar com a verdade dos fatos, a possibilidade de se aumentar a energia nacional e de se possibilitar ao povo o orgulho dos antepassados.⁵

Tem-se, assim, uma proposta histórica marcada pela grandiloquência de uma imaginária idade do ouro⁶ e por uma concepção narrativa como enredo da liberdade.⁷ A história teria, assim, uma finalidade prática, ainda que na origem fosse substancialmente especulativa;⁸ a história era concebida como manancial de exemplos e como um guia para a ação política. Roure pretendeu apresentar um painel de heróis, no qual despontam D. Pedro e José Bonifácio de Andrada e Silva.

Agenor de Roure defendeu D. Pedro, que reputava como importantíssimo personagem no contexto de nossa formação constitucional, a quem faltava a ambição do mando absoluto, bem como um projeto objetivo e negativo de dissolução da Constituinte; defendia também os irmãos Andrada, que na oposição feita a D. Pedro teriam agido com sabedoria e prudência, pelo que não poderiam ser também responsabilizados pelos episódios que resultaram na dissolução da Assembleia, por ordem de D. Pedro. A Constituição outorgada por D. Pedro, segundo Roure, durou 65 anos, o que comprovaria seu espírito e ordem liberais; o texto foi alterado apenas uma vez (por ocasião do Ato Adicional de 1834), quando se pensou em “melhorar a situação das províncias”.⁹

A historiografia convencional opõe D. Pedro a José Bonifácio.¹⁰ Assim, é na tentativa de aproximação entre as duas figuras do início de nossa história constituinte, que pode se caracterizar a singularidade da obra de Agenor de Roure.

A crônica de Roure cobre a história constitucional brasileira desde o juramento de D. João VI, que se comprometeu, ainda no Brasil, a cumprir a Constituição que se fazia em Portugal. Roure contou o episódio da aceitação de uma Constituição Espanhola, que entre nós teve vigência por precisamente um dia. Roure narrou que, após D. João VI ter jurado a Constituição Portuguesa, houve

⁵ ROURE, Agenor. *Formação constitucional do Brasil*, p. 8.

⁶ COLLINGWOOD, R. G. *The Idea of History*. New York: Oxford University Press, 1994, p. 68.

⁷ BURROW, John. *Uma história das histórias, de Heródoto e Tucídides ao século XX*. Trad. Nana Vaz de Castro. Rio de Janeiro: Record, 2013, p. 445.

⁸ LEMON, M. C. *Philosophy of History: A Guide for Students*. London: Routledge, 2005, p. 168.

⁹ ROURE, Agenor. *Formação constitucional do Brasil*, p. 11.

¹⁰ HOMEM DE MELLO, F. I. Marcondes. *A Constituinte perante a história*. Rio de Janeiro: Typographia da Actualidade, 1863, p. 10; LIMA SOBRINHO, Barbosa. A ação da imprensa em torno da Constituinte: o tamoio e a sentinela. In: NOGUEIRA, Octaciano (Org.). *A Constituinte de 1823: obra comemorativa do sesquicentenário da instituição parlamentar*. Brasília: Senado Federal, 1973, p. 63; DEIRÓ, Eunápio. *Fragments de uma história da Assembleia Nacional Constituinte do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2006, p. 243.

uma reunião tumultuada no Rio de Janeiro, como resultado de um decreto joanino que ordenou a nomeação de deputados brasileiros para irem até Lisboa, “servindo para esse fim as instruções estabelecidas na Constituição Espanhola sobre o modo de formar as Cortes”.¹¹

Segundo o cronista historiador, muitas pessoas se deslocaram para a Praça do Comércio, exigindo que fosse o Brasil regido interina e transitoriamente pela Constituição da Espanha, até que se concluísse a Constituição que se debateria em Portugal, que inclusive contaria com representantes brasileiros, cuja escolha então se fazia, por força do mencionado decreto de D. João VI. Os insurretos teriam lavrado termo da decisão, encaminhando o pedido ao Rei o qual, por decreto de 21 de abril de 1821, adotou a Constituição Espanhola como vigente no Brasil, exatamente como requerido “até que se achasse inteira e definitivamente estabelecida a Portuguesa”.¹² Havia deputados brasileiros nas Cortes Gerais de Portugal, em 1821.¹³

De acordo com Roure, os rebeldes se tranquilizaram com a decisão do Rei, que adotou a Carta da Espanha. Porém, ao longo da noite uma tropa foi deslocada até o local no qual se concentrava o grupo rebelde, atirando contra eles. Membros dessa tropa de ataque foram recebidos por D. João, que atendeu a nova súplica então levada, revogando o ato da véspera. O rei afirmou que havia apreciado e deferido um pedido de “homens mal-intencionados e que queriam a anarquia”. A Constituição Espanhola teria assim durado exatamente o prazo de um dia, como resultado das hesitações de D. João VI, que também organizava seu retorno para Portugal, escolhendo um ministério que assessoraria D. Pedro, que aqui ficaria na qualidade de Príncipe Regente. Esse ministério era composto pelo Conde dos Arcos (Pasta do Reino e Exterior), além de Diogo de Menezes (Fazenda), Carlos Frederico de Caula (Guerra) e Manoel Antonio Farinha (Marinha). O episódio nos revela as perplexidades de um rei indeciso: vivas para o povo unânime num dia, abaixo os desordeiros no outro dia.¹⁴

A proclamação da independência e a fundação do Império revogaram a Constituição Portuguesa jurada por D. João VI.¹⁵ Esse corte entre Metrópole e Colônia foi também substancializado por atitude do Príncipe Regente que nomeou embaixadores do Brasil na Inglaterra, na França e nos Estados Unidos, respectivamente, Felisberto Caldeira Brant Pontes, Manoel Rodrigues Gameiro Pessoa e Luiz Martinho Alvares da Silva.¹⁶

¹¹ ROURE, Agenor. *Formação constitucional do Brasil*, p. 20.

¹² ROURE, Agenor. *Formação constitucional do Brasil*, p. 21.

¹³ CARVALHO, M. E. Gomes de. *Os deputados brasileiros nas cortes gerais de 1821*. Brasília: Senado Federal, 2003.

¹⁴ ROURE, Agenor. *Formação constitucional do Brasil*, p. 22.

¹⁵ ROURE, Agenor. *Formação constitucional do Brasil*, p. 53.

¹⁶ ROURE, Agenor. *Formação constitucional do Brasil*, p. 46.

A narrativa de Roure também explora a regência de D. Pedro, o episódio do “Fico”, a criação do Conselho de Procuradores (origens do futuro Conselho de Estado), a convocação da Constituinte, a instalação do Conselho de Procuradores, a demissão de José Bonifácio de Andrada e Silva, os trabalhos preparatórios da Assembleia, a discussão em torno da necessidade (ou não) da sanção do Príncipe Regente com as leis constituintes, bem como temas constitucionais específicos, no projeto Constituinte e na Constituição outorgada, sobre poderes políticos, divisão do território nacional, cidadania, liberdades individuais, liberdade religiosa, tribunal do júri, liberdade de imprensa, liberdade de religião, o juramento da Carta, bem como o Ato Adicional como um tema de revisão constitucional.

O livro de Agenor de Roure nos coloca uma pergunta que persiste sem resposta definitiva: por que a Constituinte de 1823 foi dissolvida?

A ESTRATÉGIA ARGUMENTATIVA DO CRONISTA HISTORIADOR

O confronto entre o Projeto de 1823 e o texto outorgado em 1824, segundo Roure, sugeria uma identidade na disposição de capítulos, no preâmbulo, no processo legislativo, no modelo político de voto censitário, na organização do Tribunal do Júri.¹⁷ Havia diferenças, porém, em matéria fiscal: o texto da Constituinte dispunha que os contribuintes deveriam recolher apenas os impostos confirmados anualmente pela lei orçamentária, o texto outorgado fixava que os impostos vigentes seriam cobrados até o momento em que fossem substituídos por outros.¹⁸

De fato, no texto da Assembleia (art. 215) dispunha-se que todas as contribuições deveriam ser cada ano estabelecidas ou confirmadas pelo Poder Legislativo. No texto outorgado por D. Pedro (art. 171) fixava-se que as contribuições diretas anualmente estabelecidas por uma assembleia geral continuariam a ser cobradas até que se publicasse sua derrogação ou que fossem por outras substituídas.

Agenor de Roure afirmou que o texto de 1824, em relação ao texto da Assembleia, era melhor redigido, mais conciso, metódico, isto é, “melhorado quanto à forma e mesmo quanto ao fundo, aqui e ali, o projeto do Conselho de Estado [que foi o outorgado pelo Imperador] ou a Carta de 25 de março, não é mais do que o projeto de Antonio Carlos, com as mesmas palavras na grande maioria de seus artigos”.¹⁹

O argumento, substancialmente, é que D. Pedro manteve o projeto da Assembleia (travestido no texto de Antonio Carlos) e que, por isso, não se pode

¹⁷ ROURE, Agenor. *Formação constitucional do Brasil*, p. 209.

¹⁸ ROURE, Agenor. *Formação constitucional do Brasil*, p. 218.

¹⁹ ROURE, Agenor. *Formação constitucional do Brasil*, p. 219.

apontar um antagonismo profundo entre o Imperador e a referida Assembleia. Para Agenor de Roure, a Constituição de 1824 era calcada no projeto de um dos Andrada, justamente o documento que a Assembleia então discutia e votava.²⁰ Assim, não havia confronto substancial entre o Imperador e a facção paulista dos Andrada, que sobre a Assembleia exercia enorme ascendência.

Foi José Bonifácio quem baixou as instruções para a eleição de uma Assembleia Constituinte do Brasil, e não luso-brasileira, como advertiu Roure. Seriam escolhidos 100 deputados, nascidos no Brasil ou, se portugueses, deveriam contar com 12 anos de residência no Brasil ou, se nascidos em outro lugar, deveriam comprovar 12 anos de estabelecimento no Brasil, com família constituída. Exigia-se também “verdadeiro patriotismo” e “decidido zelo pela causa do Brasil”.²¹

D. Pedro e o partido brasileiro teriam explorado as ambiguidades de D. João VI o qual, rei em Portugal, não poderia liderar os brasileiros contra os interesses portugueses, que deveria tutelar, ainda que residente transitariamente no Brasil.²² Com o retorno da Família Real e intensificados os impasses nas Cortes em Portugal, a Assembleia brasileira era um fato. Na fala de abertura, D. Pedro professou uma declaração longa admoestando que defenderia a Constituição com uma espada, se digna dele o texto fosse; queria os três poderes bem divididos, insistia na construção de barreiras inacessíveis ao despotismo; D. Pedro abominou uma Constituição teórica e metafísica.²³

Enquanto Antonio Carlos vencida todas as questões regimentais elegiam-se os membros a quem incumbiria a elaboração de um projeto definitivo: o próprio Antonio Carlos Ribeiro de Andrada (40 votos), Antonio Luiz Pereira da Cunha (30 votos), Pedro de Araújo Lima (20 votos), José Ricardo da Costa Aguiar (19 votos), Manoel Ferreira da Câmara (18 votos), Francisco Moniz Tavares (16 votos) e José Bonifácio de Andrada e Silva (16 votos).²⁴

Para Roure, as primeiras discussões denunciavam que os constituintes de 1823 preocupavam-se com uma formação constitucional inspirada nas leis e nos costumes da Inglaterra, circunstância que desafia a ideia difundida de que as ideias e as instituições do Império, tal como postas em 1824, seriam de origem francesa.²⁵ Segundo Roure, “o próprio fato de Antonio Carlos e José Bonifácio falarem em doutrinas constitucionais e na inconstitucionalidade de certos atos, quando nem sequer estava elaborado o projeto de Constituição, traduz bem a

²⁰ ROURE, Agenor. *Formação constitucional do Brasil*, p. 197.

²¹ ROURE, Agenor. *Formação constitucional do Brasil*, p. 45.

²² ROURE, Agenor. *Formação constitucional do Brasil*, p. 22.

²³ ROURE, Agenor. *Formação constitucional do Brasil*, p. 58.

²⁴ ROURE, Agenor. *Formação constitucional do Brasil*, p. 61.

²⁵ ALECRIM, Otacílio. *Ideias e instituições do império: influências francesas*. Brasília: Senado Federal, 2011.

influência inglesa no espírito dos principais constituintes, pois na Inglaterra não existe Constituição escrita”.²⁶

Agenor de Roure criticou os constituintes de 1823 no sentido de que estes não se preocuparam imediatamente com um projeto a ser apresentado à Nação; discutiam frequentemente leis ordinárias que continham matérias constitucionais, a exemplo da urgência da organização provisória das províncias, da competência para concessão de anistia, do funcionamento das sociedades secretas e da pena de morte.²⁷ Localiza-se aqui um primeiro ponto de conflito entre D. Pedro e os deputados.

O autor aqui estudado realçou a irritação de D. Pedro com o inusitado de algumas discussões que ocorreram na Assembleia. Ainda que alguns deputados insistissem em uma Constituição desprovida de ideias metafísicas e isenta de discussões inúteis,²⁸ há registros relatados por Agenor de Roure de contendas carentes de sentido. Por exemplo, houve interminável discussão gramatical, relativa à opção entre as locuções: Projeto *da* Constituição ou Projeto *de* Constituição. Assim, prossegue Roure “(...) entrou-se a perder tempo, logo no primeiro dia, com uma questão gramatical inteiramente inútil, porque, votada a Constituição seria simplesmente Constituição, e não mais projeto *da* ou *de* Constituição”.²⁹

Roure relatou também alteração havida em torno da redação do preâmbulo proposto na Assembleia. Cogitou-se inicialmente da seguinte redação: “A Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, depois de ter religiosamente implorado os auxílios da Sabedoria Divina, conformando-se aos princípios da Justiça e da utilidade geral, decreta a seguinte Constituição (...)”. Com base nos *Anais*, Roure conta-nos que um deputado invocava a desnecessidade do advérbio “*religiosamente*”, porque se tratava da Sabedoria Divina; exigia também uma conjunção entre Sabedoria e Justiça, porque identificavam ideias distintas. Um outro deputado pretendia substituir “Sabedoria Divina” por “Trindade Santíssima, Padre, Filho e Espírito Santo”. Lembrou-se que na França utilizou-se a expressão “Ente Supremo” e que os espanhóis teriam escrito no preâmbulo de sua Constituição que esta fora redigida “debaixo dos auspícios do Ente Supremo”. Houve quem argumentasse que “Santíssima Trindade” era referência a um dos mistérios, por isso, todos os demais mistérios deveriam ser elencados. Houve quem afirmasse que “Sabedoria Divina” e “Espírito Santo” eram a mesma coisa; por fim, alguém defendeu o debate, que reputou como “muito natural”, pois de Medicina e de Teologia todo mundo entendia.

²⁶ ROURE, Agenor. *Formação constitucional do Brasil*, p. 63.

²⁷ ROURE, Agenor. *Formação constitucional do Brasil*, p. 67.

²⁸ ROURE, Agenor. *Formação constitucional do Brasil*, p. 93.

²⁹ ROURE, Agenor. *Formação constitucional do Brasil*, p. 94.

Agenor de Roure motejou com a situação, identificando horas de debates inteiramente inúteis, nos quais tentava-se firmar uma fé religiosa. Por isso, justificando a ira de D. Pedro, Roure ponderou que um dia todo de discussão fora perdido em torno de duas questões gramaticais e de um litígio religioso.³⁰ Havia consenso, por exemplo, no tema do tribunal do júri. O Padre José Martiniano de Alencar (pai do famoso escritor José de Alencar) defendia o júri com erudição e calor, devendo-se aplicar o instituto nas causas cíveis e criminais; o parlamentar cearense qualificava o júri como “santíssima instituição”.³¹

Porém, para Roure, o núcleo central do dissenso entre D. Pedro e os deputados estava em três pontos: discutia-se quem poderia suspender as garantias constitucionais, se haveria exclusividade de iniciativa do processo legislativo por parte do Imperador e, principalmente, se D. Pedro poderia sancionar e vetar as leis então elaboradas pela Assembleia.³² A Assembleia baixou um decreto que não permitia que D. Pedro sancionasse ou vetasse as leis então elaboradas. Roure insistiu que essa medida irritou o Imperador, ainda que não se tivesse comprovação documental da assertiva: “A hostilidade do Imperador ao decreto que lhe não reconhecia o direito de sancionar ou vetar as leis não existe em documento escrito”.³³

Roure comparava D. Pedro a Floriano Peixoto em 1893, no sentido em que ambos confiavam nas Assembleias, ainda que “sempre desconfiando”.³⁴ As desinteligências entre D. Pedro e a Assembleia insinuavam um conflito entre poder absoluto e governo monárquico constitucional, situação de algum modo reconhecida por Roure em suposto contexto de lutas entre correntes aristocráticas e democráticas.³⁵

Agenor de Roure aludiu que esses conflitos foram potencializados pela imprensa, especialmente pelo jornal “O Tamoio”, e que com vistas a acalmarem as acusações e insinuações de jornalistas é que se publicou uma proclamação de princípios constitucionais que pautariam a ação da Assembleia, com o objetivo de se evitar intrigas. Essa pauta mínima incluía o prestígio da religião católica apostólica romana, a aceitação da sucessão imperial na legítima dinastia de D. Pedro, a fixação das competências do Executivo, a inviolabilidade da pessoa do soberano, a responsabilidade efetiva dos ministros, a responsabilização do Judiciário por prevaricação e abusos de jurisdição, a indicação da aquisição e perda de direitos de cidadania, a relação dos esforços principais para arrecadação e administração das rendas do Estado, a fundação de universidades para o culto

³⁰ ROURE, Agenor. *Formação constitucional do Brasil*, p. 95.

³¹ ROURE, Agenor. *Formação constitucional do Brasil*, p. 135.

³² ROURE, Agenor. *Formação constitucional do Brasil*, p. 85.

³³ ROURE, Agenor. *Formação constitucional do Brasil*, p. 88.

³⁴ ROURE, Agenor. *Formação constitucional do Brasil*, p. 73.

³⁵ ROURE, Agenor. *Formação constitucional do Brasil*, p. 77.

das ciências, a difusão do ensino para o adiantamento das artes, o favorecimento da indústria e o engrandecimento do comércio.³⁶

Havia uma batalha de jornalistas na imprensa da época, certa profusão de panfletos que reproduziam insultos e que opunham os defensores e os detratores de D. Pedro. Hipólito da Costa (o primeiro jornalista brasileiro), José da Silva Lisboa (o Visconde do Cairu, censor da Imprensa Régia, que também era panfletário), Joaquim Gonçalves Ledo, o Cônego Januário da Cunha Barbosa, José Joaquim da Rocha, entre outros, foram periodistas que suscitaram as desconfianças e também o apoio da Assembleia,³⁷ justificando-se a publicação da pauta mínima, como noticiado por Roure.

O papel da imprensa ao longo da Assembleia Nacional Constituinte de 1823 qualifica o início de um jornalismo verdadeiramente brasileiro, em um contexto de liberdade de imprensa, fomentado pelo fato de que “ao tempo da abertura dos trabalhos da Constituinte, existiam no Rio de Janeiro diversas tipografias em pleno funcionamento”.³⁸

A liberdade de imprensa foi tema exaustivamente debatido ao longo das reuniões da Assembleia; a utilização de pseudônimos suscitará intensas discussões ao longo do século XIX, a exemplo das contendas entre José de Alencar e Araújo Porto-Alegre,³⁹ ocorridas no Segundo Reinado, e que envolveram D. Pedro II.

De igual modo, outro ponto de atrito refere-se às discussões sobre a liberdade religiosa na Assembleia: dos 15 padres que eram deputados constituintes, segundo Roure, apenas um deles combatia a referida liberdade. Definiu-se que os bispos teriam direito à censura sobre os escritos e assuntos de dogma e de moral, isto é, se o autor fosse católico os bispos poderiam puni-lo. Alguns deputados queriam estender a liberdade religiosa para todas as comunhões cristãs, o que alcançava aos protestantes; outros, não aceitavam a proposta, invocando que a inimizade histórica entre catolicismo e protestantismo prejudicaria qualquer medida de índole constitucional.⁴⁰

O tema da liberdade religiosa, segundo Roure, chamava a atenção para uma regra constitucional já definida, que precisaria ser enfrentada: não havia como se limitar a liberdade de religião, quando já se havia pacificado que o estrangeiro poderia ser cidadão brasileiro, qualquer que fosse a sua religião.⁴¹

³⁶ ROURE, Agenor. *Formação constitucional do Brasil*, p. 82.

³⁷ LUSTOSA, Isabel. *Insultos impressos: a guerra dos jornalistas na independência – 1821-1823*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

³⁸ LIMA SOBRINHO, Barbosa. A ação da imprensa em torno da Constituinte: o tamoio e a sentinela, p. 19.

³⁹ BUENO, Alexei; ERMAKOFF, George. (Org.). *Duelos no serpentário: uma antologia da polêmica intelectual no Brasil – 1850-1950*. Rio de Janeiro: G. Ermakoff Casa Editorial, 2005.

⁴⁰ ROURE, Agenor. *Formação constitucional do Brasil*, p. 140.

⁴¹ ROURE, Agenor. *Formação constitucional do Brasil*, p. 125.

O problema da definição do território nacional também provocou intensa discórdia; discutia-se se províncias continuariam como tais, ou se transformariam em comarcas, o que rigorosamente nos remete para o problema do federalismo.⁴² Também não se alcançava um acordo sobre a definição de cidadania. A indicação simplificada de que “cidadão era um membro da sociedade do Império do Brasil” suscitava diferenças sutis entre “cidadãos brasileiros” e simplesmente “brasileiros”; afinal, segundo Roure, invocou um deputado que “filhos de negros, crioulos cativos, eram nascidos no Brasil, mas não eram cidadãos brasileiros”.⁴³

Roure nos sugere que se trabalhou na Assembleia Constituinte com uma maliciosa distinção, no sentido de que para ser brasileiro bastava o nascimento no Brasil, enquanto para se ter a cidadania brasileira havia a necessidade do gozo de direitos cívicos. Criava-se, assim, uma dupla concepção de cidadania, o que matizava brasileiro de primeira e de segunda classes, à época provocando-se uma cisão entre direitos ativos e passivos de cidadania.

As tropas teriam acusado os Andradas de insultarem a D. Pedro; tal circunstância, segundo Roure, incitou o Imperador que ordenou a prisão dos Andradas e de outros deputados. A Assembleia fracassou em sua missão Constituinte: não conseguiram votar o projeto elaborado; no entanto, triunfou em sua missão legislativa, elaborando e publicando leis independentemente da sanção de D. Pedro.⁴⁴

Agenor de Roure não esclareceu com exatidão as razões que julgava como explicativas do fechamento da Assembleia, por parte de D. Pedro. Invocava um imaginário “fantasma do medo”, explicando: “O único motivo verdadeiro do ato de dissolução é o que não consta de documento algum, mas que as contradições dos documentos e a inépcia dos fundamentos deixam bem claro: o medo!”⁴⁵

O autor aqui estudado não nos elucida em pormenor no que consiste o “medo” com o qual justificava o ato autoritário de D. Pedro. Talvez pesasse em D. Pedro o fracasso de um projeto defendido por seu pai, que cogitava de um império luso-brasileiro, situação visualizada por atores políticos da época.⁴⁶

Em favor do Imperador, o que talvez substancializaria a tese de Roure, o respeito do monarca para com um dos Andradas, na percepção de autor canônico na historiografia brasileira sobre o primeiro reinado:

Pelo que respeita a José Bonifácio, o Imperador sempre fez justiça a seus méritos e serviços. E, embora forçado pelos acontecimentos, lhe desse

⁴² ROURE, Agenor. *Formação constitucional do Brasil*, p. 114.

⁴³ ROURE, Agenor. *Formação constitucional do Brasil*, p. 115.

⁴⁴ ROURE, Agenor. *Formação constitucional do Brasil*, p. 185.

⁴⁵ ROURE, Agenor. *Formação constitucional do Brasil*, p. 172.

⁴⁶ FERREIRA, Silvestre Pinheiro. *As dificuldades de um império luso-brasileiro*. Brasília: Senado Federal, 2012.

por alguns anos o ostracismo na Europa civilizada, recompensou-o depois amplamente com o honrosíssimo decreto, em que, com preferência a todos os brasileiros, lhe confiou em 1831, a tutoria de seu filho Pedro II, então com seis anos de idade e penhor das instituições monárquicas e da integridade do Estado do Brasil.⁴⁷

Pode-se cogitar também de uma aventada soberba dos deputados constituintes, como fator condicionante da reação do Imperador;⁴⁸ não se deve desvalorizar “a disposição menos reverente ou mais arrojada de alguns deputados”.⁴⁹ Não se pode desprezar também a sobranceira de D. Pedro, que exigia da Assembleia uma Constituição “sábia, justa, adequada e executável”;⁵⁰ essa adjetivação, naturalmente, ficava sob seu crivo próprio.

CONCLUSÕES

A retomada do livro esquecido de Agenor de Roure sugere que persiste, ainda, no contexto do estudo das ideias constitucionais brasileiras, o enigma interpretativo do que significaria esse suposto “medo” invocado pelo autor, de algum modo justificando o autoritarismo de D. Pedro. Muito menos do que alarme, receio ou qualquer forma de temor, a atitude do Imperador, fechando a Assembleia e impondo nossa primeira Constituição com base em um projeto do Conselho de Estado, pode ser fato que qualifica um modo arrogante de se fazer política, ainda que justificado por uma lógica de resultados, confirmada pela duração do texto outorgado, o que necessariamente talvez não ratifique suas eventuais qualidades intrínsecas.

Persiste em nossa historiografia constitucional uma lacuna, no sentido de que expliquemos, satisfatoriamente, os porquês da dissolução de uma Assembleia Constituinte e a superveniente outorga de um texto constitucional afeiçoado ao modelo preparado pela Assembleia fechada por um ato autoritário, que é, no entanto, o passo fundador de nosso constitucionalismo.

REFERÊNCIAS

ALECRIM, Otacílio. *Ideias e instituições do Império: influências francesas*. Brasília: Senado Federal, 2011.

BUENO, Alexei; ERMAKOFF, George (Org.). *Duelos no serpentário: uma antologia da polêmica intelectual no Brasil – 1850-1950*. Rio de Janeiro: G. Ermakoff Casa Editorial, 2005.

⁴⁷ VARNHAGEN, Francisco Adolfo de. *História da Independência do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010, p. 284.

⁴⁸ CASTRO, Chico. *A noite das garrafadas*. Brasília: Senado Federal, 2013.

⁴⁹ SOUSA, Otávio Tarquínio. *História dos fundadores do Império do Brasil: a vida de D. Pedro I*. Brasília: Senado Federal, 2015, v. II.

⁵⁰ SANTOS, Eugênio dos. *D. Pedro: Imperador do Brasil e Rei de Portugal*. São Paulo: Alameda, 2015.

- BURROW, John. *Uma história das histórias, de Heródoto e Tucídides ao século XX*. Trad. Nana Vaz de Castro. Rio de Janeiro: Record, 2013.
- CARVALHO, M. E. Gomes de. *Os deputados brasileiros nas cortes gerais de 1821*. Brasília: Senado Federal, 2003.
- CASTRO, Chico. *A noite das garrafadas*. Brasília: Senado Federal, 2013.
- COLLINGWOOD, R. G. *The idea of history*. New York: Oxford University Press, 1994.
- DEIRÓ, Eunápio. *Fragmentos de uma história da Assembleia Nacional Constituinte do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2006.
- FERREIRA, Silvestre Pinheiro. *As dificuldades de um império luso-brasileiro*. Brasília: Senado Federal, 2012.
- HOMEM DE MELLO, F. I. Marcondes. *A Constituinte perante a história*. Rio de Janeiro: Typographia da Actualidade, 1863.
- LEMON, M. C. *Philosophy of History: A Guide for Students*. London: Routledge, 2005.
- LIMA SOBRINHO, Barbosa. A ação da imprensa em torno da Constituinte: o tamoio e a sentinela. In: NOGUEIRA, Octaciano (Org.). *A Constituinte de 1823: obra comemorativa do sesquicentenário da instituição parlamentar*. Brasília: Senado Federal, 1973.
- LUSTOSA, Isabel. *Insultos impressos: a guerra dos jornalistas na independência – 1821-1823*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- ROURE, Agenor. *A Constituinte Republicana*. Brasília: Senado Federal, 1979.
- ROURE, Agenor. *Formação constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Typographia do Jornal do Commercio, de Rodrigues & C., 1914.
- SANTOS, Eugênio dos. *D. Pedro: imperador do Brasil e Rei de Portugal*. São Paulo: Alameda, 2015.
- SOUSA, Otávio Tarquínio. *História dos fundadores do Império do Brasil: a vida de D. Pedro I*. Brasília: Senado Federal, 2015, v. II.
- VARNHAGEN, Francisco Adolfo de. *História da Independência do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010.

Data de recebimento: 30/08/2016

Data de aprovação: 20/09/2017

ATIVISMO JUDICIAL E IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE EDUCAÇÃO

JUDICIAL ACTIVISM AND IMPLEMENTATION OF EDUCATION PUBLIC POLICIES

*Karen Karolyne Silva Rocha**
*Mônica Teresa Costa Sousa***

RESUMO

O artigo aborda a prática do ativismo judicial pelo Supremo Tribunal Federal, de modo a implementar políticas públicas em substituição à Administração Pública. Apresenta-se a judicialização da política e a jurisdição constitucional como fatores relacionados ao aumento do protagonismo do Poder Judiciário e incremento de seu poder político. Em seguida, busca-se compreender o surgimento e o conceito do ativismo judicial, bem como os fatores de impulsão do fenômeno no Brasil. Enfim, são analisados acórdãos do STF sobre a intervenção do Poder Judiciário para implementar políticas públicas de educação e qual o posicionamento da Corte a respeito do princípio da separação de poderes e da cláusula da reserva do possível. A abordagem da pesquisa é qualitativa, utilizando-se como estratégia a análise de conteúdo dos acórdãos e como procedimentos metodológicos a pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Ativismo judicial; Poder judiciário; Supremo Tribunal Federal; Políticas públicas; Educação.

ABSTRACT

The article discusses the practice of judicial activism by the Federal Supreme Court to implement public policies to replace the Public Administration. It shows the legalization of politics and constitutional jurisdiction as factors related to the increase of the judiciary role and increase its

* Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus. Mestranda do programa de pós-graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão (PPGDIR-UFMA). Advogada. karenksrocha@yahoo.com.br.

** Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Bolsista de produtividade em pesquisa da Fundação de Amparo à Pesquisa e ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Maranhão (Fapema). Professora do mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão (PPGDIR-UFMA) e mestrado interdisciplinar em Cultura e Sociedade (PGCult). mtcostasousa@uol.com.br.

political power. Then we seek to understand the emergence and the concept of judicial activism, as well as the phenomenon of push factors in Brazil. Finally, it is analyzed decisions of the STF about the intervention of the judiciary to implement public education policies and what is the position of the Court regarding the principle of separation of powers and the clause of possible reserve. The research approach is qualitative, using a strategy of content analysis of judgments and methodological procedures as bibliographic and documentary research.

Keywords: Judicial activism; Judiciary power; Federal Supreme Court; Public policies; Education.

INTRODUÇÃO

No atual momento histórico, o Poder Judiciário apresenta-se dotado de um intenso poder político, voltado para a proteção do núcleo constitucional e dos direitos fundamentais, principalmente pela atividade interpretativa dos tribunais constitucionais.

Entre os fenômenos que destacam o Poder Judiciário brasileiro após a Constituição de 1988 está o ativismo judicial, especialmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Não há uma conceituação unânime para ativismo judicial, contudo, dúvidas não restam de que decorre do incremento político do papel desempenhado pelo Poder Judiciário.

O presente artigo tem a finalidade de analisar o ativismo judicial sob o prisma da implementação de políticas públicas de educação pela Suprema Corte brasileira em substituição ao Poder Executivo.

Compreende-se que para atingir o objetivo proposto se faz necessário conceituar o ativismo judicial, ao menos na perspectiva que aqui ele será abordado, bem como refletir sobre o seu desenvolvimento no Brasil.

Procura-se destacar, em um primeiro momento, a judicialização da política e a contribuição da jurisdição constitucional para o aumento do protagonismo do Poder Judiciário. Os reflexos da globalização sobre o direito e a constitucionalização deste, assim como o descrédito na atuação do Legislativo e do Executivo que atribuem um novel papel político aos juizes, o que não autoriza a livre interpretação de regras e princípios e muito menos a intervenção indevida nas funções típicas dos outros poderes.

Em um segundo momento, o artigo tem o escopo de compreender o ativismo judicial: conceito, características, surgimento e como esse fenômeno vem se evidenciando no Brasil, ou seja, quais os principais fatores de impulsão do ativismo no Judiciário brasileiro.

Por fim, visa-se analisar acórdãos do Supremo Tribunal Federal que versem sobre o direito à educação, a fim de demonstrar que o Supremo tem atuado de

forma ativista ao condicionar atribuições típicas da Administração Pública. A análise terá como enfoque a interpretação dada pelos ministros do princípio da separação de poderes e da cláusula da reserva do possível.

A criação judiciária do direito, a discricionariedade e o controle jurisdicional de políticas públicas, assim como a necessidade de concretização dos direitos fundamentais permitiram novos desdobramentos à jurisdição, entre eles o ativismo judicial. Este fenômeno trouxe questionamentos e preocupações, principalmente quanto à preservação da segurança jurídica, o estabelecimento de limites objetivos ao processo hermenêutico e ao controle às intervenções do Judiciário nos demais poderes.

O ativismo judicial é um tema que ainda desperta controvérsias quanto às suas consequências, necessidade e compatibilidade democrática-constitucional, estas justificadas pela dificuldade de sua própria definição.

Portanto, relevante a sua compreensão por dizer respeito à atuação do poder de maior destaque na atualidade, a partir do aprofundamento dos estudos sobre o tema, com o escopo de não apenas investigar suas raízes e apresentar um conceito, mas de refletir acerca da atuação do Judiciário frente aos demais poderes na realidade brasileira.

Quanto à metodologia, utiliza-se como estratégia de pesquisa a análise de conteúdo dos acórdãos do STF, fazendo-se o recorte do texto e categorização a partir dos objetivos estabelecidos para interpretação e inferência dos dados. Ela permite a análise do conteúdo explícito das decisões do Supremo para se chegar a dimensões que estão para além (e por trás) do conteúdo manifesto.

Finalmente, como procedimentos metodológicos, a pesquisa é bibliográfica e documental. Quanto a esta última, os acórdãos foram recolhidos no sistema de pesquisa de jurisprudência do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, com delimitação temporal de 2010 a 2015, por considerar ser este um período satisfatório e razoável para a obtenção dos dados necessários aos objetivos que se pretende alcançar com o estudo, afastando posicionamentos ultrapassados, mas que também seja suficiente para a percepção de uma linha de raciocínio da Corte.

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Entre as características do Estado Democrático de Direito está a atuação mais vigorosa do Poder Judiciário, deslocando para ele maior atenção que para os demais poderes, como ocorreu no Estado Liberal de Direito e no Estado Social de Direito que, respectivamente, focaram no Poder Legislativo para limitação da interferência do Estado pela lei na vida privada, e no Poder Executivo para prover aos indivíduos condições mínimas de existência.

No atual estágio do Estado Democrático de Direito, passam a gravitar ao redor do Poder Judiciário relevantes decisões de cunho político, descortinando o fenômeno da judicialização da política e das relações sociais.

Mas, antes de se iniciar o estudo da judicialização da política, são necessários alguns apontamentos sobre outro fenômeno que a precedeu, qual seja: a jurisdição da política.

De acordo com Souza, o nascedouro da jurisdição da política – que implica uma transformação da política em lei, entendida esta como ato organizado e racional, derivada da vontade e da soberania popular e componente de uma instituição representativa do poder político –, remonta ao século XVIII, fase inicial do Estado de Direito e da constitucionalização da atividade política, e que teve como marcos históricos a Revolução Americana e a Revolução Francesa. Aponta o autor que nesse período houve uma eclosão de direitos políticos com a positivação constitucional da vontade política do povo.¹

Os interesses e anseios do povo não podiam mais ser esquecidos nos discursos inflamados dos revolucionários, sendo necessária a contextualização e descrição, expressa e objetiva, das ações políticas que eram desenvolvidas, de modo que a política passou a ser reduzida a termo em leis, consagrando a era da política publicada em texto e ao alcance da população. Essa tentativa dos revolucionários em circunscrever suas ações políticas em legado escrito e objetivo gestou a jurisdição da política, implicando a correspondência entre o direito e a busca do comedimento entre a energia política emergida da revolução e a razão que conduziria à edificação do novo Estado, materializado na Constituição.²

A jurisdição da política representou a transformação de assuntos que antes eram exclusivamente políticos em temas de interesse jurídico como forma de impedir a arbitrariedade estatal e garantir direitos aos cidadãos com respaldo em instrumentos jurídicos sistematizados e, preferencialmente escritos.

A partir da jurisdição da política um novo fenômeno ganhou espaço, a judicialização da política, que não se confunde com aquela.

O fenômeno de transição ocorre da deliberação firmada na vontade popular (jurisdição) a um outro patamar em que o julgamento se sucede sob a coordenação de magistrados, visando em última instância o interesse público. Tal trajetória realiza-se do político ao técnico, do popular ao especialista, visto que consubstancia o aprendizado técnico

¹ SOUZA, Franco Aurélio Brito de. Uma breve abordagem sobre a relação entre estado, direito e política. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 84.

² SOUZA, Franco Aurélio Brito de. Uma breve abordagem sobre a relação entre estado, direito e política. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). *Estado de direito e ativismo judicial*, p. 84-85.

acumulado pelo Poder Judiciário como disponibilidade para punir e reparar os desvios dos atos administrativos e políticos. Em outras palavras, do julgamento eleitoral e moral recorre-se à apreciação formal e especializada. Ora, a política geradora da lei é agora julgada pela própria lei a que deu origem, o que, por sua vez, traduz uma maturidade político-institucional atingida no Estado Democrático de Direito.³

De acordo com Santos, o direito em tempos de globalização preocupa-se em viabilizar o funcionamento dos sistemas econômicos complexos que regem o mundo globalizado, mas também com a efetividade dos direitos fundamentais que compõem o núcleo do Estado Democrático. Assim, os princípios constitucionais são elevados à normatividade e avança a politização das decisões judiciais, para efetivação daqueles direitos.⁴

No Brasil, além das causalidades externas, a judicialização das relações sociais é um fenômeno decorrente do modelo constitucional adotado pelo constituinte, que normatizou analiticamente vários programas de caráter profundamente político como saúde, educação, previdência social, meio ambiente entre outros, bem como em razão do extenso rol de direitos fundamentais.

Assim, temas que antes diziam respeito apenas à política passaram para a seara do Direito, tornando-se exigíveis perante o Poder Judiciário em caso de não cumprimento pelo administrador público ou ausência/insuficiência de regulamentação pelos legisladores, por meio de amplo leque de instrumentos processuais como ações civis públicas, ações populares, mandados de segurança, sem falar das ações de controle concentrado de constitucionalidade com amplo rol de legitimados.

A desconfiança advinda do período de ditadura, aliada à constitucionalização do direito com a imposição de ações positivas ao poder público justificam o protagonismo político dos julgadores e a ascensão da judicialização da política.

Barroso assim define judicialização:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e

³ SOUZA, Franco Aurélio Brito de. Uma breve abordagem sobre a relação entre estado, direito e política. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). *Estado de direito e ativismo judicial*, p. 85-86.

⁴ SANTOS, Douglas Henrique Marin dos. *Judicialização da política: desafios contemporâneos à teoria da decisão judicial*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 26-27.

tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.⁵

A redemocratização do Estado brasileiro de cunho *welfareano* (intervencionista), a consagração de uma Constituição valorativa e que transborda normas programáticas, bem como a desconfiança em relação aos Poderes Executivo e Legislativo são fatores que estreitaram os laços do Judiciário com a política e as relações sociais. Os conflitos políticos e sociais passaram a ser debatidos na seara jurídica, pelos órgãos judiciais principalmente, por meio de argumentos jurídicos e políticos (ou políticos revestidos de jurídicos?).

O fortalecimento da jurisdição constitucional também demonstra o poder político intenso exercido pelo Judiciário. Diz ela respeito à guarda da Constituição⁶ e ao controle de constitucionalidade, surgido nos Estados Unidos na emblemática decisão do *Justice Marshall* da Suprema Corte, no caso *Marbury versus Madison*,⁷ em 1803, cujo teor declarou a inconstitucionalidade de ato do Congresso em face da Constituição Americana, dando origem ao controle difuso de constitucionalidade (*judicial review*).

O Constitucionalismo impôs a observância ao princípio da supremacia da Constituição, sendo dever do Poder Judiciário protegê-la de quaisquer atos que possam alterar ou diminuir seu alcance. Portanto, a jurisdição constitucional é uma consequência natural da adoção de Constituições rígidas e da supremacia formal e substancial que elas detêm perante os demais atos normativos que compõem o ordenamento jurídico de determinado Estado.

Para Canotilho, jurisdição constitucional “consiste em decidir vinculativamente, num processo jurisdicional, o que é o direito, tomando como parâmetro material a constituição ou o bloco de legalidade reforçada, consoante se trate de fiscalização da constitucionalidade ou de fiscalização da legalidade”.⁸

Nesta senda, a jurisdição constitucional nada mais é do que uma decorrência da força normativa da Constituição, a qual deve atender aos anseios sociais,

⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Themis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012, p. 24. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. Acesso em: 23/09/2016.

⁶ Quanto à polêmica sobre quem deve ser o guardião da Constituição, interessante o debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen. KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003; SCMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

⁷ Sobre a decisão da Suprema Corte no caso *Marbury vs. Madison*: BEARD, Charles. *A Suprema Corte e a Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

⁸ CANOTILHO, Gomes J. J. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almeida, 2000, p. 905.

porém, ela não permite aos juizes transpor os limites de sua competência judicante, legitimada democraticamente em virtude do principio da separação de poderes.

Nesse sentido, Barroso assim aduz:

A jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco. Impõe-se, todavia, uma observação final. A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. A Constituição não pode ser ubíqua. (...) Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo o mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juizes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição.⁹

Assim, considera-se que a judicialização da política e o fortalecimento da jurisdição constitucional pelos Tribunais Constitucionais influenciaram sobremaneira o surgimento do ativismo judicial.

ATIVISMO JUDICIAL: UMA APROXIMAÇÃO AO CONCEITO E AO SEU DESENVOLVIMENTO NO BRASIL

A origem do ativismo judicial é atribuída à jurisprudência norte-americana, à atuação proativa da Suprema Corte dos Estados Unidos, cabendo registrar sua natureza conservadora em um primeiro momento, tendo amparado setores reacionários de segregação racial com a invalidação de leis sociais em geral. A partir da década de 1950, a situação se inverteu, e a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, particularmente envolvendo negros.¹⁰

Ao analisar o ativismo praticado pela Suprema Corte americana entre os anos de 1803 a 1969, Oliveira Junior e Ramos apresentam uma classificação em três fases: 1ª) ativismo de fortalecimento do governo federal por meio da contenção do poder legiferante dos Estados-membros durante as Cortes Marshall (1801-1835), Taney (1835-1864) e Chase (1864-1873); 2ª) ativismo de defesa da política econômica liberal, durante o período conhecido como “Governo dos

⁹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, p. 28-29.

¹⁰ COSTA, Andréa Elias da. Estado de direito e ativismo judicial. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). *Estado de direito e ativismo judicial*, p. 53.

Juízes” (1895-1937); e 3ª) ativismo de reafirmação das liberdades civis durante a Corte Warren (1952-1969).¹¹

A expressão *judicial activism* teria nascido em um artigo intitulado *The Supreme Court: 1947*, de autoria de Arthur Schlesing Jr., publicado na revista *Fortune*. No artigo o autor teria descrito as ideologias dos membros da Suprema Corte americana de sua época, dividindo-os em grupos: aqueles que eram ativistas judiciais e os que seguiam uma postura de autocontenção.¹²

Os autores se dividem entre aqueles que veem o ativismo judicial de forma positiva e aqueles que lhe atribuem um viés negativo. No primeiro grupo, pode-se citar o jurista italiano Capelletti, para quem certo grau de criatividade é inerente a toda interpretação, razão pela qual os juízes estariam constrangidos a criar o direito e a ser ativistas.¹³

No segundo grupo importa mencionar o doutrinador norte-americano Dworkin. Para o autor, quando o juiz age de modo ativista ele ignora o texto constitucional, a história de sua promulgação e as decisões anteriores da Suprema Corte, impondo seus próprios pontos de vista sobre o que é justo.¹⁴

No Brasil, um dos autores que criticam o ativismo judicial é Streck, para quem o problema do ativismo é que ele possui uma razão solipsista, pois a democracia e os avanços passam a depender das posições individuais dos juízes.¹⁵

Baum, por sua vez, adota uma concepção neutra de ativismo judicial, referindo-se à disposição da Suprema Corte de realizar mudanças significativas em políticas públicas estabelecidas por outras instituições, seja através da revisão judicial ou pela simples interpretação da Constituição e das leis.¹⁶

Para uma primeira aproximação ao tema, a partir da concepção que será adotada no presente artigo, pode-se conceituar ativismo judicial como uma interpretação ativa da Constituição pelo Judiciário para a concretização de direitos, atividade esta exercida pela ausência dos outros dois poderes, de modo que o Judiciário acaba por ultrapassar competência que é reservada, inicialmente, ao

¹¹ OLIVEIRA JUNIOR, Jorge Ferraz; RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*. ano 51, n. 2014, out./dez. 2014, p. 37. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509926/001032251.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 17/08/2016.

¹² BRANCO, Paulo Gustavo. Em busca de um conceito fugidio. In: FELLETT, André Luís Fernandes et al. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 393-401.

¹³ CAPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 73-74.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 23.

¹⁶ BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte americana: uma análise da mais notória e respeitada instituição do mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

Executivo e ao Legislativo, em contrariedade ao princípio da separação de poderes que se fundamenta na especialização funcional e na independência orgânica.

Segundo Barroso, o ativismo ultrapassa os limites constitucionais, transformando-se em um exercício deliberado de vontade política pelos magistrados. Assim entende o autor:

A idéia (sic) de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas.¹⁷

No presente artigo, o ativismo judicial será apreciado sob a terceira perspectiva traçada por Barroso, ou seja, a de imposição de condutas ou de abstenções ao Legislativo e ao Executivo, especialmente ao segundo, em matéria de políticas públicas.

Afirma-se que o Judiciário brasileiro tem ultrapassado os limites funcionais da jurisdição, utilizando-se de interpretações equivocadas dos princípios constitucionais, como se fossem a panaceia de todos os conflitos jurídicos do ordenamento jurídico.

O ativismo judicial centra-se neste ponto. O juiz transpassa o campo do direito e ingressa na seara da política. Assim “resolve” problemas políticos por critérios jurídicos. Isto se dá, dentre outras razões, pelo desprestígio da lei, ineficiência da política, dificuldade da própria administração, malversação dos recursos públicos. (...) Quando se confunde o campo jurídico com o campo político, a consequência é fatal: o julgador acaba fazendo uma má política, por meios jurídicos.¹⁸

O que se observa é que, apesar de o ativismo atender às demandas da sociedade brasileira não satisfeitas pelos legisladores ou pelos administradores públicos, legítimos representantes eleitos pelo povo, ele acaba por usurpar um papel que não lhe pertence, e agrava mais ainda a deficiência institucional dos poderes públicos.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, p. 25-26.

¹⁸ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e estado de direito. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). *Estado de direito e ativismo judicial*, p. 73.

Enquanto o ativismo norte-americano parece ter por objeto a contenção da atividade legislativa, o ativismo brasileiro não visa à contenção de excessos cometidos por outros Poderes, mas sim à compensação da inação do Poder Legislativo e Executivo, na implementação de determinados direitos previstos na Constituição ou em resposta a certos reclamos do corpo social.¹⁹

Fazendo-se um paralelo entre o ativismo judicial nos Estados Unidos e o praticado no Brasil pelo STF percebem-se distinções importantes. Nos Estados Unidos, o caráter sintético da Constituição e o sistema majoritário ensejaram uma postura ativista do Legislativo e do Judiciário, em que este último precisa conter o poder legiferante dos Estados-membros e do Governo Federal. Já no Brasil, o caráter analítico da Constituição de 1988 e o sistema proporcional de eleição têm levado a um passivismo legislativo e a um ativismo judicial.²⁰

A omissão do poder público em legislar para regulamentar os direitos fundamentais previstos na Constituição ou ainda para concretizar políticas públicas, como forma de evitar temas polêmicos e afastar o eleitorado são fatores de impulsão do ativismo judicial no cenário democrático-institucional nacional, posto que ao Judiciário é delegada a missão de decidir, contudo, sem a prerrogativa de se utilizar da conveniência e da oportunidade.

Registra-se essa peculiaridade porque o ativismo judicial não pode ser compreendido da mesma forma em sistemas de *Civil Law* (caso brasileiro) e em sistemas de *Common Law* (caso dos Estados Unidos e da Inglaterra). Como é cediço, o Estado de Direito possui dois grandes sistemas: o sistema da *Common Law* e o sistema romano germânico ou da *Civil Law*.

Na *Common Law*, a jurisprudência (*precedente*) ocupa o posto de principal fonte do direito, de modo que não há exagero em dizer que os juízes criam o direito.

A expressão judge-made-law tem esta profunda raiz no *Common Law*. Assim, o juiz neste sistema, por regra, não é ativista. Ele, em verdade, cumpre o seu papel de improvisação continuada, a cada vez que é chamado a se pronunciar sobre um caso concreto. Não se diga, entretanto, não poder existir ativismo judicial no *Common Law*. Ele existe, e quando verificado é profundamente expelido, respeitando, é claro, as peculiaridades do sistema em que este ativismo se verifica.²¹

¹⁹ OLIVEIRA JUNIOR, Jorge Ferraz; RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil, p. 37.

²⁰ OLIVEIRA JUNIOR, Jorge Ferraz; RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil, p. 38-39.

²¹ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e estado de direito. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). *Estado de direito e ativismo judicial*, p. 71.

Já no sistema romano-germânico, com base no princípio da legalidade jurídica devida, torna-se mais evidente a ocorrência de ativismo judicial. A lei é a fonte principal para se chegar às soluções justas dos casos concretos, e na ausência dela o intérprete não está autorizado a criar o direito, devendo decidir, de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Inegável, desta forma, o risco da inovação do ordenamento jurídico pelos magistrados, como se fossem os juízes Hércules de Dworkin, de modo essencialmente moralista.²²

Cunha, ao tratar do ativismo judicial, criou a metáfora do juiz Zorro, que com sua “capa” e suas impressões pessoais de justiça, resolveria os conflitos causados pela judicialização da política.²³ Todavia, esse juiz age ao arrepio da autorização constitucional, pelo uso fictício da proporcionalidade, da razoabilidade e da técnica de ponderação de princípios para imprimir suas percepções particulares de justiça.²⁴

É necessário cautela e visão ampla da problemática para não se desembocar na arbitrariedade e no governo dos juízes, em afronta direta ao princípio da separação dos poderes e colocando em risco o Estado Democrático de Direito.

O reconhecimento da força normativa dos princípios e da constitucionalização do direito, portanto, não pode ser considerado como um amplo espaço para a tomada de decisões embasadas em percepções pessoais ou na discricionariedade do juiz-intérprete, tão criticada pelos pós-positivistas. Muito menos permite ao julgador afastar-se da racionalidade ínsita ao juízo de fato (ou da instrução probatória).

O desvirtuamento – ou a ausência de parâmetros – no exercício do ativismo judicial dá espaço a um indesejável desprestígio das leis (regras) em favor de princípios que se amoldam às impressões pessoais do julgador. A atividade hermenêutica esvazia-se e a intervenção do Poder Judiciário nas políticas de Estado pode tornar-se arbitrária e, por conseguinte, desprovida de baldrame constitucional.²⁵

²² DWORKIN, Ronald. *O império do direito*.

²³ CUNHA, Paulo Ferreira da. Apud SANTOS, Douglas Henrique Marin dos. *Judicialização da política: desafios contemporâneos à teoria da decisão judicial*, p. 50.

²⁴ Para Barcellos, o intérprete deve percorrer três etapas ao utilizar a ponderação. A primeira delas é a identificação de todos os enunciados normativos (conteúdo do texto dos dispositivos ou a enunciação de princípios ou regras implícitas) aparentemente em conflito na situação e agrupá-los de acordo com as soluções possíveis. Na segunda etapa, o intérprete deve examinar as circunstâncias concretas do caso e suas repercussões sobre os enunciados, que podem atribuir maior ou menor peso a alguns grupos de enunciados; e/ou podem esclarecer o grau de restrição que cada solução (norma) possível impõe aos diferentes enunciados envolvidos. A terceira etapa é o momento da decisão, considerando os enunciados e os fatos das etapas anteriores, de modo a construir a solução para o conflito. BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

²⁵ SANTOS, Douglas Henrique Marin dos. *Judicialização da política: desafios contemporâneos à teoria da decisão judicial*, p. 48.

No Brasil, vários são os fatores de impulsão do ativismo judicial, como a judicialização da política e a jurisdição constitucional, já ventiladas neste artigo. Além desses fatores, também merecem ser destacados o modelo de Estado intervencionista, a expansão do controle abstrato de normas e a atividade normativa atípica do STF.

O primeiro fator de impulsão do ativismo judicial no Brasil diz respeito ao modelo de estado democrático social, de perfil intervencionista adotado desde a Constituição de 1934 e que está expressa e implicitamente presente na Constituição Federal de 1988, como pode ser percebido pelos objetivos fundamentais da República insculpidos no artigo 3º; o extenso rol de direitos sociais garantidos no Capítulo II do Título I; a ampla gama de atividades econômicas de responsabilidade estatal, na forma de serviços públicos; os vários instrumentos de intervenção do Estado no domínio econômico como o exercício direto de atividades que deveriam ser reservadas ao setor privado, medidas monetárias, de incentivo à produção e também de regulação do mercado por meio da tributação, dentre outros exemplos que poderiam ser citados.²⁶

Esse modelo de Estado atuante, provedor, intervencionista, conhecido como *Welfare State*, manifesta-se principalmente pela atuação das funções executiva e legislativa. Porém, o que se percebe, no caso brasileiro, é que a concretização dos programas sociais previstos na Constituição de 1988 foram repassados ao Poder Judiciário devido à falta de atuação dos outros poderes, ocasionado uma disfuncionalidade que (retro)alimenta o déficit democrático.

Ao Poder Judiciário deveria caber, nesse modelo, o controle jurídico da atividade intervencionista dos demais Poderes. No entanto, sobre ele também recaem as expectativas e pressões da sociedade no sentido da mais célere possível consecução dos fins traçados na Constituição, incluindo a imediata fruição de direitos sociais ou a extensão de benefícios, de universalização progressiva, concedidos a determinadas categorias ou regiões com exclusão de outras. É nesse sentido que se pode dizer que o próprio modelo de Estado-providência constitui força impulsionadora do ativismo judicial, levando juízes e tribunais a relevar, em algumas situações, a existência de limites impostos pelo próprio ordenamento cuja atuação lhes incumbe, na ilusão de poderem “queimar” etapas, concretizando, no presente, o programa que a Constituição delineou prospectivamente. (...) Não resta dúvida de que o ainda significativo descompasso entre as condições socioeconômicas vivenciadas pela maioria da população é um dos combustíveis do voluntarismo judiciário, que pretende fazer valer o dever-ser constitucional, ignorando os

²⁶ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 268-269.

limites de seu poder conformador da realidade factual (força normativa) e que se deve ter presente na interpretação-aplicação do Texto Magno.²⁷

Um segundo fator que contribuiu sobremaneira para estimular o ativismo judicial no Judiciário brasileiro foi a expansão do controle abstrato de normas. Em decorrência do modelo de Estado intervencionista adotado, houve uma dilatação do campo de atuação estatal que se instrumentaliza, indubitavelmente, pela edição de leis. Ocorre que, a edição de tantas leis para atender aos anseios sociais levou à perda de qualidade formal e também substancial das mesmas, intensificando, conseqüentemente, o controle jurisdicional de constitucionalidade.²⁸

A expansão do controle abstrato de constitucionalidade brasileiro se deveu à ampliação do rol de legitimados para a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade (art. 103, CF); ao alargamento do objeto dessas ações, abrangendo também a omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional (art. 103, § 2º, CF), a criação da arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF e da ação direta declaratória de constitucionalidade.

Mas por que o espraiamento do controle abstrato de constitucionalidade levou ao aumento do ativismo? A resposta ao questionamento é simples e ramificada: devido aos efeitos gerais ou *erga omnes* que a decisão judicial impõe quanto à validade da lei, o que aproxima a atividade judiciária à função legislativa; bem como a possibilidade de modulação dos efeitos temporais das decisões sancionatórias de inconstitucionalidade; a interferência direta da jurisdição constitucional no conteúdo dos atos legislativos, estreitando a linha divisória entre legislar e jurisdicionar; e o fato das normas parâmetro de controle serem normas-princípio, dando maior liberdade ao órgão de controle.²⁹

Corroborando o entendimento de que o controle de constitucionalidade, assim como é realizado no Brasil, Reverbel incrementa o ativismo judicial:

O atual sistema de controle de constitucionalidade no Brasil também favorece o ativismo judicial. Se na Alemanha, na Espanha, na Itália, ou melhor, no sistema Europeu a competência para declarar a inconstitucionalidade de uma lei é restrita a uma Corte Suprema, a um Tribunal Constitucional; no Brasil, todos os juízes e tribunais são capazes de declarar a inconstitucionalidade de uma lei. O ativismo, assim, na busca de uma solução mágica, na extração de um princípio que fundamente a decisão (razoável ou não), acaba por afrontar a separação de poderes, faz do juiz um verdadeiro legislador e inclusive *ex post facto*,

²⁷ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*, p. 271-273.

²⁸ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*, p. 274-275.

²⁹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*, p. 277.

contrariando o Estado de Direito, em que impera a lei, como decorrência, a justiça.³⁰

Outro fator a ser realçado é a atividade normativa atípica do STF, principalmente no que diz respeito à edição das súmulas vinculantes. A Emenda Constitucional n. 45 de 2004 inseriu o artigo 103-A na Constituição Federal com a previsão do efeito vinculante à súmula de julgamentos oriundos do STF.

Os principais objetivos da súmula vinculante são: conferir maior celeridade aos julgamentos evitando o acúmulo desnecessário de processos em trâmite no Supremo; garantir a efetividade na aplicação da lei; e proporcionar uma uniformização da jurisprudência resultante da Suprema Corte, em consonância com o princípio da igualdade e da segurança jurídica, uma vez que impede que uma mesma norma seja interpretada de modos distintos, o que trazia um sentimento de descrédito da população com o Judiciário.

Como se viu o ativismo possui vários combustíveis de ordem estrutural, institucional, gerais e também peculiares ao contexto brasileiro, como também explica Reverbel:

Assim – em um sistema que tem por base a lei – a percepção do ativismo judicial parece ser um mal maior. Mas certamente este ativismo judicial, ao menos no Brasil, possui raízes mais profundas, como o desprestígio da lei, a ineficiência do executivo, a desestruturação do sistema, a irracionalidade das instituições, a ausência de uma boa política, a falta de consenso sobre pontos fundamentais.³¹

Delineados os contornos do ativismo judicial, passa-se à análise de acórdãos do Supremo Tribunal Federal que versam sobre a implementação de políticas públicas de educação.

PODER JUDICIÁRIO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE DA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE EDUCAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Antes de iniciar a análise de acórdãos que versam sobre o direito à educação, importa registrar uma das decisões mais emblemáticas da Suprema Corte brasileira sobre a intervenção do Poder Judiciário na função típica dos demais poderes, para implementação de políticas públicas.

³⁰ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e estado de direito. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). *Estado de direito e ativismo judicial*, p. 74.

³¹ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e estado de direito. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). *Estado de direito e ativismo judicial*, p. 69.

Trata-se da ADPF n. 45, de relatoria do ministro Celso de Mello, julgada em 29 de abril de 2004.³² Essa decisão é importante porque fez considerações sobre a dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal, a cláusula da reserva do possível e sobre a escassez de recursos.

Afirma o ministro Celso de Mello que a Corte:

(...) não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional.

O ministro reconhece que não se inclui no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário a atribuição de formular e implementar políticas públicas, pois nesse domínio o encargo reside, primeiro, nos Poderes Legislativo e Executivo. Contudo, em bases excepcionais, se e quando os órgãos estatais competentes descumprirem seus encargos políticos-jurídicos, poderá recair sobre o Judiciário tal incumbência, a fim de dar eficácia aos direitos individuais e/ou coletivos.

Também é ressaltado na decisão o vínculo financeiro à realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, afirmando-se que “comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política”.

Quanto à cláusula da reserva do possível, utilizando-se de farta fundamentação doutrinária, conclui o ministro que ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível, a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de se exonerar do cumprimento de suas obrigações constitucionais, principalmente quando a omissão puder causar nulificação ou aniquilação de direitos constitucionais fundamentais.

Sustenta-se que a cláusula da reserva do possível está condicionada, para a imposição de encargo ao poder público, a um binômio que compreende, de um lado, a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder

³² Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental promovida contra veto, que, emanado do Senhor Presidente da República, incidiu sobre o § 2º do art. 55 (posteriormente renumerado para art. 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei n. 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004. O autor da ação constitucional sustentou que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC n. 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. A ação foi julgada prejudicada pela perda superveniente de seu objeto.

Público; e, de outro, a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Assim, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Para Liang Wang, a ADPF n. 45 trouxe considerações importantes e reveladoras em relação a decisões anteriores do STF que não consideravam a problemática da escassez dos recursos e cuja fundamentação imprimia um caráter absoluto aos direitos. No entanto, para o autor, a decisão proferida na ADPF n. 45, por ter sido em sede de controle abstrato de preceito fundamental, não conseguiu traçar critérios mais claros para servir como parâmetro aos administradores, aos juízes e aos próprios cidadãos.³³

Para o presente artigo, foi realizado um recorte temático e temporal, no sentido de coletar na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acórdãos que versassem sobre o direito à educação, entre 2010 e 2015. Importa ressaltar, ainda, que além dos critérios temático e temporal de seleção da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os acórdãos coletados são representativos da controvérsia analisada na pesquisa, posto que enfrentam a intervenção do Poder Judiciário em atribuições típicas da Administração Pública, a fim de implementar políticas públicas de educação.

A análise da fundamentação dos acórdãos e das teses apresentadas pela mais alta Corte do país, como se verá adiante, são de fundamental importância para a compreensão do ativismo judicial nos moldes aqui propostos.

Assim, no sistema de pesquisa de jurisprudência, a partir do recorte apresentado, foram encontrados cinco acórdãos, sendo o mais antigo de 2011, um de 2014 e três de 2015. Em ordem cronológica, passa-se à análise de cada um dos acórdãos.

O Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337/SP, julgado em 23/08/2011,³⁴ de relatoria do ministro Celso de Mello, foi o acórdão mais longo dos cinco identificados, com 48 laudas. Nele, o ministro Celso de Mello repetiu os argumentos adotados na ADPF n. 45, na qual também foi relator.

³³ LIANG WANG, Daniel Wei. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *Revista Direito GV São Paulo*, jul./dez. 2008, p. 539-568, p. 549. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a09v4n2.pdf>>. Acesso em: 16/08/2016.

³⁴ Neste acórdão o STF ratificou sentença que obrigou o município de São Paulo a matricular crianças em unidades de educação infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis, sob pena de multa diária por criança não atendida. Na argumentação do acórdão, foi ressaltada a obrigação estatal quanto à educação infantil, e, por se tratar de um direito constitucional, o Poder Judiciário teria legitimidade para intervir em caso de omissão estatal na implementação das políticas públicas de educação, não havendo transgressão ao postulado da separação de poderes.

No longo voto, seguido pelos demais ministros do STF, Celso de Mello esforçou-se em demonstrar a relevância do direito à educação como direito fundamental de segunda geração, utilizando farta fundamentação doutrinária e precedentes da Corte, para reafirmar a não violação ao princípio da separação de poderes nos casos em que, excepcionalmente, o Poder Judiciário determina à Administração Pública a implementação de políticas públicas, assim como a inoponibilidade da cláusula da reserva do possível.

Tendo em vista que os argumentos são os mesmos da ADPF n. 45 e estes já foram apresentados alhures, não serão feitos maiores detalhamentos, destacando-se apenas a seguinte afirmação de Celso de Mello:

A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1.219-1.220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas.

No Ag. Rec. no Recurso Extraordinário com Agravo 761.127/AP, julgado em 24/06/2014,³⁵ o ministro relator Roberto Barroso transcreveu na íntegra a extensa ementa do Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337/SP, tanto em seu relatório quanto na fundamentação.

O Estado do Amapá (agravante), assim sustentou:

(...) somente o Poder Executivo, que tem um plano de governo definido para todo o Estado do Amapá, inclusive na área da educação, pode, dentro de seu poder discricionário, escolher, levando em conta as limitações orçamentárias, onde devem ser aplicadas as verbas e em qual obra, compra ou serviço deve investir, dentro das prioridades.

Contudo, o ministro Barroso limitou-se a colacionar julgados que seguem o mesmo entendimento do ARE 639.337/SP, sem enfrentar diretamente o argumento da Administração Pública.

A ADPF n. 45 também foi citada expressamente no agravo regimental no recurso extraordinário com agravo 860.979/DF, de 14/04/2015, da Segunda

³⁵ Neste acórdão a Suprema Corte brasileira firmou o entendimento de que em situações excepcionais o Poder Judiciário pode determinar ao Poder Executivo a implementação de políticas para garantir direitos constitucionalmente assegurados, a exemplo do direito ao acesso à educação básica, o que não representa ofensa ao princípio da separação de poderes. O caso versava sobre a imposição à Administração Pública de construção de uma nova escola em virtude da deterioração das instalações da instituição pública de ensino.

Turma do STF e de relatoria do ministro Gilmar Mendes.³⁶ Por unanimidade, os ministros acordaram em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator, para manter decisão que determinou à Administração Pública do Distrito Federal o atendimento educacional especializado a portadores de deficiência auditiva.

O Distrito Federal argumentou nas razões do recurso violação ao princípio da separação dos poderes, uma vez que “as escolhas políticas sobre alocação de recursos públicos e definição de políticas públicas prioritárias devem ser realizadas pelos representantes eleitos pelo povo”.

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal, acerca da intervenção do Judiciário no mérito administrativo, foi no sentido de que o princípio da separação de poderes não inviabiliza, por si só, a atuação do Poder Judiciário, quando diante de inadimplemento do Estado em políticas públicas constitucionalmente previstas. Portanto, não haveria que se falar em interferência indevida do Judiciário em matéria orçamentário-financeira quando a obrigação decorre de mandamento constitucional e, igualmente, seria inviável a oposição da cláusula da reserva do possível nessas hipóteses, em razão da intangibilidade dos direitos fundamentais tutelados.

O restante da fundamentação do voto do ministro relator Gilmar Mendes foi apenas no sentido de colacionar ementas de precedentes de ambas as turmas da Corte e do Pleno – ARE 639.337 AgR, rel. min. Celso de Mello, 2ª Turma, *DJe* 15/09/2011; RE 642.536 AgR, rel. min. Luiz Fux, 1ª Turma, *DJe* 27/02/2013; AI 734.487 AgR, rel. min. Ellen Gracie, 2ª Turma, *DJe* 20/08/2010; ADPF n. 45, rel. min. Celso de Mello, *DJ* 04/05/2004; ADI 2.649, rel. min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, *DJe* 17/10/2008; e RE 440.028, rel. min. Marco Aurélio, 1ª Turma, *DJe* 26/11/2013 – sendo que apenas o primeiro precedente tratava de forma específica sobre o direito à educação. Os demais versavam sobre direito à saúde, transporte e acesso a prédios públicos para deficientes físicos.

Nos embargos de declaração no Recurso Extraordinário com Agravo 875.333/RS, julgado em 28/04/2015,³⁷ que versava sobre o fornecimento de educação especial, o Supremo Tribunal Federal reafirmou não haver violação ao princípio

³⁶ O caso enfrentado pelo STF dizia respeito à educação para deficientes auditivos e inserção de portadores de necessidades especiais, de uma forma geral, na sociedade. Para os Ministros do Supremo, quando há o inadimplemento estatal de políticas públicas com previsão constitucional cabe a intervenção excepcional do Judiciário. Além disso, não há de se falar em aplicação da cláusula da reserva do possível em razão do núcleo de intangibilidade dos direitos fundamentais, porque não teriam sido apresentadas razões suficientes pelo recorrente para infirmar a decisão recorrida.

³⁷ Como nos acórdãos anteriores o Supremo, ao tratar do fornecimento de educação especial, afastou a aplicação da teoria da reserva do possível e a ocorrência de violação à separação de poderes.

da separação de poderes quando o Judiciário determina que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente garantidos. Para fundamentar esse posicionamento, utilizaram-se dois precedentes, cuja ementa o argumento se repetia: “É possível ao Poder Judiciário determinar implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo”.

Quanto à cláusula da reserva do possível, afirmou-se não ser possível que ela fosse invocada pelo Estado com a finalidade de se exonerar do cumprimento de suas obrigações constitucionais, ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente. No caso em julgamento, considerou-se que o Estado do Rio Grande do Sul “não logrou êxito em demonstrar, de forma objetiva, ou seja, mediante detalhamento orçamentário, a impossibilidade de assegurar à parte recorrida o acesso à educação infantil especializada garantida pelo artigo 208, III, da Constituição Federal”.

Neste acórdão, em contraposição aos demais, houve ao menos a menção de que a Administração Pública não apresentou detalhamento orçamentário e, portanto, caso tivesse assim feito, a questão da escassez de recursos poderia ter sido melhor debatida pelo Supremo Tribunal Federal.

No Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 545.882/SP, julgado em 27 de outubro de 2015,³⁸ também de relatoria do ministro Gilmar Mendes, os ministros acordaram pela possibilidade do Poder Judiciário determinar, excepcionalmente, a implementação de políticas públicas definidas pela Constituição, pelos órgãos estatais inadimplentes.

No acórdão foi destacada a educação como direito fundamental e indisponível dos indivíduos, não estando sujeito a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, bem como o dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. Além disso, ressaltou-se ser lícito ao Judiciário impor à Administração Pública a obrigação de fazer, a fim de assegurar o acesso à educação básica.

Portanto, após a análise dos acórdãos selecionados, verificou-se que o Supremo Tribunal Federal tem interferido e condicionado a atividade típica da Administração Pública, no tocante à implementação de políticas públicas de educação. Além disso, percebeu-se a superficialidade com que os argumentos do administrador são enfrentados, ou seja, não há análise dos fatos, e a fundamentação dos acórdãos se resume à transcrição de ementas de precedentes da Corte

³⁸ Em caso que analisou a imposição de obrigação de fazer à Administração Pública de fornecer transporte público, o STF mais uma vez afirmou a legitimidade constitucional do Poder Judiciário para implementar políticas públicas.

que também não trazem nenhuma profundidade ao tema, à exceção da ADPF n. 45 e do primeiro acórdão analisado que era uma repetição da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Para Appio, o controle judicial das políticas públicas implicará a substituição da vontade dos membros dos demais poderes pela vontade dos juízes, ou seja, a vontade dos agentes estatais eleitos será substituída pela vontade dos não eleitos, de modo que somente a Constituição poderá fornecer um argumento forte para superar o impasse e evitar o desequilíbrio político no país. Para o autor, o sistema representativo é de fundamental relevância na democracia brasileira, portanto, não se pode conceber como regra a alteração de decisões de cunho político em consideração estrita das expectativas dos perdedores do processo eleitoral. A intervenção judicial, assim, somente seria cabível quando o governo violasse diretamente uma determinação constitucional.³⁹

Não pode o juiz, ainda, desconsiderar que todos os direitos possuem um custo e que o orçamento do Estado não é ilimitado, como já alertavam os autores Sunstein e Holmes. Além disso, o magistrado geralmente não detém do conhecimento necessário de finanças públicas ou simplesmente não tem como controlar um orçamento do qual não é gestor e desconhece as outras necessidades e urgências que se apresentam para a autoridade administrativa.⁴⁰

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de conclusão, pode-se afirmar que a judicialização da política e a jurisdição constitucional influenciaram sobremaneira o aumento do protagonismo do Poder Judiciário e o incremento de seu papel político. No Brasil, essa consequência também ocorreu pela redemocratização do país e pelo caráter analítico da Constituição Federal de 1988, que delegou ao Poder Judiciário a função de concretizar o extenso rol de direitos fundamentais quando os demais poderes de tornam omissos.

O ativismo judicial, surgido na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, não possui conceito unânime, mas, entre as concepções apresentadas pela doutrina, trata-se da implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário em substituição aos demais poderes, o que implica uma intervenção indevida e contrária ao princípio da separação de poderes.

No Brasil, o ativismo judicial teve fatores de impulsão peculiares que o distinguem do ativismo judicial praticado nos Estados Unidos. Aqui, a prática do ativismo decorre principalmente da omissão dos Poderes Legislativo e Exe-

³⁹ APPIO, Eduardo. *Discrecionalidade política do poder judiciário*. Curitiba: Juruá, 2008.

⁴⁰ SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. *El costo de los derechos*. Por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012.

cutivo, enquanto nos Estados Unidos o ativismo judicial surgiu como forma de conter a atividade legiferante dos Estados-membros e do governo federal.

Por fim, importa ressaltar que o Supremo Tribunal Federal tem adotado uma postura ativista especialmente quando se trata da implementação de políticas públicas. No tocante ao direito à educação, os acórdãos analisados permitiram inferir que o STF compreende não haver violação ao princípio da separação de poderes quando o Judiciário, em bases excepcionais, impõe obrigação de fazer à Administração Pública. Além disso, em todos os acórdãos foi afastada a cláusula de reserva do possível sem o enfrentado do caso concreto, apenas com a repetição de ementas de precedentes, especialmente a arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF n. 45.

REFERÊNCIAS

- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- APPIO, Eduardo. *Discrecionalidade política do poder judiciário*. Curitiba: Juruá, 2008.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Themis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012, p. 23-32. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. Acesso em: 23/09/2016.
- BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte americana: uma análise da mais notória e respeitada instituição do mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- BEARD, Charles. *A Suprema Corte e a Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1962.
- BRANCO, Paulo Gustavo. Em busca de um conceito fugidio. In: FELLET, André Luís Fernandes et al. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, p. 393-401, 2011.
- CANOTILHO, Gomes J. J. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almeida, 2000.
- CAPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LIANG WANG, Daniel Wei. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *Revista Direito GV São Paulo*, jul./dez. 2008, p. 539-568. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a09v4n2.pdf>>. Acesso em: 16/08/2016.
- OLIVEIRA JUNIOR, Jorge Ferraz; RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*. ano 51, n. 2014, out./dez. 2014. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509926/001032251.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 17/08/2016.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, Douglas Henrique Marin dos. *Judicialização da política: desafios contemporâneos à teoria da decisão judicial*. Curitiba: Juruá, 2014.

SCMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. *El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012.

Data de recebimento: 10/08/2016

Data de aprovação: 27/09/2016

ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

JUDICIAL ACTIVISM IN THE SUPREME COURT AND THE IMPLEMENTATION OF PUBLIC POLICIES IN BRAZIL

*Luciana Rêgo dos Santos**
*Fernando Veras Bezerra***

RESUMO

O presente trabalho aborda o ativismo judicial no âmbito do Supremo Tribunal Federal e a influência das suas decisões na implementação de políticas públicas. Primeiro são feitas considerações sobre a evolução histórica do STF no controle de constitucionalidade das normas. São expostas, ainda, as críticas lançadas em torno do ativismo judicial no STF, fazendo-se, logo após, uma análise da ADPF n. 347. Por fim, aborda-se a obra de Ingeborg Maus e sua adequação à realidade brasileira. Ao final, conclui-se que a teoria de Maus se adequa perfeitamente à situação vivida no Brasil, em que o Poder Judiciário, principalmente o STF, tem se fortalecido cada vez mais, estando caracterizado atualmente como o superego de uma sociedade órfã. Assim, é necessária uma maior autocontenção por parte do Poder Judiciário em relação às decisões que envolvam políticas públicas e uma maior utilização de diálogos institucionais entre órgãos e poderes.

Palavras-chave: Ativismo judicial; Políticas públicas; Supremo Tribunal Federal; ADPF n. 347; Estado de coisas inconstitucional.

ABSTRACT

This paper addresses the judicial activism in the Supreme Court and the influence of their decisions on the implementation of public policies. First

* Advogada, pós-graduanda em Direito e Processo Constitucionais pela Universidade de Fortaleza – Unifor. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza Unifor. lucisantos_@hotmail.com.

** Assessor de desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Professor da Universidade de Fortaleza – Unifor. Especialista em Direito Civil pela Universidade de Fortaleza – Unifor. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC. fernandoveras@outlook.com.

considerations are made about the historical evolution of the Supreme Court of the constitutionality of the rules. Its also address the criticisms thrown around the judicial activism in the Supreme Court, shortly after an analysis is made of ADPF n. 347. Finally, it approaches the work of Ingeborg Maus and its adaptation to the Brazilian reality. Finally, it is concluded that the Maus theory perfectly fits the situation experienced in Brazil, where the judiciary, especially the Supreme Court, has been strengthened increasingly being currently featured as the superego of an orphan society. Thus, greater self-restraint by the judiciary in relation to decisions involving public policy and greater use of institutional dialogue is needed between agencies and powers.

Keywords: Judicial activism; Public policy; Federal Court of Justice; ADPF n. 347; State of things unconstitutional.

INTRODUÇÃO

Não raras são as vezes em que magistrados utilizam decisões ativistas para implementar políticas públicas com o argumento de fazer valer direitos fundamentais. Contudo, a crescente intromissão do Poder Judiciário em questões políticas tem gerado um grande debate jurídico acerca dos limites na atuação do referido poder. Muito se alega que frequentemente o Judiciário extrapola suas competências ao adentrar em questões essencialmente políticas, as quais deveriam ser decididas discricionariamente pelo Poder Executivo ou Legislativo.

Em razão da alta judicialização de questões envolvendo política no país, casos de extrema relevância social tem chegado ao Supremo Tribunal Federal para que este venha dar a palavra final em face da inércia do Legislativo e do Executivo. Exemplos emblemáticos de casos de grande relevo social levados à Suprema Corte brasileira são: a problemática das uniões homoafetivas, da fidelidade partidária, da utilização de células-tronco, do aborto de fetos anencéfalos, da situação degradante do sistema penitenciário no Brasil, entre outros.

É justamente em face dos julgados derivados das situações narradas anteriormente que pairam as críticas mais severas sobre as atuações do Supremo Tribunal Federal. Muitos doutrinadores acreditam que a Suprema Corte tem se utilizado de um ativismo judicial desmedido em seus julgados, extrapolando as competências que lhe foram conferidas pela Constituição. O Poder Judiciário, em especial o STF, tem se fortalecido de maneira exacerbada, fato que pode vir a ocasionar à criação de um superorgão e de um superpoder Judiciário. Vale ressaltar que frequentemente juízes e ministros tem sido considerados heróis da sociedade, sempre prontos para resolver as mazelas sociais que assolam os cidadãos. Todavia, tais problemas deveriam estar sendo solucionados pela atuação eficiente do Legislativo e Executivo e não pelo Poder Judiciário.

Destarte, o presente artigo tem como objeto analisar o ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal e sua influência na implementação de políticas públicas no Brasil, considerando-se as discussões jurídicas abordadas na doutrina e jurisprudência. De início, é abordado o conceito de origem e caracterização de ativismo judicial. Por conseguinte, relata-se a evolução histórica e a atuação do STF no controle da constitucionalidade das normas.

Abordam-se também as críticas ao ativismo judicial no STF, sendo realizada ainda um estudo de caso da ADPF n. 347. Por fim, é feita uma análise sobre a adequação da teoria da professora Igenborg Maus para a realidade do Poder Judiciário brasileiro.

ATIVISMO JUDICIAL: CONCEITO, HISTÓRICO E CARACTERIZAÇÃO

As primeiras manifestações de ativismo judicial surgiram perante a jurisprudência norte-americana, tendo, em um primeiro momento, caráter conservador. É importante destacar ainda que “foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dread Scott v. Sanford* 1847) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937)”¹. Contudo, posteriormente, a Suprema Corte em si (e não somente a parcela reacionária), durante as presidências de Warren e Burger, produziu jurisprudência progressista em relação aos direitos fundamentais e, principalmente, no tocante a questões raciais envolvendo negros.

Em relação à expressão *judicial activism* (ativismo judicial), esta foi inicialmente empregada pelo jornalista Arthur Schlesinger Jr., em um artigo denominado *The Supreme Court: 1947*, divulgado pela *Fortune*. Para se reportar ao oposto de ativismo judicial, o jornalista lançou mão do termo *self restraint* (autocontenção). A repercussão do artigo de Schlesinger Jr. foi tanta que o termo se tornou largamente conhecido, fato que ocasionou uma indesejada rotulação dos magistrados pela sociedade norte-americana.

Neste passo, a expressão tribunal ativista ou tribunal de contenção se tornou popular. As decisões ativistas estavam atreladas a resultados e as decisões de autocontenção ligadas a limitações processuais. Vale ressaltar que o termo ativismo judicial foi utilizado pela Suprema Corte Norte-Americana pela primeira vez quando do julgamento do caso *Michigan v. Long*, 463 U.S. 1.032 (1983).

Segundo Luís Roberto Barroso, o ativismo judicial se refere à adoção de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, a fim de expandir o

¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição & ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 275-290.

seu sentido e alcance. Esse ativismo se manifesta, geralmente, em momentos de retração do Poder Legislativo que impedem o atendimento de demandas sociais de maneira efetiva. Registre-se, ainda, que “o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do Direito”.²

Barroso afirma também que a postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas das quais se destacam:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados pelo legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenção ao Poder Público, notadamente em matérias de políticas públicas.³

Contudo, em sentido contrário ao entendimento de Barroso, para Elival da Silva Ramos o ativismo judicial é caracterizado pelo:

(...) exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).⁴

No mesmo sentido se posiciona Lenio Streck ao corroborar que o ativismo ocorre quando o Judiciário atua fora do âmbito de suas competências constitucionais, ao usurpar o papel do Poder Legislativo:

(...) Com essa postura ativista do judiciário, não apenas argumentos de política passaram a predar os argumentos jurídicos, mas também o judiciário passou a exercer este papel predatório do espaço político (e da moral), na medida em que, ao desrespeitar os limites materiais estabelecidos pela Constituição para sua atuação, acabou trazendo imenso prejuízo para a democracia.⁵

Outrossim, resta esclarecer as diferenças entre ativismo judicial e judicialização. Segundo o ministro Luís Roberto Barroso:

² BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. 4. ed., jan. 2009. Disponível em: <<http://goo.gl/hRs5sP>>. Acesso em: 16/05/2016.

³ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, 2011, p. 279.

⁴ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 219.

⁵ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto, o ativismo judicial, em números? *Portal Consultor Jurídico*. Brasília, 26 out. 2013, p. 12. Disponível em: <<http://goo.gl/6AONHd>>. Acesso em: 15/07/2016.

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. (...). Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria.⁶

Em posicionamento crítico e contrário ao de Barroso, Lenio Streck se manifesta no sentido de que:

(...) a judicialização é contingencial. Ela não é um mal em si. Ocorre na maioria das democracias. O problema é o ativismo, que, para mim, é a vulgata da judicialização. Enquanto a judicialização é um problema de (in)competência para prática de determinado ato (políticas públicas, por exemplo), o ativismo é um problema de comportamento, em que o juiz substitui os juízos políticos e morais pelos seus, a partir de sua subjetividade (chamo a isso de decisões solipsistas).⁷

Assim, para Streck, deve se distinguir a judicialização da política, fenômeno típico da maioria das democracias, do ativismo judicial que se caracteriza como um ato que extrapola o poder emanado ao do Poder Judiciário no exercício de suas atribuições constitucionais.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA E A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS

O Poder Judiciário, sobretudo as Cortes Constitucionais, teve no cenário mundial uma significativa ascensão institucional e passou a ocupar um espaço político cada vez mais relevante. No Brasil não foi diferente. Diante da história constitucional brasileira, a Constituição de 1988 foi a que mais proporcionou garantias aos cidadãos, além de prever um extenso catálogo de direitos fundamentais a serem efetivados pelo Estado. A Carta Cidadã, como ficou conhecida, conferiu ainda à Suprema Corte a “palavra final” para decidir diversas questões sociais e políticas, principalmente por meio da ampliação das ações do controle de constitucionalidade das normas, de modo a fortalecer o papel exercido pelo Poder Judiciário, principalmente no que diz respeito à efetivação de direitos fundamentais, contribuindo diretamente para a transformação social do país.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, 2009.

⁷ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto, o ativismo judicial, em números?

Inegavelmente, o Supremo Tribunal Federal tem tido papel decisório fundamental na sociedade brasileira em face das diversas mudanças sociais, culturais e políticas do país. Vale ressaltar que a técnica de controle de constitucionalidade das normas tem influenciado diretamente na liberdade de atuação e no fortalecimento do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição. Assim, o Poder Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal, tem sido protagonista na resolução de questões sociais de extrema importância, a exemplo da união homoafetiva e da adoção de cotas raciais.

Contudo, antes de abordar com mais profundidade o papel desempenhado pelo STF no cenário pátrio e analisar as críticas lançadas à sua atuação, é necessário discorrer brevemente sobre a trajetória histórica do controle de constitucionalidade das normas desde a Constituição Imperial de 1824 até o cenário atual, na vigência da Constituição Federal de 1988.

Durante a vigência da Constituição Imperial de 1824 não havia controle de constitucionalidade no Brasil. A referida Carta Constitucional teve forte influência francesa, atribuindo ao Poder Legislativo a produção, suspensão e revogação legislativa, de modo a atuar como guardião da Constituição. Todavia, essa realidade viria a se transformar significativamente em razão das mudanças sociais sofridas pelo Brasil ao longo do século XIX, que levaram à proclamação da República e à promulgação da Constituição de 1891.

A Magna Carta de 1891 teve acentuada influência da Constituição norte-americana, a qual já previa o controle difuso de constitucionalidade. Uma das importantes mudanças trazidas pela nova constituição foi a transferência do órgão incumbido da análise da constitucionalidade, que passou do Poder Legislativo para o Judiciário. Outra inovação trazida foi a possibilidade de que qualquer pessoa questionar judicialmente, no âmbito federal ou estadual, a constitucionalidade de determinado dispositivo legal, de modo a consagrar o controle difuso de constitucionalidade, também chamado de controle por via de exceção. Vale ressaltar ainda que ao Supremo Tribunal Federal foi conferido o papel de última instância na resolução de questões relativas à validade de um tratado ou de uma norma em relação à Constituição, dando impulso ao fortalecimento de seu papel e sua posterior consagração como guardião da Constituição.

Neste passo, segundo preleciona Carlos Alexandre Azevedo Campos⁸ com o surgimento da República o raciocínio constitucional brasileiro sofreu mudanças consideráveis que o levaram à direção seguida pelo constitucionalismo norte-americano. Vale ressaltar que o grande responsável por essa transformação foi Rui Barbosa, haja vista que sua influência intelectual ensejou a afirmação do

⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Forense, 2014.

controle judicial (incidental e difuso) de leis federais e estaduais.

Com o advento da Constituição de 1934, o controle difuso foi mantido. Instituiu-se, ainda, a cláusula de reserva de plenário no âmbito do controle difuso, bem como foi estabelecida a atuação do Senado na suspensão de lei ou ato declarado inconstitucional. Todavia, a mais importante inovação trazida pela referida Carta Maior foi a introdução do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil, por meio da representação interventiva (atual ADI interventiva). A referida ação elegeu como seu legitimado o procurador-geral da República, sendo de competência do Supremo Tribunal Federal e cabível na hipótese de contrariedade aos princípios constitucionais sensíveis. Destarte, pela primeira vez, a Suprema Corte teria competência para analisar a constitucionalidade de uma lei em tese, estabelecendo-se, assim, o embrião do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil.

Posteriormente, com outorga da Constituição de 1937, o controle difuso permaneceu, embora com algumas diferenças quanto ao estipulado na Constituição de 1934. Frise-se que a Carta Constitucional 1937 expressou caráter autoritário e fascista. Exemplo disso foi o estabelecido em seu art. 96, que facultava ao Presidente da República solicitar ao Legislativo a validação de uma lei declarada inconstitucional pela Suprema Corte. Por oportuno, sobre a referida norma, Carlos Alexandre Azevedo Campos ressalta que no constitucionalismo contemporâneo esta norma poderia ser bem aceita como mecanismo de diálogo institucional. Contudo, em razão do contexto ditatorial imposto por Getúlio Vargas “o problema não era tanto o conteúdo da medida, mas as circunstâncias”⁹.

De fato, o supracitado dispositivo atacava diretamente a tripartição dos Poderes de modo a ocasionar um considerável retrocesso ao controle de constitucionalidade no Brasil. Vale lembrar que o Poder Judiciário restou ainda mais enfraquecido diante da vedação imposta para apreciar questões exclusivamente políticas.

Diferentemente da Constituição Polaca (como ficou conhecida a CF de 1937), a Constituição Federal de 1946 teve caráter democrático. O controle judicial de constitucionalidade foi retomado de modo similar ao da CF de 1934, não havendo mais interferência dos Poderes Executivo e Legislativo. Assim, houve o retorno da representação interventiva, no que diz respeito ao controle concentrado e, ainda, a volta da cláusula de reserva de plenário e da atuação do Senado em sede de controle difuso.

Todavia, foi a partir da instituição da Emenda Constitucional n. 16/1965, ainda sob a vigência da CF de 1946, que o controle concentrado sofreu

⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*.

transformações substanciais. Foi por meio da criação da então intitulada ação genérica de constitucionalidade, a qual possuía como único legitimado o procurador-geral da República, que ordenamento jurídico pátrio passou a ter uma nova ação em sede de controle concentrado, passando a realizar efetivamente o controle abstrato de leis ou atos normativos federais ou estaduais.¹⁰

Em relação ao controle de constitucionalidade na Constituição de 1967, pode-se afirmar que não houve grandes mudanças. A referida Carta Constitucional preservou as modificações trazidas pela Emenda n. 16, não instituindo alterações significativas, contudo, deixou de reiterar a previsão da ação genérica estadual. Em contrapartida, com a criação da emenda n. 1/1969, foi estabelecida uma norma permitindo o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos municipais em face das Constituições estaduais.

Em meio ao contexto histórico descrito, é importante destacar que o Supremo Tribunal Federal nem sempre foi institucionalmente forte e independente como se mostra atualmente. Mesmo com as inovações trazidas por alguns diplomas constitucionais, as Constituições brasileiras anteriores ao ano de 1988 foram marcadas pelas intervenções do Poder Executivo perante a Suprema Corte. Exemplo disso eram as nomeações unilaterais de ministros pelo Presidente da República, as alterações arbitrárias do número de juízes que compunham a corte, bem como a imposição de aposentadorias compulsórias aos ministros por vontade única do Poder Executivo.

Sobre os momentos de insegurança institucional vividos pelo Supremo Tribunal Federal, Campos¹¹ assevera que, diante das instabilidades políticas que caracterizaram a história brasileira, o STF até demonstrou reações iniciais contra os governos autoritários, contudo, suas decisões não eram cumpridas ou sua organização e estrutura eram ameaçadas e atacadas. Por um longo tempo, a Suprema Corte brasileira sofreu amargamente com o hipertrofiamento do Poder Executivo. Todavia, essa situação adquiriu outros contornos com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

A Constituição de 1988 estabeleceu uma gama de novidades em relação ao controle de constitucionalidade e, a partir da Emenda Constitucional n. 3 de 1993, o Brasil passou a ter cinco espécies de ações para o exercício do controle concentrado, quais sejam: a) Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI genérica; b) ADI por omissão; c) ADI interventiva; d) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF; e e) Ação Declaratória de Constitucionalidade –

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 87.

¹¹ CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*.

ADC. No que tange às referidas inovações trazidas pela Constituição de 1988, Barroso¹² esclarece que a principal mudança trazida foi a ampliação significativa do rol de legitimados e o fim do monopólio do procurador-geral da República no que tange ao ajuizamento da ADI.

O combate às arbitrariedades perpetradas pela ditadura, juntamente com a redemocratização do país, ocasionou não somente o fortalecimento das garantias e direitos fundamentais, mas também deu impulso para a ampliação do rol de ações e de legitimados à propositura das ações do controle abstrato de constitucionalidade, tornando-se, assim, mais acessível à sociedade. Para Ives Granda Martins e Gilmar Ferreira Mendes,¹³ a ampla legitimação conferida pelo constituinte originário objetivou o reforço do controle abstrato de normas, ocasionando uma significativa mudança no ordenamento jurídico brasileiro.

A Magna Carta de 1988 foi, incontestavelmente, um marco na história constitucional brasileira, sendo considerada por alguns doutrinadores um símbolo do renascimento do direito constitucional no Brasil. Alguns aspectos dessa Carta que merecem destaque são o amplo catálogo de direitos fundamentais e sociais, juntamente com a expansão da jurisdição constitucional e o fortalecimento dos poderes decisórios do Supremo Tribunal Federal. Indubitavelmente, a ampliação dos legitimados ativos para ajuizamento da ação direta, a criação de novas ações no âmbito do controle abstrato e as demais inovações trazidas pela CF/88 influenciaram a construção do cenário atualmente vivido pelo Judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao fortalecimento e expansão da atuação da Suprema Corte.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

“A Constituição de 1988 mudou extraordinariamente não só o direito constitucional brasileiro, mas as relações entre o Estado e os cidadãos e o papel político-institucional do Supremo Tribunal Federal”.¹⁴ De fato, atualmente verifica-se a existência de uma tendência à expansão da jurisdição constitucional no Brasil, conjuntura que tem contribuído decisivamente para o fortalecimento do Supremo Tribunal Federal, o qual frequentemente é acionado para decidir sobre questões sociais e políticas cada vez mais relevantes na sociedade.

Vale ressaltar que a Carta Constitucional em vigor está longe de ter um modelo político puramente majoritário. Nela foram estabelecidos rígidos limites

¹² BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*.

¹³ MARTINS, Ives Gandra Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10/11/1999*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 86.

¹⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*.

às decisões das maiorias a fim de preservar, principalmente, os direitos e garantias fundamentais. Ao Supremo Tribunal Federal foi conferida a averiguação do fiel cumprimento dos limites impostos pela Constituição. Assim, para que pudesse desempenhar seu papel com eficiência, foi dada à Suprema Corte um vasto número de competências e instrumentos decisórios, fortalecendo-a e ampliando a concentração de poder de decisão em sua jurisdição.

Não se pode olvidar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal foi nomeado de forma expressa como guardião da Constituição, bem como lhe foi conferido um extenso rol de competências originárias. Além disso, conforme salientado anteriormente, a Magna Carta de 1988 promoveu transformações de grande relevância no controle de constitucionalidade concentrado e abstrato, principalmente no que tange à sua estrutura, ações e ao elenco de legitimados para o ajuizamento das ações pertinentes, fortalecendo, assim, a atuação da Suprema Corte. Daniel Barile da Silveira se manifesta de forma pontual ao discorrer sobre o tratamento conferido ao STF após a promulgação da Constituição de 1988:

Nos termos das transformações trazidas em 1988 com a nova Carta Constitucional, um número bastante amplo de atribuições foram-lhe adquiridas, perfazendo com que o Tribunal se ocupasse tanto como intérprete oficial do texto da Constituição, configurando-se como um verdadeiro tribunal constitucional, tal qual tem exercido o mister de ser a última voz em matéria de recursos, no exercício de atribuições que são típicas de um tribunal de cassação. Por fim, é palco de ações originárias de entes políticos com prerrogativa de foro, caracterizando-o como um órgão de julgamento especializado. Ademais, a Constituição ainda lhe outorgou a função de ser o árbitro último de conflitos entre outros tribunais, como na relação entre Estados e organizações estrangeiras e entes políticos nacionais, além de apresentar-se como uma diretriz unificadora da jurisprudência nacional, dentre muitas outras tarefas de modo a perfilhar um vasto papel no Poder Judiciário brasileiro.¹⁵

É importante lembrar que fortalecimento institucional do Supremo não foi somente impulsionado pelas disposições normativas instituídas pelo constituinte originário, mas o Tribunal também ganhou força por meio dos atos legislativos emanados pelo poder constituinte derivado quando da edição da Emenda Constitucional n. 03/93 e da Emenda Constitucional n. 45/2004. Assim, após a edição da Constituição de 1988, tornou-se inevitável a consolidação da força institucional do Supremo Tribunal Federal e de suas decisões, juntamente com a ampliação dos instrumentos de controle de constitucionalidade.

¹⁵ SILVEIRA, Daniel Barile da. *O poder contramajoritário do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 117.

O papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal

Para Luís Roberto Barroso,¹⁶ as Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais em todo o mundo desempenham, ao menos de forma potencial, três grandes papéis ou funções: o papel contramajoritário, o representativo e o de vanguarda iluminista. Assim, seguindo a lição de Barroso, mas sem adentrar no mérito das funções representativa e iluminista, far-se-á uma breve análise do papel contramajoritário da Suprema Corte no cenário brasileiro.

Inicialmente, pode-se afirmar que a função contramajoritária se caracteriza pela possibilidade das cortes constitucionais invalidarem leis e atos normativos originados dos Poderes Executivo e Legislativo. Frise-se que a referida função gerou, principalmente durante a primeira metade do século XX, um amplo debate jurídico sobre *judicial review* em razão da consequente dificuldade contramajoritária enfrentada no controle de constitucionalidade das normas. A dificuldade contramajoritária, expressão desenvolvida por Alexander Bickel, caracteriza-se pela possibilidade de juízes não eleitos democraticamente pelo povo sobrepor suas decisões às escolhas de agentes políticos devidamente eleitos pela população para a condução do país.

Importa destacar que, por muito tempo, e até mesmo ainda hoje, o debate acerca do controle judicial de constitucionalidade tem tido como um de seus principais pontos de reflexão exatamente o possível caráter antidemocrático do *judicial review*, expressado pela dificuldade contramajoritária. Contudo, em que pese os pensamentos doutrinários divergentes, Luís Roberto Barroso entende que a função contramajoritária “é um papel legítimo dos tribunais, notadamente quando atuam, em nome da Constituição, para protegerem os direitos fundamentais e as regras do jogo democrático, mesmo contra a vontade das maiorias”.¹⁷

Com isso, importa expor o entendimento de Barroso acerca do exercício da função contramajoritária exercida pelo Supremo Tribunal Federal:

No Brasil, ao contrário do que se poderia supor, o Supremo Tribunal Federal desempenha este papel com parcimônia e autocontenção. É relativamente reduzido o número de leis federais declaradas inconstitucionais. Aqui uma observação é importante: o nível de judicialização no país é muito elevado, em razão de termos uma Constituição abrangente, que cuida de uma grande diversidade de matérias que, na maioria dos países, é deixada para a lei e para o processo político majoritário.¹⁸

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas*. Portal Consultor Jurídico. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/jbBH0U>>. Acesso em: 15/05/2016.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas*.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas*.

Daniel Sarmiento também se manifesta sobre a importância do papel contramajoritário exercido no Brasil pelo STF:

(...) não é difícil concluir acerca da essencialidade do papel contramajoritário do Poder Judiciário, em geral, e muito especialmente do STF, a quem compete precipuamente a atividade de intérprete final e de guardião da Constituição Federal. Não será por outro motivo que o STF, marcadamente nesse tempo de tão grandes transformações e transição políticas, sociais e econômicas, vem sendo chamado a julgar a constitucionalidade de uma gama cada vez mais variada de assuntos tão relevantes para o país (...).¹⁹

Assim, em que pese as controvérsias sobre o tema, o papel contramajoritário exercido pelo Supremo tem demonstrado ser peça fundamental para o ordenamento jurídico brasileiro. Vale ressaltar que é por causa dessa função que a Suprema Corte brasileira tem atuado cada vez mais como protagonista nas questões políticas e sociais de grande relevo no país. Por fim, impende destacar que, para Carlos Alexandre Azevedo Campos,²⁰ a situação atualmente vivida pelo STF trata-se de um dos “momentos constitucionais e infraconstitucionais de mais oportunidades formais para a judicialização da política e o ativismo judicial da história do Supremo Tribunal Federal”.

Ativismo no STF e suas críticas

Após a promulgação da Constituição de 1988, as decisões iniciais do Supremo Tribunal Federal foram marcadas pela autorrestrição. Nos primeiros anos, o Tribunal demonstrou redobrada cautela em seus julgados diante do novo cenário instaurado. Assim, a Suprema Corte brasileira respondeu, inicialmente, de forma lenta e gradual às mudanças geradas pela reafirmação democrática ocorrida no Brasil.

Contudo, em meados do ano 2000, a era do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal ganhou força e a autorrestrição foi perdendo espaço perante as decisões daquele tribunal. “É difícil precisar o momento exato dessa mudança, pois, como já dito, todo o processo foi gradual. A verdade é que, aos poucos, a Corte foi abandonando ortodoxias de autorrestrição judicial”.²¹

Frise-se que o ativismo no Supremo ganhou muito destaque em torno de dois campos distintos, porém, de extrema relevância na sociedade: a proble-

¹⁹ SARMENTO, Daniel. *O papel contramajoritário do STF*. Disponível em: <<http://goo.gl/kaTILI>>. Acesso em: 21/07/2016.

²⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*.

²¹ CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*.

mática de matérias políticas e das grandes questões morais e sociais contemporâneas. Assim, sobre a atuação cada vez mais ativista do STF, Lenio Streck manifesta-se:

Nos últimos anos, a atuação do Supremo Tribunal Federal tem ganhado cada vez mais destaque. Não apenas porque o número de demandas judiciais aumentou significativamente, caracterizando um cenário de intensa judicialização, mas também porque os temas levados a Plenário envolvem diretamente a atuação da cúpula dos demais Poderes. Em um curto intervalo de tempo, por exemplo, decidiu-se sobre o caso da “Lei da Ficha Limpa”, das uniões homoafetivas e dos direitos de reprodução (aborto de feto anencefálico e estudos com células-tronco embrionárias). Ou seja, em menos de dois anos, o STF julgou contendas paradigmáticas, diretamente ligadas ao interesse público. Em menos de dois anos e não apenas uma só vez, o STF ocupou um espaço que a Política – por assim dizer, o Parlamento – deveria ter aberto para uma ampla discussão democrática (e não o fez).²²

No mesmo sentido, Oscar Vilhena Vieira se manifesta ao criticar o STF:

Além da proeminência do Supremo, enquanto arena de deliberação pública, é importante buscar demonstrar o quanto o Supremo tem se afastado do modelo tradicional de legislador negativo, imaginado por Kelsen, quando justificou a necessidade de cortes constitucionais no continente europeu, nas primeiras décadas do Século XX. Gostaria de destacar aqui dois casos que demonstram que o Supremo vem não apenas conferindo efeito legiferante a algumas de suas decisões, mas que esta atuação legislativa eventualmente tem hierarquia constitucional. Tanto no caso da fidelidade partidária, MS 26.603/DF, como no caso da Reclamação 4.335-5/Acre, referente à constitucionalidade da lei de crimes hediondos, o Supremo parece ter dado um passo na direção do exercício do poder constituinte reformador.²³

De fato, por diversas vezes, questões políticas são trazidas para a apreciação do Judiciário, especialmente para o Supremo Tribunal Federal. Assim, incontestavelmente, a “positivação dos direitos fundamentais traz consigo a problemática do hipertrofiamento do Judiciário, atingindo temas que, originalmente, deveriam ser decididos por meio da regra majoritária”.²⁴

²² STRECK, Lenio Luiz. Prefácio. In: TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

²³ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremacia. *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2. São Paulo, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://goo.gl/9RZxhS>>. Acesso em: 21/07/2016.

²⁴ PASSOS, Daniel Silva. *Intervenção judicial nas políticas públicas: o problema da legitimidade*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 81.

No que tange especificamente à problemática das políticas públicas, Larissa Godoy assevera que:

As grandes questões em jogo na formulação e implementação das políticas públicas são levadas aos tribunais com uma roupagem jurídica que naturalmente reduz a complexidade dos problemas públicos. Nesse momento, os juízes constitucionais tornam-se protagonistas no processo de *policy-making*, embora não detenham, necessariamente, de instrumentos mais democráticos de tomada de decisão.²⁵

Destarte, o problema da legitimidade judicial para intervir em políticas públicas tem gerado intensa discussão no âmbito político e jurídico. Muitos são os argumentos contra a intervenção judicial em políticas públicas. Um deles é que a referida intervenção desrespeita a separação de poderes no momento em que o Poder Judiciário decide matérias atinentes ao Legislativo e ao Executivo. Outro argumento contrário encontra amparo em um alegado déficit democrático ligado ao intervencionismo judicial, em que os magistrados sobrepõem suas decisões sobre as escolhas dos representantes eleitos democraticamente:

Se “todo o poder emana do povo”, e este “o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente” (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), como justificar a atuação do magistrado, admitido nos quadros do Judiciário por meio de critérios burocráticos, revestido da prerrogativa de impugnar decisões políticas tomadas pelos representantes democraticamente eleitos? (...).²⁶

Para os defensores desses argumentos, a “inexistência de efetivos meios de controle das decisões judiciais potencializaria o risco de uma ditadura do Judiciário”.²⁷ Outro forte argumento contra a interferência do Judiciário segue em torno da complexidade do processo realização de políticas públicas, pois o referido poder não possuiria capacidade técnica específica para decidir sobre questões envolvendo políticas públicas, “desalinhando todo um desenho estrutural realizado com base em critérios essencialmente técnicos”.²⁸

ANÁLISE DE CASO: ADPF N. 347

Conforme demonstrado, a efetivação de políticas públicas por meio do Poder Judiciário vem sofrendo críticas incisivas, principalmente no que diz

²⁵ GODOY, Larissa Ribeiro da Cruz. A atuação do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas: o caso da demarcação dos territórios quilombolas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 5, número especial, 2015, p. 366.

²⁶ PASSOS, Daniel Silva. *Intervenção judicial nas políticas públicas: o problema da legitimidade*, p. 81.

²⁷ PASSOS, Daniel Silva. *Intervenção judicial nas políticas públicas: o problema da legitimidade*, p. 81.

²⁸ PASSOS, Daniel Silva. *Intervenção judicial nas políticas públicas: o problema da legitimidade*, p. 71.

respeito ao risco de um governo de juízes. Em meio às críticas, o Supremo Tribunal Federal tem figurado como alvo preferencial de vários juristas, haja vista que sua atuação tem sido marcada por posturas que ratificam o uso de expressões como “supremocracia”. Exemplo emblemático de postura ativista muito criticada foi a recente decisão cautelar prolatada na ADPF n. 347, em que se declarou a existência de um Estado de Coisas Inconstitucionais (ECI) no sistema carcerário brasileiro.

Contudo, antes de analisar a decisão prolatada e as críticas lançadas em face do ECI no Brasil, é necessário explanar o conceito, o histórico e a caracterização desse instituto.

Estado de Coisas Inconstitucional: histórico, conceito e caracterização

Em meados das décadas de 1980 e 1990, diversos países da América Latina foram protagonistas de grandes reformas constitucionais, fato que levou a consagração de uma gama de direitos fundamentais e sociais, juntamente com um consequente fortalecimento das cortes constitucionais. Diante desse novo cenário, a judicialização da política e o ativismo judicial ganharam destaque na proteção e na efetivação desses direitos. Dentre as cortes constitucionais latino-americanas, além do Supremo Tribunal Federal, a Corte Constitucional Colombiana tem tido um notável destaque em sua atuação, principalmente no que diz respeito ao seu viés hiperativista.²⁹

Complementando o posicionamento anteriormente exposto, Manuel José Cepeda-Espinosa³⁰ afirma que a doutrina colombiana “têm visivelmente permeado a prática e o discurso social em níveis imprevisíveis. Ademais, em tempos recentes, atores sociais e políticos tem gradualmente transferido à corte a solução de suas mais difíceis questões”. Assim, em razão de seu caráter ativista e de sua atuação criativa, a Corte Constitucional Colombiana tem tido expressivo destaque na doutrina constitucional internacional.

Uma das criações doutrinárias mais importantes realizadas pela Corte Constitucional Colombiana foi o Estado de Coisas Inconstitucional – ECI. O referido instituto teve grande importância para evidenciar as condições desumanas vividas pelos presidiários e migrantes colombianos. Segundo George Marmelstein Lima,³¹ o conceito de ECI foi desenvolvido pela Corte Constitu-

²⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*.

³⁰ CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court. *Washington Univ. Global Studies Law Review*, v. 3, 2004, p. 535. Disponível em: <<http://goo.gl/ubd0tj>>. Acesso em: 30/07/2016.

³¹ LIMA, George Marmelstein. *O Estado de Coisas Inconstitucional – ECI: apenas uma nova onda do verão constitucional?*, 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/PqFRJI>>. Acesso em: 15/07/2016.

cional Colombiana no combate à violação massiva de direitos fundamentais e tem como objetivo estabelecer soluções estruturais para graves falhas e omissões do poder público em face de populações vulneráveis, requerendo que os órgãos responsáveis adotem medidas eficazes a fim de solucionar o problema. Marmelstein ainda observa que o ECI foi criado originalmente por razões de ordem processual, com o objetivo de “suprir a ausência de um mecanismo jurídico-processual coletivo ou mesmo abstrato de proteção dos direitos fundamentais”.³²

Posteriormente, a emblemática *Sentencia T 153/98*, que versou sobre a superlotação e as péssimas condições estruturais do sistema penitenciário colombiano, mudaria radicalmente os contornos dados ao Estado de Coisas Inconstitucional. O referido instituto deixaria de ser apenas um mecanismo judicial coletivo para ser considerado um instrumento concretizador de soluções estruturais para situações de contínua inconstitucionalidade e violação de direitos fundamentais.

Vale destacar que a referida demanda denunciava circunstâncias de precariedade e constante violação de direitos humanos nas penitenciárias nacionais de Bogotá e de Bellavista de Medellín. Todavia, a Corte Constitucional Colombiana, ao apreciar a demanda, concluiu que o problema apresentava dimensões muito maiores e não se limitava somente aos presídios designados. Para a Corte, o sistema penitenciário colombiano, em sua totalidade, vivia um cenário de constante violação de direitos humanos.

Após a referida constatação, diversas diligências foram requeridas pela Corte Colombiana, objetivando um diagnóstico preciso sobre a situação carcerária do país. Outro não poderia ser o resultado se não a confirmação de uma incontestável violação da dignidade humana sofrida pelos presos colombianos. Assim sendo, a Corte Colombiana declarou a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional nos presídios do país, bem como instituiu diversas imposições, tais como: a elaboração de um planejamento para a construção e reforma das unidades carcerárias; a deliberação pelo governo colombiano de recursos orçamentários a serem utilizados; a criação e manutenção de presídios próprios aos governadores e a realização de ações necessárias para a proteção dos direitos dos presidiários no país.

Contudo, a execução das ordens emanadas no *Sentencia T 153/98* pela Corte Constitucional Colombiana não foram efetivas, tanto é que em 2013 a supracitada Corte declarou, mais uma vez, um Estado de Coisas Inconstitucional em face do sistema carcerário colombiano. Frise-se que, segundo Carlos Alexandre

³² LIMA, George Marmelstein. *O Estado de Coisas Inconstitucional – ECI: apenas uma nova onda do verão constitucional?*

de Azevedo Campos,³³ uma das principais razões do fracasso da medida foi a falta de fiscalização na efetivação das ordens emanadas pela Corte.

Outro caso com expressiva repercussão, que também versou sobre o Estado de Coisas Inconstitucional, foi o *Sentencia T 025/2004*, que tratava sobre a situação degradante vivida pelos migrantes internos da Colômbia obrigados a abandonar suas moradias em razão da violência ocasionada por conflitos armados. Neste passo, Carlos Alexandre de Azevedo Campos³⁴ esclarece que a referida decisão proferida pela Corte Colombiana é a mais importante do gênero. No caso em comento, a Corte examinou 108 pedidos de tutelas feitos por 1.150 famílias deslocadas, sendo a maior parte dessa população formada por minorias étnicas, mulheres, menores e idosos. A título argumentativo, as famílias alegaram a inexistência de direitos básicos como educação, trabalho, moradia, saúde e educação. Após o julgamento da lide, a Corte Colombiana entendeu estarem presentes os principais critérios que caracterizavam o ECI.

Em face da decisão colombiana, e segundo Campos, pode-se afirmar que para caracterização do Estado de Coisas Inconstitucional são necessários três pressupostos: a) a perpetuação de um quadro de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais; b) existência de uma falha estrutural que viole direitos fundamentais e que gere o agravamento da situação; c) necessidade de mudanças a serem efetivadas por uma pluralidade de órgãos por meio de novas políticas públicas, alocação de recursos etc.³⁵

Conforme expõe o referido jurista, diferentemente da *Sentencia T 153/98*, a declaração de Estado de Coisas Inconstitucional tratada no caso acima teve suma importância para a mudança da situação vivida pelos migrantes colombianos. Em sua concepção, a Corte Colombiana foi mais flexível em suas ações, na medida em que requereu uma solução para o problema, mas sem usurpar o papel das autoridades competentes ao impor a forma como aquela situação deveria ser solucionada. Vale ressaltar que, na fase de implementação das medidas, a Corte fiscalizou e dialogou com os demais poderes e com a sociedade sobre a adequação das ações adotadas. Para Campos,³⁶ os bons resultados obtidos foram fortemente influenciados pela flexibilidade da decisão e da utilização conjunta do ativismo judicial e dos diálogos institucionais implementados pela realização de audiências públicas periódicas e do acompanhamento das políticas públicas efetuadas.

³³ CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional. *Portal Jota*, 4 maio 2015. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/YR15R>>. Acesso em: 05/07/2016.

³⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. *Portal Consultor Jurídico*. Brasília, 1 set. 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/H3Uieu>>. Acesso em: 05/07/2016.

³⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural.

³⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural.

De fato, o ECI chamou atenção para o cenário crítico vivido pelos migrantes e prisioneiros colombianos, mas as decisões de ambos os casos trouxeram consequências distintas, uma se mostrou mais eficaz e a outra tivera pouquíssima repercussão prática. Conforme se infere, o Estado de Coisas Inconstitucional trouxe, por um lado, certos avanços e benefícios para a sociedade colombiana, contudo, não se mostra como solução eficaz e definitiva, haja vista que os problemas sociais aqui expostos ainda permeiam significativamente a sociedade colombiana. Em que pese o Estado de Coisas Inconstitucional seja um louvável instrumento no combate à violação de direitos fundamentais, o referido instituto vem recebendo diversas críticas de juristas brasileiros, principalmente após a decretação do ECI pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da medida cautelar requerida na ADPF n. 347.

Breve resumo da decisão cautelar prolatada na ADPF n. 347

Em 27 de agosto de 2015, o STF iniciou o julgamento da Medida Cautelar pleiteada na ADPF n. 347 com relatoria do ministro Marco Aurélio. A referida ação foi ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) com o intuito de requerer ao STF o reconhecimento e a declaração da existência de um Estado de Coisas Inconstitucional em face do sistema prisional brasileiro. Além da declaração do ECI, foram pleiteadas medidas que ocasionavam uma interferência direta na implementação de políticas públicas, em escolhas orçamentárias e em questões de ordem processual penal, com o argumento de que tais ações viriam a minimizar a superlotação dos presídios e as condições desumanas do encarceramento.

Na referida ação, o PSOL argumentou que a superlotação e as condições degradantes dos presídios brasileiros não coadunam com os ditames constitucionais, pois diariamente são violados princípios basilares do Estado Democrático de Direito, como a dignidade da pessoa humana, e diversos direitos fundamentais são transgredidos, como por exemplo, a vedação à tortura e ao tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça, os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança física dos presos, entre outros.³⁷

Além disso, o partido alegou também que a União estaria contingenciando os recursos do Fundo Penitenciário, pois não estava repassando aos estados; que o Poder Judiciário não estaria observando os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos em que se encontra assegurado o direito à audiência de custódia, bem como que as referidas medidas reduziriam a superlotação dos presídios brasileiros.³⁸

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 347. Relator: Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 21/06/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-136 DIVULG 29/06/2016 PUBLIC 30/06/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 18/05/2016.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal.

Ao julgar a liminar requerida, os ministros do Supremo Tribunal resolveram, por maioria e nos termos do voto do ministro Marco Aurélio, determinar aos juízes e tribunais que realizassem audiências de custódia, em observância aos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, no período de até noventa dias, possibilitando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão. Também foi deferido pela maioria dos ministros que a União se abstivesse de efetuar novos contingenciamentos e realizasse a liberação do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional, de modo que sua utilização viesse a atender os fins para o qual foi criado.

Nesse contexto, é imprescindível destacar aos argumentos levantados pelo ministro Marco Aurélio sobre a problemática enraizada no sistema prisional brasileiro que, ao fundamentar sua decisão, abordou, por exemplo, a situação vexaminosa do sistema penitenciário brasileiro, a violação de direitos fundamentais e o aumento da criminalidade, a responsabilidade do Poder Público e o papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal. O referido ministro também asseverou que a situação vivida atualmente não é culpa exclusiva de um único Poder, mas sim dos três poderes e que também não deve ser atribuída responsabilidade do problema somente à União, mas a todos os demais entes, haja vista a inexistência de uma coordenação institucional. Quanto à atuação do STF, este ministro justificou o papel ativista exercido pelo Supremo Tribunal Federal em razão da patente transgressão à dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial, bem como asseverou que apenas a Suprema Corte seria capaz de combater os bloqueios políticos e institucionais que impedem a superação do problema.³⁹

Após a prolação do julgado, diversos juristas consagrados se manifestaram a respeito da decisão cautelar prolatada na ADPF n. 347. Todavia, não houvera consenso entre as opiniões. De um lado, alguns aplaudiram e louvaram a referida decisão. De modo contrário, houveram os que criticaram de forma veemente a postura adotada pelo Supremo Tribunal Federal. Assim sendo, é necessário expor as críticas sobre a decisão prolatada na ADPF n. 347.

DAS CRÍTICAS PERANTE A DECISÃO CAUTELAR PROFERIDA NA ADPF N. 347

Diversos são os questionamentos voltados contra o estabelecido pela Suprema Corte na ADPF n. 347, principalmente em relação à declaração de um Estado de Coisas Inconstitucional e à intervenção demasiada do poder Judiciário em matéria de políticas públicas. Dentre os diversos argumentos levantados pelos juristas se destacam: a adoção de modo automático e inadequado das teses

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal.

doutrinárias estrangeiras em meio ao ordenamento jurídico pátrio; a possibilidade de uma futura banalização do ECI; a falta de efetividade do referido instituto para a resolução concreta dos problemas; a impossibilidade do Supremo Tribunal Federal poder declarar o ECI, haja vista que nosso ordenamento somente autoriza a declaração da inconstitucionalidade de normas; a existência de uma afronta à separação de poderes e de um ativismo judicial exacerbado na implementação de políticas públicas.

Entre os críticos mais ferrenhos aparecem Lenio Streck, Rafaelle de Giorgi, José Eduardo Faria e Celso Campilongo. Streck é conhecido perante a doutrina nacional e internacional como severo crítico ao ativismo judicial, principalmente quanto à atuação ativista do STF. Em relação à medida cautelar da ADPF n. 347, não poderia ter sido diferente, Lenio Streck⁴⁰ não poupou suas ferrenhas críticas à Suprema Corte brasileira. No site Consultor Jurídico, o jurista afirmou ser o ECI uma nova forma de ativismo judicial e que a própria tese desse instituto é tão abrangente que se torna difícil combatê-la. Para ele, o ponto central da discussão situa-se nas escolhas das políticas públicas, as quais não devem estar disponíveis ao Poder Judiciário, haja vista que não se pode efetivar um estado social com base em decisões judiciais.

Streck ainda manifestou seu receio quanto à banalização da utilização do Estado de Coisas Inconstitucional, alertando sobre o modo errôneo como esse instituto foi construído e quanto à impossibilidade de se declarar a existência de inconstitucionalidade sobre coisas:

(...) com a vênua da decisão do STF (ADPF n. 347) e dos que defendem a tese do ECI, permito-me dizer: o objeto do controle de constitucionalidade são normas jurídicas, e não a realidade empírica – vista de forma cindida – sob a qual elas incidem. Portanto, minha discordância é com o modo como a noção de ECI foi construída. Receio pela banalização que ela pode provocar. Tenho receio de um retorno a uma espécie de jusnaturalismo ou uma ontologia (clássica) que permita ao judiciário aceder a uma espécie de “essência” daquilo que é inconstitucional pela sua própria natureza-em-um-país-periférico. Uma espécie de realismo moral.⁴¹

Complementando seu posicionamento, Lenio Streck afirma também que:

(...) o ECI acarreta o risco (também) de ser utilizado para fins retóricos. Explico: não seria necessário lançar mão desse “argumento de teoria

⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. Observatório constitucional: estado de coisas inconstitucional é uma nova forma de ativismo. *Portal Consultor Jurídico*. Brasília, 24 out. 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/nTsuzB>>. Acesso em: 15/07/2016.

⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. Observatório constitucional: estado de coisas inconstitucional é uma nova forma de ativismo.

colombiana” para tratar do que a legislação processual penal brasileira já prevê. Ora, na especificidade da questão penitenciária, o Poder Legislativo estabeleceu exigências para o uso republicano e destinação dos fundos penitenciários a cargo da administração judicial e do Departamento Penitenciário Nacional. São, portanto, exigências legais, estabelecidas pelo Poder Legislativo. E não pelo Poder Judiciário.⁴²

Os argumentos levantados pelo jurista levam a alguns questionamentos sobre os limites de atuação do Poder Judiciário e, principalmente do STF: até que ponto o referido poder pode utilizar-se da criatividade, de uma postura ativista, para intervir em políticas públicas? O Judiciário está se tornando um superpoder perante o ordenamento jurídico brasileiro? Até que ponto a declaração do ECI é eficaz na resolução do problema do sistema carcerário no Brasil? A fim de responder tais questionamentos, cabe colacionar a manifestação do Juiz Federal George Marmelstein Lima acerca do Estado de Coisas Inconstitucional declarado pelo STF na ADPF n. 347:

Como se nota, o ECI é um instituto bastante ambicioso, já que, por meio dele, busca-se resolver pronta e eficazmente problemas complexos de natureza estrutural de largas proporções. A prudência, porém, nos recomenda a ser mais cauteloso quanto às possibilidades do instituto. Cautela aqui em dois sentidos. Em primeiro lugar, na própria definição do papel do Judiciário nesse processo. O modelo só faz sentido se o órgão judicial tiver plena consciência dos limites de sua atuação. O propósito do ECI não deve ser o de transformar o Judiciário em um superórgão responsável pela elaboração e execução de políticas públicas. Deve ser justamente o oposto disso, pois, nesse modelo, os juízes não exercem um papel de substituição, mas de mera supervisão ou acompanhamento de um projeto que foi planejado pelos entes responsáveis, dentro de suas respectivas esferas de competência. (Nesse ponto, pode-se criticar o pedido formulado na ADPF n. 347/DF, que, claramente, deturpa parcialmente o modelo, já que são apresentadas medidas concretas de solução que seriam, caso deferidas, impostas pelo Judiciário sem uma análise dos órgãos responsáveis). A segunda cautela é quanto à própria eficácia do instituto. Sem dúvida, o ECI não é o antídoto capaz de resolver todos os problemas da humanidade. Na verdade, ele é muito menos eficaz quanto se pensa. (...) Não se pode supervalorizar o papel do judiciário na implementação de soluções de largo alcance. O poder judicial tem uma capacidade limitada de fazer valer os direitos fundamentais, sobretudo quando estamos diante de decisões de alta magnitude, como a que determina o fim das violações dos direitos dos presos

⁴² STRECK, Lenio Luiz. Observatório constitucional: estado de coisas inconstitucional é uma nova forma de ativismo.

ou a efetivação de direitos econômicos, sociais e culturais. (...) Além disso, mesmo que se reconheça um papel restritivo da função judicial no modelo de superação da ECI, é de que se questionar se o judiciário brasileiro tem estrutura para tanto.⁴³

De fato, deve haver muita cautela quanto à utilização do instituto aqui abordado, tendo em conta que sua supervalorização pode revelar uma falsa prontidão no combate às violações de direitos fundamentais. Não se pode olvidar, ainda, dos riscos da intromissão do Poder Judiciário na seara das políticas públicas. Como bem ressaltou Marmelstein, o juiz não deve substituir o Poder Legislativo na execução de políticas públicas, mas apenas supervisioná-lo em sua atuação. Assim, não cabe ao Poder Judiciário interferir em escolhas políticas, usurpando o papel do Legislativo, sob pena de malferir o princípio da separação de poderes e originar um superpoder. Manifestando-se, nesse sentido, Raffaele de Giorgi, José Eduardo Faria e Celso Campilongo trazem à discussão questionamentos intrigantes em torno do ECI:

Qual a competência de uma Corte Suprema para “compensar a incompetência” do sistema político? Ela pode compensar a inércia dos outros Poderes com sua competência ativa? Quem controlaria a correção jurídica do decreto (político) de ECI? Teria a Corte competência para compensar sua própria incompetência? O reconhecimento de um ECI é jurídico ou político? Que sanção prevê? Persistindo a inércia, o que faz a Corte? Determina a prisão dos inertes? Mas que ilicitude praticaram? Omissão? Indenizarão aos prejudicados? Ressarcidos os danos, a inércia subsistirá? (...). Num país marcado pelos sem-teto, sem-saúde, sem-educação e sem-segurança, o conceito de ECI despreza o fato de que o sistema jurídico não tem estruturas, meios e organizações que lhe permitam corrigir essas mazelas por sentenças judiciais.⁴⁴

Indubitavelmente, muitas dúvidas ainda pairam sobre o Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil. Exportar uma teoria e aplicá-la em outro ordenamento jurídico não é uma tarefa tão simples. No caso do ECI, é necessário que sejam feitos esclarecimentos específicos no que diz respeito à sua natureza, competência, execução e consequências. Vale ressaltar que Giorgi, Faria e Campilongo ainda criticaram duramente os conceitos que fundamentam o instituto, caracterizando-os como paradoxais, principalmente no que diz respeito a sua utilização no combate de litígios estruturais.⁴⁵

⁴³ LIMA, George Marmelstein. *O Estado de Coisas Inconstitucional – ECI*: apenas uma nova onda do verão constitucional?

⁴⁴ GIORGI, Raffaele; FÁRIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. Estado de Coisas Inconstitucional. *Estadão*, 19 set. 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/s3uhyv>>. Acesso em: 16/07/2016.

⁴⁵ GIORGI, Raffaele; FÁRIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. Estado de Coisas Inconstitucional.

Manifestando-se de modo mais ameno, mas também em tom crítico, José Ribas Vieira reconhece a potencialidade do instituto no combate às violações de direitos fundamentais, porém, acredita que o Estado de Coisas Inconstitucional não foi tratado nem pelos autores da ação, nem pelos ministros do STF, conforme concebido pela Corte Constitucional Colombiana, considerando-se que, na decisão cautelar em comento, não foram estabelecidos mecanismos de participação deliberativa, de monitoramento e controle social, instrumentos imprescindíveis para a efetividade do ECI segundo o jurista. Frise-se que Ribas Vieira classificou a decisão da Suprema Corte como “mandatória e monológica”.⁴⁶

Especificamente quanto à determinação sobre a liberação da verba contida no Fundo Penitenciário Nacional, o jornalista Felipe Recondo⁴⁷ assevera que a liberação do fundo não é a solução no combate ao ECI, pois é necessária vontade política dos governadores para efetivar as mudanças necessárias nos presídios do Brasil. Contudo, essa vontade e compromisso político não foram mostrados até o momento.

Infelizmente, ainda hoje o cenário degradante dos presídios ainda perdura. Mesmo após a declaração da existência de um Estado de Coisas Inconstitucional, da determinação do descontingenciamento do fundo penitenciário e da realização das audiências de custódias, nada mudou. Apesar de o tempo decorrido não ter sido suficiente para efetivar a mudança esperada no sistema penitenciário brasileiro, observa-se, contudo, que a decisão do STF também não apresenta concreta efetividade.

Ao analisar os pedidos deferidos na ADPF n. 347, percebe-se que nem mesmo a realização das audiências de custódia tem tido o resultado efetivamente esperado. No âmbito estadual, os problemas na realização das audiências de custódia são imensos, principalmente quanto ao descumprimento de prazo de 24 horas para a sua realização. Frise-se que não se quer aqui desprezar ou questionar a importância dessa medida para ordenamento jurídico brasileiro, contudo, em muitos estados não há estrutura suficiente para a execução das referidas audiências. Exemplo disso é o Estado do Ceará, no qual uma audiência de custódia tem demorado em média 20 dias para ocorrer, conforme publicado pelo jornal O Povo:

O projeto Audiências de Custódia, lançado há três meses em Fortaleza, estabelece que as pessoas presas em flagrante na Capital fiquem frente a frente com um juiz em, no máximo, 24 horas. O prazo, entretanto,

⁴⁶ VIEIRA, José Ribas. Estado de coisas fora do lugar? *Portal Jota*, 5 out. 2015. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/1VGA3>>. Acesso em: 17/07/2016.

⁴⁷ RECONDO, Felipe. Por que liberar o Funpen não é a solução? *Portal Jota*, 18 set. 2015. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/ZGF1E>>. Acesso em: 21/07/2016.

não está sendo cumprido. Segundo magistrados que atuam nas varas responsáveis, os suspeitos estão aguardando entre 15 e 20 dias pela realização das sessões.⁴⁸

Vale ressaltar, ainda, que em entrevista concedida ao blog do repórter Frederico Vasconcelos, do jornal Folha de São Paulo, o juiz Joarez Rusch, da comarca de Lages, interior de Santa Catarina, salientou a falta de estrutura das pequenas comarcas para efetivação das audiências de custódia e a ausência de efetividade prática da medida em sua concepção:

Juiz Joarez Rusch – As pequenas Comarcas não possuem a mínima estrutura, tanto de pessoal, não somente do Judiciário, mas de Agentes para condução do preso, pessoal para segurança e mesmo Defensores, como física, para a realização da audiência de uma forma efetiva e segura. (...) Não vejo grandes resultados, em qualquer direção, com a implantação da dita audiência, salvo, negativamente, o evidente aumento de custo.⁴⁹

Conforme exposto, mesmo com a decisão em caráter liminar prolatada na ADPF n. 347, as determinações do Supremo Tribunal Federal tem tido pouca efetividade. Notoriamente, ainda há um grande caminho a ser percorrido no combate à condição desumana instalada nos presídios brasileiros. Em que pese a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional tenha servido para chamar a atenção da sociedade sobre a situação insustentável vivida pelos presidiários no Brasil, percebe-se que talvez as determinações do STF e a declaração do ECI não tenham sido o melhor caminho no combate ao problema.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: SUPEREGO DA SOCIEDADE?

A partir do século XX, o fenômeno do constitucionalismo ganhou grande importância no cenário mundial, fato que ocasionou mudanças profundas nas funções exercidas pelo Poder Judiciário em diversos países, inclusive no Brasil. O referido poder deixou de ser a mera boca da lei para ser protagonista em decisões importantes relacionadas a questões sociais, ganhando força e destaque em sua atuação.

É importante salientar que esse crescimento do Poder Judiciário também esteve presente no constitucionalismo alemão, sendo analisado pela professora Ingeborg Maus em sua obra intitulada *O Judiciário como superego da sociedade*

⁴⁸ O POVO. *Presos chegam a esperar 20 dias por audiência de custódia*. Fortaleza, 2 dez. 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/xfSF9a>>. Acesso em: 02/07/2016.

⁴⁹ RUSCH, Joarez. *Audiência de custódia: prós e contras*. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 24 ago. 2015. Entrevista concedida a Frederico Vasconcelos. Disponível em: <<http://goo.gl/JzYviL>>. Acesso em: 21/07/2016.

orfã. Maus, utilizando-se de conceitos de psicologia e fazendo uma analogia à figura do pai que representa o superego do filho, destaca em sua obra que as instituições políticas da Alemanha eram responsáveis por organizar a sociedade, todavia, com a instalação de uma crise democrática e da desconfiança em relação às referidas instituições, a sociedade alemã sentiu-se “órfã”, passando a necessitar de um novo “pai” para gerir as demandas sociais. Dessarte, o novo superego da sociedade passaria a ser o Judiciário.

Em sua obra a autora faz críticas ao Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, principalmente em relação à sua atuação, pois, em sua concepção, por diversas vezes, aquele Tribunal age como verdadeiro parlamento ou última instância da definição de todos os valores de uma sociedade.⁵⁰ Neste passo, cabe colacionar parte da análise-crítica de Maus sobre a atuação do Poder Judiciário:

A ascensão da Justiça a última instância de consciência da sociedade é acompanhada, em alguns ramos dos Tribunais, por um método de aplicação do Direito que frente às representações de Montesquieu não somente as corrige em seus momentos ilusórios, como as inverte detalhadamente. (...) Nas teorias atuais da metodologia jurídica predominantes o condicionamento legal-normativo da Justiça quase que desaparece sob o peso de orientações teleológicas, analógicas, tipológicas, ou procedimentos tópicos, finalísticos, eficacionais, valorativos, bem como a própria escolha pelo juiz do “método adequado” entre as concepções concorrentes.⁵¹

Voltando ao cenário jurídico nacional, pode-se afirmar que o Poder Judiciário brasileiro tem se utilizado cada vez mais do ativismo judicial em decisões de especial relevo para a sociedade, proferindo, por muitas vezes, a última palavra até mesmo em questões essencialmente políticas. Todavia, é necessário que este crescimento do Poder Judiciário, principalmente do Supremo Tribunal Federal, venha acompanhado de limitações, haja vista o risco de abusos e da instalação de um superpoder.

Incontestavelmente, cada vez mais questões que deveriam ser decididas pelos Poderes Executivo e Legislativo são levadas ao Poder Judiciário. A inércia desses poderes tem contribuindo de forma considerável para o fortalecimento exacerbado do Supremo Tribunal Federal, tendo em conta que o referido órgão é o competente para proferir última palavra nas demandas levadas ao Judiciário. Assim, nesse sentido, tem se manifestado Lenio Streck ao criticar o fortalecimento excessivo da Suprema Corte no Brasil:

⁵⁰ MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. *Novos Estudos Cebrap*. São Paulo, n. 58, nov. 2000, p. 183-202.

⁵¹ MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*, p. 193.

Legislativo *versus* Executivo. Para onde vai esse tensionamento? Para o Poder Judiciário, mais especificamente, o Supremo Tribunal Federal. Assim, mais tensões, mais demandas ao STF; mais forte este fica. Inércia do Executivo? Demandas que vão ao Judiciário lato sensu, que, assim, fica mais forte. Inércia do Legislativo? Idem. E o Judiciário se fortalece dia a dia. Não há Judiciário mais poderoso no mundo do que o do Brasil.⁵²

Neste passo, interessante salientar o entendimento de Antonie Garapon, trazido por STRECK, TASSINARI e LEPPER, que, em 1996, já classificava o Poder Judiciário como “guardador de promessas”:

Antoine Garapon, já em 1996, tratava do Poder Judiciário como “o guardador de promessas”. Logo nas primeiras páginas de seu texto, Garapon afirma que, na atual conjuntura, “nada mais pode escapar ao controle do juiz” (...). Nesse sentido, Garapon afirma que a atuação jurisdicional é acentuada de tal forma que os juízes passam a ser considerados como “últimos ocupantes de uma função de autoridade – clerical e até paternal – abandonada por seus antigos titulares”. Assim, para o autor, à noção de ativismo judicial e de governo de juízes subjaz uma tentativa de redenção, pela qual o juiz torna-se, inclusive, árbitro dos bons costumes.⁵³

Coincidentemente ou não, as críticas lançadas por Maus ao Tribunal Constitucional Alemão se adequam perfeitamente à situação vivida pelo Brasil. Atualmente, a sociedade brasileira se encontra carente de representatividade e desiludida politicamente, contudo, tem visto no Judiciário um herói infalível no combate a todos os males sociais. Destaque-se que cada vez mais a atuação de juízes e de ministros do Supremo Tribunal Federal tem sido notícia nas páginas dos jornais brasileiros. Não raramente, juízes e ministros do STF tem sido considerados super-heróis da nação. Exemplos emblemáticos disso são o juiz Sergio Moro e o ex-ministro do STF Joaquim Barbosa, ambos enaltecidos pela sociedade por suas atuações no combate à corrupção.

Nesse contexto, é de se notar que o Poder Judiciário brasileiro está seguindo o caminho da primazia da jurisdição constitucional em detrimento da supremacia da lei. A crescente hipertrofia e a adoção de uma postura cada vez mais ativista do Supremo Tribunal Federal tem feito jus ao termo supremocracia criado por Oscar Vilhena Vieira.

⁵² STRECK, Lenio Luiz. O Supremo, o contramajoritarismo e o “pomo de ouro”. *Portal Consultor Jurídico*. Brasília, 12 jul. 2012. Disponível em: <<http://goo.gl/AQdd82>>. Acesso em: 22/07/2016.

⁵³ STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 5, número especial, p. 51-57, 2015, p. 57.

Por oportuno, é necessário salientar que a reflexão trazida por esse trabalho é no sentido de chamar a atenção para os excessos nas intervenções do Poder Judiciário, principalmente no que tange à atuação do Supremo Tribunal Federal no contexto das políticas públicas, bem como demonstrar a necessidade de conter tais excessos sob pena de criar-se um superpoder Judiciário.

Assim, em face de todo o exposto, mostra-se extremamente necessário uma maior autocontenção por parte do Poder Judiciário, principalmente em relação à sua atuação perante as questões políticas. Também se mostra relevante a utilização de diálogos institucionais, haja vista que a pluralidade gerada por esses diálogos tende a enriquecer o debate entre poderes, tornando-o mais amplo e democrático, de forma a contribuir para o equilíbrio entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A constante omissão do Legislativo e Executivo tem ocasionado uma crescente judicialização de questões políticas no Brasil e, conseqüentemente, o aumento de decisões ativistas por parte dos magistrados. Contudo, essa expansão de julgados ativistas tem gerado um importante debate acerca dos limites da interferência do Poder Judiciário em escolhas políticas.

Nesse contexto, é necessário ressaltar que o Supremo Tribunal Federal tem sido protagonista perante as críticas em torno do ativismo judicial. Por ser a última instância do Poder Judiciário, a Suprema Corte tem decidido de forma criativa e ativista questões de suma importância para a sociedade. Exemplo de recente julgado duramente criticado pela doutrina, foi a decisão cautelar prolatada na ADPF n. 347, que declarou a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional diante do sistema prisional brasileiro, além de determinar medidas que intervinham diretamente nas escolhas políticas do Poder Executivo e do Legislativo.

Assim, em meio ao debate, muitas dúvidas surgiram por conta da declaração da existência de um Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil, tais como: até que ponto o Judiciário pode utilizar-se da criatividade, de uma postura ativista, para intervir em políticas públicas? O Judiciário está se tornando um superpoder perante o ordenamento jurídico brasileiro? Até que ponto a declaração do ECI é eficaz na resolução do problema do sistema carcerário no Brasil?

De fato, muitos são os questionamentos apresentados pela decisão cautelar da ADPF n. 347, contudo, é necessário que o Judiciário tenha cuidado, devendo fazer uso de uma maior autocontenção em decisões envolvendo questões políticas para que não usurpe o papel exercido pelos demais poderes. Vale ressaltar que não se pode concretizar um estado social pelas decisões judiciais e que o Judiciário, principalmente o STF, deve ter consciência de seu papel como órgão de supervisão e fiscalização na implementação de políticas públicas.

Frise-se que o ECI se revela como instituto ambicioso no combate às violações de direitos fundamentais. Todavia, sua real eficácia não tem sido comprovada, haja vista que, ainda hoje, tanto na Colômbia como no Brasil, os problemas de ambos os sistemas penitenciários ainda estão presentes. Infelizmente, o Estado de Coisas Inconstitucional apenas tem servido para chamar a atenção da sociedade para a situação degradante e calamitosa das penitenciárias do país, considerando-se que os demais comandos decisórios prolatados na ADPF n. 347 não tem se mostrado realmente efetivos. Assim, como se percebe, o ECI não pode ser concebido como instrumento apto para a resolução definitiva dos grandes problemas sociais.

É necessário reconhecer a limitação estrutural do Judiciário para decisões de largo alcance como a prolatada em face da ADPF n. 347, já que a capacidade desse poder para efetivar direitos fundamentais não é infinita. Mesmo decisões bem fundamentadas, poderão se tornar meros mandamentos estabelecidos em uma folha de papel caso não haja o compromisso em fazer valer o direito requerido. Inegavelmente, a luta contra a violação de direitos fundamentais vai muito além de mero voluntarismo judicial.

Comumente se tem visto a aclamação de juízes e ministros como heróis do povo no combate aos males sociais do país. A existência de uma sociedade descrente em seus gestores e em seus representantes políticos tem contribuído consideravelmente para o fortalecimento do Judiciário e da crença social de que, somente pela atuação dos magistrados, a ineficiência dos demais poderes será efetivamente suprida.

É nesse contexto que se encaixa perfeitamente a teoria trazida por Ingeborg Maus ao caracterizar o Poder Judiciário como superego de uma sociedade órfã. A autora faz em sua obra uma análise sobre o papel exercido pela Corte Constitucional Alemã, bem como critica o referido tribunal por atuar como verdadeiro parlamento ou última instância da definição de todos os valores de uma sociedade. Maus, ao fazer uma analogia à figura do pai que representa o superego do filho, destaca que em razão da instalação de uma crise democrática e da desconfiança em relação às instituições políticas, a sociedade alemã sentiu-se “órfã”, passando a necessitar de um novo “pai” para gerir as demandas sociais, o qual viria ser o Judiciário.

A tese de Maus se adequa completamente à realidade brasileira, já que o Judiciário, por meio da atuação de juízes e ministros do Supremo Tribunal Federal, tem sido considerado a última esperança da sociedade em face da ineficiência dos poderes Executivo e Legislativo. De fato, a sociedade brasileira se encontra órfã de representatividade, vendo no Judiciário, em especial no Supremo tribunal Federal, seu superego na representação dos valores sociais.

Sendo assim, tem se mostrado imprescindível para harmonização e atuação adequada dos poderes uma maior autocontenção por parte do Judiciário, espe-

cialmente no que se refere à sua intromissão em políticas públicas. Do mesmo modo, se faz necessária a utilização de diálogos institucionais para consolidar e fortalecer o equilíbrio entre os poderes.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição & ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 275-290.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. 4. ed., jan. 2009. Disponível em: <<http://goo.gl/hRs5sP>>. Acesso em: 16/05/2016.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas*. *Portal Consultor Jurídico*. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/jbBH0U>>. Acesso em: 15/05/2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Forense, 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional. *Portal Jota*, 4 maio 2015. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/YR15R>>. Acesso em: 05/07/2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. Estado de coisas inconstitucional e o litígio estrutural. *Portal Consultor Jurídico*. Brasília, 1 set. 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/H3Uieu>>. Acesso em: 05/07/2016.

CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court. *Washington Univ. Global Studies Law Review*, v. 3, 2004, p. 535. Disponível em: <<http://goo.gl/ubd0tJ>>. Acesso em: 30/07/2016.

GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. Estado de Coisas Inconstitucional. *Estadão*, 19 set. 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/s3uhyv>>. Acesso em: 16/07/2016.

GODOY, Larissa Ribeiro da Cruz. A atuação do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas: o caso da demarcação dos territórios quilombolas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 5, número especial, 2015, p. 361-373.

LIMA, George Marmelstein. *O Estado de Coisas Inconstitucional – ECI: apenas uma nova onda do verão constitucional?*, 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/PqFRjI>>. Acesso em: 15/07/2016.

MARTINS, Ives Gandra Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10/11/1999*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. *Novos Estudos Cebrap*. São Paulo, n. 58, nov. 2000.

O POVO. *Presos chegam a esperar 20 dias por audiência de custódia*. Fortaleza, 2 dez. 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/xfSF9a>>. Acesso em: 02/07/2016.

PASSOS, Daniel Silva. *Intervenção judicial nas políticas públicas: o problema da legitimidade*. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RECONDO, Felipe. Por que liberar o Funpen não é a solução? *Portal Jota*, 18 set. 2015. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/ZGF1E>>. Acesso em: 21/07/2016.

RUSCH, Joarez. Audiência de custódia: prós e contras. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 24 ago. 2015. Entrevista concedida a Frederico Vasconcelos. Disponível em: <<http://goo.gl/JzYviL>>. Acesso em: 21/07/2016.

SARMENTO, Daniel. *O papel contramajoritário do STF*. Disponível em: <<http://goo.gl/kaT1L1>>. Acesso em: 21/07/2016.

SILVEIRA, Daniel Barile da. *O poder contramajoritário do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Atlas, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Prefácio. In: TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto, o ativismo judicial, em números? *Portal Consultor Jurídico*. Brasília, 26 out. 2013. Disponível em: <<http://goo.gl/6AONHD>>. Acesso em: 15/07/2016.

STRECK, Lenio Luiz. Observatório constitucional: Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo. *Portal Consultor Jurídico*. Brasília, 24 out. 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/nTsuzB>>. Acesso em: 15/07/2016.

STRECK, Lenio Luiz. O Supremo, o contramajoritarismo e o “pomo de ouro”. *Portal Consultor Jurídico*. Brasília, 12 jul. 2012. Disponível em: <<http://goo.gl/AQdd82>>. Acesso em: 22/07/2016.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 5, número especial, p. 51-61, 2015.

VIEIRA, José Ribas. Estado de coisas fora do lugar? *Portal Jota*, 5 out. 2015. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/1VGA3>>. Acesso em: 17/07/2016.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremacia. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 4, n. 2, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://goo.gl/9RZxhS>>. Acesso em: 21/07/2016.

Data de recebimento: 03/10/2016

Data de aprovação: 18/10/2016

CONSTITUCIONALISMO E JUDICIALIZAÇÃO NA POLÍTICA: PODER, CONTROLE E EXCESSO

CONSTITUCIONALISM AND POLITICAL JUDICIALIZATION: POWER, CONTROL AND EXCESS

“E quem nos salvará dos salvadores?”¹

Raul Salvador Blasi Veyl*
Tarcísio Augusto Sousa de Barros**

RESUMO

O presente trabalho procura remontar as origens do Estado de Direito e do movimento constitucionalista, analisando o controle enquanto uma das principais feições do Estado Moderno pós-revoluções burguesas e da democracia constitucional. Nesse sentido, elabora-se uma construção dialógica e dialética entre a atual postura do Judiciário no Brasil – principalmente nos tribunais superiores – e as funções e perspectivas do constitucionalismo na contemporaneidade, trazendo à tona o ativismo judicial no controle de constitucionalidade como principal reflexo da incongruência entre essas duas perspectivas. Por meio de uma sucinta análise do *Habeas Corpus* 126.292/SP e da movimentação do STF no seu julgamento, traça-se um paralelo entre os problemas da atual judicialização na política e o excesso interpretativo com o qual decidem os Tribunais Superiores. Assim, portanto, poder, controle e Estado de Direito permeiam o presente trabalho na construção de uma análise crítica do controle de constitucionalidade e da judicialização no cenário político brasileiro.

¹ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

* Graduando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, bolsista PIBIC/CNPq sob orientação da professora doutora Karine Salgado. Possui interesse nas áreas de Direito Constitucional, Teoria da Constituição, Filosofia do Direito, Teoria do Estado e Teoria Política. raulveyl@gmail.com.

** Mestrando em Direito Político pela Universidade Federal de Minas Gerais, bolsista Capes – Coordenação de Aperfeiçoamento Pessoal de Nível Superior. Especialista em Direito Eleitoral pela Universidade Federal do Estado do Piauí em convênio com a Escola Judiciária Eleitoral do Estado do Piauí. Bacharel em Direito pelo Centro de Ensino Unificado de Teresina – CEUT. Possui interesse nas áreas de Direito Constitucional, Direito Eleitoral e Teoria da Constituição. tarcisiobarrosadv@gmail.com.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade; Estado Democrático de Direito; Controle; Constitucionalismo; Poder.

ABSTRACT

The present article intends to go back to the origins of the Constitutionalism movement and the Rule of Law to analyze the Control as one of the main faces of Constitutional democracy and post-bourgeois revolution Modern State. In these terms, a dialogic and dialectic construction between the current stance of Judiciary power in Brazil – mainly in the superior courts – and the functions and perspectives of Constitutionalism nowadays is made, bringing activism in the constitutionality control as the major reflex of the incongruity between these two perspectives. Through a summary analysis of Habeas Corpus 126.292/SP and of the movement of the Supreme Court in the judgment, we delineate a parallel between the problems of the present political judicialization and the interpretative excess wherewith decides the Court. In this way, power, control and Rule of Law permeate the present article in the construction of a critic analysis of the Constitutionality Control and Judicialization in the current Brazilian political scenario.

Keywords: Constitutionality control; Democratic rule of law; Control; Constitutionalism; Power.

INTRODUÇÃO

Como resultado dos estudos elaborados no ano de 2015 no consolidado Grupo de Estudos em Constituição e Política da Universidade Federal de Minas Gerais, sob orientação do professor doutor Rodolfo Viana Pereira, o presente trabalho debruça-se, por uma perspectiva histórica, no controle de constitucionalidade e na judicialização na política por meio de uma análise crítica.

Visitando as origens do Estado de Direito, o surgimento do constitucionalismo e da teoria dos direitos fundamentais, traz-se à tona uma visão acerca de um dos principais pontos da teoria da Constituição e dos direitos políticos, qual seja o controle enquanto elemento fundante e garantidor da democracia no Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, investiga-se a atual postura dos Tribunais Superiores – principalmente do Supremo Tribunal Federal (STF) – no que concerne ao controle jurisdicional de constitucionalidade e seus principais influxos no atual cenário político brasileiro. Construindo, dialeticamente, um paralelo entre o efetivo e o historicamente possível, o objetivo é trazer e elucidar as tensões entre democracia e constitucionalismo assim como abarcar, no controle, a problemática acerca da legitimidade e dos limites interpretativos da Suprema Corte brasileira.

Isto posto, pondera-se, a título de análise e exemplificação, sobre o julgamento do Habeas Corpus (HC) 126.292/SP, que versou, em linhas gerais e bem

sucintas que se aprofundam no decorrer do texto, sob o princípio constitucional da presunção de inocência. Utiliza-se do *Habeas Corpus* para demonstrar a já tão criticada postura ativista do Judiciário brasileiro no que concerne à matéria constitucional em si e para argumentar em torno dos excessos interpretativos que o suposto guardião da Constituição tem realizado quando dos seus votos.

É, assim, no conflito e irreduzibilidade do controle enquanto necessário e nocivo, que residem as raízes desse trabalho, o qual pretende, historicamente e de forma interdisciplinar, mas sem a pretensão de encerrar completamente todas as extensas matérias que serão abordadas, trabalhar com os fundamentos do constitucionalismo e do controle de uma forma geral, buscando refletir sobre estudos aprofundados na temática do controle jurisdicional de constitucionalidade e da judicialização na política. Para além de uma simplista e procedimental análise do tema, a tentativa é de elucidar questões de atual importância para as mais diversas áreas do Direito, da história Constitucional e da política brasileira de uma forma geral.

Para a realização desse trabalho, foi essencial uma pesquisa bibliográfica em abalizados estudos de referência, nacionais e estrangeiros, sobre constitucionalismo, direitos fundamentais, estado de direito, controle de poder, ativismo judicial e política, sem, contudo, descuidar da análise de documentos jurisdicionais, notadamente o *Habeas Corpus* já citado, buscando demonstrar a direta correlação entre a fundamentação teórica e a aplicação prática dos temas abordados.

CONSTITUCIONALISMO E DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DE DIREITO

O constitucionalismo é um movimento com origem no pós-revoluções burguesas – aqui protagonizadas pela francesa, inglesa e norte-americana – e com fortes raízes ligadas às novas perspectivas de cunho legalista, democrática e liberal, assumidas pelos Estados, agora chamados de Estados de Direito.¹ Esse movimento constitucionalista se caracteriza – dentre suas múltiplas feições – por exigir a Constituição como estrutura fundante de uma determinada ordem político-social garantidora de direitos. Tem-se, em outras palavras, como leciona Saldanha, que o limite e o fundamento da ação estatal se encontram na base

¹ Vale ressaltar que, embora alguns atribuam a Welcker, em 1813, a origem do termo utilizado para expressar Estado de Direito – *Rechtstaat* – outros autores conferem o termo à Von Mohl, em 1832 com sua publicação de *Die Polizeiwissenschaft den Grundsätzen des Rechtsstaates*, e ainda alguns, ligados à corrente hegeliana, assumem que a expressão *Rechtszustand*, usada em contraposição à *Naturzustand*, já exprimia, em 1807 quando cunhada por Hegel, a ideia de Estado de Direito. Não cabe, aqui, desenvolver as divergências no que tange à origem etimológica do termo, mas sublinhar o consenso enquanto sua origem alemã. HORTA, José Luiz Borges. *História do estado de direito*. São Paulo: Alameda, 2011, p. 34; SALDANHA, Nelson. *O Estado moderno e o constitucionalismo*. São Paulo: José Bushatscky Editor, 1976, p. 40 e ss.

da ordem jurídica, que será a Constituição.² Assim, apresenta-se uma linha muito tênue entre Estado de Direito e constitucionalismo, conceitos estes que não podem ser confundidos, uma vez que distintos.

Corresponde, vai aqui dito, embora as duas coisas se distinguem e as duas expressões não sejam sinônimas: o constitucionalismo aparece mais como um movimento, um processo, uma tendência a um tempo doutrinário e institucional; o Estado de Direito, mais como um tipo, um modelo, uma estrutura a que o Estado moderno chegou.³

O Estado de Direito vem, nesse sentido, não só inaugurar um espírito democrático na história política do Estado, mas também consolidar um ideal de participação, individualidade e protagonismo social que já vinha sendo construída desde os fins do medievo. Essa construção eminentemente moderna do homem enquanto reflexo de si mesmo e da não mediatização do poder político por uma figura qualquer – seja Deus, seja o monarca absolutista – traz à tona o conceito de direitos fundamentais como prerrogativas das pessoas, necessárias para uma vida digna, exaustivamente tratada nas cartas de declaração de direitos e nas próprias Constituições pós-revolucionárias.

O Estado surge quando um povo, alcançando certo grau de evolução ou certo estágio de integração social, se declara livre, *afirma perante os outros povos sua personalidade, e se provê de meios capazes de traduzir essa afirmação no domínio concreto dos fatos.* [grifos no original]⁴

Dessa forma, como reflexo dos novos anseios e das novas questões com as quais se deparam os homens, os direitos fundamentais, atrelados ao constitucionalismo e ao Estado de Direito criam uma estrutura fortemente enraizada na cultura ocidental moderna e que passará a acompanhar todas as relações que se desenvolveram a partir de então.

Emerge, assim, toda uma nova perspectiva de vida política fundada, por um lado, em elementos materiais de grande nobreza – os direitos fundamentais – e, por outro, em sofisticadas técnicas de estruturação e controle do poder – o constitucionalismo.⁵

É no Estado de Direito, por conseguinte, que os direitos fundamentais passam a ocupar um *locus* privilegiado na vida do homem e nas relações jurídico-políticas que se estabelecem com o fim de garantir a liberdade – seja subjetivamente ou objetivamente – e a plena capacidade de realização de todos na seara

² SALDANHA, Nelson. *O Estado moderno e o constitucionalismo*, p. 44.

³ SALDANHA, Nelson. *O Estado moderno e o constitucionalismo*, p. 39.

⁴ REALE, Miguel. *Teoria do direito e do estado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

⁵ HORTA, José Luiz Borges. *História do estado de direito*, p. 37.

pública e privada. Os direitos fundamentais passam a ser a finalidade ética do Estado. “Esses direitos, quer relacionados à estrutura bio-psicológica (*zoon*), quer à estrutura noética (*logikón*), como ser pensante, tem como conteúdo os valores também considerados essenciais que se criaram e se desenvolveram na cultura ocidental”.⁶

O Estado de Direito é, assim, o que se funda na legitimidade do poder, ou seja, que se justifica pela sua origem, segundo o princípio ontológico da origem do poder na vontade do povo, portanto na soberania; pelo exercício, segundo os princípios lógicos de ordenação formal do direito, na forma de uma estrutura de legalidade coerente para o exercício do poder do Estado, que torna possível o princípio da segurança jurídica em sentido amplo, dentro do qual está o da legalidade e o do direito adquirido; e pela finalidade ética do poder, por ser essa finalidade a efetivação jurídica da liberdade, através da declaração, garantia e realização dos direitos fundamentais, segundo os princípios axiológicos que apontam e ordenam valores que dão conteúdo fundante a essa declaração”.⁷

Deve-se ater ao fato de que, no próprio Estado de Direito, a relação entre o direito e a política é gradualmente construída ao longo da história. Destacam-se os paradigmas⁸ do Estado de Direito como exemplificadores dessa construção e dos diversos rumos que tomam os direitos fundamentais e o próprio constitucionalismo. Dentro da teoria democrática de Jürgen Habermas, o conceito de paradigma veio à tona como um modelo de concepções implícitas que se tem da própria sociedade, nas palavras de Cattoni, “um conhecimento de fundo (um *background*) que confere às práticas de fazer e de aplicar o direito uma perspectiva, orientando o projeto de realização da comunidade jurídica”.⁹ Em cada paradigma, de forma complementar, dialógica e dialética, assumem-se valores e delimitam-se atribuições que demonstram a edificação do cenário político no qual, hodiernamente, nos vemos inseridos.

O Estado Liberal de Direito buscava a garantia de direitos individuais, como a propriedade, as liberdades econômica e formal, além de direitos políticos, dados a partir do abstencionismo estatal. A Liberdade, nesse primeiro paradigma, enquanto liberdade individual, vinha em resposta ao trauma da limitação da vida

⁶ SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 39, p. 245-266, 2001, p. 246.

⁷ SALGADO, Joaquim Carlos. O estado ético e o estado poético. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, v. 27, n. 2, p. 3-34, 1998, p. 6.

⁸ Acerca das diversas abordagens do conceito de paradigma, ver: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 63-72.

⁹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 37.

civil como um todo e ao giro da Modernidade, que trouxe ao homem a consciência de si mesmo. Nesse sentido, “libertar os indivíduos, neste plano, significa retirar de suas vidas as amarras impostas pela coletividade”¹⁰ e a ideia de liberdade negativa, muito abordada por Isaiah Berlin (1959) e Benjamin Constant (1819)¹¹ – embora em perspectivas e com objetivos distintos –, assim como a limitação – tanto vertical quanto horizontal – do poder do Estado, ganha força.

Nesse paradigma, o legislativo se mostrava como protagonista, justamente para tentar romper com os resquícios absolutistas que ainda assombravam a memória dos Estados e a fim de estabelecer um governo de normas, sob o qual as personalidades e subjetividades das paixões humanas não prevalecessem. É nesse paradigma que a positivação e a racionalização apresentam seus atributos, configurando, juntas, a emancipação daquele regime que já não atendia aos anseios do homem. Assim, os direitos fundamentais de primeira geração – aqueles desenvolvidos no Paradigma Liberal do Estado de Direito – foram “fruto de uma gestação secular que se desenvolveu no seio da avançada cultura francesa e se constituiu em matriz das ideias democráticas liberais”.¹²

Com o tempo, percebeu-se que as demandas que se consolidaram nesse primeiro paradigma não foram suficientes para atender a maioria da população. O discurso de liberdade não se concretizou, os direitos fundamentais desenvolvidos não foram o bastante, e as amarras que antes impediam a participação e a realização plena do homem em sociedade não desapareceram, apenas tomaram um aspecto distinto. A falência do modelo liberal-racionalista, o avanço da industrialização e da estratificação social, assim como o movimento socialista e a crise de 1929 demonstram, como afirma Horta,¹³ os fundamentos sociológicos do aparecimento do Estado Social de Direito.

O Estado Social de Direito, preocupado com a coesão social, edifica-se por meio da construção de igualdades materiais, criação de direitos econômicos, atribuição de valor social à terra, além da garantia da autonomia pela intervenção. Impulsionado pelo marxismo, pela social democracia e pelo movimento constitucionalista que culmina na Constituição de Weimar em 1919, cria-se o Estado Providência, aquele que possibilita as condições de liberdade, que assume um “compromisso ético-democrático com as massas”¹⁴ e que, com seu cunho coletivista e emancipador, procura efetivar uma democracia real. Percebe-se, com isso, a substancial mudança que sofrem os direitos fundamentais. Aqueles que,

¹⁰ HORTA, José Luiz Borges. *História do estado de direito*, p. 81.

¹¹ CONSTANT, Benjamin. A liberdade dos antigos comparada com a dos modernos. *Revista Filosofia Política*, n. 2. Porto Alegre: L&PM, 1985; BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981. 205p. (Coleção Pensamento Político).

¹² SALGADO, Joaquim Carlos. Apud HORTA, José Luiz Borges. *História do estado de direito*, p. 108.

¹³ HORTA, José Luiz Borges. *História do estado de direito*.

¹⁴ HORTA, José Luiz Borges. *História do estado de direito*, p. 135.

antes, eram todos fundados no distanciamento com o Estado, agora exigem uma atuação efetiva dele para garantir, e não apenas pregar, a liberdade e a igualdade de todos. Passa-se a exigir prestações positivas do Estado, em contrapartida à liberdade negativa estimulada no Estado Liberal de Direito. “Emergem, ao cabo de severas críticas ao formalismo liberal, direitos sociais, econômicos e culturais como direitos fundamentais do homem, concebidos exatamente para assegurarem a real efetivação das liberdades originárias”.¹⁵

Como leciona Pereira, o constitucionalismo da época passa a incorporar valores integradores da coletividade e dar respaldo social às conquistas democráticas já absorvidas pelo Estado Liberal de Direito, não sendo “apenas um sistema de restrições” e se convertendo “em um sistema de promoção de cláusula social”.¹⁶

O Executivo é o principal poder desse período, já que, dada a necessidade da constante intervenção do mesmo, ocorre o inchaço da máquina estatal, o que abre portas, como leciona Karine Salgado, para totalitarismos, modelos que exacerbam o intervencionismo e descontrolam toda a estrutura político-jurídico vigente, passando por cima de todas as conquistas já alcançadas pelo Estado de Direito propriamente dito.¹⁷

Esse paradigma, também tido como *Welfare State*, passa a sofrer seus abalos com o surgimento de diversas críticas quanto à burocratização e clientelização das pessoas à serviço do Estado. O surgimento dos movimentos como o negro e o feminista também abalaram o sistema que não os contemplava formal ou materialmente. A necessidade de um sistema fraterno, que já havia incorporado, ao longo dos paradigmas, os ideais de liberdade e igualdade, faz-se presente. Surge, assim, o Estado Democrático de Direito.

Esse último paradigma, que invoca o protagonismo da sociedade para alcançar seus fins, colocando o fardo e as rédeas do Estado nas mãos da população, procura afirmação da liberdade enquanto direito à diferença e proteção da autonomia pública e privada (que devem ser equiprimordiais, complementares e coesas internamente). Dessa forma, por meio das cartas de declaração de direitos, dos direitos de primeira e segunda geração, além do grande enfoque e refinamento das discussões acerca de liberdade, igualdade e inclusão, todas influenciadas pelas questões dos paradigmas liberal e social, o Estado Democrático de Direito, de forma dialética, surge como suprassunção dos valores e posições confrontadas anteriormente a ele.

¹⁵ HORTA, José Luiz Borges. *História do estado de direito*, p. 158.

¹⁶ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 38.

¹⁷ SALGADO, Karine. *História do estado de direito*. *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*, v. 71, n. 2, ano XXVIII, 2009, p. 108.

O Estado Democrático de Direito, carregando consigo uma série de garantias já anteriormente efetivadas e na permanente tensão entre direitos e democracia, inaugura o que chamamos de direitos difusos. Esse rol de direitos, incorporados aos direitos fundamentais, “mesmo não tendo um titular preciso, (...) devotam-se às gerações futuras e às tradições passadas, anunciando a plenitude do homem (de todo homem)”.¹⁸

No plano político, temos os direitos à paz e à autodeterminação dos povos, no plano econômico, o direito ao desenvolvimento; no plano cultural, o direito à tradição religiosa e pleno acesso à comunicação; no plano da qualidade de vida, o direito ao meio ambiente; no plano das relações intersubjetivas, a proteção ao consumidor e a proteção à infância e adolescência.¹⁹

Esse modelo, também chamado de procedimentalista – termo atribuído, principalmente, na teoria democrática de Jürgen Habermas – dado o enfoque da vida democrática “em torno de instituições e de regras suficientemente estáveis para permitir a participação arrazoada de todos os cidadãos na decisão pública”,²⁰ ressalta o constitucionalismo, segundo Pereira,²¹ como principal mecanismo de controle da vida pública e política, principalmente com as diversas formas de controle constitucional, dada a multiplicidade de direitos e ausência de hierarquias normativas claras.

Assim, após a caracterização dos direitos fundamentais e dos paradigmas do Estado de Direito, faz-se necessário estudar um movimento que os acompanha e complementa indissociavelmente, o constitucionalismo.

Temos então o Estado de Direito como aquele em que o limite e o fundamento da ação estatal se encontram na ordem *jurídica e essencialmente na base desta, a constituição*. Certamente que se tem aqui um modelo passível de variantes, mas os casos históricos fundamentais são muito marcantes. (grifos nossos).²²

É fato que esse movimento se mostra como marco na teoria do Estado e, mais especificamente, no Estado de Direito como um todo pelo rompimento com o Estado absolutista por meio da subordinação do poder político ao direito.²³

¹⁸ HORTA, José Luiz Borges. *História do estado de direito*, p. 225.

¹⁹ HORTA, José Luiz Borges. *História do estado de direito*, p. 225.

²⁰ NAY, Oliver. *História das ideias políticas*. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 448.

²¹ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*.

²² SALDANHA, Nelson. *O Estado moderno e o constitucionalismo*, p. 44.

²³ SALGADO, Karine. *História do estado de direito*, p. 106.

O movimento constitucionalista possibilita e é possibilitado pelo Estado de Direito, e é sob essa interseção que nos debruçaremos, explorando os limites e as capacidades de limitação, controle e legitimidade do constitucionalismo no Estado de Direito. Faz-se mister, entretanto, destacar a dificuldade e a dissonância no que concerne à conceituação desse movimento, o qual, segundo Pereira,²⁴ apresenta-se como polissêmico.

Ainda que o termo constituição em sentido moderno surja, mais precisamente, na virada do século XVI para o século XVII, tendo sido ultimado em fins do século XVIII e no grande período de reflexão norte-americana, a reconstrução analítica dos padrões de vida pública pré-modernos já demonstrava a existência de uma certa geometria variável quanto a noções fundamentais da teoria constitucional, mesmo em relação a conceitos clássicos como, por exemplo, o de politeia e o de fundamental law.²⁵

O constitucionalismo apresenta um caráter maleável enquanto derivado das relações sociais e de uma cultura política característica da história e da formação de cada sociedade. Ademais, a relação entre direito e política carrega consigo um emaranhado de relações e multiplicidade de ideias que faz com que qualquer tentativa de sistematização e universalização do conceito de constitucionalismo seja ineficaz. Nesse sentido, leciona Pereira:

Segundo mudam as pré-compreensões acerca do indivíduo, da sociedade, do Estado, bem como de suas relações, mudam igualmente as configurações concretas das ordens constitucionais e das abordagens teóricas, provocando, por consequência, alterações no significado do termo.²⁶

Outra variável importante, que atribui ao constitucionalismo um complexo aspecto de movimento intelectual, está na marcante tensão que se estabelece entre ele e a democracia. Por um lado, é evidente a limitação imposta pelo constitucionalismo à deliberação política pelas maiorias democráticas – já que delega à “jurisdição constitucional a última palavra na interpretação da Constituição –;²⁷ por outro, valores historicamente moldados e derivados, em sua grande maioria, dos direitos fundamentais, limitam a atuação da Constituição, a qual

²⁴ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 5 e ss.

²⁵ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 5.

²⁶ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 12.

²⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 53.

não pode materializar retrocessos no âmbito do Estado de Direito e das conquistas alcançadas.²⁸ “A função fundante do controle encontra no princípio democrático seu elemento justificador, ao passo que a democracia encontrará no princípio da constitucionalidade seu elemento possibilitador”.²⁹

Dessa forma, para que se construa um ideal transdisciplinar, capaz de albergar todas as variáveis presentes no ideal histórico e dialético do movimento constitucionalista, devemos assumir a teoria constitucional enquanto “ilhas de consensos parciais”,³⁰ cuja multiplicidade de questões que as envolvem “poderiam induzir a uma metateoria que flutuaria em torno da detecção, classificação e análise de teorias subordinadas”.³¹

Assim, na busca pela circunscrição dessa “metateoria” sob a qual se possa interpretar o fenômeno constitucionalista como um todo, Pereira³² delimita a polarização clássica sob as quais caminha o termo constituição. Traz, em um polo, a “constituição-restritiva”, que empenha uma função negativa, de proibição. Em contrapartida, apresenta a constituição-constituente, a qual exerce a função estruturante e edificador de uma determinada realidade jurídica. Há aqui um duplo aspecto conformador do constitucionalismo, que consegue traduzir, simplificada e, toda a dissonância presente no termo, uma vez que apresenta tanto um aspecto formal de atribuições de prerrogativas, quanto um aspecto material, reproduzidor de valores já estabelecidos, social e historicamente consolidados e, por isso, precedentes à Constituição.

Assim, estabelecidas as devidas conexões entre os mais diversos influxos que compõem o movimento constitucionalista, bem como as relações, indissociáveis com os direitos fundamentais e, conseqüentemente, com o Estado de Direito de uma forma geral, pode-se destrinchar, de uma forma mais contundente, os aspectos constitucionais já dicotomicamente estabelecidos anteriormente. Trataremos, sempre em uma abordagem dialética, um dos principais aspectos do movimento constitucionalista, o controle.

²⁸ Nesse sentido, Bernardo traz a multiplicidade de sentidos, interpretações e doutrinações acerca do termo Constituição enquanto uma das vertentes do constitucionalismo. É possível perceber, assim, a grandiosidade do constitucionalismo e a necessidade de evidenciar-se suas múltiplas características até para que se aproxime – ainda que minimamente – do exaurimento do conceito. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, p. 51 e ss.

²⁹ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 35.

³⁰ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 16.

³¹ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 16.

³² PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 15.

De exponencial relevância para as revoluções e para o estabelecimento do sistema constitucionalista que se adotou no Estado de Direito, traçar-se-á diálogos constantes entre esse controle e os elementos sob os quais residem as raízes do constitucionalismo, rumando para uma abordagem contemporânea que englobe as efervescentes discussões que permeiam o âmbito jurídico, mais especificamente no que concerne ao controle jurisdicional de constitucionalidade, um dos principais desdobramentos do constitucionalismo na atualidade, que enseja grandes debates doutrinários dada a sua maleabilidade e a quantidade de variáveis que o albergam em suas distintas realidades sociais e históricas.

O CONTROLE ENQUANTO ELEMENTO DE LIMITAÇÃO DE PODER

Partindo de uma premissa que identifica a dificuldade de conceituação geral dos constitucionalismos,³³ Pereira, sugere que “a ideia de controle do modo pelo qual o poder deve ser exercido parece representar esse elemento catalisador”.³⁴ O autor esclarece que “a sujeição do exercício da autoridade a certos padrões normativos previamente reconhecidos representa talvez um dos poucos, senão o único ponto de concordância teórica geralmente relacionado ao tema”.³⁵ Desse modo, o constitucionalismo possui íntima relação com a regulação do poder estatal; ou, até melhor, teria o controle em seu âmago.

Além de demonstrar a correlação de constitucionalismo e controle de poder nos estudos de Charles McIlwain, Carl Friedcrich assevera que Karl Loewenstein aponta que o controle dos “destinatários do poder” pelos “detentores do poder” é a própria essência do Estado constitucional, Pereira³⁶ demonstra a premissa da qual parte Loewenstein: a demonologia do poder, que é a tendência do homem de abusar do seu exercício. Desse modo, “o controle do poder é, pois, concebido como a chave para a compreensão da diferença entre os sistemas autocráticos e democrático”,³⁷

³³ CANOTILHO, J. J. Gomes. Apud PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 16. Pereira atribui o termo ao constitucionalista português, para quem “constitucionalismos” seria mais adequado dada a dificuldade de se encontrar um ponto em comum nas teorias do constitucionalismo nos quatro países de mais tradição (Inglaterra, Estados Unidos, França e Alemanha). PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 16.

³⁴ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 16.

³⁵ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 17.

³⁶ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 17-19.

³⁷ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 19.

o que permite afirmar, com base em todos esses estudos aqui citados, que não há democracia sem o controle do poder.

Interessante que, sem contradizer Loewenstein, Pereira “ultrapassa a pré-compreensão liberal do poder como fenômeno malévolos e vislumbra suas potencialidades construtivas”.³⁸ Em verdade, a conclusão de ambos dialoga, pois o poder não é um mal em si, embora necessite de controle (em grande medida) pela predisposição humana ao seu abuso.

Rápidas considerações acerca das dimensões *fundante* e *garantia* do controle

O controle seria, então, um freio, algo negativo, ao poder estatal? A resposta à essa indagação, se precipitada for, conduz a uma das críticas mais contundentes encontradas no trabalho do professor Rodolfo Viana Pereira, que analisa:

(...) restringe-se a noção de controle a um momento posterior ao ato de fundação constitucional, limitando-se à mera função de garantia da normatividade previamente definida. Em segundo lugar, as abordagens tradicionais são igualmente reducionistas já que, em sua maior parte, associam a função do controle a um princípio negativo: controlar seria semanticamente equivalente apenas a reduzir, limitar, paralisar. “Governo limitado” e “poder proscrito” são, nesse contexto, os únicos resultados esperados das técnicas de controle.

Não obstante, os atuais estágios de desenvolvimento tanto do Estado como da própria sociedade civil implicam uma reconfiguração das funções e da compreensão do controle enquanto categoria constitucional. As possibilidades de prestações positivas e performances promotoras – e não apenas limitadoras –, bem como de funções fundantes e não apenas garantidoras impõem-se como princípios a serem redescobertos pela Teoria da Constituição e como objetivos a serem alcançados pelas técnicas de engenharia constitucional.³⁹

Eis aí o objeto do estudo de Pereira: repensar e reconstruir o controle a partir da redescoberta de suas duas dimensões; uma, a nível dogmático, é controle-garantia e a outra, a nível teórico, é controle fundante. Didaticamente, o

³⁸ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 21.

³⁹ Tamanha sua insatisfação em relação às abordagens tradicionais que não observam a função fundante do controle que frisa: “Apesar de toda a tradição do constitucionalismo ter impregnado o termo com uma carga negativa – a função de paralisar, de sujeitar –, controlar significa igualmente adequar, garantir, ajustar”. PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 21-22.

controle-garantia é, pois, *a posteriori*, negativo, limitador. Entretanto, e aí a importância da função fundante, controlar, “mais do que limitar, significa promover juridicamente a vontade manifesta no ato constituinte, velando para que as decisões políticas fundamentais possam, através da forma constitucional, conformar a realidade pré-política”.⁴⁰

E o que seria esse controle? Ou melhor, quais seriam seus instrumentos e institutos? Não sem antes ressaltar a necessidade de mais estudos autônomos sobre o controle e de advertir a sua potencial relevância de aplicabilidade em processos de conformação da realidade política, o constitucionalista expõe institutos concretos e técnicas particulares de controle: separação de poderes, controle de constitucionalidade dos atos normativos, controle das contas públicas, fiscalização das eleições, combate ao monopólio em setores da economia e o recall são só alguns dos exemplos citados por Pereira.⁴¹

Após identificar as dimensões e as funções do controle, inclusive exemplificando, Pereira sustenta a implicação entre ambas, o criar destruindo e o destruir criando, chegando ao ponto em que demonstrará que “a toda função negativa de limitação de poder, corresponde necessariamente uma função positiva de promoção de certos ideais”.⁴² Pereira, mais uma vez, utiliza-se de exemplo para demonstrar a retroalimentação das funções do controle:

O processo eleitoral surge aqui como um dos exemplos mais esclarecedores. Tal processo significa, na prática, um sistema de controle (controle das condições de realização da escolha popular dos cargos de representação) que funda a legitimidade do princípio representativo, perfazendo, com isso, a primeira função democrática. Contudo, como ressaltado por uma longa tradição liberal, o processo eleitoral pode ser visto, simultaneamente, como um meio de controle e de deslegitimação relativo ao uso do poder durante o lapso temporal que se encerra no dia do sufrágio. Indiretamente, a eleição serve, assim, como um mecanismo pelo qual se pode julgar, *a posteriori*, os acertos e erros no exercício do mandato, construindo tanto para a punição do uso pretérito inadequado do poder como para a prevenção futura dos novos comportamentos políticos.⁴³

É possível perceber que, tanto como função fundante quanto como função garantia, o objeto do controle é a gestão do poder, que ocorrerá de duas ma-

⁴⁰ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 37.

⁴¹ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 30 e 235-236.

⁴² PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 31.

⁴³ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 31.

neiras: enquanto fundação de poder o controle observará as condições de formação da vontade política de uma determinada comunidade; já como controle-garantia o controle cuida da adequação do exercício de determinadas condutas.⁴⁴

A partir dessas premissas, Pereira afirma que “a primeira dimensão [fundante] do controle instaura essencialmente um problema de legitimação quanto à titulação e à formação do poder, ao passo que a segunda dimensão [garantia] toca o problema da correção do desempenho desse mesmo poder”.⁴⁵ Não obstante seja a dimensão fundante que esteja diretamente relacionada à legitimação do poder, Pereira, com razão, esclarece que “o resgate da adequabilidade político-constitucional do uso desviante do poder através da função de controle *stricto sensu* [garantia] implica, necessariamente a reposição da legitimidade original perdida”.⁴⁶ Isso quer dizer que, mesmo enquanto função garantia, o controle trata da (re)legitimação do poder, conformando procedimentos e regras que fundaram este próprio poder.

Dilema do controle de constitucionalidade dos atos normativos (controle-garantia)

Embora o estudo da legitimação do poder advenha da função fundante, o próprio professor Pereira adverte que a preocupação com o controle-garantia, enquanto instituto e técnica, não deve ser desprezada, principalmente porque “os sistemas de controle-garantia foram desenhados para garantir o cumprimento da ordem constitucional”.⁴⁷ Para Rodolfo Viana Pereira, o controle-garantia é princípio constitucional:

O controle dogmático é princípio constitucional, enfim, porque se apresenta essencialmente como um mecanismo de realização da constitucionalidade. Ou melhor, é um mecanismo de realização constitucional de segunda ordem, pois, muito embora não atue na fundação dos pressupostos normativos de uma determinada comunidade, age, posteriormente, para garantir a observação desse momento fundacional no tempo.⁴⁸

⁴⁴ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 33.

⁴⁵ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 33.

⁴⁶ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 34.

⁴⁷ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 200.

⁴⁸ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 204.

É pela tecnicidade que o constitucionalismo evidencia a função garantia exercida pelo controle para com a própria Constituição e a democracia. A dimensão garantia do controle aborda os institutos concretos de preservação da Constituição, ou seja, “ferramentas técnico-jurídicas, aparatos criados no seio das diversas ordens jurídicas, a fim de inaugurar, para os sujeitos constitucionais, vias pragmáticas de ação”;⁴⁹ são verdadeiros “processos de legitimação tardia que implicam o resgate da normalidade constitucional”.⁵⁰

O objeto do controle-garantia, para Pereira, será “as ações ou omissões praticadas por agentes públicos ou privados, afetas a interesses públicos que se encontram em dissonância com o marco constitucional”,⁵¹ seja pelo poder abusivo, ineficiente, insuficiente ou ausente com a “finalidade central [de] garantir a adequação constitucional dos comportamentos comissivos ou omissivos a que se fez alusão”.⁵²

O poder deve ser (e só é) controlado pelo poder, independentemente de quem ou como o exerça. Sobre a evolução do controle do poder, Pereira explica que “da prevalência do princípio da separação de poderes passou-se à primazia do princípio do acesso à justiça como versão preferida da arte constitucional do controle”.⁵³ Neste ponto, o constitucionalista mineiro explica o processo de ascensão do Poder Judiciário de maneira concomitante à evolução do Estado, principalmente em relação à sua afirmação como Democrático de Direito, como também fora devidamente demonstrado na seção anterior do presente estudo.

Seguindo em suas ponderações, Rodolfo Viana Pereira afirma, embora não sem antes denunciar certa superficialidade dessa constatação, que há sim “associação entre os binômios constitucionalismo liberal e predominância do Poder Legislativo, constitucionalismo social e predominância do Poder Executivo e constitucionalismo democrático e predominância do Poder Judiciário”.⁵⁴ Isto decorreria do fato de o Judiciário ter assumido o papel de “melhor guardião da Constituição”,⁵⁵ notadamente no que concerne à proteção de direitos fundamentais

⁴⁹ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 196.

⁵⁰ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 208.

⁵¹ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 205.

⁵² PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 208.

⁵³ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 236.

⁵⁴ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 236.

⁵⁵ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 236.

e, “como consequência, quase todas as questões de relevância política, social ou moral foram discutidas ou já estão postas em sede judicial, especialmente perante o Supremo Tribunal Federal”.⁵⁶

REFLEXOS SOBRE A DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA E A DEMONOLOGIA DO PODER NA ATIVIDADE JURISDICIONAL

Eis aqui uma questão nodal enfrentada há muito pelo constitucionalismo e pela teoria do controle, que é a característica contramajoritária do Poder Judiciário, evidenciada sobretudo na dualidade constituição e democracia. O que acontece é que “Legislativo e Executivo são o espaço por excelência do processo político majoritário, feito de campanhas eleitorais, debate público e escolhas discricionárias. Um universo no qual o título principal de acesso é o voto: o que elege, reelege ou deixa de fora”.⁵⁷ Como explica Barroso, “na política, vigoram a soberania popular e o princípio majoritário. O domínio da vontade. No direito, vigora o primado da lei (*the rule of law*) e do respeito aos direitos fundamentais. O domínio da razão”.⁵⁸

O embate cinge-se à legitimidade da atividade jurisdicional face a atividade desenvolvida pelos outros poderes. É legítimo outorgar poder para um agente não eleito pelo povo julgar inconstitucional atos normativos aprovados por representantes diretamente eleitos desse mesmo povo?

Sobre o tema, mas sem a finalidade de responder diretamente ao questionamento acima, Pereira aduz que, à primeira vista, a expressão “democracia-constitucional” pode representar um casamento de opostos e assim explica:

A controvérsia se nutre da seguinte assertiva: o postulado democrático, fundado no dogma da soberania popular, seria prejudicado no contexto do constitucionalismo dada a existência de limites impostos por esse ao livre exercício do poder soberano. A reflexão decompõe-se, portanto, em duas pressuposições. Por um lado, a ordem constitucional é descrita como um conjunto de preceitos normativos que inclui dentre seus objetivos principais a garantia da permanência e da estabilidade de certos temas contra a discricionariedade política, seja através do estabelecimento de quóruns qualificados para alteração normativa ou mediante a previsão de cláusulas restritivas de mudança (as chamadas cláusulas pétreas). Por outro lado, o regime democrático designa o povo,

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito – UERJ*, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012, p. 7.

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo, p. 17.

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo, p. 15.

em sua conformação atualizada, como a única fonte de legitimidade política e destaca o princípio da maioria como o método regular para a tomada de decisões.⁵⁹

Ao evidenciar ainda mais o problema exposto, Maluschke afirma que democracia direta “tem de ser entendida como forma de governo sem constituição alguma, porque, desde que o povo cria uma constituição, ele se algema a si mesmo e perde sua soberania”, concluindo que “a criação de uma constituição democrática marca o fim da soberania popular”.⁶⁰

Essas inquietações são observadas a partir de reflexões de institutos de controle-garantia, mais especificamente, no que interessa ao presente trabalho, do controle jurisdicional de constitucionalidade de atos normativos. O constitucionalismo é mesmo antidemocrático? A atividade jurisdicional, enquanto “instância de garantia contramajoritária”,⁶¹ é antidemocrática? Há “como fundamentar democraticamente o controle constitucional da própria democracia?”⁶²

Na tentativa de responder a essas indagações, Rodolfo Viana Pereira buscou primeiro tecer relevantes considerações a respeito da democracia que irão influenciar diretamente na conclusão sobre o “constitucionalismo-democrático”. A primeira tarefa do constitucionalista mineiro foi esclarecer que “a democracia é um conceito semanticamente e estruturalmente condicionado e que ela “não se realiza em abstrato, nem se mantém sem instituições, procedimentos e regras operacionais”.⁶³ É exatamente da inexistência de autossuficiência da democracia que exsurge o constitucionalismo. A partir disso, Pereira retraça premissas a respeito de constitucionalismo e democracia, afirmando que, a um só tempo, aquele (constitucionalismo) não se reduz à funcionalidade negativa de mera constrição e esta (democracia) não se limite ao governo da maioria.⁶⁴

Assim, conclui Pereira:

Constituição e democracia são fenômenos cujos discursos fundem-se em uma única narrativa: toda ordem constitucional só adquire seu título

⁵⁹ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 60-61.

⁶⁰ MALUSCHKE, Günther. *Democracia representativa vs. democracia direta*. Fortaleza, *Pensar*, p. 69-74, abr. 2007, edição especial, p. 72.

⁶¹ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 64.

⁶² PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 67.

⁶³ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 69.

⁶⁴ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 68.

de legitimidade se for democraticamente orientada e todo sistema político democrático só assegura os pressupostos fenomenológicos de sua existência se for constitucionalmente estruturado.⁶⁵

Grimm já havia chegado a essa mesma conclusão quando afirmou que “Constituições podem bloquear a política. Isso está fora de dúvidas. Elas até mesmo falhariam em seu objetivo, caso não o fizessem”.⁶⁶ O constitucionalista alemão explica que os tribunais constitucionais são, por isso mesmo, verdadeiros “estabilizadores de sistemas democráticos” e “é a própria política que se aproveitou disso”, já que “sem a válvula e sem o corretivo neutro da política partidária, como apresenta um tribunal constitucional, uma grande pressão dirigir-se-ia sobre as instâncias políticas”.⁶⁷

Nesse contexto, cumpre diferenciar três termos de relevo para o presente debate, quais sejam: jurisdição constitucional, judicialização e ativismo judicial. Enquanto jurisdição constitucional se refere ao “poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição”, “judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário” e o conceito de ativismo judicial se associa “a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios”.⁶⁸

A respeito da judicialização, Barroso vai muito bem ao explicar que esta não é uma escolha do Poder Judiciário, já que “juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão”,⁶⁹ tocando, concomitantemente, nos conceitos de inércia da jurisdição e obrigatoriedade das decisões judiciais. Todavia, a seguinte ressalva não é menos esclarecedora: “o modo como venham a exercer essa competência [na judicialização] é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial”.⁷⁰

⁶⁵ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 68.

⁶⁶ GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 125.

⁶⁷ GRIMM, Dieter. *Constituição e política*, p. 102.

⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*, p. 4-5 e 9.

⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*, p. 7-8.

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*, p. 8.

O que se busca demonstrar é que se, de um lado, “o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional”,⁷¹ de outro também distancia “juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do direito vigente e os aproximam de uma função que mais se assemelha à de criação do próprio direito”.⁷² É por isso que, embora pareça acertada a conclusão de Barroso de que “cabe aos três Poderes interpretar a Constituição e pautar sua atuação com base nela”⁷³ pensar que, “em caso de divergência, a palavra final é do Judiciário”,⁷⁴ já se apresenta ultrapassado.

Mendes tocou o tema oportunamente quando denunciou que a aceitação tranquila dos tribunais constitucionais como guardiões da constituição pode ocasionar o seguinte:

Ao arrogar-se a responsabilidade de, olímpica e solitariamente, salvar a democracia contra a vontade dos outros poderes, a corte arrisca-se a criar um feitiço contra si mesma que tende a culminar ou numa prática decisória tímida e acanhada, ou numa reação mais agressiva (e menos deliberativa) do outro poder.⁷⁵

O próprio professor Luís Roberto Barroso demonstrou alguns casos dessas práticas que o Brasil já vem suportando do Supremo Tribunal Federal:

No Brasil, há diversos precedentes de postura ativista do STF, manifestada por diferentes linhas de decisão. Dentre elas se incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como e passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador – como no precedente sobre greve no serviço

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo, p. 10.

⁷² BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo, p. 9.

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo, p. 11.

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo, p. 11.

⁷⁵ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, 2008. 267f. Tese – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas – FFLCH. Departamento de Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 226.

público ou sobre criação de município – como no de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde.⁷⁶

Se, quando do seu estudo, Mendes não estava certo sobre as consequências de assegurar ao Supremo Tribunal Federal a última palavra sobre a Constituição, dizendo “apenas” que ela devia “ser rejeitada não só porque pressupõe a superioridade do juízo moral feito pelo tribunal sobre o legislador, mas porque, ao atribuir ao tribunal um ônus dessa magnitude, corre o risco de produzir uma consequência talvez contraintuitiva – o guardião acanhado”,⁷⁷ o presente artigo sugere que, no caso brasileiro, a atuação do STF tem se afastado cada vez mais de práticas decisórias tímidas e acanhadas citadas por Mendes.

Mesmo no exercício do poder de jurisdição constitucional, ou seja, no exercício do poder de aplicação direta da Constituição, juízes também estão sujeitos a demonologia do poder e ao poder abusivo/ineficiente/insuficiente/ausente e devem ser contidos. Tentar-se-á demonstrar na sessão seguinte que essa demonologia tem tomado conta de alguns jumentos recentes no Supremo Tribunal Federal. Como já dito, essa é uma tendência natural do homem. Entretanto, aceitar pacificamente a última interpretação constitucional do Tribunal Constitucional pode ser a semente e, o mais grave, a raiz dos excessos cometidos pelo Judiciário no controle do poder.

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O HABEAS CORPUS 126.292/SP: PANORAMA DO CONTROLE NO CENÁRIO BRASILEIRO

Conforme já anteriormente ilustrado, a judicialização da política, como um dos principais resultados da relação entre direito e política, do protagonismo do Judiciário alcançado no Estado Democrático de Direito e como uma das principais vertentes do aspecto de controle do constitucionalismo, tem exercido basilar importância nas principais discussões em torno do cenário político-jurídico brasileiro.

A central problemática desenvolvida em torno da jurisdição constitucional debruça-se na postura que a Suprema Corte brasileira tem adotado quando se depara com supostas inconstitucionalidades. O Ativismo Judicial, como já supramencionado e, conseqüentemente, o papel de legislador e modificador da Constituição que o Judiciário toma para si no atual cenário político brasileiro, tem sido foco de grandes discussões, principalmente no que tange aos excessos argumentativos que permeiam grande parte dos julgados do Supremo Tribunal

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo, p. 9.

⁷⁷ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, p. 229.

Federal. Na linha de Conrado Hübner Mendes, “esse modo convencional de olhar para o controle de constitucionalidade superestima seu papel e sua responsabilidade, ao mesmo tempo que atrofia os outros poderes”.⁷⁸

Aliada, assim, à demonologia ao qual o decisionismo do Judiciário está embebido, temos os excessos argumentativos e, tal como elucidado por José Adércio Leite Sampaio, o “giro hermenêutico”.⁷⁹ Esses elementos, juntos, trabalham na tentativa da reafirmação e justificação dessa demonologia. Por meio de um grande esforço argumentativo para justificar as decisões e os méritos de análise dos processos, assim como o embasamento em uma hermenêutica que trata os juízes como se fossem “Hércules de carne e osso”,⁸⁰ extrapolam-se os limites definidos na perspectiva do controle do constitucionalismo, os quais “(...) não devem servir apenas à lógica do vigiar e punir, mas devem se abrir a outras perspectivas, sobretudo de caráter promocional e emancipatório”.⁸¹

É na judicialização da política abarcada pela demonologia do exercício do poder no Judiciário – o qual por si só já apresenta tendência ao excesso, seja por uma delimitação institucional, seja por uma construção histórica – que os problemas acerca do decisionismo encontram terras férteis ao seu desenvolvimento.

Um claro reflexo desse paradigma foi o resultado do julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal, no dia 17 de fevereiro de 2016. Com sete votos a quatro, o STF declarou que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência”.⁸²

Pautando-se em realidades jurídicas de outros países – como Argentina, Estados Unidos, Inglaterra e Canadá – e no fato de que os Tribunais Superiores não fazem a reavaliação dos fatos e das provas, Teori Zavascki, que conduziu os demais votos de Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes, alterou o entendimento anterior do mesmo

⁷⁸ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, p. 38.

⁷⁹ ANDRADE, Juliana Campos Horta de; BERNARDES, Wilba Lúcia Maia Bernardes; GUERRA, Athur Magno e Sila; RIBEIRO, Patrícia Henriques. *25 anos da Constituição Brasileira de 1988: democracia e direitos fundamentais no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: D'Plácido Editora, 2014, p. 299 e ss.

⁸⁰ ANDRADE, Juliana Campos Horta de; BERNARDES, Wilba Lúcia Maia Bernardes; GUERRA, Athur Magno e Sila; RIBEIRO, Patrícia Henriques. *25 anos da Constituição Brasileira de 1988: democracia e direitos fundamentais no estado democrático de direito*, p. 302.

⁸¹ ANDRADE, Juliana Campos Horta de; BERNARDES, Wilba Lúcia Maia Bernardes; GUERRA, Athur Magno e Sila; RIBEIRO, Patrícia Henriques. *25 anos da Constituição Brasileira de 1988: democracia e direitos fundamentais no estado democrático de direito*, p. 586.

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. *Habeas corpus* n. 126.292. Voto do ministro Teori Zavascki. Brasília. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/stf-decide-reu-presos-depois-decisao.pdf>>. Acesso em: 08/03/2016.

Tribunal (HC 84078/MG de 2009) e foi de encontro ao art. 5º, LVII, da Constituição da República, a qual dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.⁸³

Como interpretar a Constituição da República Federativa do Brasil com base na ordem constitucional dos Estados Unidos da América do Norte? As previsões constitucionais brasileiras devem ser interpretadas em conformidade com o sistema pátrio, bem como com os tratados internacionais de direitos humanos incorporados pelo Direito pátrio. Agora, os sistemas constitucionais de outros países jamais podem ser utilizados como argumentos para interpretar restritivamente um enunciado normativo brasileiro que tutela um direito fundamental.⁸⁴

Ao permitir a execução provisória da sentença sem que haja sentença penal condenatória transitada em julgado, o Supremo Tribunal Federal deixou de lado a presunção de inocência e um rol de direitos e princípios dialeticamente construídos ao longo da história do constitucionalismo e do Estado de Direito.

Ademais, não só sobre a inocência versa tal princípio, uma vez que as questões relacionadas ao ônus de prova baseiam-se, inicialmente, na construção da presunção de inocência. Assim, a despeito do que pode parecer, o princípio positivado no artigo 5º, LVII, da Constituição da República ultrapassa as fronteiras do procedimentalismo penal por ele mesmo, resgatando diversos valores historicamente construídos.

Este [o princípio da presunção de inocência], quando estruturado, interpretado e aplicado, há de seguir o signo da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana, afastando-se das bases inquisitoriais, as quais partiam do pressuposto contrário, ou seja, da presunção de culpabilidade da pessoa.⁸⁵

Não obstante a desconsideração do texto constitucional expresso, a decisão do Supremo Tribunal Federal olvidou diversos pactos internacionalmente firmados pelo Brasil e se mostrou como um regresso em matéria de direitos fundamentais. Muito além da letra da norma, a presunção de inocência traz consigo uma enorme carga jurídica no que tange à conquista de liberdades, concretização

⁸³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 08/03/2016.

⁸⁴ HACHEM, Daniel Wunder. Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito). *Revista Colunistas*, n. 86, 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em: 08/03/2016.

⁸⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 945.

de lutas contra autoritarismos e efetivação das conquistas contra um poder estatal ilimitado.

Na esfera da Europa continental, o princípio da presunção de inocência passou a ganhar corpo a partir das críticas dos pensadores iluministas acerca dos sistemas penais e, principalmente, em razão da discussão da relação do poder punitivo do Estado e da liberdade individual com o direito natural e inviolável da presunção de inocência dos cidadãos, culminando com sua inserção na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. (...) O artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 10 de dezembro de 1948, pela Assembleia das Nações Unidas, em face das experiências da Segunda Guerra Mundial, das fortes violações aos direitos humanos, bem como da esperança de que as transgressões poderiam ser prevenidas por meio de um efetivo sistema de proteção internacional, acolheu o princípio da presunção de inocência como garantia ao justo processo.⁸⁶

No julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, desconsiderou-se grande parte dessa história em função do utilitarista combate à impunidade⁸⁷ e de uma história dos Tribunais – da qual Zavascki se fez valer em sua argumentação – cujos erros pareciam já superados, tal como se vê no julgamento do Habeas Corpus 84.078/MG de 2009.⁸⁸ À época, o Tribunal deixou clara a função primordial que exerce o princípio da não culpabilidade no Estado de Direito e o papel basilar do mesmo para a asseguuração da democracia.

Nas democracias mesmo os “potenciais” criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se ode apurar plenamente quando transitada em julgado, a condenação de cada qual.⁸⁹

⁸⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 945.

⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e positivismo contra o estado de exceção interpretativo*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-25/senso-incomum-hermeneutica-positivismo-estado-excecao-interpretativo>>. Acesso em: 08/03/2016.

⁸⁸ BAHIA, Alexandre Gustavo de Melo Franco; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; PEDRON, Flávio Quinaud; SILVA, Diogo Bacha e. *Presunção de Inocência: uma contribuição crítica à controvérsia em torno do julgamento do Habeas Corpus n. 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://emporiadodireito.com.br/presuncao-de-inocencia-uma-contribuicao-critica_/#_ftn39>. Acesso em: 08/03/2016.

⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. *Habeas corpus n. 126.292*. Voto do ministro Teori Zavascki. Brasília. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/stf-decide-reu-presos-depois-decisao.pdf>>. Acesso em: 08/03/2016.

Deixaram-se levar, ainda, os votos que acompanharam o relator, por uma suposta superioridade de outras realidades jurídico-políticas que poderiam “ditar” como deveriam se dar as execuções das condenações no Brasil. O voto do relator, imerso em questões problemáticas, tal como elucidada Emilio Meyer, trouxe uma ginástica argumentativa para que se pudesse alcançar um Estado ainda mais punitivo.⁹⁰

Vale ressaltar, ainda, que para além da afronta à Constituição e à história – que por si só já configurariam um problema de proporções imensuráveis – a desconsideração da presunção de inocência causa sérios problemas em todo ordenamento penal e processual penal, que pauta suas normas em torno desse direito fundamental. Mesmo o ministro Zavascki, em seu voto, elenca as questões do ordenamento brasileiro que se fazem valer desse princípio, reforçando-o:

O reconhecimento desse verdadeiro postulado civilizatório teve reflexos importantes na formulação das supervenientes normas processuais, especialmente das que vieram a tratar da produção das provas, da distribuição do ônus probatório, da legitimidade dos meios empregados para comprovar a materialidade e a autoria dos delitos. A implementação da nova ideologia no âmbito nacional, agregou ao processo penal brasileiro parâmetros para a efetivação de modelo de justiça criminal racional, democrático e de cunho garantista, como o do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, do juiz natural, da inadmissibilidade de obtenção de provas por meios ilícitos, da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), com todos os seus desdobramentos de ordem prática, como o direito de igualdade entre as partes, o direito à defesa técnica plena e efetiva, o direito de presença, o direito ao silêncio, o direito ao prévio conhecimento da acusação e das provas produzidas, o da possibilidade de contraditá-las, com o consequente reconhecimento da ilegitimidade de condenação que não esteja devidamente fundamentada e assentada em provas produzidas sob o crivo do contraditório.⁹¹

Em resposta, o voto do ministro Celso de Mello insistiu no carregado valor semântico da presunção de inocência e elucidou a importância do princípio enquanto direito fundamental e enquanto um dos principais métodos para que se tenha certo controle e segurança sob a conduta Estatal para com o réu – tendo em vista, principalmente, a falta de sensibilidade que as instituições brasileiras tem com ele.

⁹⁰ MEYER, Emilio Peluso Neder. *Presunção de inocência até a condenação em segunda instância?* Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/presuncao-de-inocencia-ate-a-condenacao-em-segunda-instancia>>. Acesso em: 08/03/2016.

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. *Habeas corpus n. 126.292*. Voto do ministro Teori Zavascki.

Disso resulta, segundo entendo, que a consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa – independentemente da gravidade ou da hediondez do delito que lhe haja sido imputado – há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer, até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral.⁹²

Não obstante, o ministro Celso de Mello também deixa claro o papel do princípio da não culpabilidade enquanto principal estruturador da realidade penal que temos no ordenamento jurídico brasileiro, lecionando que o mesmo “representa, de um lado, como já assinalado, fator de proteção aos direitos de quem sofre a persecução penal e traduz, de outro, requisito de legitimação da própria execução de sanções privativas de liberdade ou de penas restritivas de direitos”.⁹³

Importa ressaltar a postura contraditória do STF quanto ao seu próprio entendimento em matéria de direitos fundamentais. Nas palavras de Emilio Meyer, “O próprio STF (...) já reconheceu que a proibição do retrocesso prevalece em termos de direitos fundamentais. Isto significa que se deve excluir situações de desfazimento de conquistas estabelecidas por determinado patamar de direitos fundamentais”.⁹⁴

Daniel Wunder Hachem também aborda um tema dando uma roupagem eminentemente constitucional, trazendo a vedação do retrocesso nas cláusulas pétreas. Dessa forma, o retorno ao paradigma vigente anterior a 2009 não só iria ao encontro da construção histórica do Estado de Direito, mas também a um posicionamento já adotado pelo próprio STF. “Isso significa que não se trata de um “simples retorno” à posição anteriormente consolidada pela Corte. Cuida-se de uma involução – vale dizer, um verdadeiro retrocesso – na tutela dos direitos fundamentais”.⁹⁵

Torna-se claro, assim, para além das argumentações do voto do próprio e dos que acompanharam o ministro Celso de Mello, as incongruências defendidas e reafirmadas pelo julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP. O exemplo aqui

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. *Habeas corpus n. 126.292*. Voto do ministro Teori Zavascki.

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. *Habeas corpus n. 126.292*. Voto do ministro Teori Zavascki.

⁹⁴ MEYER, Emilio Peluso Neder. *Presunção de inocência até a condenação em segunda instância?*

⁹⁵ HACHEM, Daniel Wunder. Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito). *Revista Colunistas*, n. 86, 2016.

trabalhado deixa claro o excesso interpretativo, o ativismo com o qual o Supremo Tribunal Federal afronta a Constituição da República e o Estado Democrático de Direito. Mais uma vez, leciona Conrado Hübner Mendes “(...) as implicações de certas ênfases no papel messiânico do tribunal continuam a produzir uma cultura jurídica centrada nas cortes judiciais excessivamente apegada ao ‘Guardião da Constituição’. Tal distorção empobrece a experiência democrática”.⁹⁶

O controle jurisdicional de constitucionalidade, importante instrumento de controle em uma democracia não autossuficiente,⁹⁷ como já desenvolvido, deveria caminhar no sentido de dar efetividade às normas constitucionais e de assegurar o processo democrático, principalmente no que concerne à concretização dos anseios populares. Entretanto, a postura dos Tribunais Superiores – e mais especificamente do STF – tem alterado o texto constitucional sob o preceito da “interpretação” das normas, expondo que a demonologia do poder também acomete esses Tribunais e evidencia a necessidade do seu controle.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como já anteriormente desenvolvido, é sempre importante retornar historicamente às ideias do constitucionalismo e dos paradigmas do Estado de Direito, passando pelos principais pontos dos direitos fundamentais, não apenas para entender as origens do ordenamento juspolítico e filosófico que circundam grande parte da teoria democrática e constitucional atualmente, mas também para aprofundar o debate acerca do próprio homem enquanto sujeito de direito e do que se propõe o controle na realidade jurídica pós-revoluções burguesas.

Quer por meio dos exemplos objetivamente delimitados, quer pelas reflexões anteriormente propostas, torna-se difícil não afirmar que a democracia, o controle e o Estado de Direito se mostram complementares e necessários no mundo contemporâneo. A temática se constrói enquanto cerne do Direito Constitucional, não só por seus aspectos reguladores e legitimadores que conformam a realidade jurídica dos Estados, mas também em todas as múltiplas facetas nas quais se apresentam, direta ou indiretamente.

Só se pode entender a essência do movimento constitucionalista e sua importância fundamental enquanto um dos pilares do pensamento político-filosófico moderno se coloca em foco suas vertentes, feições, influências e ramificações. É por meio de encontros e desencontros desse movimento que é construído todo o arcabouço teórico para a democracia-constitucional e para uma teoria geral do controle constitucional.

⁹⁶ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, p. 39.

⁹⁷ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 69.

Assim, com base no que foi desenvolvido e na multiplicidade de caminhos trilhados no presente artigo, torna-se clara a incompatibilidade da atuação excessiva do Supremo Tribunal Federal, principalmente no que tange à legitimidade do mesmo para tomar decisões substanciais acerca da matéria constitucional. O controle é, de fato, necessário, não só pela insuficiência democrática já anteriormente abordada, mas também enquanto garantia de uma limitação do poder estatal e enquanto principal promotor de ideias e moldagens dialeticamente construídas de uma ordem político-jurídica que se pretende alcançar. O que não se pode admitir, tal como foi visto no julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, é a alteração do próprio texto constitucional através de uma argumentação transvestida de interpretação.

Ultrapassar os limites constitucionais estabelecidos, retroceder em matéria de direitos fundamentais e desconsiderar o compromisso que a República Federativa do Brasil tem com o Estado Democrático de Direito traz, por si só, imensuráveis problemas para o ordenamento jurídico como um todo. Os danos causados à interseção entre direito e política tornam-se substancialmente prejudiciais.

Deve-se, então, buscar extrapolar essa polarização entre a falta e os excessos de poder e caminhar para um controle que de fato responda aos anseios dialeticamente produzidos pelos paradigmas do Estado de Direito. Um Judiciário que vá no mesmo sentido do constitucionalismo brasileiro e que procure efetivar sua jurisdição na resguarda dos princípios democráticos basilares. Assim, encontrar-se-á não só legitimidade na atuação do mesmo, mas também os reflexos de um controle libertador, garantístico e estruturante, tal como foi, ao longo da história, edificado.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Juliana Campos Horta de; BERNARDES, Wilba Lúcia Maia Bernardes; GUERRA, Athur Magno e Sila; RIBEIRO, Patrícia Henriques. *25 anos da Constituição Brasileira de 1988: democracia e direitos fundamentais no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: D'Plácido Editora, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito – UERJ*, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012.

BAHIA, Alexandre Gustavo de Melo Franco; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; PEDRON, Flávio Quinaud; SILVA, Diogo Bacha e. *Presunção de inocência: uma contribuição crítica à controvérsia em torno do julgamento do Habeas Corpus n. 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/presuncao-de-inocencia-uma-contribuicao-critica/_#_ftn39>. Acesso em: 08/03/2016.

BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981. 205p. (Coleção Pensamento Político).

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. *Habeas corpus n. 126.292*. Voto do ministro Celso de Mello. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC126292.pdf>>. Acesso em: 08/03/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. *Habeas corpus n. 84.078*. Brasília, DF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 08/03/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. *Habeas corpus n. 84.078*. Brasília. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 08/03/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. *Habeas corpus n. 126.292*. Voto do ministro Teori Zavascki. Brasília. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/stf-decide-reu-presos-depois-decisao.pdf>>. Acesso em: 08/03/2016.

BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981. 205p. (Coleção Pensamento político).

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. CONSTANT, Benjamin. A liberdade dos antigos comparada com a dos modernos. *Revista Filosofia Política*, n. 2. Porto Alegre: L&PM, 1985.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. HACHEM, Daniel Wunder. Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito). *Revista Colunistas*, n. 86, 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em: 08/03/2016.

HORTA, José Luiz Borges. *História do estado de direito*. São Paulo: Alameda, 2011.

MALUSCHKE, Günther. Democracia representativa vs. democracia direta. *Pensar*, Fortaleza, p. 69-74, abr. 2007, edição especial.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, 2008. 267f. Tese – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas – FFLCH. Departamento de Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo.

MEYER, Emilio Peluso Neder. *Presunção de inocência até a condenação em segunda instância?* Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/presuncao-de-inocencia-ate-a-condenacao-em-segunda-instancia>>. Acesso em: 08/03/2016.

NAY, Oliver. *História das ideias políticas*. Petrópolis: Vozes, 2007.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

REALE, Miguel. *Teoria do direito e do estado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SALDANHA, Nelson. *O estado moderno e o constitucionalismo*. São Paulo: José Bushatscky Editor, 1976.

SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SALGADO, Joaquim Carlos. O estado ético e o estado poético. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 27, n. 2, p. 3-34, 1998.

SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 39, p. 245-266, 2001.

SALGADO, Karine. História do estado de direito. *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*, v. 71, n. 2, ano XXVIII, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e positivismo contra o estado de exceção interpretativo*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-25/senso-incomum-hermeneutica-positivismo-estado-excecao-interpretativo>>. Acesso em: 08/03/2016.

Data de recebimento: 30/05/2016

Data de aprovação: 03/10/2016

DESAFIOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E O CASO DO “PROGRAMA MAIS MÉDICOS”

CHALLENGES OF PUBLIC POLICIES CONSTITUTIONAL REVIEW AND THE “MORE DOCTORS PROGRAM” CASE

*Murilo Gaspardo**
*Cauê Ramos Andrade***

RESUMO

A constitucionalização das sociedades à luz do paradigma neoconstitucionalista projetou sobre a atuação judicial uma série de expectativas e desafios acerca da revitalização do processo democrático, dentre os quais pode ser enquadrada a sua participação, por meio da revisão judicial, no processo de controle das políticas públicas. O manejo dessas pretensões, por sua vez, impõe ao Judiciário a necessidade de adaptar a sua forma de atuação às particularidades deste objeto visto pela ótica jurídica. O presente trabalho tem como objetivo inserir-se neste debate para indicar alguns sentidos da maneira em que as políticas públicas pressionam as limitações da atuação tradicional do Judiciário, especificamente no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade. A partir disso, buscará ponderar como essa interação pode ser percebida no caso específico das ADI n. 5.035 e n. 5.037, que questionam a constitucionalidade do “Programa Mais Médicos”.

Palavras-chave: Políticas públicas; Controle de constitucionalidade; Saúde; Separação dos poderes.

* Professor de Ciência Política e Teoria do Estado da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – Unesp/Campus de Franca. Doutor e mestre em Direito do Estado e graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). murilogaspardo@franca.unesp.br.

** Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Educação São Luis. Graduado e mestrando em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – Unesp/Campus de Franca. caue_ramos@hotmail.com.

ABSTRACT

The renewal of the constitutional paradigm under the light of neoconstitutionalism and its influence over society has cast over judiciary action a series of expectations and challenges regarding the revitalization of democracy, one of which is its participation, through judicial review, in defining and controlling public policies. To manage these expectations, it is imposed to the Judiciary the adaptation of its way of action, in order to comply with the peculiarities of public policies understood under the optics of law. This paper intends to indicate some of the ways public policies pressure the usual approach of the Judiciary specifically in constitutional review. Parting from that, it intends to analyze how this interaction can be perceived in the case of ADI 5035 and 5037, that inquiry the constitutionality of “More Doctors” Program.

Keywords: Public policies; Constitutional review; Health; Separation of powers.

INTRODUÇÃO

As políticas públicas são uma faceta relevante da atuação do Estado contemporâneo, sobretudo sob a ótica da efetivação dos direitos fundamentais. Associadas à intervenção estatal no processo social, são estranhas à característica do Estado Liberal Clássico, em cujo contexto foram lançadas as bases filosóficas e organizacionais da institucionalidade política e jurídica vigente. Outrossim, a mudança política de paradigma evidenciada no processo histórico, com vistas ao início da preocupação com a dimensão material das sociedades no âmbito da tarefa pública, e o seu contraponto no direito, com o aprofundamento do processo de constitucionalização do ordenamento jurídico, impõe ao pensamento jurídico e à prática judicial que se adequem à nova realidade, incorporando em seus modos formas de compreender e agir sobre as políticas públicas. Essa necessidade não é somente teórica ou hipotética, mas pode ser evidenciada na prática por situações em que são postas, em consideração judicial, aspectos e elementos típicos das políticas públicas.

Uma dimensão relevante na qual as políticas públicas diferem do objeto tradicional da prática judicial é a da sua caracterização normativa. Enquanto o direito moderno erigiu-se sobre a ideia da lei enquanto norma geral e abstrata, prevendo condutas e prescrevendo consequências jurídicas, em uma perspectiva por assim dizer negativa, as políticas públicas obedecem a uma lógica diferente, construídas com referencial à geração positiva de efeitos concretos, organizando, para isso, diferentes níveis de abstração os recursos – humanos, econômicos, jurídicos, políticos – disponíveis ao Estado. Ao mesmo tempo, entre os foros em que essa dinâmica se projeta, talvez o mais relevante seja o da jurisdição constitucional e, em específico, no controle abstrato de constitucionalidade. Isso se

deve ao papel que ocupa na distribuição do poder nas sociedades contemporâneas, como lugar por excelência em que se produz, com efeitos gerais e vinculantes, a última interpretação acerca da “vontade constitucional”.

No âmbito prático, esse confronto pode ser observado no caso específico do “Programa Mais Médicos”. Consoante, este programa pode ser considerado uma das principais políticas públicas relacionadas à saúde do Governo Federal brasileiro sob a administração Rousseff (2011-2016). Enquanto inova a intervenção estatal na saúde básica – para concluir isso, basta observar que sob a égide de sua faceta assistencial foram recepcionados até agora mais de quatorze mil profissionais participantes –, a sua instituição não foi sem controvérsias. O programa encontrou forte oposição de alguns setores sociais, sobretudo das entidades representativas da classe médica nacional, como a Associação Médica Brasileira (AMB) e o Conselho Federal de Medicina (CFM).

A controvérsia, por sua vez, suscitou a projeção judicial do questionamento sobre a constitucionalidade do programa, por meio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) n. 5.035 e n. 5.037, que ainda tramitam no Supremo Tribunal Federal. Se a consideração dos contornos dessas ADI torna-se imediatamente relevante pela importância do objeto e pelos seus efeitos possíveis, quais sejam, o de inviabilizar, ainda que parcialmente, a política pública; de outro lado, interessam porque suscitam a discussão acerca da possibilidade, dos critérios e dos limites do controle de constitucionalidade das políticas públicas.

Partindo dessas premissas, o presente trabalho lançará mão principalmente da ideia de política pública como uma categoria normativa identificada como “quadro de ação governamental”, de Maria Paula Dallari Bucci, para buscar, em um primeiro momento, problematizar os desafios que a caracterização normativa das políticas públicas projeta no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, em relação especificamente ao objeto tradicional desta modalidade de revisão judicial, isto é, a norma geral e abstrata. Para tanto, adotará uma perspectiva histórica voltada a elucidar a forma como se desenvolveu o contexto da ação governamental e a sua correspondência na teoria jurídica, desde a passagem do positivismo à constitucionalização das sociedades.

Esta análise preliminar permitirá explicitar os postulados da base teórica empenhada, assim como estabelecer as premissas básicas que orientarão a análise prática. Em um segundo momento, projetará as conclusões obtidas no caso do “Programa Mais Médicos”, com o intuito de analisar de que forma as particularidades da caracterização normativa das políticas públicas influem na problematização no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade das principais controvérsias sobre o programa, quais sejam, a questão da dispensa da revalidação do diploma aos médicos intercambistas participantes, e a caracterização da faceta assistencial reunida sob a égide do “Projeto Mais Médicos para

o Brasil” como um programa de ensino com integração ensino-serviço, afastando o reconhecimento de relação de emprego.

Desta maneira, nos ateremos a uma proposta metodológica de cunho dedutivo que lançará mão de um marco teórico apropriado e dedicado à definição das implicações jurídicas gerais do arranjo institucional contemporâneo e da assunção das políticas públicas como elemento central da ação governamental. A problematização e as conclusões ofertadas pelo marco teórico serão aplicadas na compreensão do caso específico do controle concentrado de constitucionalidade do “Programa Mais Médicos”, com o intuito de verificar de maneira prática como a manifestação jurídica desta política pública interage com a concepção tradicional do objeto, do papel e dos limites de atuação da jurisdição constitucional.

OS DESAFIOS DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

O impulso das políticas públicas e a sua importância para o panorama político e jurídico contemporâneo está relacionado à evolução no que concerne a respeito das funções e responsabilidades do Estado diante das sociedades sujeitas à sua tutela. O alargamento das expectativas projetadas na entidade estatal, por sua vez, deriva da ampliação das suas atividades em relação à perspectiva negativa, liberal, característica do momento histórico originário desta forma de organização política e que se identifica com o Estado Liberal de Direito, rumo ao paradigma do Estado Interventor e Social, responsável por reger o processo social, não só por meio da coibição negativa de condutas, mas também pela organização por ele mesmo de ações e serviços considerados de relevância pública.

Esta mudança de paradigma pode ser percebida tomando-se em análise a mudança de perspectiva na doutrina dos Direitos Humanos durante o processo histórico. Como assinala Bucci,¹ os Direitos Humanos de primeira geração, gestados no âmbito do Estado Liberal do século XVIII, são caracterizados por consistirem em “direitos de liberdade, isto é, direitos cujo exercício pelo cidadão requer que o Estado e os concidadãos se abstenham de turbar”. Realizam, por assim dizer, uma garantia negativa, que o indivíduo pode opor à qualquer instituição ou outro indivíduo que lhe ameace o gozo.

Esta categoria de direitos é coerente com a visão liberal do Estado no seu contexto histórico. Como explica Habermas,² esta visão tinha por liame funda-

¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos. In: *Direitos humanos e políticas públicas*. São Paulo: Pólis, 2001, p. 5.

² HABERMAS, Jürgen. *The Structural Transformation of the Public Sphere: An Inquiry into a Category of Burgeois Society*. Trad. Thomas Burger e Frederick Lawrence. Massachusetts: MIT Press, 1991, p. 79-84.

mental a ideia de que a realização do bem comum deveria se dar na esfera privada, por meio das relações de troca de mercadorias e o impulso de maximização do bem-estar dos indivíduos engajados naquela esfera, mediados pelas leis do mercado, isto é, o mecanismo de preços. A função estatal, outrossim, era reduzida; orientava-se por uma política de não intervenção, de Estado Mínimo. Deveria conter-se apenas à garantia do funcionamento dos pressupostos do mercado, principalmente a igualdade formal dos indivíduos, deixando a regência das relações sociais à esfera privada. Por consequência, também haveria de se abster de promover ações, qualquer que fosse o seu conteúdo e que tivessem por escopo privilegiar uns sobre outros.

Os Direitos Humanos de segunda geração, ou direitos sociais, por sua vez, são típicos do século XX, e vem ao encontro de uma ponderação material sobre os direitos de liberdade. São direitos-meio, na medida em que expressam condições materiais que devem ser garantidas para que se possa gozar de uma liberdade plena.³ A sua justificativa é histórica e está relacionada à inclusão, no bojo do Estado, da necessidade de agir para mitigar a faceta desagregadora do capitalismo, evidenciada pelos movimentos políticos das classes dominadas no decorrer dos séculos XIX e XX, e da própria insustentabilidade da dinâmica de livre-mercado, que pode ser prejudicial ao próprio desenvolvimento capitalista, o que foi demonstrado pelo comportamento irracional dos atores engajados na esfera privada, levando a crises sistêmicas como a crise de 1929.⁴

Como resultado, o Estado típico da contemporaneidade incorpora na sua miríade de objetivos, juridicamente assegurados e transformados em direito de cidadania, não somente a garantia dos pressupostos básicos para o funcionamento do mercado burguês, mediante a garantia da liberdade formal e a administração da justiça, mas também a tarefa de intervir no processo social, mediante ações positivas que, em uma perspectiva ideal, permita-lhe promover um ideal de justiça material. Entretanto, diferentemente da aplicação de garantias negativas, que se performou principalmente mediante o estabelecimento de normas gerais e abstratas e a disponibilidade de meios para exercer a coerção física no caso do seu descumprimento, a exequibilidade dos direitos prestacionais requer a ponderação de uma rede complexa de questões referentes às condições organizacionais e recursos econômicos escassos necessários a sua compleição.

É possível afirmar, assim, que “sobre o governo recaem as funções de organizar a alocação dos meios públicos, dirigir e executar a Administração Pública e, mais importante, coordenar e planejar a ação coletiva, em diversos níveis e

³ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 2-10.

⁴ ARRIGHI, Giovanni. *O longo século XX: dinheiro, poder e as origens de nosso tempo*. São Paulo: Unesp, 1996, p. 263-265.

abrangências”.⁵ Esta questão torna-se particularmente sensível se projetada sobre o âmbito dos países periféricos, porque, para eles, a demanda pelo Estado é mais específica, “reclamando um governo coeso e em condições de articular a ação requerida para a modificação das estruturas que reproduzem o atraso e a desigualdade”,⁶ ao mesmo tempo em que permanecem sufocados do ponto de vista econômico e institucional pelas consequências desta mesma desigualdade. As políticas públicas, por sua vez, são por excelência a forma como se concretiza na realidade estatal o exercício desta função de direção, coordenação e planejamento da ação coletiva, o que explica a sua centralidade enquanto categoria de análise do processo político contemporâneo.

Se, de um lado, as políticas públicas são categoria central no processo político, é preciso considerar que também conformou o Estado como forma de organização política a ideia de vinculação do poder por meio do direito, isto é, o regime de legalidade no exercício do poder que caracteriza o Estado de Direito. Esta configuração estabeleceu uma exigência mútua entre política e juridicidade, entre positividade e soberania, que com o desenvolvimento histórico de complexificação das ações estatais repercutiu também na juridificação dessas novas expressões do poder político. Como afirma Bucci:

Os modos de exercício do poder se transformaram, em nome da proteção aos direitos e aos valores da cidadania, da democracia e da sustentabilidade ambiental, o que passou a reclamar a integração das dimensões política e jurídica no interior do aparelho de Estado, combinando as esferas da administração Pública e do governo; a política imbricada com a técnica, a gestão pública institucionalizada e regrada pelo direito. A face política do governo vai se revestindo cada vez mais de uma tessitura jurídica.⁷

Ocorre que a expressão jurídica destas novas formas de organização e ação públicas inovam a ideia de legalidade que dominou o panorama jurídico até então, exercendo pressão positiva sobre categorias fundamentais do pensamento jurídico, como a ideia de “norma jurídica”. Como se sabe, a teoria jurídica diferenciou-se historicamente do campo moral, por meio da acepção positivista do direito enquanto estudo da norma jurídica. A norma jurídica, por sua vez, responderia à formação de uma prescrição de condutas humanas qualificadas e sancionadas pelo direito, além de dotadas de força coercitiva pelo Estado. Essa ideia é bem representada no pensamento Kelseniano, que estabelece como lei

⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 16.

⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*, p. 16.

⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*, p. 16-17.

jurídica a proposição “que descreve a validade de uma norma jurídica geral que liga uma específica sanção do Direito a uma certa conduta”.⁸

A esta concepção restritiva do conceito de norma jurídica seria posteriormente ampliada para acomodar ademais da norma a ideia de princípio jurídico. Originalmente, na visão positivista, o princípio compreenderia a indicação de valores exteriores ao direito – morais, políticos, costumeiros – direcionados às autoridades responsáveis por gerar as normas jurídicas, conformando de maneira não coativa a dimensão axiológica que deveria ser observada na definição de seu conteúdo. Segundo Kelsen:

Como princípios do “Direito” podem-se indicar os princípios que interessam à Moral, Política ou Costume, só enquanto eles influenciem a produção de normas jurídicas pelas competentes autoridades do Direito. Mas eles conservam seu caráter como princípios da Moral, Política ou Costume, e precisam ser claramente distinguidos das normas jurídicas, cujo conteúdo a eles corresponde. Que eles são qualificados como princípios de “Direito”, não significa – como a palavra parece dizer – que eles são Direito, que têm o caráter jurídico. O fato de que eles influenciem a produção de normas jurídicas não significa – como Esser aceita, que eles estejam “positivados”, i.e., sejam partes integrantes do Direito positivo. “Positivado”, quer dizer, Direito positivo são, pois, somente certas normas que ordenam específicos atos de coação, e essas são criadas de uma forma determinada mesmo pelo Direito. Somente o assim determinado conceito de Direito pode ser separado do conceito de Moral e do conceito de Política e uma tal separação é da maior importância, considerada a partir de um ponto de vista econômico-conceitual.⁹

Posteriormente, os princípios passarão a serem aceitos como internos ao universo jurídico, ou seja, adquirirão o *status* de norma, o que imporá a visão do ordenamento jurídico com ênfase nesta dualidade entre princípios e regras. Na visão de Alexy,¹⁰ os princípios seriam diferenciados das regras como “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. Portanto, seriam mandados de otimização, com alto grau de abstração e frequentemente com competências sobrepostas, isto é, a cada caso geralmente são aplicáveis diversos princípios incidentes, cujo conflito resolver-se-ia no âmbito da ponderação entre eles, definindo-se qual deve prevalecer com maior força.¹¹

⁸ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986, p. 31.

⁹ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*, p. 148.

¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-91.

¹¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 91-103.

Porém, a política pública não pode ser entendida como uma norma ou um ato, no sentido tradicional que confere a este título a teoria jurídica, nem tampouco a um princípio.¹² Se as regras formatam-se no paradigma causal, do tipo “se-então”, a política pública tem como principal característica a definição de fins e meios eleitos para orientar a ação governamental.¹³ Já em correlação aos princípios, enquanto estes estabelecem “mandamentos de otimização” cuja argumentação tende a estabelecer um direito individual, as políticas públicas visam estabelecer uma meta ou finalidade coletiva.¹⁴

A política pública, em contraponto à concepção tradicional da norma, incorpora um elemento estratégico de planejamento, organização do Estado em movimento rumo à execução de uma finalidade pública eleita dentre a miríade de objetivos estatais. Neste sentido é que Bucci, como uma das principais teóricas pátrias a debruçar-se sobre o tema, proporá a noção da política pública enquanto uma categoria normativa que, por sua vez, encerraria um programa de ação governamental. Nas palavras da autora:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.¹⁵

Sobre a ideia da política pública como “quadro” ou “programa” dentro do qual se desenvolve a ação estatal, é relevante a observação de Comparato no sentido de que “se a política deve ser claramente distinguida das normas e dos atos, é preciso reconhecer que ela acaba por englobá-los como seus componentes”.¹⁶ Isto porque, como elemento conformador da ação governamental, pressupõe o posterior desenvolvimento da atividade pública em um

¹² COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 35, n. 138, abr./jun. 1998, p. 44.

¹³ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

¹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas, p. 44.

¹⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*, p. 39.

¹⁶ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas, p. 44-45.

concatenado de normas e atos em descendentes níveis de abstração até o nível da entrega da prestação material. Se for este o caso, esta mesma atividade pública que vista da perspectiva do direito, especificamente do direito administrativo, “decompõe-se em fatos e atos jurídicos, praticados uns e outros, pelas pessoas administrativas e pelas pessoas privadas incumbidas da execução de serviços públicos”.¹⁷

As políticas públicas, assim, frequentemente poderão expressar-se explicitamente no ordenamento jurídico mediante a instituição de uma norma que por sua vez lhe delinear os caracteres gerais, vestida formalmente em veículos alocados praticamente em qualquer dos estratos da pirâmide normativa, com diversos níveis de autoridade – na própria Constituição, em Leis Ordinárias, Leis Complementares ou mesmo Decretos, Resoluções e outros atos administrativos.¹⁸ Entretanto, a sua adequada consideração extrapola os limites deste marco para agregar um conjunto de normas e atos, de forma que este conjunto de atos e normas incluídos no quadro de ação de uma política pública são unificados pela sua finalidade e, casos tomados separadamente, podem induzir a uma apreensão parcial da sua realidade, porque possuem natureza heterogênea.¹⁹ Essas características projetam-se naturalmente na possibilidade, limites e critérios de uma eventual revisão de validade constitucional das políticas públicas.

O controle concentrado de constitucionalidade tem sua origem vinculada à Constituição Austríaca de 1920, da qual Hans Kelsen participou da elaboração, tendo sido este o principal idealizador do exame de constitucionalidade por ação proposta diretamente perante o Tribunal Constitucional. Por meio da via de ação, seria possível que os legitimados questionassem a validade de leis e atos do poder público diretamente diante da constituição como parâmetro de controle, com a possibilidade de anulação da lei ou ato como efeito da sentença, garantindo, assim, a vinculação do poder político àqueles ditames. Ademais, tal julgamento revestir-se-ia de um aspecto tão-somente técnico jurídico, uma vez que a consideração da norma seria realizada *in abstracto*, como Lei *em tese*, desvinculada de uma situação concreta.²⁰ Como explica Binenbojm:

¹⁷ LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 85. Apud COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas.

¹⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*, p. 11-22.

¹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas, p. 45.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 47-49.

Ao contrário dos processos intersubjetivos, em que as partes contendem em torno de direitos ou interesses em conflito, o processo de controle da constitucionalidade não envolve pessoas ou interesses concretos, cingindo-se à aferição, em tese da compatibilidade de uma norma determinada com outra que lhe é hierarquicamente superior.

Diz-se, assim, que tal processo é objetivo, no sentido de que não envolve situações jurídicas de caráter individual, destinado não à solução de litígios intersubjetivos, mas à guarda da Constituição.²¹

A sua consideração teórica advém da percepção do ordenamento jurídico como um escalonado de normas ligadas por relações sintáticas de validade, sendo que a Constituição ocuparia o topo desta pirâmide. A consequência desta organização é o princípio da *supremacia constitucional*, isto é, a convenção de que a Constituição deve ser o ponto de partida inegável de toda a argumentação jurídica.²² Ponderado desde uma perspectiva racionalista e formalista, o princípio da supremacia constitucional poderá ser defendido desde que se garanta, por meio de mecanismos institucionais, a coerência sistêmica do edifício de normas, isto é, o controle de constitucionalidade das normas inferiores em relação às superiores e, em última instância, em relação à Constituição. Esta visão, é claro, opera uma redução do escopo de interesse do pensamento jurídico e, como este tem uma razão de ser intrinsecamente aplicada, da atuação jurisdicional, à verificação da coerência lógico-formal dos vínculos de validade entre as normas.²³

O caráter substantivo desta guarda, por sua vez, era qualificado pela característica essencialmente formalista das Constituições, que tinham como escopo principal a distribuição de competências para o exercício do poder, e a ação estatal com o foco na produção e “enforcement” de normas gerais e abstratas. Ambas as situações, assim, validariam uma perspectiva do intérprete como ator vinculado a procedimentos essencialmente lógico-formais, de subsunção normativa. Ademais, o acesso ao controle de constitucionalidade por via de ação era originalmente restrito a determinadas autoridades públicas, de tal forma que o seu significado político dava-se sobretudo na forma do debate interno ao Estado sobre a constitucionalidade de seus atos e normas, e admitia-se à autoridade, seja administrativa ou legislativa, um campo de ação livre, limitado somente pelos critérios de competência conferidos pelos instrumentos normativos a que fossem vinculados:

²¹ BINENBOJM, Gustavo. Aspectos processuais do controle abstrato da constitucionalidade no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 218, p. 151-174, out./dez. 1999, p. 156-157.

²² FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 184.

²³ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A ciência do direito: conceito, objeto e método*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2001, p. 57-58.

(...) a liberdade do legislador, que só está subordinado à constituição, submete-se a limitações relativamente fracas; seu poder de criação permanece relativamente grande. A cada grau que se desce, a relação entre liberdade e limitação se modifica em favor do segundo termo: a parte da aplicação aumenta, a da livre criação diminui.²⁴

O decorrer do século XX, no entanto, trouxe inovações relevantes ao paradigma do direito e à dinâmica do poder. Ao fazer válido todo o conteúdo constitucional, desde que devidamente observados os procedimentos formais de elaboração da Lei, o positivismo fez coincidir em termos absolutos a legalidade e a legitimidade, fazendo legítimo todo tipo de ordenamento estatal ou jurídico.²⁵ O desenvolvimento histórico explicitou os riscos desta concepção, na medida em que sob esta lógica seriam legitimados também os Estados totalitários com práticas desumanas, como o Estado nacional-socialista de Hitler no panorama europeu.²⁶ Com o descrédito do positivismo jurídico, decorrente destes fatores, iniciará um processo de reconcepção da teoria jurídica, buscando reinserir nela o problema da justiça, interpretado sob a ótica da valorização dos direitos fundamentais como fundamento da dignidade humana, e a transformação das constituições em uma ordem jurídica de valores responsáveis por conformar a prática institucional e o processo social.²⁷

Desse processo, resultará a translação do Judiciário para a posição de elemento organizacional responsável por conferir eficácia material às disposições e princípios constitucionais. Será valorizada a posição do intérprete com o reconhecimento da sua atividade criativa e integradora no ato de interpretação, inspirando-se por meio da ordem de valores previstos constitucionalmente e ponderando os princípios conflitantes que poderiam aplicar-se à situação concreta, para assim definir o princípio maior que rege uma situação jurídica e, em níveis descendentes de abstração, definir a regra aplicável no caso concreto.²⁸

Por meio da flexibilidade e abrangência dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, que agora contemplam as categorias dos direitos sociais, coletivos e difusos, o escopo de ação do intérprete constitucional torna-se tão amplo quanto a materialidade da constituição, que assume “uma vastidão abrangedora de toda a esfera material da sociedade”.²⁹ O resultado é a conformação de

²⁴ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 126.

²⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 175.

²⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 175.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 84-86.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, jan. 2015, p. 9-11.

²⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 234.

toda a vida social, de seus conflitos, em uma reciprocidade com a “realidade constitucional”, de tal forma que toda ela possa ser expressa em termos jurídico-constitucionais. Esse panorama será bem representado por Häberle, que proporrá a visão de uma “sociedade aberta de intérpretes constitucionais”, no sentido de que os concidadãos, ao viverem sob a tutela constitucional, estão também produzindo interpretações da realidade constitucional. Nas palavras do autor:

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta, ou até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição.³⁰

Os contornos deste processo, associados à intensidade da democracia contemporânea, fundará também o movimento de promoção do acesso à jurisdição, como *locus* em que se projetarão os conflitos sociais transformados em conflitos jurídicos. Assim, às sociedades sob o paradigma de supremacia constitucional acompanhará a institucionalização de órgãos e procedimentos especiais voltados à efetivação da cidadania por meio da jurisdição. No caso brasileiro, podem ser destacados, por exemplo, a importância dada pela Constituição Federal de 1988 ao Ministério Público na defesa dos interesses sociais e coletivos, a instituição das Defensorias Públicas e de mecanismos processuais mais permissivos, como é o caso dos Juizados Especiais.³¹

Esta configuração, a seu tempo, claramente emula efeitos sobre o escopo de ação da Jurisdição Constitucional. Uma concepção interessante para demonstrar o ritmo das mudanças é proposta por Oscar Vilhena. O autor refere-se à característica peculiar que assumiu a configuração institucional brasileira como uma “Supremocracia”. Segundo ele, o termo é cunhado com a dupla intenção de, por um lado, indicar a maneira como o referido órgão adquiriu progressiva autoridade na dinâmica funcional do Poder Judiciário e, de outro, exprimir a expansão da autoridade do Supremo Tribunal Federal em detrimento dos demais poderes, na medida em que passa a exercer de forma cada vez mais intensa o papel de um poder moderador, sendo, em muitos casos, revisor das decisões majoritárias. Nas suas palavras:

³⁰ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 15.

³¹ VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. *Revista da Direito GV*, n. 8, p. 389-406, 2008; DINAMARCO, Cândido Rangel. Lei das pequenas causas e a renovação do processo civil. In: WATANABE, Kazuo. (Org.). *Juizado especial de pequenas causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 196-207.

A ampliação dos instrumentos ofertados para a jurisdição constitucional tem levado o Supremo não apenas a exercer uma espécie de poder moderador, mas também de responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras vezes substituindo as escolhas majoritárias. Se esta é uma atribuição comum a outros tribunais constitucionais ao redor do mundo, a distinção do Supremo é de escala e de natureza. Escala pela quantidade de temas que, no Brasil, têm natureza constitucional e são reconhecidas pela doutrina como passíveis de judicialização; de natureza, pelo fato de não haver qualquer obstáculo para que o Supremo aprecie atos do poder constituinte reformador.³²

No âmbito do controle abstrato, um aspecto primordial desta translação é a abertura da via de ação para atores externos ao aparato estatal, como é o caso, na Constituição Federal de 1988, dos partidos políticos com representação no congresso nacional e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional (art. 103, incs. VIII e IX, respectivamente). Como bem coloca o ministro Gilmar Ferreira Mendes, a amplitude outorgada ao controle abstrato de normas no sistema brasileiro teve como efeito “conferir-lhe quase o significado de uma ação popular de inconstitucionalidade, pois permite que qualquer um do povo logre induzir um dos entes legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade pretendida”.³³ A isto agrega-se a ampla possibilidade de judicialização das políticas públicas, não somente do ponto de vista dos direitos subjetivos, mas também da anulabilidade de seus atos constitutivos, inclusive de seus marcos instituidores, na medida em que se formalizem em veículos condizentes ao requisito objetivo para ação direta, isto é, Leis e atos normativos (art. 102, inc. I, *a*, CF/88).

O ponto específico que procuramos salientar é que sob a égide da ideia de materialidade da Constituição que passa a ser utilizada para embasar a revisão judicial das mais variadas demandas, torna-se cada vez mais fragilizada a afirmação de que este seria um controle técnico e objetivo, no sentido até então desfilado, porque o Tribunal passa inegavelmente a ponderar aspectos políticos, isto é, a conformação do conteúdo das leis e atos, seus efeitos sociais, ante ao “espírito da constituição”.³⁴ Além disso, erode-se a perspectiva desta forma de controle como imune à infiltração de interesses intersubjetivos, na medida em

³² VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracy*. *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2, p. 441-463, 2008, p. 445.

³³ MENDES, Gilmar Ferreira. Teoria da Legislação e controle de constitucionalidade: algumas notas. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília, v. 1, n. 1, 1999, p. 4. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/33/26>>. Acesso em: 05/09/2016.

³⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 297-316.

que fica permeável à instrumentalização da via de ação como mecanismo alternativo de imposição de interesses parciais que não conseguiram firmar-se por meio do processo político e da regra da maioria. Isto requer uma ponderação mais intensa sobre a questão da legitimidade na ação da jurisdição constitucional, e uma perspectiva de autorrestrição, com vistas à manutenção do equilíbrio entre a necessidade de imposição da força normativa da constituição, e a preservação do campo de ação dos demais Poderes.

O conjunto destas preposições tem sido intensamente tratada no debate acadêmico, debate este que reflete o panorama mais geral de crise dos postulados formalistas geralmente associados ao positivismo jurídico perante o processo de constitucionalização do Direito e a mutação das concepções democráticas nas sociedades contemporâneas.³⁵ Neste debate, parece-nos mais promissora a posição que se afasta de uma defesa formal da doutrina rígida de separação dos poderes, cujo ponto, em última estância, é a elevação de uma concepção estrita da democracia liberal pautada na preponderância legislativa. Como deixa claro Grinover, pontuando a posição dos Tribunais a respeito da revisão de atos discricionários, a resposta doutrinária aos desafios institucionais postos pela complexificação das sociedades no processo histórico está justamente relacionada à translação da compreensão do poder do Estado e da separação dos poderes desde esta visão estrita a uma visão ampliada, pautada principalmente nas concepções de *independência* e *harmonia*.³⁶

Assim, o poder do Estado passa a ser encarado como uno, e a atuação dos diferentes poderes são apenas diferentes formas de expressão desta unidade, que devem atuar de forma independente, isto é, sem intervenções recíprocas, mas de forma concomitantemente harmônica, que se encontra na ordenação recíproca de suas atividades em relação aos fins do Estado. Abandonando a concepção do julgador como *bouche de loi*, este passa, portanto, a atuar como coautor das políticas públicas, no exercício de sua função de controle, que restringe a forma assumida pela atuação judiciária enquanto expressão do poder estatal, em todas as vezes que o exercício específico dos demais poderes em suas correlativas competências comprometerem a integridade e a eficácia dos fins do Estado.³⁷

Aprofundando esta ideia, Gilmar Mendes se posicionará a respeito da falsa dicotomia entre legislador positivo/legislador negativo aplicada à atuação da

³⁵ APPIO, E. F. *O controle judicial das políticas públicas no Brasil* [tese]. Florianópolis: Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, 2004.

³⁶ GRINOVER, A. P. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito*, v. 7, n. 7, 2010, p. 9-37.

³⁷ GRINOVER, A. P. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário.

jurisdição constitucional e esclarecerá que evidentemente “o poder de eliminar alternativas normativas contém, igualmente, a faculdade de, por via direta ou transversa, indicar as fórmulas admitidas ou toleradas”. Tal fato tem, como consequência, reafirmar a importância do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, que passa a se constituir como elemento fundamental da teoria da legislação e da técnica legislativa, de forma que ao ofício do legislador incorpora-se a análise da constitucionalidade, com sensibilidade à produção jurisprudencial da corte constitucional, enquanto referência obrigatória.³⁸ Esta reflexão põe elementos que permitem enquadrar sobre nova ótica a relação institucional entre os poderes, no sentido de que à Jurisdição Constitucional agrega-se a possibilidade para articular soluções que viabilizem o seu enquadramento organizacional como mecanismo de reinserção do conflito no panorama institucional dos demais Poderes, sob a ótica da análise de constitucionalidade.³⁹

Entretanto, em um nível menor de abstração, colocam-se questões ainda abertas, no sentido da necessidade de ponderar como podem ser delineados alguns critérios para a atuação jurisdicional no campo das políticas públicas, afim de garantir termos sólidos para o diálogo institucional entre os poderes, de forma que se efetue “a promoção equalizadora da comunicação, necessária para que se complete o processo de relacionamento entre as várias partes do mosaico social (...) e desse relacionamento resulte uma ação politicamente coordenada e socialmente útil”.⁴⁰ O escopo da análise abre para incorporar uma visão crítica das características e limitações institucionais inerentes à atuação de cada um dos aparelhos que constituem a dimensão concreta do poder do Estado, para então se aproximar do problema da “judicialização da política”.⁴¹ Como buscou-se demonstrar no plano teórico, uma destas dimensões é a problematização do enquadramento das políticas públicas enquanto categoria normativa, ao lado da norma no sentido estrito, com características e peculiaridades próprias que devem ser ponderadas ao tomá-la como objeto de análise jurisdicional. É neste nível que alocam-se as contribuições específicas de Bucci e Comparato que foram anteriormente ressaltadas, e que buscaremos reproduzir a seguir aplicadas ao caso do “Programa Mais Médicos”.

³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Teoria da Legislação e controle de constitucionalidade: algumas notas, p. 4-5.

³⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*, p. 244.

⁴⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*, p. 244.

⁴¹ FONTE, Felipe de Melo. Desenho institucional e políticas públicas: alguns parâmetros para a atuação judicial. *Revista de Direito Processual Geral*. Rio de Janeiro, v. 64, 2009.

AS CONSEQUÊNCIAS DOS DESAFIOS DO CONTROLE CONCENTRADO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO CASO DO “PROGRAMA MAIS MÉDICOS”

O “Programa Mais Médicos”, inaugurado em 2013 na gestão presidencial de Dilma Rousseff, pode ser considerado uma das iniciativas do Governo Federal mais relevantes para intervir no problema de acesso à Atenção Básica em Saúde. Sob a égide do “Projeto Mais Médicos para o Brasil”, faceta do programa que recepciona profissionais com licença nacional ou estrangeira para a prática da medicina, e os distribui às regiões consideradas prioritárias para atuação na Atenção Básica, nos termos da educação na modalidade ensino-serviço, ao final de um ano de duração haviam sido recrutados 14.462 médicos para atuar em 3.785 municípios.⁴²

A medida vem ao encontro de um contexto material de crise de acesso e de qualidade na Atenção Básica em Saúde, que sofre cronicamente com “lacunas assistenciais, financiamento público insuficiente, distribuição inadequada dos serviços, com importante grau de trabalho precário e carência de profissionais”.⁴³ Segundo a posição do Governo, uma das dificuldades principais deste contexto é a questão da interiorização da força de trabalho médico, que notadamente se concentra nas capitais e grandes centros econômicos, acentuando a crise de acesso à saúde nas áreas interioranas ou periféricas das grandes cidades, o que justifica a intervenção preconizada no âmbito do programa.⁴⁴

Independentemente da sua importância, entretanto, o programa recebeu duras críticas de uma parcela da sociedade civil, notadamente aquela ligada às entidades representativas da classe médica nacional, que percebem na arquitetura do “Projeto Mais Médicos para o Brasil” uma forma de precarização do trabalho médico e, por consequência, da estrutura de prestação de serviços em Saúde.⁴⁵ O panorama de insatisfação foi projetado no âmbito judicial pela propositura de ações por diversas entidades de representação da classe médica, dentre as quais as de maior importância são as Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 5.035 e n. 5.037, postas à apreciação do Supremo Tribunal Federal (STF) pela Associação Médica Brasileira (AMB) e a Confederação Nacional dos

⁴² OLIVEIRA, Felipe Proença de et al. *Mais médicos: um programa brasileiro em uma perspectiva internacional*. Interface (Botucatu) [online], v. 19, n. 54, 2015, p. 623-634.

⁴³ CAMPOS, Rosana Teresa Onocko et al. Avaliação da qualidade do acesso na atenção primária de uma grande cidade brasileira na perspectiva dos usuários. In: CEBES, *Saúde em Debate*, v. 38, out. 2014.

⁴⁴ BRASIL. Presidência da República. Exposição de Motivos da MP n. 621/2013. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, 10/07/2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Exm/EM-MPv621.doc>. Acesso em: 15/02/2016.

⁴⁵ AMBR. CFM. FENAM. AMNR. Carta Aberta dos Médicos à População. *Online*. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=23904:carta-aberta-a-populacao&catid=3>. Acesso em: 15/02/2016.

Trabalhadores Universitários Regulamentados (CNTU), respectivamente. A importância e projeção das ADI resulta da possível abrangência dos seus efeitos: a declaração de inconstitucionalidade parcial ou total na norma instituidora do programa, a Medida Provisória n. 621/2013, posteriormente convertida na Lei n. 12.871/2013, resultaria na inviabilidade de sua execução.

A pretensão do exercício do controle concentrado de constitucionalidade sobre o “Programa Mais Médicos”, naturalmente, enfrenta as questões expostas até aqui. A principal controvérsia cinge-se ao fato de que os profissionais participantes do “Projeto Mais Médicos para o Brasil”, para exercer as atividades desenvolvidas no âmbito do programa, não precisam submeter-se à revalidação do diploma de graduação em Medicina, como seria necessário caso desejassem atuar como médicos no país. Do ponto de vista dos opositores, esta manobra não seria possível, pois teria o condão de pôr a perigo principalmente a saúde dos usuários, haja vista que permitiria engajar no serviço público de saúde profissionais despreparados ou de competência duvidosa.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.035, por exemplo, a roupagem jurídica deste argumento estrutura-se da seguinte forma: os autores argumentam, em suma, que a medida proposta atenta os princípios e cláusulas pétreas da Constituição que protegem a vida, a dignidade, a segurança, a saúde e o sistema democrático republicano brasileiro. A referida “importação de médicos” teria o condão de afrontar às regras relativas ao regular exercício da profissão médica, em específico quanto à revalidação de diplomas e dos requisitos para o exercício profissional, e negaria vigência aos artigos 196 e 197 da CF, que instituem e regulam o dever de prestação de saúde pelo Estado brasileiro.⁴⁶ Nesta interpretação, então, o “Projeto Mais Médicos para o Brasil” teria o condão de entregar a saúde dos cidadãos

(...) nas mãos de profissionais que não detém reconhecimento técnico nacional para clinicar no Brasil ao invés de implementar políticas públicas DE QUALIDADE E EFICIÊNCIA para o profissional da saúde habilitado e apto a exercer o ditame constitucional que todo cidadão tem direito.⁴⁷

Ademais, o controle da capacidade técnica seria uma necessidade intuída da interpretação do direito constitucional à saúde juntamente com o art. 5º, XIII, CF, que dispõe ser “livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão,

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição Inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.035*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ADI_5.035__Inicial.pdf>. Acesso em: 15/02/2016.

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição Inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.035*.

atendidas as *qualificações profissionais que a lei estabelecer*”, e regulado no caso da educação superior pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação, que estabelece no seu art. 48, §2º, a necessidade dos diplomas de graduação estrangeira serem revalidados “por universidades públicas que tenham curso do mesmo nível e área ou equivalente, respeitando-se os acordos internacionais de reciprocidade ou equiparação”.⁴⁸

O que se pode depreender é que o ponto principal da controvérsia diz respeito à defesa de que os profissionais participantes do programa e que tenham sido licenciados para a prática da medicina no exterior submetam-se ao teste Revalida como forma de aferir a sua competência profissional. Deste ponto de vista, os profissionais que se graduaram no Brasil, ou mesmo aqueles que, mesmo tendo se graduado no exterior, validaram as suas licenças para praticar a medicina no território nacional e foram submetidos ao acompanhamento das autoridades pátrias e, por isso, podem ser considerados aptos para o exercício de suas atividades. Aquelos médicos intercambistas, entretanto, por não terem sido avaliados pelos mecanismos usuais vigentes, teriam a sua aptidão desconhecida.

Em termos estritamente formais, entretanto, a MP n. 621/2013,⁴⁹ que possui força de Lei, e depois a Lei n. 12.871/2013, com *status* de Lei Ordinária, estão autorizadas no edifício hierarquizado das normas a excepcionar norma geral de mesma hierarquia. Assim, as disposições específicas que cuidam da necessidade de revalidação do diploma como mecanismo de controle, com base legal na Lei de Diretrizes e Bases, não são aplicáveis. Uma eventual repreensão depende, portanto, da ponderação extensiva dos princípios constitucionais invocados. É possível vislumbrar esta possibilidade ante a situação fática da admissão de profissionais sem qualquer controle de competência, ou do controle manifestamente insuficiente, na prestação de serviços em saúde. É possível, entretanto, aferir isso da dicção da Medida Provisória n. 621/2013 ou da Lei n. 12.871/2013?

Ambos os instrumentos normativos em sucessão limitam-se a estruturar as diretrizes gerais do “Programa Mais Médicos”, a estabelecer um quadro de ação, no qual se desenvolverão amiúde atos e normas voltados ao cumprimento daqueles preceitos. A Medida Provisória n. 621/2013 foi editada em 08 de julho de 2013, e em sua redação original silencia-se sobre a forma com será realizada a aferição de aptidão dos médicos intercambistas ademais da comprovação da habilitação para a prática médica no exterior. Entretanto, conjuntamente com a Medida Provisória, foi editada a Portaria Interministerial n. 1.369, entre os Ministérios da Saúde e da Educação, também de 8 de julho de 2013, a qual distribuía competências para a implementação do “Programa Mais Médicos”. Neste instrumento, é

⁴⁸ BRASIL. Lei n. 9.394. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, 20/12/1996.

⁴⁹ BRASIL. Medida Provisória n. 621. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, 09/07/2013.

previsto, no artigo 16 do Capítulo IV, que a avaliação de aptidão será realizada em um Módulo de Acolhimento presencial, com carga horária de 120 horas:

Art. 16. O Módulo de Acolhimento e Avaliação dos médicos intercambistas será executado na modalidade presencial, com carga horária mínima de 120 (cento e vinte) horas, e contemplará conteúdo relacionado à legislação referente ao sistema de saúde brasileiro, funcionamento e atribuições do SUS, notadamente da atenção básica em saúde, e Língua Portuguesa. § 1º A formulação do Módulo de Acolhimento e Avaliação dos médicos intercambistas é de responsabilidade compartilhada entre os Ministérios da Educação e da Saúde. § 2º Será aplicada avaliação para certificar que os médicos intercambistas possuam conhecimentos em língua portuguesa em situações cotidianas da prática médica no Brasil durante a execução do Módulo de que trata o *caput*.⁵⁰

A Lei n. 12.871/2013, por sua vez, sem negar validade integral à portaria citada, passará a regular expressamente em seu texto o Módulo de Acolhimento e Avaliação, ampliando a sua duração e escopo, e preverá também a aplicação de avaliações periódicas ao final de cada módulo:

Art. 14. O aperfeiçoamento dos médicos participantes ocorrerá mediante oferta de curso de especialização por instituição pública de educação superior e envolverá atividades de ensino, pesquisa e extensão que terão componente assistencial mediante integração ensino-serviço. (...) § 3º O primeiro módulo, designado acolhimento, terá duração de 4 (quatro) semanas, será executado na modalidade presencial, com carga horária mínima de 160 (cento e sessenta) horas, e contemplará conteúdo relacionado à legislação referente ao sistema de saúde brasileiro, ao funcionamento e às atribuições do SUS, notadamente da Atenção Básica em saúde, aos protocolos clínicos de atendimentos definidos pelo Ministério da Saúde, à língua portuguesa e ao código de ética médica. § 4º As avaliações serão periódicas, realizadas ao final de cada módulo, e compreenderão o conteúdo específico do respectivo módulo, visando a identificar se o médico participante está apto ou não a continuar no Projeto. § 5º A coordenação do Projeto Mais Médicos para o Brasil, responsável pelas avaliações de que tratam os §§ 1º a 4º, disciplinará, acompanhará e fiscalizará a programação em módulos do aperfeiçoamento dos médicos participantes, a adoção de métodos transparentes para designação dos avaliadores e os resultados e índices de aprovação e reprovação da avaliação, zelando pelo equilíbrio científico, pedagógico e profissional.⁵¹

⁵⁰ BRASIL. Ministério da Saúde. Ministério da Educação. Portaria Interministerial n. 1.369. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, 08/07/2013.

⁵¹ BRASIL. Lei n. 12.871. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, 23/10/2013.

A partir daqui, para manter o nexo da argumentação, o seu escopo deve recair à consideração material de se a forma de avaliação efetivamente aplicada, nos termos das normativas aplicáveis, é ou não adequada ao seu fim, qual seja, aferir a competência dos profissionais para participar das atividades propostas pelo programa e, no contexto delas, se engajar com os usuários do serviço público em Saúde. É uma indagação possível, e inclusive passível de controle judicial, se for o caso. Entretanto, este tipo de análise desloca o ponto de interesse desde a norma atacada no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade. Pode ser feita, por exemplo, sobre a relação de validade entre os atos materiais de avaliação no âmbito do programa em relação ao dispositivo que o regulamenta, seja a Portaria Interministerial n. 1.369/2013, seja a própria Lei n. 12.871/2013.

Põe-se aqui em perspectiva a peculiaridade da política pública enquanto categoria normativa. Como estabelecemos, é típico desta configuração se articular mediante um conjunto de normas e atos, que na realidade são organizados visando prover as múltiplas necessidades inerentes à ação governamental, desde o âmbito mais abstrato, até os atos materiais da autoridade pública. É possível, então, considerar a validade do programa em relação à característica citada tomando-lhe apenas na dimensão normativa estabelecida na Lei n. 12.871/2013? Ampliando-se o escopo de consideração a incluir, por exemplo, o conteúdo da Portaria Interministerial n. 1.369/2013, torna-se mais clara a dificuldade de definir uma linha de ação para a consideração judicial. É uma linha de ação, por exemplo, concluir que a ponderação de se o tratamento dado pelo Governo Federal na definição de critérios para a recepção de médicos com licença para a prática da medicina no exterior é ou não adequado depende, na realidade, da consideração prática das avaliações aplicadas sobre estes profissionais. Ao admiti-lo, entretanto, considerando a natureza do controle concentrado, deve-se questionar os limites desta instância para realizar este tipo de julgamento.

Outro ponto relevante da disputa diz respeito à natureza jurídica das atividades desenvolvidas no âmbito do programa. A arquitetura eleita enquadra essas atividades na forma de um programa de formação *lato sensu*, no nível especialização, com a integração ensino-serviço. Diante disso, pretende-se afastar do vínculo a natureza de emprego, com diversas consequências, como a inaplicabilidade da imperatividade do princípio do concurso público e a não concessão das garantias trabalhistas aos participantes. No entanto, a oposição classifica o aspecto da formação como uma mera máscara à relação material de trabalho, como uma forma de permitir a contratação, de forma precária, destes profissionais.

Nos termos da Lei n. 12.871/2013, as atividades no âmbito do programa são caracterizadas por se enquadrarem em uma modalidade de formação na forma integração ensino-serviço, com duração de três anos, prorrogáveis pelo mesmo período caso ofertadas outras modalidades de formação (art. 14, *caput*, § 1º). Enquanto as atividades práticas ocorram no contexto da rede assistencial em

Atenção Básica em Saúde, esta integração seria garantida pela concomitante oferta de curso de especialização por Instituições Públicas de Ensino Superior, assim como outras atividades de ensino, pesquisa e extensão. Ademais, os profissionais estariam sujeitos a supervisão contínua e permanente, em relação ao aspecto assistencial e tutoria acadêmica. Enquanto a supervisão dos participantes seja estabelecida pela norma citada, é a Portaria Interministerial n. 1.391/2013 que desenvolverá amiúde as atribuições do supervisor, as quais seriam, a priori, realizar visitas periódicas de acompanhamento das atividades, estar disponível para contato telefônico ou virtual, aplicar instrumentos de avaliação e exercer com o gestor do SUS o acompanhamento e a avaliação das atividades de ensino-serviço por meio do sistema de informação disponibilizado pela Coordenação do Projeto (art. 15).

Parece bastante evidente, neste ponto, que a primeira consideração a ser feita é se seria possível ao administrador e ao legislador inovar no ordenamento jurídico para estabelecer uma relação jurídica nestes termos, isto é, uma relação compreendida no âmbito da formação com integração ensino-serviço, a ser cumprida no serviço público de saúde, afastando dela a natureza jurídica de emprego. Esta preocupação deriva sobretudo do fato de que o art. 37, II, da CF veda expressamente o acesso a emprego e função pública sem prévio concurso de provas e títulos, de um lado, e do direito dos participantes às garantias trabalhistas previstas na CLT, de outro, caso se configure materialmente a relação de emprego no exercício das atividades. Neste sentido, é primordial o enquadramento dessas atividades no âmbito da formação educacional, porque teria o condão de descaracterizar a atuação em emprego ou função pública.

Pesa a favor do programa o fato de que tal figura jurídica não é desconhecida ao ordenamento pátrio. De fato, este tipo de arquitetura, do ponto de vista formal, assemelha-se aos programas de residência médica, regidos principalmente pela Lei n. 6.932/1981, que os estabelece justamente como uma modalidade de ensino caracterizada pelo treinamento em serviço, sob orientação de profissionais médicos “de elevada qualificação ética e profissional” (art. 1º). Já travou-se profusa discussão jurisprudencial, inclusive, sobre a natureza jurídica deste instituto, cuja conclusão vigente, defendida pelo TST, é a do não reconhecimento da relação de trabalho, caso sejam respeitados os requisitos legais.⁵² Esta conclusão é sumarizada na colocação de Alice Monteiro de Barros:

Na residência médica, os serviços são prestados a título de formação profissional e são totalmente estranhos à relação empregatícia, sendo o

⁵² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, 3ª Turma, Recurso de Revista 29500-53.2008.5.15.0046. Recorrente CLÍNICA RASKIN LTDA. e Recorrida MARIA CAROLINA ANDOLPHO. Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, *DEJT* 03.06.2011. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProcInt=2010&numProcInt=113222&dtaPublicacaoStr=03/06/2011%2007:00:00&nia=5496145>>. Acesso em: 06/03/2016.

médico residente filiado ao sistema previdenciário na condição de segurado autônomo (art. 4º, § 1º, da Lei n. 6.932, de 1981). Sua jornada é de sessenta horas semanais em regime especial de treinamento em serviço. A ele assegura-se bolsa no valor correspondente a R\$ 1.916.45, efeitos a partir de 1º.1.2007 (Lei n. 11.381, de 1º/12/2006).⁵³

O que deve ser colocado em foco é se a forma como se desenvolvem as atividades inerentes ao aspecto formativo, inclusive a supervisão técnica, são suficientes para configurá-lo como tal, isto é, são adequadas a seus objetivos e se na realidade há ou não uma prevalência do trabalho sobre a formação. É digno de análise, no primeiro ponto, se a supervisão técnica neste tipo de atividade deve ou não ser presencial e contínua para que possa enquadrar-se como integração ensino-serviço, consideradas as necessidades específicas da Atenção Básica em Saúde. Isto, entretanto, excede a competência da Lei n. 12.871/2013, que se limita a instituir a supervisão. Como colocamos, por exemplo, o instrumento que pormenorizará as atribuições do supervisor técnico, organizando-as em visitas periódicas, disponibilidade à distância e rotinas de acompanhamento também à distância, é a Portaria Interministerial n. 1.391/2013. Esta diferenciação, por sua vez, é matricial, porque o provimento de invalidez da segunda norma, se for o caso, neste ponto específico, não tem o condão de invalidar o programa, como o seria no caso da Lei n. 12.871/2013, que figura como marco instituidor, mas de instituir a necessidade ao Executivo de reorganizar as suas ações de forma a enquadrar-se na orientação judicial.

Da mesma maneira, poder-se-ia discutir se as diretrizes estabelecidas na Lei n. 12.871/2013 e na Portaria Interministerial n. 1.391/2013 são cumpridas no âmbito das ações materiais do Estado, na articulação fática do “Projeto Mais Médicos para o Brasil”, delineando, a partir daí, as suas consequências jurídicas. O descenso ao nível material, no entanto, requer sensibilidade à casuística, o que é melhor provido na “microjustiça”, ancorada à consideração dos casos singulares; isto põe em questão, novamente, os limites da atuação judicial no controle abstrato de constitucionalidade das políticas públicas.

CONCLUSÃO

O que se comprova no horizonte do apresentado é que ante a expansão da tarefa estatal, no projeto de constitucionalização das sociedades, orientado pelo consenso sobre a necessidade de aprofundamento da democracia e da efetivação dos direitos fundamentais, impera também a necessidade de uma maior comunicação, compreensão e interpenetração entre a teoria e os mecanismos de atuação próprios do campo jurídico, de um lado, e a lógica da ação governamental, de outro.

⁵³ BARROS, Alice Monteiro. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 231.

Esse imperativo, por sua vez, impõe desafios práticos à conformação de mecanismos judiciais de solução de conflitos, tão mais profundos quanto mais relevantes forem em relação ao panorama de distribuição do poder no âmbito do Estado.

A jurisdição constitucional, e em específico o controle abstrato de constitucionalidade, não escapa dessa necessidade geral. É evidente que situações inovadoras serão submetidas à apreciação do Judiciário nesta modalidade de apreciação, dada a ampliação significativa do seu escopo de atuação, seja pela abrangência do aspecto material da Constituição, seja pela admissão de novos atores no rol de legitimados ativos para propor ações diretas, sendo uma delas a judicialização das políticas públicas. Enquanto inovações importantes consolidaram-se desde a promulgação da Carta Constitucional, das quais ressaltamos a introdução de mecanismos amplificadores da legitimidade democrática no processamento do controle abstrato, como é o caso da figura do *amicus curiae*, da possibilidade instrutória e de convocação de audiências públicas, ainda existem desafios pendentes de solução.

O aspecto que foi trabalhado é exatamente como compreender a natureza das políticas públicas enquanto norma, principalmente em relação à assunção do critério do revestimento formal de Lei ou Ato Normativo estabelecido como condição da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Os argumentos tiveram como base principalmente Bucci,⁵⁴ na qual a política pública se manifesta como “quadro de ação governamental”, estabelecendo meio e fins eleitos pelo poder político para a organização do Estado, e tem intrínseco um elemento estratégico e voltado à organização interna. Além disso, tomamos como base o trabalho de Comparato,⁵⁵ em que o adequado tratamento desta categoria normativa requer uma perspectiva de agregação, mais ampla do que aquela que toma a Lei por um sentido pronto e acabado, porque, na realidade, a política pública usualmente se expressa mediante um conjunto de atos e normas, que descendem em níveis de abstração, até chegar aos atos materiais.

Neste sentido, é extremamente relevante estabelecer em qual componente deve ser ponderada a inconstitucionalidade por ventura analisada, a fim de estabelecer exatamente qual nível da ação Estatal apresenta vícios, e como esses devem ser ponderados – se é possível analisá-los desde uma perspectiva abstrata, ou se seria melhor aproveitada uma análise concreta, típica da “microjustiça”.

⁵⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos. In: *Direitos humanos e políticas públicas*. São Paulo: Pólis, 2001; BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002; BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013; BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

⁵⁵ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas.

Essa perspectiva foi projetada sob o caso do “Programa Mais Médicos”, abordando as questões da dispensa da revalidação do diploma confrontada com o direito à saúde, e a questão da natureza jurídica das atividades, confrontada com os princípios da obrigatoriedade de concurso público anterior às contratações públicas de mão de obra, e da valorização do trabalho, consolidada nos direitos trabalhistas.

O que se pretendeu demonstrar é que a controvérsia sobre a revalidação do diploma, sob o prisma do direito à saúde, convola-se muito mais em uma questão de adequabilidade da avaliação aplicada pelo poder público sobre estes profissionais, isto é, se é ou não suficiente para garantir que o serviço público por eles prestado é de qualidade. Neste ponto, evidenciou-se que esta avaliação reporta-se em nível tênue com a Lei n. 12.817/2013, porque, na realidade, tem os seus contornos gerais delineados em instrumentos infralegais, como a Portaria Interministerial n. 1.369/2013. Diante disso, é preciso ponderar se cabe realmente imputar-lhe validade ou não à norma instituidora, inviabilizando completamente o aspecto assistencial do programa em relação aos médicos intercambistas, ou melhor seria agir sobre os normativos que lhe esmiúçam o conteúdo, se for o caso, modulando-lhes o rigor ou obrigando a constituição de maiores garantias em relação à capacidade técnica dos médicos participantes.

Da mesma maneira, em relação à natureza jurídica das atividades desenvolvidas no programa, argumentou-se que, em tese, o modelo de formação com integração ensino-serviço existe e é válido para outras figuras vigentes, como é o caso da residência médica. De fato, o “Programa Mais Médicos” inova pela escala em que é empregado, e pela forma como se desenvolvem as atividades de supervisão e tutoria inerentes a esse tipo de formação. Ocorre que, por tratar de aspectos gerais do programa, a Lei atacada não estabelece as particularidades de como se darão as atividades de tutoria e supervisão, nem mesmo se ocorrerão de forma presencial ou à distância. Esta posição, em maior nível de objetividade, é preenchida pela Portaria Interministerial n. 1.369/2013. Em um nível ainda maior de objetividade, seria possível ponderar caso a caso se a supervisão e a tutoria realizadas de fato, consoante ou não à Portaria regente, são suficientes para demonstrar preponderância do aspecto formativo e o aspecto laborativo da atividade.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- APPIO, Eduardo Fernando. *O controle judicial das políticas públicas no Brasil* [tese]. Florianópolis: Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, 2004.
- ARRIGHI, Giovanni. *O longo século XX: dinheiro, poder e as origens de nosso tempo*. São Paulo: Unesp, 1996.

BARROS, Alice Monteiro. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, jan. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BINENBOJM, Gustavo. Aspectos processuais do controle abstrato da constitucionalidade no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 218, p. 151-174, out./dez. 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Lei n. 9.394. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, 20/12/1996.

BRASIL. Lei n. 12.871. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, 23/10/2013.

BRASIL. Medida Provisória n. 621. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, 09/07/2013.

BRASIL. Ministério da Saúde. Ministério da Educação. *Portaria Interministerial n. 1.369*. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, 08/07/2013.

BRASIL. Presidência da República. *Exposição de Motivos da MP n. 621/2013*. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, 10/07/2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Exm/EM-MPv621.doc>. Acesso em: 15/02/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição Inicial da Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 5.035*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ADI_5.035__Inicial.pdf>. Acesso em: 15/02/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição Inicial da Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 5.037*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ADI_5.037__Inicial.pdf>. Acesso em: 15/02/2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, 3ª Turma. *Recurso de Revista 29500-53.2008.5.15.0046*. Recorrente CLÍNICA RASKIN LTDA. e Recorrida MARIA CAROLINA ANDOLPHO. Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, *DEJT* 03/06/2011. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProcInt=2010&numProcInt=113222&dataPublicacaoStr=03/06/2011%2007:00:00&nia=5496145>>. Acesso em: 06/03/2016.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos. In: *Direitos humanos e políticas públicas*. São Paulo: Pólis, 2001.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CAMPOS, Rosana Teresa Onocko et al. Avaliação da qualidade do acesso na atenção primária de uma grande cidade brasileira na perspectiva dos usuários. In: *CEBES, Saúde em Debate*, v. 38, out. 2014.
- COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 35, n. 138, abr./jun. 1998.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Lei das pequenas causas e a renovação do processo civil. In: WATANABE, Kazuo. (Org.). *Juizado Especial de Pequenas Causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 196-207.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- FONTE, Felipe de Melo. Desenho institucional e políticas públicas: alguns parâmetros para a atuação judicial. *Revista de Direito Processual Geral*. Rio de Janeiro, v. 64, 2009.
- GRINOVER, A. P. O controle das políticas públicas pelo poder judiciário. *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito*, v. 7, n. 7, p. 9-37, 2010.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *The Structural Transformation of the Public Sphere: An Inquiry into a Category of Burgeois Society*. Trad. Thomas Burguer e Frederick Lawrence. Massachusetts: MIT Press, 1991.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.
- MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A ciência do direito: conceito, objeto e método*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2001.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Teoria da legislação e controle de constitucionalidade: algumas notas. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília, v. 1, n. 1, 1999. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/33/26>. Acesso em: 05/09/2016.
- OLIVEIRA, Felipe Proenço de et al. *Mais médicos: um programa brasileiro em uma perspectiva internacional*. *Interface (Botucatu)* [online], v. 19, n. 54, p. 623-634, 2015.
- VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. *Revista da Direito GV*, n. 8, p. 389-406, 2008.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracy. *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2, p. 441-463, 2008.

Data de recebimento: 07/03/2016

Data de aprovação: 30/08/2016

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA E A TEORIA DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE

CONSTITUTIONAL JURISDICTION AND THE THEORY OF BLOCK OF CONSTITUTIONALITY

*Jaime Leônidas Miranda Alves**

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é questionar os reflexos em se aplicar, em *terrae brasílis*, a teoria do bloco de constitucionalidade. Para tanto, constrói-se um arcabouço teórico que compreende a evolução histórico-filosófica da jurisdição constitucional até o advento da denominada jurisdição democrática, aqui reflexo da promulgação da CF/88. Depois é analisada a dicotomia existente entre os sentidos formal e material de constituição. Vencida a etapa de digressões preliminares, estuda-se – e mais que isso, questiona-se a validade – da teoria do bloco de constitucionalidade, que defende a possibilidade jurídica de se tomar como parâmetro no exame de constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo não apenas o sentido formal de constituição, levando em conta normas que, não obstante se consubstanciarem com *status* infraconstitucional, expressam a vontade política fundamental. Quanto ao método, elege-se a hermenêutica constitucional.

Palavras-chave: Bloco de constitucionalidade; Hermenêutica constitucional; Jurisdição constitucional democrática.

ABSTRACT

This paper aims to question the consequences of applying, in Brazil, the theory of constitutional block. To this end, it is made a theoretical framework comprising the historic and philosophical evolution of constitutional jurisdiction until the advent of so-called democratic jurisdiction, here, reflection by the promulgation of CF/88. Then, it is analyzed the

* Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes (Ucam). Pós-Graduando em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Rondônia. Autor do livro: O novo constitucionalismo latino-americano e a tutela dos direitos fundamentais. Secretário de Gabinete da 3ª Vara Cível da Comarca de Cacoal do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. jaime_lmiranda@hotmail.com.

dichotomy between the formal and material senses of constitution. After the preliminary digressions it is questioned the theory of constitutional block, theory that defends the legal possibility of taking as a parameter in the examination of the constitutionality of a normative law or act not only the formal sense of the constitution, taking into account other legislation. As for the method, it is elected the constitutional hermeneutics.

Keywords: Block of constitutionality; Constitutional hermeneutics; Democratic constitutional jurisdiction.

INTRODUÇÃO

A jurisdição constitucional vem como conquista, tanto do positivismo jurídico como do reconhecimento da supremacia normativa da Constituição. Trata-se de evolução doutrinária produto dos trabalhos de Kelsen, Hesse e Schmitt, além de muitos outros que perceberam a necessidade de se construir um documento responsável por estruturar as formas do Estado, bem como designar um rol de direitos fundamentais. Com efeito, a jurisdição constitucional retunde como conquista de gerações.

Nesse cenário, dois modelos de controle de constitucionalidade se destacaram: o norte-americano – controle pela via de exceção – e o modelo austríaco – controle pela via de ação. Não obstante a primeira manifestação da jurisdição constitucional em *terrae brasilis* tenha apontado pela escolha do controle difuso pela via de exceção, as futuras modificações trouxeram instrumentos típicos do controle abstrato austríaco que, deve-se lembrar, tem origem no pensamento kelseniano, de forma que se criou um sistema híbrido de controle de constitucionalidade.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, que representou o salvamento que possibilitou o país a caminhar do arbítrio rumo à liberdade, a jurisdição constitucional foi marcada por um novo emblema: a democracia.

Em tempos de jurisdição constitucional democrática que tem como lócus a pós-modernidade, a pesquisa tem por fim questionar se cabe, no ordenamento pátrio, o controle de constitucionalidade cujo parâmetro se estenda superando os limites clássicos da Constituição formal e possibilitando a construção epistemológica de um verdadeiro bloco de constitucionalidade.

Não obstante a presente teoria ter sido já citada pelo ministro Celso de Mello em manifestação do Supremo Tribunal Federal, o tema é recente e foi explorado de forma rasa pela jurisprudência e doutrina pátria, quedando imperioso o seu aprofundamento.

Para se alcançar os objetivos pretendidos, respondendo ao questionamento anterior, elege-se como método de pesquisa a hermenêutica constitucional, que possibilita a construção teórica conforme os ditames e valores contidos na Cons-

tituição e partindo do pressuposto que se consubstanciam esses axiomas em mandamentos de máxima efetivação.

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA

Aspectos preliminares

Pensar em jurisdição constitucional significa pensar em um momento de evolução do Direito no qual o jusnaturalismo é preterido pela cientificação kelseniana da metafísica do conhecimento kantiano.

Dessa forma, ainda que válido o entendimento inicial – presente no positivismo do século XIX – de que o novo modo de compreender o Direito teria raízes no jusnaturalismo, de forma que o direito positivo se consubstanciaria em *standartização* do direito natural e daí inculcaria sua legitimidade, Radbruch¹ ensina que se passou a ignorar a dualidade existente e o monopólio da coercitividade do positivismo remontou em si mesmo como fonte legítima de codificação do Direito.

Nesse sentido, Cruz:²

O século XIX consolidou a forma de pensar positivista ao centrar toda a discussão jurídica numa norma estatal preexistente, limitando-se à observação empírica e à subsunção das normas aos fatos, como premissas maior e menor. A investigação da ciência jurídica afastou-se de qualquer perspectiva jusnaturalista, ao limitar-se às fontes positivistas, tais como leis, decisões judiciais, atos administrativos etc.

Mais que as vinculações epistemológicas existentes entre o jusnaturalismo e o positivismo, a jurisdição constitucional parte do pressuposto em que se admite a existência de um movimento constitucional – para alguns, determinado de primeiro ciclo do constitucionalismo – no qual o Estado limitou a sua esfera de atuação via sistema de freios e contrapesos ao determinar em um documento jurídico a sua organização estatal, além de estatuir expressamente as ditas liberdades negativas, conhecidas como direitos fundamentais de primeira dimensão.

Quanto a sua significação, a jurisdição constitucional é definida por Kelsen³ como “a garantia jurisdicional da Constituição”, funcionamento como “elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais”. Dito de outra forma, a expressão “jurisdição constitucional”

¹ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

² CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. 2. ed. rev. e amp. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

³ KELSEN, Hans. *La giustizia costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1981, p. 123-124.

busca sistematizar os mecanismos presentes em determinado ordenamento que têm por finalidade a perpetuação do significado dos comandos contidos na Constituição Federal.

Acerca da atuação da jurisdição constitucional em *terrae brasilis*, é certo que sua origem desemboca na proclamação da República, ainda no século XIX, com características que a aproximavam do *judicial review* norte-americano. A esse respeito, Barbosa⁴ pondera que “os autores da nossa Constituição, em cujo nome tenho algum direito de falar (...) eram discípulos de Madison e Hamilton”.

Todavia, conquanto o sistema jurídico norte-americano seja estruturado por meio da *common law*, que confere força vinculante aos precedentes judiciais, o ordenamento pátrio busca inspiração no *civil law* – ou sistema românico-germânico, de forma que a fonte principal do Direito é a norma positivada.

Em razão dessa aparente dicotomia, o controle de constitucionalidade se aperfeiçoou com a adoção do controle abstrato, lastreado por Kelsen. Nessa toada, foi adotado um sistema híbrido de controle de constitucionalidade, conforme se delineará melhor em um tópico específico.

Controle de constitucionalidade difuso, concentrado e misto

A jurisdição constitucional, no que concerne ao número de órgãos, instrumentaliza-se por meio de três sistemas: o difuso, o concentrado e o sistema misto. Assim, antes de avançar na evolução estrutural da jurisdição constitucional no Brasil, deve-se fazer algumas considerações de cunho teórico acerca dos modelos de controle de constitucionalidade.

O controle difuso, também conhecido por controle descentralizado, ou por via de ação, tem sua origem na análise do caso Madison *versus* Marbury (1803) julgado pelo juiz Marshall da Suprema Corte norte-americana.

Segundo os parâmetros adotados pela jurisprudência norte-americana, a constitucionalidade de determinado ato normativo é apreciada diante de casos concretos, de forma incidental. Vale dizer, aqui, a declaração de inconstitucionalidade se consubstancia na causa de pedir da ação de cunho individual. Dessa forma, todos os órgãos possuidores de jurisdição são aptos a reconhecer a inconstitucionalidade *incidenter tantum* com vias ao deslinde da demanda.

Nesse sentido, faz-se menção ao fato de que o modelo norte-americano de controle jurisdicional é focado nos aspectos subjetivos, de forma que a jurisdição constitucional tem por objetivo declarar, apenas incidentalmente, a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinado ato normativo, que surtirá efeitos *inter partes*.

⁴ BARBOSA, Rui. *Atos inconstitucionais*. 3. ed. Campinas: Russel Editores, 2010, p. 30.

Aqui, não obstante a impossibilidade da Corte Constitucional declarar a inconstitucionalidade de lei em tese – eficácia *erga omnes* –, verifica-se que o precedente judicial gerado no caso concreto acaba por vincular os demais órgãos judiciais, como consectário lógico do *stares decisis*.

A esse respeito, Barroso:⁵

Disso resulta que a decisão proferida pela Suprema Corte é obrigatória para todos os juízes e tribunais. E, portanto, a declaração de inconstitucionalidade em um caso concreto traz como consequência a não aplicação daquela lei a qualquer outra situação, porque todos os tribunais estarão subordinados à tese jurídica estabelecida.

Dando suporte ao exposto, Pignatari⁶ entende que o sistema de controle de constitucionalidade da Suprema Corte dos Estados Unidos parte da combinação da difusão – tida como a dispersão da competência dos julgadores – e a técnica da arguição incidental – a questão constitucional é trazida como antecedente lógico do pedido principal deduzida.

De maneira diversa, o controle concentrado, estruturado pela via de ação, é o método no qual confere-se a determinado órgão a competência exclusiva para conhecer e apreciar ações em que se discutam a (in)constitucionalidade de espécie normativa.

É com base nessas divergências basilares que Kelsen criticava o modelo norte-americano de controle de constitucionalidade, sob o argumento de que este se limitava a retirar a eficácia da norma no caso concreto, em um processo especial de revogação de leis, de forma que a Corte Constitucional não se encaixaria em nenhum dos Três Poderes. “O tribunal constitucional encontra-se fora dos poderes estatais tradicionalmente conhecidos; ele constitui um poder independente cuja função consiste em garantir o respeito à Constituição em todos os campos”.⁷

Nas palavras do próprio Kelsen:⁸

A decisão de anulamento pela corte constitucional tinha a mesma natureza da revogação de uma lei. Era um ato negativo de legislação. Era um tribunal que exercia função legislativa, que, em princípio, é função

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 71.

⁶ PIGNATARI, Alessandra Aparecida Calvo Gomes. *Efeitos processuais no controle de constitucionalidade*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

⁷ CRISAFULLI, Vezio. Le système de controle de constitutionnalité de lois in Italie. *Revue de Droit Public*. Paris, LGDJ, n. 114, 1968.

⁸ KELSEN, Hans. *La giustizia costituzionale*, p. 330.

reservada ao Parlamento, a Constituição austríaca de 1920 estabeleceu os membros da Corte fossem eleitos entre os parlamentares e não nomeados dentro da Administração Pública como ocorria com os outros juízes.

Para Kelsen,⁹ o modelo de constitucionalidade mais adequado teria por mister proteger a regularidade das funções estatais/jurídicas. De forma diversa ao que ocorre no sistema de controle de constitucionalidade norte-americano, não se busca resguardar direitos fundamentais, mas sim garantir a harmonia da ordem jurídica, depurando vícios de inconstitucionalidade. Tira-se de foco a apreciação subjetiva e passa-se a dar primazia ao objeto, que no caso é o ato normativo e a própria ordem jurídica.

Com efeito, a “proteção dos direitos fundamentais afigurava-se em sua obra apenas como um subproduto. O importante era a integridade e a pureza da ordem jurídica”.¹⁰

Pignatari¹¹ explana que a proposta de Kelsen de jurisdição constitucional veio em um contexto de superação da soberania do Parlamento pela consagração da teoria da supremacia da Constituição, de forma que deveria o poder do controle de constitucionalidade concentrar-se em um único órgão.

É sob essas premissas que Kelsen aponta os mecanismos processuais que viabilizam o exercício da jurisdição constitucional na Europa. São eles: na hipótese de dúvida sobre a constitucionalidade de determinado ato normativo, no caso concreto, o julgador deve suspender o curso do processo e remeter a questão ao crivo da Corte Constitucional; a criação de uma defensoria da Constituição, que atuaria no “amparo” processual do ato normativo questionado perante o Tribunal Constitucional; a participação no processo da autoridade da qual emanou o ato impugnado; a possibilidade de intervenção de terceiros, com a participação daqueles que tiveram o processo suspenso em razão da incerteza quanto à constitucionalidade do ato normativo; a extensão dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, que produz eficácia *erga omnes*; e a anulação do ato tido por inconstitucional como garantia da harmonia da ordem jurídica.¹²

O modelo de controle de constitucionalidade defendido por Kelsen foi recepcionado inicialmente pela Constituição austríaca de 1920, com a instituição da Corte Especial (*Verfassungsgeringhof*), com competência exclusiva para o

⁹ KELSSEN, Hans. *La giustizia costituzionale*, p. 331.

¹⁰ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*, p. 128.

¹¹ PIGNATARI, Alessandra Aparecida Calvoso Gomes. *Efeitos processuais no controle de constitucionalidade*, p. 35.

¹² KELSSEN, Hans. *La giustizia costituzionale*, p. 36.

exercício do controle de constitucionalidade. “Mais tarde (em 1929), esse sistema foi aperfeiçoado naquele país, por via de emenda constitucional”.¹³

Por fim, cumpre mencionar que, para parte da doutrina,¹⁴ há ainda outra forma de controle de constitucionalidade: trata-se de um sistema misto, no qual se admite traços do controle difuso e concentrado. O sistema misto de controle de constitucionalidade representa a inclusão no ordenamento jurídico de ambas as formas de controle, de forma harmônica, tal qual ocorre atualmente no Brasil.

Evolução histórica da jurisdição constitucional no Brasil

Conforme visto, a primeira manifestação da jurisdição constitucional no Brasil foi por meio da estruturação de um sistema difuso, aos moldes do controle constitucional norte-americano. Há de se destacar, contudo, que o controle *incidenter tantum* veio a existir no Brasil a partir da promulgação da Constituição de 1891, de forma que “a Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824 não adotou nenhum sistema de controle da constitucionalidade dos atos ou omissões do poder público”.¹⁵

Cunha Júnior¹⁶ explica tal fato considerando que ainda em 1824 o embrião direito constitucional brasileiro bebia das fontes inglesas e francesas no tocante à supremacia do Parlamento e do dogma da rígida separação de Poderes, respectivamente.

Ademais, aqui vigia a concepção de Imperador como “chave de toda a organização política”,¹⁷ consectário do Poder Moderador, o que inviabilizou o exercício do controle de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário, na medida em que competia ao Imperador – apenas – a resolução de conflitos envolvendo os três Poderes.

Com a Constituição de 1891, houve a previsão do controle de constitucionalidade nos moldes do *judicial review* norte-americano, o que é aclarado pelos ensinamentos de Ruy Barbosa, *in verbis*:

A redação é claríssima. Nela se reconhece, não só a competência das justiças da União, como a das justiças dos Estados, para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição. Somente se estabelece, a

¹³ PIGNATARI, Alessandra Aparecida Calvoso Gomes. *Efeitos processuais no controle de constitucionalidade*, p. 36.

¹⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

¹⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Balanço crítico da jurisdição constitucional brasileira: um contraponto entre os modelos difuso e concentrado*. [Tese]. Salvador, Faculdade Baiana de Direito, 2009, v. 1, p. 17.

¹⁶ CUNHA JÚNIOR, *Balanço crítico da jurisdição constitucional brasileira: um contraponto entre os modelos difuso e concentrado*, 2009, p. 18.

¹⁷ BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824*, artigo 98.

falar das leis federais, a garantia de que, sendo contrária à subsistência delas a decisão do tribunal do Estado, o feito pode passar, por via de recurso, para o Supremo Tribunal Federal. Este ou revogará a sentença, por não procederem as razões da nulidade, ou a confirmará pelo motivo oposto. Mas, numa ou noutra hipótese, o princípio fundamental é a autoridade, reconhecida expressamente no texto constitucional, a todos os tribunais, federais ou locais, de discutir a constitucionalidade das leis da União, e aplicá-las ou desaplicá-las, segundo esse critério.¹⁸

Há de se destacar que não só a Constituição, mas também a legislação infraconstitucional – como exemplo cita-se a Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894 – sistematizou o sistema de controle de constitucionalidade de forma que o Poder Judiciário se titularizou como órgão competente para tanto. Não obstante, Cunha Júnior¹⁹ aponta algumas deficiências para o modelo adotado, dentre as quais se destaca a possibilidade de existirem decisões conflitantes entre os vários órgãos judiciários competentes para o controle de constitucionalidade, circunstância ensejadora de um estado de incerteza no direito, consequência do efeito *inter partes* do modelo adotado.

Segundo entendimento de Cunha Júnior: “tal situação agravava-se em face de inexistir, no Estado brasileiro, tradicionalmente vinculado ao sistema da *civil law* de derivação romano-germânica, o princípio do *stare decisis*, típico do sistema da *common law*, como já tivemos a oportunidade de registrar acima”.²⁰

A evolução do controle de constitucionalidade é explicada por Silva,²¹ que reitera o entendimento de que couberam às constituições posteriores a de 1891 introduzir novos elementos, de sorte que, com o passar do tempo, não cabia mais falar em sistema puramente difuso, haja vista a estruturação de um critério concentrado de controle de constitucionalidade.

Dispõe:

A Constituição de 1934, mantendo as regras do critério difuso em seu art. 76, a e b, trouxe três inovações importantes: a ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 7º, I, a e b), a regra de que só por maioria absoluta de votos dos seus membros os tribunais poderiam declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público (art. 179) e a atribuição ao Senado Federal de competência para suspender a

¹⁸ BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal brasileira* (coligidos e ordenados por Homero Pires). São Paulo: Saraiva, 1933, p. 133.

¹⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Balanço crítico da jurisdição constitucional brasileira: um contraponto entre os modelos difuso e concentrado*, p. 19.

²⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Balanço crítico da jurisdição constitucional brasileira: um contraponto entre os modelos difuso e concentrado*, p. 19.

²¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 51.

execução, no todo ou em parte, de lei ou ato declarado inconstitucional em decisão definitiva.²²

Avançando para a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937, é certo que esta representou um retrocesso ao enfraquecer a supremacia do Poder Judiciário no exercício do controle da constitucionalidade das leis, na medida em que possibilitou “ao Poder Executivo tornar sem efeito a decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Tribunal, quando a lei declarada inconstitucional, por iniciativa do Presidente da República, fosse confirmada pelo voto de dois terços de cada uma das Casas Legislativas”.²³

Outra medida imposta autoritariamente foi aquela contida no artigo 94 da Constituição em comentou, que vedou expressamente ao Poder Judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas.

A recente história constitucional trouxe mais modificações acerca do controle de constitucionalidade, a dizer: a Constituição de 1946, por meio da Emenda Constitucional n. 16 inovou o ordenamento jurídico ao instituir na jurisdição constitucional o controle pela via ação direta, de caráter genérico, com competência processamento e julgamento exclusivo do Supremo Tribunal de Justiça e legitimidade *ad causam* do procurador-geral da República.

Outra modificação creditada à emenda em comento, refere-se ao dispositivo que “estatuíu que a lei poderia estabelecer o processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato municipal, em conflito com a constituição estadual”.²⁴

A Constituição de 1967 não trouxe muitas inovações, mantendo em quase sua integralidade, o sistema anteriormente implementado com a ressalva que retirou o dispositivo – acrescentado pela EC n. 16/65 – que autorizava aos Estados a instituição de representação de ação de inconstitucionalidade de leis municipais tendo como parâmetro as constituições estaduais.

Por sua vez, a Emenda n. 01/1969 perpetuou o modelo de controle de constitucionalidade, incluindo, por sua vez, nas palavras de Cunha Júnior²⁵ “a instituição, pelos Estados, da representação interventiva para assegurar a observância dos princípios sensíveis indicados na Constituição estadual (art. 15, § 3º, *d*, da Constituição).

²² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 51.

²³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Balanço crítico da jurisdição constitucional brasileira: um contraponto entre os modelos difuso e concentrado*, p. 20.

²⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Balanço crítico da jurisdição constitucional brasileira: um contraponto entre os modelos difuso e concentrado*, p. 51.

²⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Balanço crítico da jurisdição constitucional brasileira: um contraponto entre os modelos difuso e concentrado*, p. 21.

Deve-se destacar, ainda, o teor da Emenda n. 07 de 1977, que trouxe a representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual – extinta pela Constituição de 1988 –, bem como a previsão de concessão de medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade genéricas.

Significativas alterações vieram a lume com a promulgação da Constituição Federal de 1988, dentre as quais se destaca a democratização do controle de constitucionalidade pela via de ação.

Isso se justifica porquanto a legitimidade para provocar o controle de constitucionalidade deixou de ser exclusiva do Procurador Geral da República de forma que, além de dever, atualmente podem propor ação por via controle concentrado, segundo o artigo 103 da CF: o presidente da República (I); a mesa do Senado Federal (II); a mesa da Câmara Dos Deputados (III); o procurador-geral da República (IV); o conselho federal da Ordem dos Advogados do Brasil (V); o defensor público-geral da União (VI); (VII) partido político com representação no Congresso Nacional (VIII); confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (IX); a mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal (IX); o governador de Estado ou do Distrito Federal (X).

Previu ainda para a Constituição Federal de 1988 a modalidade de inconstitucionalidade por omissão, que tem lugar quando deixa o Poder Público de emanar a norma cuja obrigatoriedade é expressa no texto constitucional.

Nessa toada, à vista da Constituição vigente, tem-se o controle de constitucionalidade por via de ação, com legitimidade restrita ao rol previsto no artigo 103 da CF e competência para processamento e julgamento exclusivo pelo Supremo Tribunal Federal e pela via de exceção, no qual “qualquer interessado poderá suscitar a questão de inconstitucionalidade, em qualquer processo, seja de que natureza for, qualquer que seja o juízo”.²⁶

CONSTITUIÇÃO EM SUAS ACEPÇÕES FORMAL E MATERIAL

Antes da analisar a teoria do bloco de constitucionalidade, deve-se tecer um breve comentário acerca da distinção doutrinária entre Constituição formal e Constituição material.

Essa classificação deriva do pensamento de Schmitt,²⁷ que, ao buscar compreender as nuances entre Constituição e normas meramente constitucionais, considerou por Constituição aquelas normas que – independentemente de sua

²⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Balanço crítico da jurisdição constitucional brasileira: um contraponto entre os modelos difuso e concentrado*, p. 53.

²⁷ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución (Verfassunglehre)*. München, 2003.

estrutura formal – trazem em seu bojo decisões políticas fundamentais, uma vez que se referem à estrutura do Estado, aos direitos fundamentais ou às formas políticas de aquisição de poder. Vale dizer, se configuram como as opções políticas mais relevantes de uma determinada sociedade.

Em outro giro, são consideradas normas meramente constitucionais aquelas que, ainda que inclusas em uma Constituição, não se tratam de decisões políticas fundamentais.

A partir da distinção entre Constituição e normas constitucionais esboçada por Schmitt,²⁸ a doutrina constitucionalista consignou um modelo de classificação das constituições quanto ao conteúdo. Passou a se falar, por conseguinte, em constituições formais e materiais.

Cumprida, nessa esteira do pensamento, dissecar as diferenças entre ambas as acepções de constituições. Para tanto, recorre-se à lição de Silva,²⁹ que determina ser constituição material aquela que reúne a organização total do Estado. Vale dizer, “designa as normas constitucionais escritas ou costumeiras, inseridas ou não em um documento escrito, que regulam a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos e os direitos fundamentais.” Como consequência do exposto, só pode ser considerada Constituição a matéria essencialmente constitucional.

Como se pode perceber, há perfeita sintonia entre a concepção de Constituição formulada por Schmitt com a definição moderna de constituição material. No entanto, é considerada constituição formal, consoante o pensamento esboçado por Ferreira Filho,³⁰ aquelas regras que, não obstante contidas no texto constitucional, não possuem conteúdo próprio de uma Constituição.

Assim, na medida em que, em se tratando de constituições escritas, é possível pensar em normas que não sejam dotadas de força constitucional, de forma que sua relevância conceitual consiste em determinar que as normas possuem *status* constitucional apenas por estarem contidas em uma Constituição, não considerando, para qualquer fim, as matérias nelas tratadas.

Tendo compreendido a distinção entre constituições formais e materiais e, sendo certo que apenas aquelas, tradicionalmente, atuam como parâmetros para o controle de constitucionalidade, incute analisar a proposta do bloco de constitucionalidade, com fins a discutir os reflexos de sua adesão no ordenamento pátrio.

²⁸ SCHMIT, Carl. *Teoría de la Constitución (Verfassungslehre)*, p. 201.

²⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 40-41.

³⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 27. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

O RECONHECIMENTO DA TEORIA DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE NO ORDENAMENTO PÁTRIO

Conforme visto, o sistema de controle de constitucionalidade adotado a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 tem como parâmetro o texto da *Lex Superior*.

Vale dizer, verifica-se como paradigma de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade a Constituição Federal em seu sentido formal, ignorando, *ab initio*, acepções de normas infraconstitucionais mas que possuam conteúdo próprio de constituição – classificando-se, por conseguinte, em constituição material.

Todavia, a partir da lição de Hauriou acerca do bloco legal – expressão utilizada para se referir à atuação do Conselho de Estado –, mais tarde Favoreu veio a desenvolver a tese do bloco de constitucionalidade.³¹

A teoria do bloco de constitucionalidade parte dos pressupostos epistêmicos lançados por Schmitt acerca da distinção conceitual entre constituição e normas constitucionais defendendo, em apertada síntese, que se deve ter como parâmetro para o controle de constitucionalidade a Constituição em sua acepção material, de cunho extensivo.

Nesse cenário, Mariano Júnior³² ensina que “o bloco de constitucionalidade ganhou destaque a partir da decisão sobre a liberdade de associação do Conselho Constitucional Francês em 16 de julho de 1971” na medida em que essa decisão consagrou a força normativa do Preâmbulo da Constituição, o que veio por alargar a noção de interpretação conforme a Constituição, e mais que isso, trouxe à discussão o papel do Conselho Constitucional na defesa dos princípios fundamentais reconhecidos constitucionalmente.

Em tal decisão, ensina Mariano Júnior,³³ o Conselho Constitucional possibilitou a ampliação do rol de dispositivos e princípios que passaram a integrar o bloco de constitucionalidade haja vista que se alterou a própria natureza da Constituição.

A partir daí pode-se perceber que o bloco de constitucionalidade de caracteriza pela capacidade em expandir as disposições com cunho constitucional, dentre os quais se destaca os direitos fundamentais em prol da tutela jurídica centrada na dignidade humana.

³¹ MARIANO JÚNIOR, Alberto Ribeiro. Bloco de constitucionalidade: consequências do seu reconhecimento no sistema constitucional brasileiro. *Âmbito jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 87, abr. 2011.

³² MARIANO JÚNIOR, Alberto Ribeiro. Bloco de constitucionalidade: consequências do seu reconhecimento no sistema constitucional brasileiro.

³³ MARIANO JÚNIOR, Alberto Ribeiro. Bloco de constitucionalidade: consequências do seu reconhecimento no sistema constitucional brasileiro.

Acerca da extensão dos comandos constitucionais contidos no bloco de constitucionalidade, tem-se que o “bloco de constitucionalidade francês é formado pela Constituição de 1958, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o Preâmbulo da Constituição de 1943, e os Princípios Fundamentais reconhecidos pelas leis da República”,³⁴ de forma que todos esses documentos esparsos, por tratarem de conteúdo típico de constituição, funcionam como parâmetro para o controle de constitucionalidade. Dito de outra forma, têm hierarquia constitucional.

Outra característica marcante da teoria do bloco de constitucionalidade diz respeito à ausência de hierarquização normativa, de modo que toda a matéria legislativa que integra o bloco possui o mesmo *status*, representativo da igualdade entre as normas.

Aqui no Brasil, fazem parte do bloco de constitucionalidade, além da Constituição Federal, os tratados internacionais de direitos humanos aprovados conforme o regramento do art. 5º, § 3º, da CF.

Nesse diapasão, não obstante os tratados internacionais de direitos humanos recepcionados conforme o tratamento das Emendas Constitucionais não integrem formalmente a Constituição da República, estes passam a servir de paradigma para o controle de constitucionalidade.

Para Canotilho:³⁵

Todos os actos normativos devem estar em conformidade com a Constituição (art. 3º/3). Significa isto que os actos legislativos e restantes actos normativos devem estar subordinados, formal, procedimental e substancialmente, ao parâmetro constitucional. Mas qual é o estalão normativo de acordo com o qual se deve controlar a conformidade dos actos normativos? As respostas a este problema oscilam fundamentalmente entre duas posições: (1) o parâmetro constitucional equivale à constituição escrita ou leis com valor constitucional formal, e daí que a conformidade dos actos normativos só possa ser aferida, sob o ponto de vista da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, segundo as normas e princípios escritos da constituição (ou de outras leis formalmente constitucionais); (2) o parâmetro constitucional é a ordem constitucional global, e, por isso, o juízo de legitimidade constitucional dos actos normativos deve fazer-se não apenas segundo as normas e princípios escritos das leis constitucionais, mas também tendo em conta princípios não escritos integrantes da ordem constitucional global.

³⁴ MARIANO JÚNIOR, Alberto Ribeiro. Bloco de constitucionalidade: consequências do seu reconhecimento no sistema constitucional brasileiro.

³⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 811-812.

Na perspectiva (1), o parâmetro da constitucionalidade (= normas de referência, bloco de constitucionalidade) reduz-se às normas e princípios da constituição e das leis com valor constitucional; para a posição (2), o parâmetro constitucional é mais vasto do que as normas e princípios constantes das leis constitucionais escritas, devendo alargar-se, pelo menos, aos princípios reclamados pelo ‘espírito’ ou pelos ‘valores’ que informam a ordem constitucional global.

Conforme visto, Canotilho recorre-se à expressão ordem constitucional global ao se referir aos blocos de constitucionalidade, defendendo a tese de que deve o paradigma do controle de constitucionalidade alargar-se para dar campo aos princípios balizares dessa ordem global, ainda que não expressos em uma constituição – em sentido formal.

Seria o caso, por exemplo, de se refutar a validade de norma que venha a violar o conteúdo da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência que, visto ter sido aprovada nos moldes do art. 5º, § 3º, da CF passam a integrar o bloco de constitucionalidade.

A fundamentalidade da análise do que vem a integrar o bloco de constitucionalidade remonta no fato de que de tal percepção resultará a determinação do que vem a se configurar como parâmetro do controle de constitucionalidade. Nesse sentido, como consectário lógico do exposto, a importância recai no fato que a aceitação jurídica do bloco de constitucionalidade determina a própria noção do que é constitucional e o que não é.

Um ponto divergente na doutrina constitucional diz respeito à extensão do bloco de constitucionalidade. Segundo entendimento esboçado por Lépre, ³⁶ no bloco de constitucionalidade não estão incluídas as normas infraconstitucionais, de forma que “se uma norma ofende uma lei, mas não viola diretamente a Constituição, não é possível a realização do controle de constitucionalidade”.

Embasa o autor tal posicionamento sob o argumento de que, nesses casos, em que uma lei ofendida fica entre a norma objeto de questionamento e a Constituição – lei interposta – há mero controle de legalidade, o que coaduna com o entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.122.

Noutro sentido, todavia, há posicionamento paradigmático do ministro Celso de Mello no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 595, *in verbis*:

É por tal motivo que os tratadistas – consoante observa JORGE XIFRA HERAS (“Curso de Derecho Constitucional”, p. 43) –, em vez de

³⁶ LÉPRE, Paulo. *Direito constitucional*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 567.

formularem um conceito único de Constituição, costumam referir-se a uma pluralidade de acepções, dando ensejo à elaboração teórica do conceito de bloco de constitucionalidade, cujo significado – revestido de maior ou de menor abrangência material – projeta-se, tal seja o sentido que se lhe dê, para além da totalidade das regras constitucionais meramente escritas e dos princípios contemplados, explícita ou implicitamente, no corpo normativo da própria Constituição formal, chegando, até mesmo, a compreender normas de caráter infraconstitucional, desde que vocacionadas a desenvolver, em toda a sua plenitude, a eficácia dos postulados e dos preceitos inscritos na Lei Fundamental, viabilizando, desse modo, e em função de perspectivas conceituais mais amplas, a concretização da ideia de ordem constitucional global.

Consoante o posicionamento supracitado, o ministro Celso de Mello entendeu que, em se tratando de normas infraconstitucionais, essas podem integrar o bloco de constitucionalidade desde que tenham como finalidade precípua a consecução da eficácia plena dos postulados previstos na Constituição. Vale dizer, compreende essa ordem constitucional global – parâmetro para o controle de constitucionalidade – as normas infraconstitucionais conquanto estas funcionem como comandos de máxima efetivação dos preceitos próprios da Constituição.

Não obstante a existência de posição diversa, essa parece a mais apropriada, sob o crivo de uma interpretação conforme a Constituição. Ademais, o posicionamento do ministro Celso de Mello dialoga com o disposto no art. 5º, § 2º, da CF, que determina que os direitos fundamentais expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios adotados, assim, além de se reconhecer a fundamentalidade dos novos direitos não consagrados na Carta Constitucional, admite-se a sua integração ao bloco de constitucionalidade.

Imperioso ressaltar a lição de Favoreu e Llorente³⁷ para quem, independentemente dos parâmetros que se utilize para o controle de constitucionalidade – constituição escrita ou bloco de constitucionalidade – o respectivo parâmetro deve manter o vínculo de ordem temporal, isto é, deve estar vigente no momento da análise de compatibilidade constitucional, não se possibilitando o exame de constitucionalidade com base em paradigmas históricos.

Desta feita, percebe-se que o reconhecimento jurídico do bloco de constitucionalidade como paradigma do exame de compatibilidade da norma jurídica com a Constituição resulta, necessariamente, em um sistema mais harmônico, que presa pela coerência da ordem global em prejuízo a requisitos estritamente formais e limitados.

³⁷ FAVOREU, Louis; LLORENTE, Francisco Rubio. *El bloque de la constitucionalidad*. Madrid: Civitas, 1991, p. 95-109.

À GUIA DE CONSIDERAÇÕES

O presente trabalho veio com o objetivo de questionar os reflexos do reconhecimento da tese do bloco de constitucionalidade no exercício do controle de constitucionalidade. Para tanto, elegeu-se a hermenêutica constitucional como método jurídico-filosófico, haja vista a necessidade de se formular um entendimento necessariamente construído a partir da interpretação conforme a Constituição.

Iniciou-se a pesquisa determinando os conceitos básicos de jurisdição constitucional e suas transformações epistemológica até a consignação da denominada jurisdição constitucional democrática. Apartado a isso, percorreu-se a história do constitucionalismo brasileiro com o fim de precisar os avanços na consolidação da jurisdição constitucional em *terrae brasilis*.

Por fim, já compreendido os contornos iniciais do controle de constitucionalidade que, classicamente utiliza-se de constituição formal como parâmetro de análise, insta salientar – passou-se a examinar a tese do bloco de constitucionalidade, com fins a questionar os reflexos de seu reconhecimento.

A proposta do bloco de constitucionalidade parte da doutrina clássica de Schmitt e vem como evolução da teoria do bloco legal francês ao determinar que, no exame de constitucionalidade, deve-se adotar como paradigma não apenas constituição escrita – sentido formal de constituição –, mas sim constituição essencialmente material, ou seja, todas aquelas normas que reproduzam em seu conteúdo a vontade política fundamental.

A Constituição Federal de 1988 deu os primeiros passos rumo ao reconhecimento do bloco de constitucionalidade a garantir *status* constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos que forem recebidos sob o mesmo procedimento específico das emendas constitucionais (art. 5º, § 3º), bem como ao estabelecer que os direitos fundamentais contidos na Constituição representam rol meramente exemplificativo, integrando esse grupo novos direitos surgidos da evolução social, bem como do regime e dos princípios adotados (art. 5º, § 2º).

Todavia, a consagração da tese do bloco de constitucionalidade veio no posicionamento paradigmático do ministro Celso de Mello no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Nessa oportunidade, o ministro manifestou-se no sentido de que se deve estender os parâmetros de controle de constitucionalidade com o fim de, ao preterir critério estritamente formais, possibilitar uma maior harmonia à ordem constitucional global. E tal exegese é a que merece prosperar.

Ao se reconhecer a teoria do bloco de constitucionalidade está-se modificando sensivelmente as noções de o que é constitucional e o que não o é. Está-se a se posicionar de forma a abrir mão de uma estrutura estandardizada e petrifi-

cada – talvez por isso obsoleta – para caminhar rumo ao reconhecimento e consagração de novos direitos.

Constrói-se, nesse mister, uma nova pirâmide normativa, na qual fontes provenientes de outros ordenamentos adentram ao sistema constitucional, possuindo, por vezes, *status* supralegal e integrando os parâmetros de constitucionalidade.

Mais que isso, abre-se importante exceção no que se refere às normas infraconstitucionais. Aqui, não obstante reconhece-se a existência de controvérsia jurisprudencial no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal – parece salutar o posicionamento do ministro Celso de Mello, para quem se deve aceitar que normas infraconstitucionais integrem o bloco de constitucionalidade porquanto observado que a matéria nelas tratadas sejam essencialmente constitucionais, ou seja, reflitam a vontade política fundamental – como se vê, volta-se à tese de Schmitt.

Assim, uma vez que (i) a condição para se admitir normas infraconstitucional integrantes do bloco de constitucionalidade é que essas venham no mister de consagrar os direitos fundamentais, funcionando como condição de máxima efetivação e que (ii) os tratados internacionais, além do processo específico mais rígido, devem tratar necessariamente de direitos humanos, vê-se que o fundamento principal da teoria do bloco de constitucionalidade é garantir a construção harmônica de uma ordem constitucional global, pautada na segurança jurídica e na tutela irrenunciável e dos direitos fundamentais.

Em tempos em que se discute neoconstitucionalismo, pós-modernidade e ativismo judicial, o reconhecimento do bloco de constitucionalidade no exercício da jurisdição constitucional democrática é medida que merece prosperar. Trata-se de mais um mecanismo em defesa dos direitos fundamentais, implementando, assim, a própria função social do Estado Constitucional Democrático.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal brasileira* (coligidos e ordenados por Homero Pires). São Paulo: Saraiva, 1933.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CRISAFULLI, Vezio. Le système de controle de constitutionnalité de lois in Italie. *Revue de Droit Public*. Paris, LGDJ, n. 114, 1968.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Arres Editores, 2014.

- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Balanço crítico da jurisdição constitucional brasileira: um contraponto entre os modelos difuso e concentrado*. [Tese]. Salvador, Faculdade Baiana de Direito, 2009, v. 1.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FAVOREU, Louis; LLORENTE, Francisco Rubio. *El bloque de la constitucionalidad*. Madrid: Civitas, 1991.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.
- KELSEN, Hans. *La giustizia costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1981.
- LÉPORE, Paulo. *Direito constitucional*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.
- MARIANO JÚNIOR, Alberto Ribeiro. Bloco de constitucionalidade: consequências do seu reconhecimento no sistema constitucional brasileiro. *Âmbito jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 87, abr. 2011.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra, 2005.
- OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- PIGNATARI, Alessandra Aparecida Calvoso Gomes. *Efeitos processuais no controle de constitucionalidade*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. Prólogo de Pedro de Vea Colección de Ciencias Sociales. Madrid: Editorial Tecnos, 1998.
- SCHMITT, Carl. *Legality and legitimacy*. Translated and Edited by Jeffrey Seitzer with an introduction by John P. McCormick. London: Duke University Press, 2004.
- SCHMITT, Carl. *Teología política*. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Presentación de Francisco Ayala. Primera edición em “Alianza Universidad Textos”, 1982. Cuarta reimpressão em “Alianza Universidad Textos”. Madrid, 2003.
- SCHMITT, Carl. *Terra e Mare*. Traduzione di Giovanni Gurisatti, con um saggio di Franco Volpi. Terza Edizione. Milano: Adelphi Edizione S. P. A., 2006.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

Data de recebimento: 24/02/2016

Data de aprovação: 27/09/2016

JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO MODALIDADE DE JUSTIÇA INCLUSIVA

RESTORATIVE JUSTICE AS A MODUS OF INCLUSIVE JUSTICE

*Angelina Cortelazzi Bolzam**
*Rafael Fernando dos Santos***

RESUMO

O trabalho tem como objetivo compreender a mediação e seu enquadramento no contexto penal nacional, sob o olhar de uma Justiça Restaurativa. Diante do pouco êxito do aparato penal tradicional, tem-se a necessidade de implementação de novos mecanismos alternativos, a fim de oferecer maior eficiência ao sistema retributivo criminal, ou seja, uma melhor forma de solução dos conflitos. Para tanto, a Justiça Restaurativa surge como resposta a esta deficiência, por meio da mediação vítima-ofensor. A metodologia utilizada constituiu-se em pesquisa teórica e de uma revisão literária, com investigação descritiva.

Palavras-chave: Justiça restaurativa; Mediação de conflitos; Mediação penal; Mediação vítima-ofensor.

ABSTRACT

The study aims to understand the mediation and its integration within the national criminal context, under the gaze of a restorative justice. Before the little success the traditional penal apparatus has the need for implementation of new alternative mechanisms in order to provide greater efficiency to criminal retributive system, that is a better way to solve the conflict. Therefore, restorative justice is a response to this deficiency through the victim-offender mediation. The methodology consisted of theoretical and bibliographical research, with descriptive.

Keywords: Restorative justice; Conflict mediation; Penal mediation victim-offender.

* Graduada em Direito pela Unimep/SP. Mestre em Direito pela Unimep/SP. Advogada. Concluidora do Juizado Especial Cível e Criminal de Rio das Pedras. acbolzam@yahoo.com.br.

** Graduado em Direito pela Unasp. Mestre em Direito pela Unimep/SP. Sócio da Casoni Santos – Advocacia. rafaelf_dossantos@yahoo.com.br.

INTRODUÇÃO

O presente texto pretende contribuir para a reflexão sobre o desenvolvimento da ideia da Justiça Restaurativa como modalidade de justiça inclusiva, reintegradora e regeneradora das relações sociais.

A Justiça Restaurativa surge como nova tendência para a resolução de conflitos de origem criminal, pela qual vítima, ofensor e sociedade, conjuntamente, decidem a melhor forma de lidar com os desdobramentos da ofensa e suas implicações futuras.

Do que se verá, a Justiça Restaurativa pode ajudar a construir sociedades civis mais fortes, aumentando a capacidade e o interesse dos cidadãos em participar do processo de solução de conflitos, ao mesmo tempo em que contribui para impedir que conflitos se tornem maiores ou venham a reincidir.

Na primeira parte do artigo, discutiremos acerca das diferenças existentes entre a Justiça Retributiva e a Justiça Restaurativa. A segunda parte do texto aborda especificamente o estudo da Justiça Restaurativa como alternativa para o sistema penal tradicional. Durante esse momento, as raízes desse modelo de justiça serão retratadas, assim como sua época de surgimento, seu conceito doutrinário, seu objeto e seus objetivos quando da busca de justiça e paz social.

Por fim, em um terceiro momento, estuda-se o instituto da mediação em matéria penal.

Apesar, todavia, de não haver uma legislação específica, alguns institutos permitem a aplicação da Mediação Penal no ordenamento jurídico brasileiro; trazendo, inclusive, inúmeros resultados positivos, como o impacto psicológico positivo sobre a vítima e a satisfação de ambas as partes.

AS DIFERENÇAS ENTRE A JUSTIÇA RETRIBUTIVA E A JUSTIÇA RESTAURATIVA

As diferenças entre a Justiça Retributiva e Restaurativa existem. Dentro do sistema evolutivo dos sistemas processuais existentes até meados do século XX, a resolução do conflito penal deveria ser desenvolvida exclusivamente pelo Estado. A resposta para o modelo, então adotado, pode ser encontrada pela necessidade de se assegurar a preeminência de valores coletivos indisponíveis. Para tanto, o Estado detém o poder punitivo.

Com o surgimento da privação da liberdade no século XVIII, a prisão passou a ser o principal instrumento utilizado pelo Estado a fim de se exercer o *ius puniendi*.

Todavia, “a ideia de que a repressão total vai sanar o problema é totalmente ideológica e mistificadora. Sacrificam-se direitos fundamentais em nome da

incompetência estatal em resolver os problemas que realmente geram a violência”.¹

Após o reconhecimento de sua ineficiência ao sistema penal, inúmeras alternativas ao encarceramento foram propostas e implementadas, como as penas e as medidas alternativas inseridas pela Lei n. 9.099/1995.

Entretanto, nas palavras de Zehr:²

As populações carcerárias continuam a crescer ao mesmo tempo em que as “alternativas” também crescem, aumentando o número de pessoas sob o controle e supervisão do Estado. A rede de controle e intervenção se ampliou, aprofundou e estendeu, mas sem efeito perceptível sobre o crime e sem atender as necessidades essenciais da vítima e ofensor.

Por tais razões é que surge a ideia da autocomposição penal, vista como um meio eficiente de composição de controvérsias.

Ao reconstruir a noção de crime sob o viés de um evento causador de prejuízos e consequências não só à vítima, mas também à coletividade, a Justiça Restaurativa deixa de olhar o crime apenas sob a ótica da desobediência à lei e pela culpa, oferecendo, assim, um paradigma não punitivo, mas reconstitutivo.

Os programas de Justiça Restaurativa, como se verá, oferecem espaço para a participação no processo de justiça, dando poder aos envolvidos; em outras palavras, “o envolvimento ativo em projetos de microjustiça, como administradores, usuários, ou como testemunhas participativas funcionam para dar poder aos cidadãos e comunidades desprivilegiados”.³

Assim, por empregar as partes envolvidas na ocorrência de um crime, a Justiça Restaurativa está mais preocupada com as necessidades e as expectativas da vítima e do ofensor do que com a atribuição da culpa a este último.

Por essa razão é que:

A justiça restaurativa trabalha para dar poder a ambas as partes em um conflito ou um crime. Como os processos de justiça restaurativa são fundamentalmente comprometidos em dar a ambos os lados da história

¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 16.

² ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime a justice*. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 62.

³ OXHORN, Philip; SLAKMON, Catherine. Microjustiça, desigualdade e cidadania democrática: a construção da sociedade civil através da justiça restaurativa no Brasil. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Org.). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: MJ e PNUD, 2005, p. 202. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2014/07/Coletanea-de-Artigos-Livro-Justi%C3%A7a-Restaurativa.pdf>>. Acesso em: 26/03/2016.

importância igual, e para chegar a um acordo ao invés de atribuir culpa, eles dão poder a ambas as partes por seu envolvimento ativo no processo de justiça.⁴

Cabe registrar, assim, que a Justiça Restaurativa, pelas palavras de Umbreit, possui estrutura conceitual diversa da Justiça Retributiva:

A Justiça Restaurativa enfatiza a importância de se elevar o papel das vítimas e membros da comunidade ao mesmo tempo em que os ofensores (réus, acusados, indiciados ou autores do fato) são efetivamente responsabilizados perante as pessoas que foram vitimizadas, restaurando as perdas materiais e morais das vítimas e providenciando uma gama de oportunidades para diálogo, negociação e resolução de questões. Isto, quando possível, proporciona uma maior percepção de segurança na comunidade, efetiva resolução de conflitos e saciedade moral por parte dos envolvidos.⁵

Por isso, os mecanismos restaurativos se caracterizam pela busca da reconstrução do diálogo entre vítimas e ofensores, com ajuda de um terceiro imparcial, objetivando a elaboração conjunta de uma solução para o conflito. Assume-se, então, a tarefa de identificação das necessidades e obrigações oriundas da violação nas relações e do trauma que deve ser restaurado.

Pelos ensinamentos de Renato Sócrates Gomes Pinto,⁶ a Justiça Restaurativa promoverá, na área da Justiça Criminal, a democracia participativa, uma vez que vítima, infrator e comunidade se apropriam de significativa parte do processo decisório, na busca compartilhada de cura e transformação, mediante uma recontextualização construtiva do conflito, numa vivência restauradora.

Para Pedro Scuro Neto:⁷

“fazer justiça” do ponto de vista restaurativo significa dar resposta sistemática às infrações e a suas consequências, enfatizando a cura das

⁴ OXHORN, Philip; SLAKMON, Catherine. Microjustiça, desigualdade e cidadania democrática: a construção da sociedade civil através da justiça restaurativa no Brasil. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos e RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Org.). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*, p. 204.

⁵ UMBREIT, Mark S. apud AZEVEDO, André Gomma de. O componente de mediação vítima-ofensor na justiça restaurativa: uma breve apresentação de uma inovação epistemológica na autocomposição penal. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Org.). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*, p. 140.

⁶ PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa é possível no Brasil? In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Org.). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*, p. 21.

⁷ SCURO NETO, Pedro apud PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa é possível no Brasil? In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Org.). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*, p. 21.

feridas sofridas pela sensibilidade, pela dignidade ou reputação, destacando a dor, a mágoa, o dano, a ofensa, o agravo causado pelo malfeito, contando para isso com a participação de todos os envolvidos (vítima, infrator, comunidade) na resolução dos problemas (conflitos) criados por determinados incidentes. Práticas de justiça com objetivos restaurativos identificam os males infligidos e influem na sua reparação, envolvendo as pessoas e transformando suas atitudes e perspectivas em relação convencional com sistema de Justiça, significando, assim, trabalhar para restaurar, reconstituir, reconstruir; de sorte que todos os envolvidos e afetados por um crime ou infração devem ter, se quiserem, a oportunidade de participar do processo restaurativo.

No entanto, como se verá no tópico seguinte, as práticas restaurativas não são feitas para substituir o sistema de justiça tradicional, mas, sim, para complementar as instituições legais existentes e melhorar o resultado do processo de justiça.

A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO ALTERNATIVA AO SISTEMA PENAL TRADICIONAL

Mylène Jaccould⁸ explica que as sociedades pré-estatais europeias e as coletividades nativas privilegiavam as práticas de regulamento social centradas na manutenção da coesão do grupo. Ou seja, nessas sociedades comunais, em que os interesses coletivos superavam os interesses individuais, a transgressão de uma norma causava reações orientadas para o restabelecimento do equilíbrio rompido e para a busca de uma solução rápida para o problema.

Com o passar do tempo, no entanto, explica a autora⁹ que o movimento de centralização dos poderes e o nascimento das nações estado acabam por reduzir consideravelmente estas formas de justiça negociadas.

Segundo estudos de Faget,¹⁰ três correntes de pensamento encorajaram o reaparecimento do modelo da Justiça Restaurativa, ou seja, de uma justiça direcionada para o reparo e dos processos que a ela estão associados, nas sociedades contemporâneas ocidentais: i) movimento de contestação das instituições repressivas; ii) movimento da descoberta da vítima; e iii) movimento de exaltação da comunidade.

⁸ JACCOULD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Org.). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*, p. 163.

⁹ JACCOULD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Org.). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*, p. 164.

¹⁰ FAGET, Jacques. *La médiation; essai de politique pénale*. Ramonville Saint-Agne: Éditions Erès, 1997.

O primeiro movimento, o de contestação às instituições repressivas, surge nas universidades norte-americanas desenvolvendo uma crítica profunda a estas, destacando principalmente seu papel no processo de definição do criminoso.

Nos Estados Unidos, alguns movimentos confessionais, como os Quakers e o Mennonites, unem-se à corrente da esquerda radical norte-americana para contestar o papel e os efeitos das instituições repressivas.¹¹ Posteriormente, após o término da Segunda Guerra Mundial, Faget¹² retrata o surgimento do estudo sobre as vítimas, a vitimologia. Foi esse movimento que inspirou a formalização dos princípios da Justiça Restaurativa, em conjunto com o terceiro movimento, que faz alusão à promoção das virtudes da comunidade. Em outras palavras, “estes três movimentos permitem realmente situar bem o terreno auspicioso no qual a justiça restaurativa tomou dimensão”.¹³

Neste aspecto, vítimas, ofensores e comunidade passam a ser considerados integrantes de uma rede interativa de pessoas dos processos e de programas que caminham para uma Justiça Restaurativa. Por isso que Zehr¹⁴ concebe a Justiça Restaurativa como uma tentativa de olhar o crime à justiça por meio de novas lentes. A Justiça Restaurativa não possui um conceito único.

Conforme conceituam Gerry Jonhstone e Daniel Van Ness, a Justiça Restaurativa é um movimento social que apresenta enorme diversidade, cujo maior objetivo é transformar a maneira como as sociedades contemporâneas percebem e respondem aos crimes, inexistindo um verdadeiro consenso acerca de sua definição:

Alguns consideram a justiça restaurativa como uma técnica social ou programa que pode ser usado no interior dos nossos sistemas de justiça criminal. Outros procuram, em última análise, abolir grande parte do edifício de punição do Estado e substituí-lo por respostas baseadas na comunidade que ensinam, curam, reparam e restauram as vítimas, autores de crimes e suas comunidades. Outros, ainda, aplicam a visão de crime e restauração a todos os tipos de conflitos e danos. Na verdade,

¹¹ JACCOULD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Org.). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*, p. 165.

¹² FAGET, Jaques apud JACCOULD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça Restaurativa. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Org.). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*, p. 164.

¹³ JACCOULD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Org.). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*, p. 165.

¹⁴ ZEHR, Howard apud PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa é possível no Brasil? In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Org.). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*, p. 21.

o objetivo final e o foco principal, eles sugerem, deveria ser a mudança como vemos a nós mesmos e nos relacionamos com os outros na vida cotidiana.¹⁵

Por sua vez, Jaccould¹⁶ define a Justiça Restaurativa a partir da participação das partes e dos fins pretendidos com o procedimento restaurativo, de modo que se caracterizaria por “toda a forma de ação, individual ou coletiva, visando a corrigir as consequências vivenciadas por ocasião de uma infração, a resolução de um conflito ou a reconciliação das partes ligadas a um conflito”.

Conceito que vai ao encontro do entendimento de Howard Zehr,¹⁷ para quem o processo restaurativo tem três finalidades:

O primeiro passo na justiça restaurativa é atender às necessidades imediatas, especialmente as das vítimas. Depois disso a justiça restaurativa deveria buscar identificar necessidades e obrigações mais amplas. Para tanto, o processo deverá, na medida do possível, colocar o poder e a responsabilidade nas mãos dos diretamente envolvidos: a vítima e o ofensor. Deve haver espaço também para o envolvimento da comunidade. Em segundo lugar, ela deve tratar do relacionamento vítima-ofensor facilitando sua interação e a troca de informações sobre o acontecido, sobre qualquer um dos envolvidos e sobre suas necessidades. Em terceiro lugar, ela deve se concentrar na resolução dos problemas, tratando não apenas das necessidades presentes, mas das intenções futuras.

Em outras palavras, podemos dizer que a Justiça Restaurativa procura equilibrar o atendimento às necessidades das vítimas e da comunidade com a necessidade de reintegração do agressor à sociedade. Leia-se:

Um processo restaurativo significa qualquer processo no qual a vítima, o ofensor e/ou qualquer indivíduo ou comunidade afetada por um crime participem juntos e ativamente da resolução das questões advindas do crime, sendo frequentemente auxiliados por um terceiro investido de credibilidade e imparcialidade.¹⁸

¹⁵ JONHSTONE, Gerry; NESS, Daniel Van apud ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. Tese (Doutorado em Ciências Criminais). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2012, p. 85.

¹⁶ JACCOULD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Org.). *Justiça restaurativa*: coletânea de artigos, p. 169.

¹⁷ ZEHR, Howard. *Trocando as lentes*: um novo foco sobre o crime a justice, p. 192.

¹⁸ ALMEIDA, Tania. *Justiça restaurativa e mediação de conflitos*. Disponível em: <http://www.mediare.com.br/08artigos_06justica_restaurativa.html>. Acesso em: 23/03/2016.

Neste viés, a Justiça Restaurativa tem como objeto de trabalho não o delito, mas o conflito consequente ao delito e as relações sociais afetadas pela conduta. Assim, com base em um paradigma de valores, não punitivo, tem como principal objetivo a reparação dos danos oriundos do delito causados às partes envolvidas – vítima, ofensor e comunidade – e, quando possível, a reconstrução das relações rompidas.

Baseia-se, deste modo, em um procedimento de consenso, em que vítima e infrator, quando apropriado, bem como outros membros da sociedade, afetados pelo crime, sujeitos centrais, participam coletiva e ativamente na construção de soluções para a cura das feridas, das perdas e dos traumas causados pelo crime.¹⁹

Assim, seja qual for o procedimento restaurativo utilizado, ele estará orientado para atingir resultados que se espera de um evento restaurativo, quer dizer, reparação de danos, restauração de laços. Se a Justiça Restaurativa ensina e resgata o valor que há na construção de relações justas e éticas, ela coloca, na prática, o valor da justiça em três dimensões: relacional, institucional e social.

No que diz respeito à dimensão relacional, as técnicas se fazem presentes, havendo uma diversidade delas, mas estas têm como ponto comum: o encontro ordenado e espontâneo entre a vítima e o ofensor e pessoas diretamente afetadas (da família e da comunidade) que podem apoiá-los e se corresponsabilizarem pela não recidiva na situação conflituosa. Esse encontro é coordenado por uma pessoa capacitada previamente em técnicas que possibilitem aos participantes identificarem seus sentimentos e necessidades afetados em uma situação conflituosa ou violenta e, a partir desse reconhecimento, encontrar soluções coletivas para a transformação da situação em uma outra maneira de conviver.²⁰

Todavia, para que se alcance o objetivo desejado: a rediscussão da justiça como valor para uma melhoria na qualidade de vida, é preciso que a Justiça Restaurativa saia do âmbito relacional e introduza uma melhora das relações em comunidade, com novas condutas de paz.

Um segundo eixo tem seu foco na mudança institucional. Aqui também se cuida de uma formação – mas uma formação diferenciada – que tem seu foco na preparação das pessoas que dizem ‘sim’ ao projeto, para que elas se tornem agentes de mudança institucional; ou seja, para que pessoas afetadas à instituição onde as técnicas restaurativas se fazem pos-

¹⁹ PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa é possível no Brasil? In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Org.). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*, p. 20.

²⁰ PENIDO, Egberto de Almeida; MUMME, Mônica. Justiça restaurativa e suas dimensões empoderadoras: como São Paulo vem respondendo o desafio de sua implementação. *Revista do Advogado: mediação e conciliação*. São Paulo, v. 123, p. 75-82, 2014, p. 77.

sam cuidar da efetiva transformação da ambiência institucional, a fim de que a própria estrutura e cultura reinante (invariavelmente hierárquica e excludente) não retroalimente a situação de violência, bem como não manipule os procedimentos restaurativos para manter as relações de poder na instituição; e, ainda para que a proposta não seja esvaziada e extinta.²¹

Deste modo, um terceiro eixo é levado em consideração; a dimensão que se ocupa da articulação entre as entidades de atendimento, na busca pela transcendência dos limites relacionais e institucionais, que recoloca o indivíduo e o coletivo como corresponsáveis pelo estabelecimento de uma lógica justa de convivência entre as pessoas.²²

Assim, a finalidade da Justiça Restaurativa seria aquela definida por John Braithwaite:²³ um instrumento para aperfeiçoar o funcionamento da justiça formal, no intuito de aprimorar os institutos dos órgãos estatais no combate à violação das leis e da ordem, com a finalidade de dar eficiência e humanidade à Justiça Penal.

Ademais, essas práticas restaurativas, por permitirem a participação dos envolvidos na solução do caso, quando geram resultados positivos, substituem outras medidas mais custosas, além de serem aceitas com frequência, como mais legítimas e incentivadoras do respeito à lei.

Assim, podemos estabelecer que, a Justiça Restaurativa contém cinco tópicos básicos: i) o delito é mais que uma violação à lei, ele é um desafio à autoridade do governo; ii) o delito implica um rompimento em três dimensões: vítima/delinquente/comunidade; iii) o delito fere a vítima e a comunidade; iv) a vítima, a comunidade e o delinquente, todos, devem participar para determinar o que está ocorrendo e qual o caminho mais adequado para a restauração do dano; v) a resposta deve basear-se nas necessidades da vítima e da comunidade, mas nunca na necessidade de evidenciar a culpa do infrator, os perigos que este representa, nem sua história de delitos.²⁴

E para esse sistema de respostas restaurativas, que podem ser realizados sem a intervenção judicial, há diversos processos que podem ser descritos como próprios da Justiça Restaurativa, dentre eles: i) mediação entre a vítima e o infrator; ii) encontro ou reunião de família ou grupo comunitário; iii) tratado de paz ou

²¹ PENIDO, Egberto de Almeida; MUMME, Mônica. Justiça restaurativa e suas dimensões empoderadoras: como São Paulo vem respondendo o desafio de sua implementação, p. 77.

²² PENIDO, Egberto de Almeida; MUMME, Mônica. Justiça restaurativa e suas dimensões empoderadoras: como São Paulo vem respondendo o desafio de sua implementação, p. 77.

²³ BRAITHWAITE, John. *Restorative justice and responsive regulation*. New York: Oxford, 2002.

²⁴ PAZ, Silvana Sandra; PAZ, Silvina Marcela. Justiça restaurativa: processos possíveis. In: BAS-TOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Org.). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*, p. 126.

grupos de sentença.²⁵Por isso é que denominamos esse espectro de processos de sistema pluriprocessual.

Assim, para a escolha do processo de resolução de conflitos são analisadas as características intrínsecas de cada contexto fático, buscando-se, conseqüentemente um ordenamento jurídico processual adequado; tudo isso com o objetivo de se reduzir as ineficiências inerentes a cada mecanismo de solução de disputas, na medida em que se escolhe um processo que permita endereçar a melhor solução do conflito no caso em concreto.

E cada um desses processos de Justiça Restaurativa busca o melhor mecanismo voltado à ressocialização, prevenção, redução dos efeitos da vitimização, educação, empoderamento e humanização do conflito.

Em resumo, a Justiça Restaurativa pode se basear nos seguintes princípios:

(i) empoderamento do ofensor por meio do desenvolvimento de sua capacidade de assumir responsabilidade sobre seus atos e de fazer suas escolhas; (ii) reparo de danos, ou seja, contrariamente à Justiça estritamente retributiva, que se atém exclusivamente ao ofensor, a Justiça Restaurativa enfoca também a vítima, seu grupo familiar e suas necessidades a serem reequilibradas; (iii) e, por fim, resultados integrativos, restaurando a harmonia entre os indivíduos, reestabelecendo o equilíbrio e identificando e provendo, por meio de soluções duradouras, necessidades não atendidas.²⁶

Os benefícios trazidos pela Justiça Restaurativa são inúmeros. Quando se descentraliza a administração de certas demandas da justiça e se transfere o poder de tomada de decisão ao nível local, o sistema de justiça estatal e os cidadãos podem se beneficiar de modos importantes.

Oxhorn e Slakmon destacam que a Justiça Restaurativa, por meio de seus diversos modelos, pode ter um efeito positivo intrínseco para o processo por:

i) reduzir o volume de casos para os tribunais; ii) melhorar a imagem do sistema de justiça forma; iii) melhorar o acesso à informação e a recursos da justiça para cidadãos e comunidades marginalizados; iv) apresentar uma alternativa à justiça alternativa ilegal quando as instituições legais formais falham; v) dotar poder aos cidadãos e as comunidades através da participação ativa no processo de justiça; vi) favorecer

²⁵ PAZ, Silvana Sandra; PAZ, Silvina Marcela. Justiça restaurativa: processos possíveis. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Org.). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*.

²⁶ CARVALHO, Luiza Maria S. dos Santos. Notas sobre a promoção da equidade no acesso e intervenção da justiça brasileira. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Org.). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*, p. 218.

a reparação e a reabilitação ao invés da retribuição; vii) ter por base os consensos ao invés da coerção; viii) transferir e produzir conhecimento no nível local.²⁷

O benefício mais evidente que se pode citar é o seu efeito aliviador aos Tribunais, o que permite que o sistema de justiça formal opere mais eficazmente. De outro modo, “apoio estatal às iniciativas de microjustiça podem ajudar a construir a confiança nas instituições legais, que é muito fraca no Brasil”.²⁸

Outro benefício se concentra em um sistema de compensação de desigualdades. Ou seja, a Justiça Restaurativa transfere a carga da Justiça do Estado para o nível local; ao fazer essa transferência, esse modelo de Justiça oferece recursos para que cidadãos e a sua comunidade tenham capacidade de agir em conflitos que diretamente o atingem. Ademais, isso possibilitaria um maior acesso à justiça, àqueles que, por desconhecerem sobre direitos e procedimentos judiciais, não tem condições de arcar com as custas de um processo judicial.

Mas não só isso. Melhorar e aumentar o acesso à justiça a segmentos mais marginalizados oferece a oportunidade de se empoderar os desprivilegiados pela participação ativa no processo da justiça, pelo maior acesso à informação e aos recursos da justiça, pela reparação e reabilitação ao invés de punição e por consensos em lugar de coerção. É fato, portanto, que os valores da Justiça Restaurativa – encontro, inclusão, reparação e reintegração – enfatizam a restauração dos prejuízos causados pelo crime.

O encontro permite à vítima e ao infrator compartilharem, direta ou indiretamente, as suas histórias e encontrarem um meio de reparar os prejuízos. A inclusão dá a cada participante voz nos procedimentos e nos resultados. Através de indenizações, os infratores tentam consertar o prejuízo causado por suas ações. A reintegração permite à vítima e ao infrator tornarem-se membros contribuintes da sociedade.²⁹

Em resumo, a Justiça Restaurativa pode vir oferecer aos membros do sistema de justiça um novo meio de comunicação, uma nova linguagem que não

²⁷ OXHORN, Philip; SLAKMON, Catherine. Microjustiça, desigualdade e cidadania democrática: a construção da sociedade civil através da justiça restaurativa no Brasil. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Org.). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*, p. 200.

²⁸ OXHORN, Philip; SLAKMON, Catherine. Microjustiça, desigualdade e cidadania democrática: a construção da sociedade civil através da justiça restaurativa no Brasil. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos e RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Org.). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*, p. 200.

²⁹ VAN NESS; FORTE apud PARKER, L. Lynette. *Justiça restaurativa: um veículo para a reforma?* In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Org.). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*.

aquela convencional do sistema que, por meio de “corretivos” (penas), acabam por não coibir a criminalidade.

A MEDIAÇÃO EM MATÉRIA PENAL

É sabido que a lei deve garantir direitos e obrigações para todos os cidadãos e, por isso, constitui-se no órgão mais elementar de um estado democrático.

Quando a justiça assegura que todos os cidadãos são iguais perante a lei, que ninguém está acima da lei, e que são sancionados por suas ações os indivíduos que agem fora da lei independentemente de sua posição social e influência política. (Agora) quando a impunidade é a norma e as instituições legais reproduzem ao invés de excluir as desigualdades socioeconômicas, os cidadãos – no alto e no final da escala social – têm um incentivo para buscar recursos em meios alternativos de obter justiça.³⁰

Os movimentos sociais e jurídicos vêm transformando a ordem social e buscam fornecer respostas efetivas às demandas sociais por meio do diálogo, da disponibilidade e da autonomia. Visto a partir de uma perspectiva da construção social de direitos, as práticas de Justiça Alternativa podem oferecer modelos concretos para se construir a cidadania civil e a paz social.

E é de se frisar: todas as práticas de justiça alternativa compartilham uma característica: “todas representam iniciativas para fornecer justiça por canais que não são monopolizados pelo sistema de justiça formal”.³¹

Diante do contexto descrito anteriormente, somado à crise do Judiciário e suas ondas de acesso, é indispensável que o direito penal busque novas respostas à readaptação social. Neste contexto, insere-se a mediação como instrumento de efetivação da Justiça Restaurativa.

A mediação pode ser definida como “processo através do qual a terceira pessoa neutra tenta, por meio da organização das trocas entre as partes, permitir a estas confrontarem seus próprios pontos de vista e procurar solução ao conflito que as opõe”.³²

³⁰ OXHORN, Philip; SLAKMON, Catherine. Microjustiça, desigualdade e cidadania democrática: a construção da sociedade civil através da justiça restaurativa no Brasil. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Org.). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*, p. 197.

³¹ OXHORN, Philip; SLAKMON, Catherine. Microjustiça, desigualdade e cidadania democrática: a construção da sociedade civil através da justiça restaurativa no Brasil. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Org.). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*, p. 198.

³² BONAFÉ SCHIMITT, Jean Pierre. Una, tante mediazione dei conflitti. In: PISAPIA, Gianvit-

A mediação em matéria penal, como ferramenta da Justiça Restaurativa, começou a ser praticada no Canadá e nos Estados Unidos por volta das décadas de 1970 e 1980.³³

Sua conceituação pode ser tratada como “o processo informal e flexível no qual se insere a figura de um terceiro imparcial – mediador –, que age com a finalidade de recompor um conflito originado de um ato delituoso”.³⁴

Os projetos-piloto de mediação penal implantados tentam superar desafios, como recolocar a vítima no centro do debate do conflito em que se viu envolvida e permitir que ela participe das soluções sem dar lugar ao retorno da vingança privada. O processo de mediação penal partilha dos princípios humanistas, mostrando que é possível restaurar em vez de punir. Visa, ainda, reforçar os sentimentos de solidariedade social, pilar da modernidade.³⁵

Nas palavras de Pinto,³⁶ o paradigma restaurativo desafia resistências, particularmente de operadores jurídicos alienados presos à ideia de um Direito blindado contra mudanças, sob o argumento – equivocado – de que ele desvia-se do devido processo legal, das garantias constitucionais, produzindo uma séria erosão no Direito Penal codificado.

Apesar de não se ter evidências de que a implementação de um novo método alternativo de justiça possa resolver boa parte dos problemas a que se propõe, é de se pensar que o modelo vigente (justiça punitiva/retributiva) já deu reiteradas mostras de esgotamento, o que, por si só, justifica a construção de um novo modelo. De Vitto³⁷ explica que novos paradigmas ou modelos modernos de reação do delito surgem como alternativas à tendência da punição.

Em seu estudo, De Vitto³⁸ nos apresenta como primeiro sistema, o chamado modelo dissuasório, que mira tão somente a sociedade e põe em relevo a pretensão

torio; ANTONUCCI, Daniela (a cura di). *La Sfida dela Mediazione*. Milão: Cedam, 1997, p. 36.

³³ FÁRIA, Ana Paula. *Mediação penal: um novo olhar sobre a justiça penal*, 2012, p. 3. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1106/6%20R%20Mediacao%20penal%20-%20ana%20paula.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 26/03/2016.

³⁴ FÁRIA, Ana Paula. *Mediação penal: um novo olhar sobre a justiça penal*, p. 3.

³⁵ FÁRIA, Ana Paula. *Mediação penal: um novo olhar sobre a justiça penal*, p. 6.

³⁶ PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa é possível no Brasil? In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Org.). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*, p. 27.

³⁷ DE VITTO, Renato Campos Pinto. Justiça criminal, justiça restaurativa e direitos humanos. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Org.). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*, p. 42.

³⁸ DE VITTO, Renato Campos Pinto. Justiça criminal, justiça restaurativa e direitos humanos. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Org.). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*, p. 42.

punitiva do Estado. Ou seja, pressupõe que a punição efetiva é elemento absolutamente apto a desestimular a prática delitiva, reduzindo-a a uma mensagem meramente intimidatória, desconsiderando as várias nuances do impacto psicológico da aplicação da pena.

Porém, o autor³⁹ relata que o modelo ressocialização surge, também, com seu foco voltado na função reabilitadora da pena em relação à pessoa do infrator.

Por fim, um terceiro modelo nos é retratado: o modelo integrador, que é considerado o mais ambicioso plano de reação ao delito. Diferente dos modelos descritos anteriormente, este volta sua atenção não só para a sociedade ou para o infrator, mas pugna pela restauração de todas as relações abaladas, o que inclui, mas não se limita à reparação dos danos causados à vítima e à comunidade.

É esse último modelo que se corporifica pela confrontação das partes envolvidas no conflito, por meio da mediação, que traz vantagens para todas as partes envolvidas no fenômeno criminal. Vejamos: ao infrator,

(...) porque enseja seu amadurecimento pessoal, a parir do enfrentamento direto das consequências aproveitadas pela vítima, predispondo-o a comprometer-se na solução dos problemas que causou, o que não ocorre no processo penal tradicional, em que este encontra-se em uma instância distante e alheia ao fato (...).⁴⁰

À vítima, “na medida em que devolve-lhe um papel relevante na definição da resposta estatal ao delito e preocupa-se em garantir a reparação dos danos sofridos e minimizar as consequências do fato, o que evita a vitimização secundária”.⁴¹

Igualmente, por fim, do ponto de vista social:

O sistema representa ganho ao caminhar em direção à solução efetiva do conflito concreto confiando no comprometimento das partes na busca de uma solução negociada, o que de certa forma minimiza os efeitos negativos da visão distorcida de vitória do Direito em contrapo-

³⁹ DE VITTO, Renato Campos Pinto. Justiça criminal, justiça restaurativa e direitos humanos. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Org.). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*, p. 3.

⁴⁰ DE VITTO, Renato Campos Pinto. Justiça criminal, justiça restaurativa e direitos humanos. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Org.). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*, p. 43.

⁴¹ DE VITTO, Renato Campos Pinto. Justiça criminal, justiça restaurativa e direitos humanos. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Org.). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*, p. 44.

sição à derrota do culpado, e traz um enorme potencial de pacificação social.⁴²

É a Justiça Restaurativa representa a aplicação prática desse modelo: “uma tentativa de conciliar as justas expectativas da vítima, do infrator e da sociedade”.⁴³ É por isso que a mediação em matéria penal surge como a oportunidade de, ofensor e ofendido voluntariamente, participarem de maneira ativa na solução do conflito que os envolve, restaurando as relações e reconstruindo o que foi quebrado pela infração penal com a ajuda de um mediador.

Assim, podemos reconhecer a mediação penal como um processo consistente na busca de uma solução para um conflito, fruto de uma infração penal, negociada livremente entre as partes, com a intervenção de um terceiro; momento propício para se pensar em um tipo de resposta com base nos preceitos da Justiça Restaurativa: visando à prevenção e recomposição dos pontos de divergência que levaram as partes ao conflito.

CONCLUSÃO

Do que se viu, os valores da Justiça Restaurativa – encontro, inclusão, reparação e reintegração – enfatizam a restauração dos prejuízos causados pelo crime, levando o infrator a assumir a responsabilidade por suas próprias ações e trabalhando para criar um futuro mais positivo entre os envolvidos no conflito.

É por esses motivos que esse modelo restaurador se apresenta como um novo paradigma aplicado ao processo penal, buscando interferir de forma efetiva no conflito, exteriorizado pela prática do delito, por meio da restauração das relações que foram abaladas a partir desse evento.

Buscando interferir positivamente em todos os envolvidos no fenômeno criminal, a Justiça Restaurativa pretende possibilitar o amadurecimento pessoal do infrator, reduzir os danos ocasionados à vítima e sociedade, com ganho na segurança social.

Como se verificou, os programas de Justiça Restaurativa têm um valor positivo intrínseco para o sistema de justiça; oferecendo não apenas a possibilidade de fortalecer a base dos direitos de cidadania e democracia, mas de modo que empodera a sociedade civil para melhorar o processo e o resultado da justi-

⁴² DE VITTO, Renato Campos Pinto. Justiça criminal, justiça restaurativa e direitos humanos. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Org.). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*, p. 44.

⁴³ DE VITTO, Renato Campos Pinto. Justiça criminal, justiça restaurativa e direitos humanos. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Org.). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*, p. 44.

ça. Podemos dizer, assim, que a Justiça Restaurativa é vista como um novo paradigma de conceituação do crime e de resposta à justiça.

Por tais considerações, a mediação traz para o mundo jurídico um olhar voltado para o indivíduo, apontando para um caminho de transformação e renovação; exercido não só pelas partes envolvidas no processo (vítima, ofensor e sociedade), mas também pelo mediador, agente essencial ao procedimento de humanização e aproximação entre os cidadãos e a justiça.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*. Tese (Doutorado em Ciências Criminais). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2012.

ALMEIDA, Tania. *Justiça restaurativa e mediação de conflitos*. Disponível em: <http://www.mediare.com.br/08artigos_06justica_restaurativa.html>. Acesso em: 2/03/2016.

AZEVEDO, André Gomma de. O componente de mediação vítima-ofensor na justiça restaurativa: uma breve apresentação de uma inovação epistemológica na autocomposição penal. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Org.). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: MJ e PNUD, 2005. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2014/07/Coletanea-de-Artigos-Livro-Justi%C3%A7a-Restaurativa.pdf>>. Acesso em: 25/03/2016.

BERISTAIN, Antonio. *Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia*. Trad. Cândido Furtado Mais Neto. Brasília: UnB, 2000.

BONAFÉ SCHIMITT, Jean Pierre. Una, tante mediazione dei conflitti. In: PISAPIA, Gianvittorio; ANTONUCCI, Daniela (a cura di). *La Sfida della Mediazione*. Milão: Cedam, p. 24-50, 1997.

BRAITHWAITE, John. *Restorative justice and responsive regulation*. New York: Oxford, 2002.

CARVALHO, Luiza Maria S. dos Santos. Notas sobre a promoção da equidade no acesso e intervenção da justiça brasileira. In: Bastos, Márcio Thomaz; Lopes, Carlos; Renault, Sérgio Rabello Tamm (Org.). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: MJ e PNUD, 2005. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2014/07/Coletanea-de-Artigos-Livro-Justi%C3%A7a-Restaurativa.pdf>>. Acesso em: 26/03/2016.

DE VITTO, Renato Campos Pinto. Justiça criminal, justiça restaurativa e direitos humanos. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Org.). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: MJ e PNUD, 2005. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2014/07/Coletanea-de-Artigos-Livro-Justi%C3%A7a-Restaurativa.pdf>>. Acesso em: 24/03/2016.

FAGET, Jacques. *La médiation: essai de politique pénale*. Ramonville Saint-Agne: Éditions Erès, 1997.

FARIA, Ana Paula. *Mediação penal: um novo olhar sobre a justiça penal*, 2012. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1106/6%20>>

R%20Mediacao%20penal%20-%20ana%20paula.pdf?sequence=1>. Acesso em: 26/03/2016.

FROESTAD, Jan; SHEARING, Clifford. Prática da justiça: o modelo Zwelethemba de resolução de conflitos. In: Bastos, Márcio Thomaz; Lopes, Carlos; Renault, Sérgio Rabello Tamm (Org.). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: MJ e PNUD, 2005. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2014/07/Coletanea-de-Artigos-Livro-Justi%C3%A7a-Restaurativa.pdf>>. Acesso em: 25/03/2016.

JACCOULD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Org.). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: MJ e PNUD, 2005. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2014/07/Coletanea-de-Artigos-Livro-Justi%C3%A7a-Restaurativa.pdf>>. Acesso em: 20/03/2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

OXHORN, Philip; SLAKMON, Catherine. Microjustiça, desigualdade e cidadania democrática: a construção da sociedade civil através da justiça restaurativa no Brasil. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Org.). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: MJ e PNUD, 2005. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2014/07/Coletanea-de-Artigos-Livro-Justi%C3%A7a-Restaurativa.pdf>>. Acesso em: 26/03/2016.

PARKER, L. Lynette. *Justiça restaurativa: um veículo para a reforma?* In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Org.). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: MJ e PNUD, 2005. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2014/07/Coletanea-de-Artigos-Livro-Justi%C3%A7a-Restaurativa.pdf>>. Acesso em: 26/03/2016.

PAZ, Silvana Sandra; PAZ, Silvina Marcela. Justiça restaurativa – processos possíveis. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Org.). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: MJ e PNUD, 2005. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2014/07/Coletanea-de-Artigos-Livro-Justi%C3%A7a-Restaurativa.pdf>>. Acesso em: 25/03/2016.

PENIDO, Egberto de Almeida; MUMME, Mônica. Justiça restaurativa e suas dimensões empoderadoras: como São Paulo vem respondendo o desafio de sua implementação. *Revista do Advogado: mediação e conciliação*. São Paulo, v. 123, p. 75-82, 2014.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa é possível no Brasil? In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Org.). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: MJ e PNUD, 2005. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2014/07/Coletanea-de-Artigos-Livro-Justi%C3%A7a-Restaurativa.pdf>>. Acesso em: 24/03/2016.

RÖSSNER, Dieter. Mediation as a basic element of crime control: theoretical and empirical comments. *Ruffalo Criminal Law Review*, v. 3, n. 1. New York, Buffalo Criminal Law Center, p. 211-233, 2000. Disponível em: <[http://wings.buffalo.edu/law/bclcr/articles/3\(1\)/roessner.pdf](http://wings.buffalo.edu/law/bclcr/articles/3(1)/roessner.pdf)>. Acesso em: 16/03/2016.

SICA, Leonardo. Mediação penal. *Revista do Advogado: mediação e conciliação*. São Paulo, v. 123, p. 96-104, 2014.

TIAGO, Tatiana Sandy. *Implementação da justiça restaurativa por meio da mediação penal: estudo em arbitragem, mediação e negociação*. In: AZEVEDO, André Gomma de; BARBOS, Ivans Machado (Org.). Brasília: Grupos de Pesquisa, v. 4, 2007.

UMBREIT, Mark S. *The handbook of victim offender mediation: an essential guide to practice and research*. San Francisco: Ed. Jossey Bass, 2001.

ZEHR, Howard. *Changing lenses: a new focus on crime and justice*. Scottsdale: Herald Press, 1990.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime a justice*. São Paulo: Palas Athena, 2008.

Data de recebimento: 27/10/2016

Data de aprovação: 03/01/2017

NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO, EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA INCURSÃO PARADIGMÁTICA ENTRE O PLURALISMO JURÍDICO E A DEMOCRACIA

NEW LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM, EFFECTIVE JUSTICE AND CONSTITUTIONAL JURISDICTION: A PARADIGMATIC INCURSION BETWEEN PLURALISM LEGAL AND DEMOCRACY

*Augusto Antônio Fontanive Leal**

RESUMO

A perspectiva que se depreende do novo constitucionalismo latino-americano demonstra uma preocupação com o reconhecimento de sujeitos sociais. A dificuldade de a democracia representativa alcançar a totalidade de indivíduos que pactuam a vida em sociedade importa em uma política participativa. Portanto, o plurinacionalismo, que reconhece as mais diversas nacionalidades presentes nos países latino-americanos, descentralizando a sua jurisdição, permite uma participação política ativa e constitucional dos diversos atores sociais que compõe os referidos Estados. Com isso, pode-se estabelecer uma ligação entre a efetivação da justiça, o reconhecimento de atores sociais diversos e os direitos expressados pelo paradigmático novo constitucionalismo latino-americano. O presente estudo será realizado por meio de análise bibliográfica pertinente ao tema, em conjunto com textos legais que viabilizem a metodologia hermenêutica.

Palavras-chave: Novo constitucionalismo latino-americano; Efetivação da justiça; Jurisdição constitucional.

* Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (RS). Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Advogado. augustoafl@gmail.com.

ABSTRACT

The perspective from the new Latin American constitutionalism shows a concern for the recognition of social subjects. The difficulty of representative democracy monopolize the totality of individuals who contract life in society matters in a participatory politics. Thus, the plurinacionalism that recognizes the various nationalities present in Latin American countries, decentralizing their jurisdiction allows an active and constitutional political participation of various social actors that make up those States. With this, it can be possible to establish a link between the realization of justice, recognition of various social actors and the rights expressed by the new paradigmatic Latin American constitutionalism. This study will be conducted through literature review relevant to the subject, together with legal texts that enable the hermeneutic methodology.

Keywords: New latin american constitutionalism; Effectuation of justice; Constitutional jurisdiction.

INTRODUÇÃO

A pós-modernidade atualmente vivenciada trouxe consigo uma crise na democracia, a qual parece passar por um espaço de reformulação. É neste aspecto que surge o reconhecimento de novos sujeitos sociais, os quais estão ligados a uma proposta política dotada de pluralidade.

O reconhecimento de novos sujeitos sociais estabelece conexão entre a pluralidade e a democracia necessárias para este intento, daí a importância de ser este processo de reconhecimento embasado em uma legitimidade correspondente. Para tanto, parece que a legitimidade destes novos sujeitos sociais somente pode ser observada na seara latino-americana com a compreensão de um cenário plurinacionalista. É com base em um plurinacionalismo que reconheça o pluriculturalismo de uma sociedade complexa, que se possibilitará um efetivo exercício da democracia e da pluralidade.

Consequentemente, o ato jurisdicional deve corresponder com o estabelecido pelo povo em um pacto social, o que demonstra a importância de se estabelecer a função do novo constitucionalismo latino-americano na tarefa de efetivação da justiça a partir do reconhecimento legitimado de novos sujeitos sociais, com base em um novo ideal democrático que revela a tarefa da jurisdição constitucional.

Desta forma, em um primeiro momento será discorrido acerca do ideal de reconhecimento dos novos sujeitos sociais de acordo com uma nova concepção democrática, pluralista e plurinacional. Depois é necessário debruçar-se sobre o papel do novo constitucionalismo latino-americano no reconhecimento destes novos sujeitos sociais, tendo como fundamento uma virada paradigmática das esferas jurídica e constitucional. Por fim, será realizada uma análise da função

da jurisdição constitucional como essencial para que ocorra uma efetivação da justiça para todos os membros de uma sociedade, incluindo os novos sujeitos sociais, firmada nos assentos do novo constitucionalismo latino-americano.

Com efeito, a partir da problemática sobre como o novo constitucionalismo opera no reconhecimento de novos sujeitos sociais e de que modo se dá a efetivação deste reconhecimento pela via judicial, tem-se no presente trabalho por objetivo geral a investigação do reconhecimento constitucional de novos sujeitos sociais, com um leque de objetivos específicos que discorram sobre: (a) uma nova concepção democrática calcada em um plurinacionalismo; (b) o novo constitucionalismo latino-americano no processo de reconhecimento de sujeitos sociais; e (c) a análise da jurisdição constitucional como meio de efetivação da justiça, sendo esta pesquisa amparada pela análise bibliográfica pertinente ao tema, em conjunto com textos legais, de modo a viabilizar a metodologia hermenêutica.

PLURALISMO JURÍDICO, DEMOCRACIA E PLURINACIONALIDADE: DESVENDANDO NOVOS SUJEITOS SOCIAIS

A modernidade vivenciada moldou as concepções filosóficas e vertentes existenciais de acordo com suas condições, o que acabou por gerar todo um compêndio científico voltado para suas determinações, observando o caráter sociopolítico de sua época.

Não obstante, em um primeiro aspecto é possível escancarar a problematização encontrada em um viés político extremamente voltado para a ótica liberal-individualista, sobretudo na extrema individualização do agir, sem a consideração da pluralidade social. Neste caso, impende esclarecer que em nenhum momento se está a execrar o ideal liberalista e sua importância para a busca do que é justo para uma sociedade, sobretudo no caráter do amplo abarcamento de uma democratização efetiva. Busca-se, no entanto, expor que a ótica estritamente individualista, dentro de uma caracterização liberal, pode acarretar inúmeras dificuldades em uma perspectiva democrática que deve, sem aniquilar os indivíduos, concatená-los em uma sociedade.

É impossível negar que no século XXI se está vivenciando um ambiente pós-moderno, diante do ágil fluxo de informações, conjuntamente com a rapidez das relações e do modo de produção capitalista, razão pela qual o sociólogo Zygmunt Bauman cunhou a era vivenciada pelo termo de modernidade líquida.¹

Neste cenário, é possível demonstrar que a realidade pós-moderna, diferentemente de outras épocas históricas, não pode mais ser observada pelas mesmas definições científicas e racionais de outrora. O desenvolvimento da sociedade

¹ BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

culmina, evidentemente, em uma crise de suas estruturas e instituições, conforme assevera Antônio Carlos Wolkmer:

As verdades teológicas, metafísicas e racionais que sustentaram durante séculos as formas de saber e de racionalidade dominantes não conseguem mais responder inteiramente às inquietações e às necessidades do presente estágio de desenvolvimento da modernidade humana.²

É em função deste novo entendimento da sociedade que passam a ser repensadas as instituições da modernidade, pois não aderem mais aos anseios sociais contemporâneos, observando-se uma realidade diversificadora da cultura democrática, pluralista e globalizada. A dificuldade que se tem de açambarcar a complexidade da pós-modernidade na atividade jurídica traz consigo a crise da legitimação de uma sociedade, a partir de um viés legalista, por meio de um Estado, em conjunto com uma própria crise da efetivação da justiça.

Assim, em um primeiro aspecto, no que concerne à legitimação da sociedade, deve-se considerar na atualidade social os mais variados grupos, com base em associações coletivas de diversas culturas inseridas em um mesmo cenário, reconhecendo um verdadeiro pluralismo.

A partir da dificuldade de legitimação da integração do pluralismo de diversas associações coletivas, sem que se desconsidere a sua interdependência em um mesmo órgão, resta necessário ser demonstrada a dificuldade de concretização da efetividade jurídica para que se tenha uma maior proximidade do real intento de uma sociedade democrática e pluralista.

Então, recorre-se novamente ao entendimento de Wolkmer, o qual sintetiza a problemática atualmente vivenciada. Esclarece o autor:

Os referenciais culturais e normativos que justificam a mundialidade da vida, a ordenação social e os critérios de cientificidade tornaram-se inadequados e reduzidos, abrindo espaço para se repensar padrões novos de referência e legitimação. (...). A estrutura normativa do moderno Direito positivo formal é pouco eficaz e não consegue atender à globalidade competitiva e das atuais sociedades periféricas que passam por distintas espécies de reprodução do capital, por acentuadas condições sociais e por fluxos que refletem tanto crises de legitimidade quanto na efetividade da justiça.³

A partir da dificuldade de que um padrão ordenador de uma sociedade tenha encaixe em um novo referencial de legitimação é que surge o repensar da

² WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 25.

³ WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*, p. 226.

estrutura do Direito como forma capaz de proporcionar o alcance das mais diversas camadas na consecução da busca pelo justo. Neste ínterim, é importante que se adote a perspectiva de que o Estado deve ser governado pelo próprio povo, em que cada um dos membros deste Estado coloca em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral, conforme concebera Rousseau.⁴

Entendendo-se a cessão de parte da própria liberdade de cada indivíduo em prol da vontade geral, como meio de gerar um pacto social, é possível perceber a característica que torna o povo soberano, uma vez que a vontade geral é a reunião das diversas vontades como forma de legitimar uma sociedade. Com isso, a alienação de parte dos anseios dos indivíduos para esta vontade geral possui um limite no anseio da respectiva comunidade, de forma que o indivíduo não venha a ser aniquilado diante de um grupo social.

Por isso, a concepção que percebe uma sociedade em suas mínimas camadas, isto é, diante das diversas culturas dentre associações coletivas, deve estar embasada em ampliar a confecção deste acordo social que embasa o próprio ser estatal.

Ainda, tendo por base que a soberania é a vontade da nação (ou plurinações como adiante se verá), ao mesmo tempo em que assume a forma de um direito,⁵ há que se dizer sobre a lógica em que a vontade dos membros de uma sociedade devem estar legitimada em seus intentos. Caso em que não se está buscando elaborar uma relação de peso entre grupos sociais menores e maiores, mas uma nova concepção do alcance da tutela de reconhecimento dentre as mais diversas camadas sociais que compõe um Estado, o qual deve ser observado como concebido a partir da cessão de parcela de liberdade de cada indivíduo que o compõe.

De certo que as características que se tem para a reconsideração do Estado frente às adversidades que surgem a partir da consideração de camadas sociais outrora não tidas como integrantes de um pacto social revelam uma reconsideração da sociedade em si. Por isso, a ascensão do Estado Democrático de Direito tem não só como critério a adoção de elos liberais e sociais em sua política, mas toda uma nova ponderação acerca dos membros de uma sociedade que leve em conta, também, a fraternidade.

⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2013, p. 34.

⁵ BARACHO, José Alfredo de Oliveira; HORTA, José Luiz Borges (Org.). *Direito e política: ensaios selecionados*. Florianópolis: Conpedi, 2015, p. 91. Oportunamente, o autor complementa com a teoria alemã que percebe o Estado como um todo, com base na junção entre nação, território e governo, desta forma, a Soberania seria exercida pelo próprio Estado, o que não altera a concepção de que, se o povo exerce a soberania, pressupõe-se um pacto social que deve ser sustentado.

Ao se conceber um Estado com base na democracia, é imperioso não olvidar seu caráter de reestruturação das camadas sociais, de forma a serem abrangidas por meio de uma legitimação geral, que conceba as diversas comunidades existentes em uma sociedade, mas que também tenha por base sempre o respeito ao indivíduo. Outrossim, a democracia a ser observada nesta ascensão de um novo Estado encontra respaldo na atividade jurisdicional, inclusive na edição de leis, que funcionem como intérpretes da sociedade, como entende Bolzan de Moraes:

A lei aparece como instrumento de transformação da sociedade, não estando mais atrelada inelutavelmente à sanção ou à promoção. O fim a que pretende é a constante reestruturação das próprias relações sociais.⁶

A sociedade vista como um todo assume um novo ideal, respaldado no atendimento de todos os indivíduos que a compõe, tendo-se sempre como viés justificativo a democracia que reconsidere a concepção de Estado, sem que se desconsidere a responsabilidade dos indivíduos para consecução deste intento. Neste talante, impende referir que a responsabilidade individual se tem como critério imprescindível na observação da democracia que consagre a legitimação dos diversos grupos sociais pertencentes a um Estado, isso porque, conforme anteriormente observado, o Estado pode ser concebido a partir da cessão de parte das liberdades de todos os indivíduos em prol de uma vontade geral, mas de se reiterar que esta cessão jamais pode aniquilar a característica individual dos diversos membros sociais.

É por isso que o Estado, a partir de uma legitimação das diversas massas sociais, deve objetivar mecanismos que disponham acerca da diversidade de oportunidades de escolhas entre os membros sociais, possibilitando a responsabilidade destes indivíduos com a democracia e o próprio Estado, uma vez que a concessão de oportunidades inclui também o resguardo às liberdades básicas. Consequentemente, oportunizar escolhas fornecidas aos indivíduos gerará a aptidão necessária para que se dê suas representações, pois também compõe o Estado e devem ter condições de se autorrepresentar. Nesta linha, o entendimento de Amartya Sen:

Há uma diferença entre ‘pajear’ as escolhas de um indivíduo e criar mais oportunidades de escolha e decisões substantivas para as pessoas, que então poderão agir de modo responsável sustentando-se nessa base.⁷

A responsabilização dos indivíduos para com o andamento do Estado que acompanha o atendimento das mais diversas áreas sociais deve partir de um

⁶ BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 83.

⁷ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 362.

processo que oportuniza a ascensão destes membros sociais, que também compõe um pacto social, a fim de que se dê sua necessária legitimação. Porém, ainda que se perceba essa necessidade na pretensão de indivíduos das mais diversas culturas e posições sociais, por mais que se dê sua esfera de direitos em uma unidade formal do sistema legal, principalmente em uma Constituição, como apontou Bolzan de Moraes,⁸ a sua efetividade incorre em risco quando a ferramenta que deveria apreçoar algum direito não é fornecida nos moldes como deveria.

Este aspecto faz retornar ao entendimento referido alhures, no sentido de que o aparelhamento jurisdicional, mormente na composição do Direito, não tem atendimento quando se está diante de uma crise, isto é, uma falha na legitimação dos diversos grupos sociais a serem vistos como inseridos em um pacto social de maneira a também fazerem jus a direitos, considerando que também cedem fragmentos de suas liberdades em prol de uma vontade geral.

Por isso, o processo de direitos que consagra a individualização dos membros da sociedade deve considerar também os diversos grupos sociais. Desta forma, assim como os membros de um Estado tem um interesse em sua formação, há também um interesse em fragmentos deste Estado com base em associações sociais diversas. Com isso, a dificuldade de atendimento das mais diversas individualidades presentes, por parte do exercício do Estado, leva ao necessário atendimento das pequenas associações sociais, uma vez que são estas que desvendam as frações de direitos individuais representadas por um agrupamento social.

Assim, fica demonstrada a reconsideração da esfera política e do Direito, com base em uma nova perspectiva constitucional de legitimação que englobe o atendimento das mais diversas camadas sociais, em consideração ao pluralismo originado da democracia e da sua defesa no âmbito social. Igualmente, resta explanado acerca da defesa da individualidade, porém, com a devida importância relegada aos diversos agrupamentos sociais em um corpo político, como forma de demonstração dos intentos individuais a serem reconsiderados na consecução do Direito, vistos sob a ótica de uma responsabilidade com um pacto social firmado.

Passa-se, então, a demonstrar a crise na legitimação de referidos direitos com maior profundidade, de modo a demonstrar a dificuldade que se tem no amparo político da consagração dos direitos dos diversos grupos sociais constantes na sociedade, incluindo os novos sujeitos sociais, com base na reformulação de um paradigma, que considere a superação da crise na legitimação do pluralismo e da democracia.

⁸ BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea*, p. 84.

O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO A SERVIÇO DE UM PÓS-MODERNO PARADIGMA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

O pluralismo que ora se descreveu está embasado no resguardo de direitos que assegurem a existência dos mais diversos grupos sociais em um mesmo Estado, de modo a serem respeitados os indivíduos com base em seus anseios, porém sempre havendo uma interdependência entre estes diversos grupos, os quais devem ser amparados por sistemas jurídicos que condigam com a sua concatenação política e jurídica.

Para o caso do processo de legitimação de novos sujeitos sociais, não é necessário que o aparelhamento Estatal seja suplantado, uma vez que com ele há a segurança necessária que justamente viria a legitimar os referidos sujeitos, sendo imperioso um reconhecimento por parte do Estado dos mais diversos grupos sociais. Então, subsiste um distanciamento do que seria o pluralismo jurídico comunitário descrito por Wolkmer como sendo um espaço em que agem forças sociais e sujeitos coletivos com identidade e autonomias próprias, independente do controle estatal.⁹ Entende-se que neste caso é o Estado quem deve reconhecer a autonomia dos sujeitos sociais, de maneira a conceder-lhes legitimidade necessária para realização de seu intento, por meio da petrificação de seus direitos.

Neste aspecto, o novo constitucionalismo surge como uma onda constitucionalista dos aspectos políticos consolidando uma forma de resguardar os direitos concernentes aos membros de uma sociedade e dando forma a um Estado dotado de um viés pluralista e democrático. Esta consideração que tem por base o atendimento do pluralismo deve considerar a direta participação política, isto é, propiciar a concessão de voz aos indivíduos que compõe a associação social de forma a caracterizar o conceito defendido anteriormente nomeado de vontade geral. É neste sentido que Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori e Bernardo Leandro Carvalho Costa entendem que para o novo constitucionalismo o conteúdo da Constituição, fundamentado democraticamente:

Deve gerar mecanismos para a direta participação política da cidadania, gerando regras que limitem os poderes políticos, sociais, econômicos e culturais, de modo a enfatizar o fundamento democrático da vida social e os direitos e liberdades da cidadania. Este novo constitucionalismo além de pretender garantir um real controle sobre o poder por parte dos cidadãos busca solucionar o problema da desigualdade social.¹⁰

⁹ WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*, p. 232.

¹⁰ CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. O novo constitucionalismo latino-americano: uma discussão tipológica. *Revista Eletrônica Direito e Política*. Itajaí, v. 8, n. 1, p. 220-239, 2013, p. 223-224. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em: 21/04/2016.

Entendem os referidos autores que o novo constitucionalismo deve proporcionar a participação política que alcance a todos os membros dos grupos sociais, de maneira que solucione o impasse crítico gerado pela democracia representativa. Ponto em que é importante compreender que a participação política, ante a dificuldade da representação democrática, pode ocorrer pela própria representação, ainda que isso possa parecer contraditório. Refere-se ao caso de que as diversas culturas que ensejam um pluralismo jurídico e político, dentro de um Estado plurinacional, tenham segmentos de representação diretos de seus grupos sociais, de forma a minimizar os efeitos contrários e colaterais advindos da mera representação política restrita a determinados segmentos sociais.

Ainda, com base nos aludidos autores, é possível perceber a necessidade de que se garanta um real controle do poder pelos cidadãos, o que pode ser entendido como forma de solucionar o problema sociológico, político e jurídico que exsurge das desigualdades sociais.

Neste talante, pode ser citada uma aproximação entre a busca pelo reconhecimento dos novos sujeitos sociais e a teoria do reconhecimento proposta por Axel Honneth, uma vez que para este autor, a partir de conflitos sociais, remontando à concepção fenomenológica de Hegel, haveria outrora uma negação de reconhecimento aos sujeitos diante da igualdade de uma ordem institucional, a partir de uma imputabilidade moral diversa de outros sujeitos sociais. Como refere o autor:

De início, podemos conceber como “direitos”, *grosso modo*, aquelas pretensões individuais com cuja satisfação social uma pessoa pode contar de maneira legítima, já que ela, como membro de igual valor em uma coletividade, participa em pé de igualdade de sua ordem institucional; se agora lhe são denegados certos direitos dessa espécie, então está implicitamente associada a isso a afirmação de que não lhe é concedida imputabilidade moral na mesma medida que aos outros membros da sociedade.¹¹

A busca pela constitucionalização com vistas à garantia de direitos aos novos sujeitos sociais possibilita uma retomada ao discurso da igualdade, conforme se pode perceber a partir da ordem institucional imposta por meio de uma Constituição que expresse os anseios do povo que a originou. Neste caso, é importante que não se olvide o fato de que o novo constitucionalismo pressupõe uma retomada do discurso de igualdade de maneira a efetivá-lo não só com base em reconhecidos membros de uma sociedade, mas que tenha também como fi-

¹¹ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2009, p. 216.

nalidade o reconhecimento de novos sujeitos sociais de maneira a não estarem somente presentes em uma concepção política originária de um Estado.

A igualdade descrita também recorreria ao ideal de uma fraternidade entre os membros de uma sociedade, onde o reconhecimento garantido em uma norma constitucional venha a ser efetivado pelos membros da sociedade, tornando-se desta forma verdadeiramente eficaz.

É com isso que o novo constitucionalismo assume um papel de ruptura com uma estrutura paradigmática estritamente normativista, abrindo margem para a expressão de diversos grupos sociais que anteriormente não possuíam reconhecimento político e social. Por isso, descreve Marina Vitório Alves que alguns países latino-americanos:

Vêm passando por um profundo processo de alteração de suas constituições. O novo modelo é fruto de reivindicações sociais de parcelas historicamente excluídas do processo decisório nesses países, notadamente a população indígena.¹²

A autora faz uso da ruptura paradigmática social que vem ocorrendo no cenário latino-americano, a partir do novo constitucionalismo, como forma de estabelecer uma exemplificação que torna clara e possível as causas que levaram ao levante tido por novo constitucionalismo latino-americano. Para tanto, faz uso do ocorrido por parte da população indígena como nova representante a fazer parte da sociedade, inclusive com voz ativa na população.

Desse modo, o novo constitucionalismo latino-americano, o qual vem tomando forma e assentando parte de uma característica que desloca o ideal essencialmente representacional que outrora se tinha como uso, define uma pluralidade de composição na confecção das Constituições, a partir de uma verdadeira exaltação da vontade do povo.

A ideia da qual subjaz o novo constitucionalismo é a de que se consiga efetivar a transição de uma visão puramente representacional da democracia para uma progressão que demonstre e evidencie a participação popular, com vistas à vontade do povo em seu mais puro aspecto, o que consequentemente traz a necessidade de reconhecer sujeitos sociais anteriormente despercebidos, com base em uma plurinacionalidade. Para tanto, ainda conforme Marina Vitório Alves:

Cumprir destacar que, no novo constitucionalismo, o poder constituinte originário volta a ser exercitado como nos primórdios, com a efetiva manifestação da vontade do povo, compreendido em toda a sua plura-

¹² ALVES, Marina Vitório. Neoconstitucionalismo e novo constitucionalismo latino-americano: características e distinções. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 34, p. 133-145, ago. 2012, p. 139.

lidade de composição – e não como exercido nas últimas transições políticas na América Latina, em que a participação popular era relegada a uma fraca e imprecisa representação.¹³

O novo constitucionalismo na América Latina busca reconsiderar a ideia representacional da democracia, conforme referido. Com isso, retirar todo e qualquer resquício de dominação que estaria presente em um afã de dominação de uma cultura proveniente do colonialismo. Nasce uma nova concepção democrática a qual vem como reforço na resolução dos conflitos sociais que subsistem em um ambiente no qual não há apenas diversos indivíduos desconectados de sua tradição. Na realidade, trata-se de um complexo cultural que não pode ser apenas quantificado, mas qualificado em suas origens e necessidades.

Esse processo de reconsideração do complexo cultural traz consigo toda uma bagagem de reordenação política, isto é, parte-se para uma reformulação do próprio Estado, a fim de que a matéria jurídica e social possa ser englobada de maneira tal que não se permita simplesmente dizer em direitos isolados, mas na consagração da garantia de efetivos direitos a todos os sujeitos sociais, inclusive aos novos sujeitos que vem passando por um processo de reconhecimento, o qual foi anteriormente descrito.

É a partir desta reconfiguração estatal, no atendimento à todos os membros que compõe uma sociedade e fazem dela um Estado que se pode traduzir a importância do novo constitucionalismo em atenção ao pluralismo jurídico e a serviço de uma democracia que seja a vontade do povo. Também, o novo constitucionalismo evidencia uma ruptura paradigmática para com um antigo constitucionalismo.

Parece inegável que a ruptura paradigmática com o aspecto puramente normativista constitucional, que dá azo ao novo constitucionalismo e ao pluralismo jurídico, é fruto da crise positivista em um cenário bem explicado por Lenio Luiz Streck, para quem os princípios vêm caracterizar uma nova teoria de norma, como forma de condicionar a regra ao mundo prático, no qual um modelo de conhecimento metodológico entre sujeito-objeto cede lugar a um novo paradigma compreensivo-interpretativo.¹⁴

Com isso, Thomas Kuhn expõe aquilo que chamou de estrutura das revoluções científicas. Conforme o físico e filósofo, a superação de paradigmas é o meio que se tem para superar uma crise a qual, quando do surgimento de uma

¹³ ALVES, Marina Vitório. Neoconstitucionalismo e novo constitucionalismo latino-americano: características e distinções, p. 140.

¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, neoconstitucionalismo e problema da discricionariedade dos juízes. *Revista Eletrônica Anima*. Curitiba, v. 1, n. 1, p. 5. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/animal/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf>. Acesso em: 16/02/2016.

nova teoria, pressupõe a existência de inseguranças e a exigência de destruir paradigmas, alterando problemas e técnicas concernentes à ciência normal.¹⁵ É exatamente neste cenário que se busca demonstrar o surgimento do novo constitucionalismo como meio de superação de um paradigma social e jurídico existente em uma sociedade na qual é latente o reconhecimento de novos sujeitos sociais os quais não eram abarcados pelo cenário normativista constitucional que somente formalizava o Estado por meio de uma democracia representativa.

Neste talante, a ciência jurídica debate-se diante de uma crise paradigmática, ante o surgimento do novo constitucionalismo latino-americano, o que vem a tornar necessária a reconstrução de um novo paradigma que deve atentar para a superação da democracia meramente representativa que desconhece todos os sujeitos sociais que surgem a partir da pós-modernidade. É nesta linha que elucidada Antônio Carlos Wolkmer:

O esgotamento e a crise do atual paradigma da ciência jurídica tradicional (quer em sua vertente idealista-metafísica, quer em sua vertente formal-positivista) descortinam, lenta e progressivamente, o horizonte para a mudança e a reconstrução de paradigmas, modelados por contradiscursos crítico-emancipadores.¹⁶

Passa-se então para uma nova concepção constitucional que reconstrua a questão paradigmática meramente normativista e positivista, de forma a se possibilitar o encontro da Constituição com os sujeitos que a firmaram, dentre os mais diversos grupos sociais, sejam novos ou antigos, sobretudo sem que se aniquile o indivíduo e sua concepção. É a partir disso que se buscará expor a seguir a efetivação da justiça que pode advir por intermédio da jurisdição constitucional que tenha por base o novo constitucionalismo.

A EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA A PARTIR DO NOVO CONSTITUCIONALISMO E O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A proposta do novo constitucionalismo deve necessariamente, a partir de uma superação paradigmática de um antigo constitucionalismo, trazer consigo uma concepção que remonte ao atendimento do pluralismo jurídico e à democracia que tenha por ideal a efetivação da justiça para toda a sociedade, incluindo nelas os novos sujeitos sociais que emergem a partir de seu reconhecimento.

Não obstante, parece claro que ao mesmo tempo no qual esses sujeitos tenham firmado um pacto social com a sociedade e este pacto se exteriorize em uma

¹⁵ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003, p. 95.

¹⁶ WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*, p. 27.

Constituição (do ideal do novo constitucionalismo latino-americano), devem os direitos que assegurem sua firmação política como membros de uma sociedade serem exarados tanto em uma tradição *a priori* como implementados em uma concepção de acesso a esses direitos e a sua reconhecimento, sempre de acordo com o cerne constitucional anteriormente disposto. É dizer, não devem os direitos que exaltem o reconhecimento aos mais diversos grupos sociais serem apenas vistos como direitos fundamentais (direitos humanos), que asseguram condições essenciais da vida individual e, também, da vida comunitária, como referira Konrad Hesse.¹⁷ Devem os referidos direitos consagrarem a sua interpretação constitucional por meio da efetivação jurídica que esteja embasada no próprio pacto social retro referido, por meio de uma ligação entre o mundo fático e o mundo jurídico.

Parece que foi a partir disso que Martha C. Nussbaum ampliou a noção de princípios básicos da vida das pessoas para um ambiente mundial, no qual referidos princípios seriam justos com todos de forma que não poderia ser rejeitados.¹⁸ A ideia de rejeição só pode existir quando não houver um abarcamento de todos os membros que compõe uma sociedade, onde deveriam os novos sujeitos sociais fazer parte, o que é o ponto forte do novo constitucionalismo latino-americano na revolução paradigmática da democracia e do pluralismo.

O novo constitucionalismo latino-americano aparece como expressão democrática de um povo a partir da superação de um paradigma constitucional, como concebera Rubén Martínez Dalmau.¹⁹ Com isso, é possível perceber que:

Existe un nuevo constitucionalismo en América Latina no sólo diferente al constitucionalismo hegemónico en la región, sino que cuenta asimismo con distinciones importantes respecto a otros constitucionalismos que, hasta la fecha/, han sido mucho más influyentes, estudiados y reconocidos que el latino-americano.²⁰

O reconhecimento do novo constitucionalismo não é suficiente para demonstrar suas características e possibilitar assim a consagração da efetivação da justiça que nele se apresenta, caso em que será necessário um trabalho extenso doutrinário e jurisprudencial.²¹ O que se percebe, porém, é uma necessidade de

¹⁷ HESSE, Konrad. *Temas fundamentais de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 72.

¹⁸ NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. Trad. Susana de Castro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 335.

¹⁹ DALMAU, Rubén Martínez. El proyecto de Constitución de Ecuador: ejemplo del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C. Puebla*, n. 23, p. 264-274, 2009, p. 265. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/2932/293222963011.pdf>>. Acesso em: 17/02/2016.

²⁰ DALMAU, Rubén Martínez. El proyecto de Constitución de Ecuador: ejemplo del nuevo constitucionalismo latinoamericano, p. 266.

²¹ DALMAU, Rubén Martínez. El proyecto de Constitución de Ecuador: ejemplo del nuevo constitucionalismo latinoamericano, p. 265.

restabelecer um pacto social, sem que o constitucionalismo sirva apenas a planos socioeconômicos ou meramente institucionais, possibilitando “una real emancipación de las personas y las sociedades y a una vigencia de los derechos fundamentales en toda su potencia”.²² É neste critério que reside a importância do novo constitucionalismo latino-americano na consagração dos direitos concernentes aos novos sujeitos sociais, que passam a firmar o pacto social descrito, de maneira a alçar os direitos em um ambiente que condicione e derive o poder para consecução de seus fins.

Por isso, como assinala Raquel Yrigoyen Fajardo, a efetivação da justiça pode partir de uma reconsideração da jurisdição estatal, trazendo a eficácia das funções jurisdicionais para povos indígenas, por meio de sua autoridade, sem incompatibilidades com o direito consuetudinário, mormente para com os direitos fundamentais, a partir de uma combinação entre a jurisdição indígena e o sistema jurisdicional estatal.²³

No exemplo trazido à baila pela autora, há um alcance maior de efetivação da justiça, uma vez que concede aos índios uma diferenciação da jurisdição estatal, possibilitando o direito de instituir sua própria cultura em uma autoafirmação social, sem estar vinculada totalmente a uma outra tradição cultural imposta, contudo, sem que se deixe de lado o pacto social e a Constituição como base de direitos fundamentais consagrados pela humanidade como espécie, ocorrendo ainda uma delimitação e regularização por meio do Estado como forma de prevenir arbitrariedades e decisionismos jurisdicionais.

Dando-se azo à consagração do constitucionalismo latino-americano, ainda que se permita o deslocamento jurisdicional entre as nações, por meio de autoridades competentes que permaneçam representando o Estado, existiria uma verdadeira recepção da voz do povo por intermédio do reconhecimento do pluralismo jurídico e da democracia desprendida da mera representatividade.

É importante que se admita o novo constitucionalismo não somente como uma proposta democrática, mas que se possibilite a sua irrigação nos estudos para os quais se voltam a ciência jurídica e a política, de maneira a efetivar a justiça que ele intenta, como elucidara Rubén Martínez Dalmau:

Es cierto que la traducción constitucional de propuestas originales y de avances democráticos, y la realidad sobre el reflejo del constitucionalismo

²² DALMAU, Rubén Martínez. El proyecto de Constitución de Ecuador: ejemplo del nuevo constitucionalismo latinoamericano, p. 267.

²³ FAJARDO, Raquel Yrigoyen. Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. El otro derecho. Bogotá, n. 30, p. 171-195, 2004, p. 174-175. Disponível em: <<http://www.cejamerica.org/Documentos/DocumentosIDRC/128elotrdr030-06.pdf>>. Acesso em: 17/02/2016.

en el texto que le da sentido, no ha tenido lugar quizás tanto en el ámbito de la ciencia jurídica y política como del hecho.²⁴

Ainda que o novo constitucionalismo latino-americano não tenha tanto lugar na ciência jurídica e política brasileira, parece inevitável que parte de suas paradigmáticas diretrizes venham a se firmar no cenário do Direito ao longo do tempo, em discussões que possibilitem o estudo e avanço do tema por intermédio da doutrina e da jurisprudência.

Neste sentido, abordar a temática do novo constitucionalismo latino-americano e sua importância para as questões correspondentes aos direitos fundamentais, derivados de direitos humanos que observem inclusive os novos direitos voltados aos sujeitos sociais emergentes, significa analisar a garantia de observância do ansiado pela sociedade em um pacto social. Ora, não se pode olvidar que a característica de constituir um direito fundamental representa o idealizado pela sociedade, ainda que, conforme Ingo Wolfgang Sarlet:

O projeto normativo, por mais nobre e fundamental que seja, nem sempre encontra eco na *práxis* ou, quando assim ocorre, nem sempre para todos ou de modo igual para todos.²⁵

É por isso que o novo constitucionalismo deve necessariamente observar a garantia que se volta para o processo de fundamentalização de direitos que concedam reconhecimento e participação política para novos sujeitos sociais, incorporados a um pacto social que se exterioriza em uma Constituição, caso em que se firmará o ensejo referente ao pluralismo jurídico e à democracia participativa.

Com efeito, o novo constitucionalismo latino-americano fornece ao povo mecanismos de efetivação jurisdicional por parte do Estado, vinculando-o à uma gama de direitos que não podem ser meramente suprimidos. Parte-se para uma substituição de um conjunto de construções jurídico-normativas tradicionais, sem reduzir ou suprimir garantias, como expôs Christian Guy Caubet a partir de uma compreensão dos efeitos da globalização recente:

Uma das manobras mais delicadas da globalização consiste em substituir ou suprimir um conjunto de construções jurídico-normativas tradicionais, que ofereciam um conjunto de garantias contra as perdas de toda ordem que surgiam com iniciativas alheias. Hoje, a adoção de uma ideologia de normalidade absoluta do lucro privado traz, como uma de suas consequências deletérias, a afirmação de que é normal convivermos

²⁴ DALMAU, Rubén Martínez. El proyecto de Constitución de Ecuador, ejemplo del nuevo constitucionalismo latinoamericano, p. 267.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 26.

com garantias reduzidas ou sem garantia alguma, com atividades que produzem frequentemente consequências danosas ou nocivas. Os danos e as nocividades são identificados, porém seus autores se beneficiam com a cumplicidade objetiva dos aparelhos do Estado.²⁶

Neste caso, é importante que o novo constitucionalismo assegure uma forma de consagração dos direitos de todos os membros de uma sociedade, que devem ser primeiro reconhecidos como tal. Então, a consagração destes direitos devem passar por uma efetivação jurídica que condiga com o pluralismo jurídico e a democracia necessários para esta nova concepção constitucional. É justamente neste sentido que versa o artigo 1º da Constituição do Equador de 2008:

El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución. (...).²⁷

A plurinacionalidade presente no artigo constitucional referido possui ligação intrínseca aos novos sujeitos sociais, efetivando a democracia participativa, que também é descrita como forma de participação direta em uma perspectiva pluralista. De certo que esta visão acaba consolidando o intento da efetivação da justiça com base em uma jurisdição que siga o que está consolidado constitucionalmente.

Neste mesmo aspecto, há uma exteriorização na Constituição da Venezuela de 1999 do pluriculturalismo como meio de possibilitar o exercício democrático. É o que se depreende já de seu preâmbulo, no qual consta o intento do povo venezuelano:

(...) Con el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural en un Estado de justicia (...).²⁸

De se observar que a sociedade democrática descrita no texto constitucional venezuelano demonstra a ligação entre o pluriculturalismo e a objetivação de

²⁶ CAUBET, Christian Guy. O escopo do risco no mundo real e no mundo jurídico. In: VARELLA, Marcelo Dias. *Governo dos riscos*. Brasília: Rede Latino-Americana-Europeia sobre o Governo dos Riscos, 2005, p. 31.

²⁷ ECUADOR. Constitución de la República del Ecuador de 2008. Disponível em: <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf> Acesso em: 17/02/2016.

²⁸ VENEZUELA. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Disponível em: <http://www.cne.gob.ve/web/normativa_electoral/constitucion/indice.php>. Acesso em: 18/02/2016.

fundar um Estado de justiça. Neste caso, obviamente que a justiça descrita deve passar pela ordem constitucional prevista, como meio de validar a vontade geral do povo, democrática e pluralista, com base em uma jurisdição efetiva.

Também, não se pode olvidar da Constituição da Bolívia, datada do ano de 2009, que em seu *artículo* 9º, estabeleceu como fim e função essencial do Estado, a constituição de “una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales”.²⁹ Novamente, há uma evidente ligação entre a justiça social descrita como forma de efetivar as identidades plurinacionais do referido país, onde há respeito à “pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural”.³⁰

A pluralidade descrita, embasada em uma democracia participativa com a finalidade e efetivar a justiça estatal, tendo por base inclusive uma jurisdição constitucional, encontra proximidade com o expressado por Jürgen Habermas ao lançar mão da razão comunicativa ao invés da razão prática.³¹ Por isso, a conexão existente entre validade da imposição do direito e a legitimidade do processo de legislação e a facticidade, que funda a validade social, representa um difícil fardo para uma sociedade que retira a atuação comunicativa dos membros sociais em prol de uma representação.³² Caso em que, ainda que não se possa negar a importância da tradição para o ambiente democrático e a existência de uma constituição, como é o caso presente do novo constitucionalismo, a democracia deve se voltar para o agir comunicativo do indivíduo como uma condição para expressar a vontade geral que está intrincada ao fator democrático e pluralista do atual ambiente jurídico latino-americano.

Com isso, deve haver uma interligação entre a razão comunicativa, como forma de ressaltar os anseios populares, inclusive de novos sujeitos sociais, mas que se atenha aos limites estabelecidos pela ordem jurídica constitucional, que revelam a importância da tradição. É neste critério que se funda a importância do novo constitucionalismo latino-americano no seu serviço prestado em prol da efetivação jurisdicional, a qual não dispensa a democracia participativa e o pluralismo jurídico imbricado no conceito plurinacionalista que ascende ao *status* constitucional. É nesse contexto que o referido novo constitucionalismo vem solucionar uma necessidade social vigente, a partir de um anseio popular por reconhecimento, entre protestos e reivindicações, como descrevera Rubén Martínez Dalmau:

²⁹ BOLÍVIA. Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. Disponível em: <<http://bolivia.infoleyes.com/shownorm.php?id=469>>. Acesso em: 18/02/2016.

³⁰ BOLÍVIA. Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.

³¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 19.

³² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, p. 55.

La evolución constitucional responde al problema de la necesidad. Los grandes cambios constitucionales se relacionan directamente con las necesidades de la sociedad, con sus circunstancias culturales, y con el grado de percepción que estas sociedades posean sobre las posibilidades del cambio de sus condiciones de vida que, en general, en América Latina no cumplen con las expectativas esperadas en los tiempos que transcurren. Algunas sociedades latinoamericanas, al calor de procesos sociales de reivindicación y protesta que han tenido lugar en tiempos recientes, han sentido con fuerza esa necesidad que se ha traducido en lo que podría conocerse como una nueva independencia, doscientos años después de la política.³³

Ainda, de acordo com Rubén Martínez Dalmau, muito embora inúmeros novos sujeitos sociais passem por um processo de reconhecimento como referido alhures, há um descobrimento dos seus papéis na atualidade social, como exemplifica o autor, o novo constitucionalismo requer um esforço de amplos segmentos sociais dentre eles:

Académicos, intelectuales, trabajadores de cuello blanco, líderes sociales, indígenas, grupos feministas, políticos de la vieja guardia, militares, jóvenes... — que aportan su compromiso conscientes del momento histórico en el que viven. Es ese nuevo campo de acción el que marca la transición latinoamericana.³⁴

Portanto, aparece a jurisdição constitucional como intimamente ligada aos esforços a serem empenhados pelos sujeitos sociais, no âmbito de um pluralismo jurídico, a partir do exercício da democracia participativa necessária e nascida após a virada paradigmática que trouxe à tona o novo constitucionalismo latino-americano.

Desta feita, o direito, no âmbito do Estado Democrático de Direito, passa a ser visto como um plus normativo/qualitativo em relação às fases anteriores, estando presente e colaborando com o processo de transformação da realidade, daí o surgimento da jurisdição constitucional como uma forma a garantir direitos fundamentais-sociais e a própria democracia.³⁵

CONCLUSÃO

A crise democrática advinda do presente cenário pós-moderno leva ao entendimento de que determinados sujeitos sociais acabam por passar desperce-

³³ DALMAU, Rubén Martínez. El proyecto de Constitución de Ecuador, ejemplo del nuevo constitucionalismo latinoamericano, p. 268.

³⁴ DALMAU, Rubén Martínez. El proyecto de Constitución de Ecuador, ejemplo del nuevo constitucionalismo latinoamericano, p. 269.

³⁵ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, neoconstitucionalismo e problema da discricionariedade dos juízes, p. 6.

bidos, descumprindo com o papel pluralista e descentralizado de governo. Por isso, torna-se necessário superar a democracia que meramente represente alguns setores sociais, assegurando-a de forma participativa para que se alcance a plenitude da vontade geral.

Todavia, a resolução do problema da crise democrática acaba necessitando de uma reconsideração paradigmática constitucional, o que faz com que seja essencial reinterpretar o conceito de multiculturalismo, assumindo-se no ambiente latino-americano um Estado de viés pluriculturalista e daí a plurinacionalidade que reconhece novos sujeitos sociais.

Os novos sujeitos sociais emergem na firmiação de um pacto social que englobe toda a sociedade, originando o que se cunhou de um Estado plurinacional e defendendo valores e direitos expressos em uma nova forma de constituição: o novo constitucionalismo latino-americano. Este novo ideal constitucionalista liberta os grupos sociais da imposição legal, fruto quicá de uma tradição colonialista, resgatando a verdadeira tradição da sociedade e consolidando legitimamente a soberania do povo.

Desta forma, a partir de um reconhecimento de novos sujeitos sociais, surge uma nova concepção jurisdicional, com o exercício de efetivação da justiça por intermédio do pluralismo jurídico, possibilitando o exercício pluricultural de um Estado plurinacional, sempre de acordo com o texto constitucional que expressa o pactuado em um contrato social, o qual deve abranger toda a sociedade democraticamente.

Assim, assegurar a democracia e o pluralismo é efetivar a justiça, com base em uma jurisdição constitucional, isto é, uma jurisdição que condiga com o real intento do novo constitucionalismo latino-americano. Com efeito, a legitimação de um Estado plurinacional está relacionada à democracia exercida que corresponde com o reconhecimento de diversos novos sujeitos sociais e, por isso, a ligação existente entre o expressado pelo novo constitucionalismo latino-americano e a efetivação da justiça, de modo a haver uma exaltação da vontade geral do povo.

REFERÊNCIAS

ALVES, Marina Vitória. Neoconstitucionalismo e novo constitucionalismo latino-americano: características e distinções. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, v. 19, n. 34, p. 133-145, ago. 2012.

BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira; HORTA, José Luiz Borges (Org.). *Direito e política: ensaios selecionados*. Florianópolis: Conpedi, 2015.

BOLÍVIA. *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*. Disponível em: <<http://bolivia.infoleyes.com/shownorm.php?id=469>>. Acesso em: 18/02/2016.

BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

- CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. O novo constitucionalismo latino-americano: uma discussão tipológica. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v. 8, n. 1, p. 220-239, 2013. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em: 18/02/2016.
- CAUBET, Christian Guy. O escopo do risco no mundo real e no mundo jurídico. In: VARELLA, Marcelo Dias. *Governo dos riscos*. Brasília: Rede Latino-Americana-Europeia sobre o Governo dos Riscos, 2005.
- DALMAU, Rubén Martínez. El proyecto de Constitución de Ecuador, ejemplo del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C. Puebla*, n. 23, p. 264-274, 2009. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/2932/293222963011.pdf>>. Acesso em: 17/02/2016.
- ECUADOR. *Constitución de la República del Ecuador de 2008*. Disponível em: <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf> Acesso em: 17/02/2016.
- FAJARDO, Raquel Yrigoyen. Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. *El otro derecho*. Bogotá, n. 30, p. 171-195, 2004. Disponível em: <http://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/128elotrdr030-06.pdf>. Acesso em: 17/02/2016.
- KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. I, 1997.
- HESSE, Konrad. *Temas fundamentais de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repp. São Paulo: Editora 34, 2009.
- NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. Trad. Susana de Castro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, neoconstitucionalismo e problema da discricionariedade dos juízes. *Revista Eletrônica Anima*. Curitiba, v. 1, n. 1. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf>. Acesso em 16/02/2016.
- VENEZUELA. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Disponível em: <http://www.cne.gob.ve/web/normativa_electoral/constitucion/indice.php>. Acesso em: 18/02/2016.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Data de recebimento: 14/10/2016

Data de aprovação: 04/11/2016

O PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA ENQUANTO INSTRUMENTO EFETIVADOR DOS DIREITOS DA CRIANÇA

THE FAMILY ALLOWANCE AS AN INSTRUMENT OF EFFECTIVATION OF RIGHTS OF CHILDREN

*Matheus Gomes Camacho**
*Priscila Aparecida Ehrlich***

RESUMO

O presente estudo pretende demonstrar os principais aspectos do Programa Bolsa Família, instituído pelo Governo Federal no ano de 2003, que visa à concessão de benefícios financeiros às famílias em situação de pobreza, conforme os critérios previstos na Lei n. 10.836/2004. Esta pesquisa propõe, ainda, a análise da mencionada política pública à luz das diretrizes da Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil. O Programa Bolsa Família tem como objetivo a redução da situação de desigualdade socioeconômica por meio da transferência de renda, mediante a participação dos beneficiários em ações relativas ao acompanhamento nutricional, educacional e de saúde. Para a consecução dos objetivos da pesquisa, utilizou-se o método dedutivo, por meio da revisão bibliográfica de obras de direitos fundamentais e de sociologia, com a finalidade de se demonstrar que o Programa Bolsa Família pode viabilizar a emancipação socioeconômica de brasileiros em situação de vulnerabilidade social.

Palavras-chave: Bolsa família; Política pública; Pobreza.

* Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (Uenp). Mestrando em Teorias da Justiça e Exclusão Social pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (Uenp). Professor do curso de Direito das Faculdades Integradas de Ourinhos (FIO). Advogado (OAB/SP). matheus_camacho14@hotmail.com.

** Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas de Ourinhos (FIO). Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Advogada (OAB/SP). Procuradora do município de Ourinhos/SP. priehlich@gmail.com.

ABSTRACT

This article aims to demonstrate the main aspects of the Family Allowance Program, established by the Federal Government in 2003, aimed at granting financial benefits to families in poverty, according to the criteria defined in Law n. 10.836/2004. This research also proposes the analysis of the public policy under the guidelines of the Convention on the Rights of the Child, ratified by Brazil. The Family Allowance Program has such as goal the reduction of the inequality's situation through income transfer with the participation of beneficiaries in the actions relating to nutritional counseling, educational and of the health. To achieve the research objectives, the deductive method was used, through literature review on the fundamental rights and sociology books, in order to demonstrate that the Family Grant Program may facilitate the socio-economic emancipation of Brazilians in social vulnerability situation.

Keywords: Family allowance; Public policy; Poverty.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa pretende analisar o Programa Bolsa Família, instituído pela Lei n. 10.836, de 09 de janeiro de 2004, originada da conversão em lei da Medida Provisória n. 132, de outubro de 2003, programa de transferência de renda que completou doze anos e ainda suscita questionamentos e críticas nos diversos segmentos sociais acerca de sua eficácia.

O Bolsa Família é uma política pública que visa a possibilitar melhores condições de vida, mediante a transferência de renda, a qual é condicionada ao acompanhamento das ações de saúde, alimentação e educação executadas pelos beneficiários.

O programa propõe uma postura intervencionista do Estado na sociedade brasileira, com o objetivo de minimizar as situações de desigualdade. Fundamenta-se nos princípios constitucionais vigentes no ordenamento pátrio, especialmente o da dignidade da pessoa humana, base axiológica do nosso sistema jurídico.

Sendo assim, o Programa Bolsa Família pretende viabilizar aos beneficiários o acesso às condições mínimas de uma existência condizente com a dignidade da pessoa humana, todavia, enfrenta inúmeros discursos de caráter utilitarista, que se opõem a políticas públicas dessa natureza, pois compreendem cada indivíduo como parte de uma sociedade que busca a maximização do bem-comum, ou seja, que a cooperação social deve visar à soma algébrica em uma sociedade, sendo irrelevante o bem-estar de cada membro individualmente considerado.

A presente pesquisa tem por objetivo analisar a Lei n. 10.836/2004 perante o ordenamento jurídico brasileiro nesses doze anos desde a sua criação, bem

como delinear a sob a perspectiva da Convenção sobre os Direitos da Criança. Além disso, busca-se demonstrar que o viés utilitarista, ainda presente na sociedade atual, destoa da promoção do mínimo existencial, que deve ser compreendido como inerente à condição de ser humano, razão pela qual deve ser observado pelo Estado, bem como respeitado pelo corpo social, que não raro, imbuído pelo pensamento utilitarista, profere discursos pejorativos ao Bolsa Família, que conferem um cunho assistencialista e populista ao referido programa social.

Sendo assim, é possível afirmar que a transferência de renda viabilizada pelo programa realmente atende às necessidades básicas das crianças do país? O Bolsa Família está em consonância com as diretrizes da Convenção sobre os Direitos da Criança? Há dados contábeis que demonstrem a relação entre o repasse do valor e o cumprimento das condicionalidades? Esses são alguns dos questionamentos mais frequentes e que fomentam esta pesquisa.

Desse modo, este trabalho se justifica pela necessidade de reflexão sobre a eficácia da política pública denominada Programa Bolsa Família como meio de redução das históricas desigualdades econômicas e sociais existentes entre os indivíduos no Brasil, além de ser um mecanismo capaz de proporcionar uma melhor qualidade de vida às crianças. As alterações na estrutura da sociedade, impulsionadas e viabilizadas pelo Estado, por via de consequência, promovem a inclusão daqueles que, provavelmente, em função de diversas razões, permaneceriam em uma situação incompatível com o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto pela Constituição Brasileira de 1988.

Acredita-se que a criação do Programa Bolsa Família, que unificou as políticas estatais existentes, como os Programas Bolsa Escola, Bolsa Alimentação e Auxílio Gás, com a finalidade de garantir uma melhor aplicação dos recursos públicos destinados a projetos sociais, constitui-se em um importante passo para o país, uma vez que torna possível a inserção daqueles indivíduos detentores de ínfimas ou mesmo nulas possibilidades de introduzir-se na dinâmica social em igualdade de oportunidades com os demais membros.

A elaboração deste trabalho teve como parâmetro o método dedutivo, por intermédio de revisão bibliográfica de obras das áreas da teoria dos direitos fundamentais e da sociologia, para, a partir das obras de Ingo Wolfgang Sarlet, Alessandra Gotti, Marco Aurélio Weissheimer, Walquíria Leão Rego e Alessandro Pinzani, compreender como o Programa Bolsa Família pode viabilizar a emancipação socioeconômica de brasileiros em situação de vulnerabilidade social.

Finalmente, este trabalho visa a refutar a percepção distorcida acerca do Programa Bolsa Família, bem como demonstrar que ele pode ser um instrumento compensatório hábil a reduzir as diferenças sociais e, assim, proporcionar a igualdade entre os brasileiros. Afinal, não apenas pretende corrigir distorções na

distribuição de renda, mas também estimula que os beneficiários direcionem os valores recebidos especialmente para alimentação, saúde e educação, condicionadas estas que se relacionam diretamente com as crianças.

A ALIMENTAÇÃO, A SAÚDE E A EDUCAÇÃO DA CRIANÇA NO DIREITO INTERNACIONAL

A Convenção sobre os Direitos da Criança foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, sendo ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, posteriormente, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 28, de 14 de setembro de 1990 e promulgada pelo Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, cujo conteúdo deve ser observado pelo Brasil, prevê que as suas disposições se aplicam a toda a pessoa menor de dezoito anos, dada a condição de ser humano em desenvolvimento. Sobre o tema, assevera Flavia Piovesan:

A Convenção acolhe a percepção do desenvolvimento integral da criança, reconhecendo-a como verdadeiro sujeito de direito, a exigir proteção especial e absoluta prioridade.¹

A mencionada Convenção trata das diretrizes que os Estados signatários devem incorporar à sua atuação administrativa e legislativa, conforme preceitua o artigo 3º, item 2:

Os Estados-partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e os cuidados necessários ao seu bem-estar, tendo em conta os direitos e os deveres dos pais, dos tutores ou de outras pessoas legalmente responsáveis por ela e, para este propósito, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas apropriadas.

Cumprido salientar que o artigo 4º, da Convenção, recomenda que os Estados empreendam todos os seus esforços para a concretização de direitos econômicos, sociais e culturais.

Os Estados-partes tomarão todas as medidas apropriadas, administrativas, legislativas e outras, para a implementação dos direitos reconhecidos nesta Convenção. Com relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, os Estados-partes tomarão tais medidas no alcance máximo de seus recursos disponíveis e, quando necessário, no âmbito da cooperação internacional.

¹ PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 458-459.

Sendo assim, o aludido dispositivo indica que a Convenção sobre os Direitos da Criança reconhece a relevância dos direitos sociais e sinaliza aos Estados a necessidade de adoção de providências que possam concretizar esses direitos, também previstos no artigo 6º, da Constituição Federal. Segundo o referido artigo 6º, integram o rol dos direitos sociais a alimentação, saúde, educação, bem como proteção à maternidade e à infância, dentre outros. Esses direitos também constam da Convenção sobre os Direitos da Criança. Nesse sentido, regulamenta o artigo 24:

1. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança de gozar do melhor padrão possível de saúde e dos serviços destinados ao tratamento das doenças e à recuperação da saúde. Os Estados Partes envidarão esforços no sentido de assegurar que nenhuma criança se veja privada de seu direito de usufruir desses serviços sanitários.
2. Os Estados Partes garantirão a plena aplicação desse direito e, em especial, adotarão as medidas apropriadas com vistas a:
 - a) reduzir a mortalidade infantil;
 - b) assegurar a prestação de assistência médica e cuidados sanitários necessários a todas as crianças, dando ênfase aos cuidados básicos de saúde;
 - c) combater as doenças e a desnutrição dentro do contexto dos cuidados básicos de saúde mediante, *inter alia*, a aplicação de tecnologia disponível e o fornecimento de alimentos nutritivos e de água potável, tendo em vista os perigos e riscos da poluição ambiental;
 - d) assegurar às mães adequada assistência pré-natal e pós-natal;
 - e) assegurar que todos os setores da sociedade e em especial os pais e as crianças, conheçam os princípios básicos de saúde e nutrição das crianças, as vantagens da amamentação, da higiene e do saneamento ambiental e das medidas de prevenção de acidentes, e tenham acesso à educação pertinente e recebam apoio para a aplicação desses conhecimentos;
 - f) desenvolver a assistência médica preventiva, a orientação aos pais e a educação e serviços de planejamento familiar.
3. Os Estados Partes adotarão todas as medidas eficazes e adequadas para abolir práticas tradicionais que sejam prejudiciais à saúde da criança.
4. Os Estados Partes se comprometem a promover e incentivar a cooperação internacional com vistas a lograr, progressivamente, a plena efetivação do direito reconhecido no presente artigo. Nesse sentido, será dada atenção especial às necessidades dos países em desenvolvimento.

Com efeito, a Convenção reconhece a necessidade de se proporcionar uma especial proteção à criança, aqui compreendida como pessoa menor de dezoito anos, por meio da atuação dos Estados signatários no sentido de implementarem políticas capazes de atender aos anseios dessas pessoas em situação de desenvolvimento. Ainda, é a literalidade do artigo 28:

1. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança à educação e, a fim de que ela possa exercer progressivamente e em igualdade de condições esse direito, deverão especialmente:

a) tornar o ensino primário obrigatório e disponível gratuitamente para todos;

b) estimular o desenvolvimento do ensino secundário em suas diferentes formas, inclusive o ensino geral e profissionalizante, tornando-o disponível e acessível a todas as crianças, e adotar medidas apropriadas tais como a implantação do ensino gratuito e a concessão de assistência financeira em caso de necessidade;

c) tornar o ensino superior acessível a todos com base na capacidade e por todos os meios adequados;

d) tornar a informação e a orientação educacionais e profissionais disponíveis e acessíveis a todas as crianças;

e) adotar medidas para estimular a frequência regular às escolas e a redução do índice de evasão escolar.

2. Os Estados Partes adotarão todas as medidas necessárias para assegurar que a disciplina escolar seja ministrada de maneira compatível com a dignidade humana da criança e em conformidade com a presente convenção.

3. Os Estados Partes promoverão e estimularão a cooperação internacional em questões relativas à educação, especialmente visando a contribuir para a eliminação da ignorância e do analfabetismo no mundo e facilitar o acesso aos conhecimentos científicos e técnicos e aos métodos modernos de ensino. A esse respeito, será dada atenção especial às necessidades dos países em desenvolvimento.

Desse modo, verifica-se que os direitos sociais previstos na citada Convenção demandam prestações positivas por parte dos Estados, especialmente pela criação de políticas públicas. Os Estados devem observar ao menos o núcleo mínimo existencial – denominado *minimum core obligation*. Esse mínimo existencial refere-se à prestação mínima que um país deve propiciar aos seus cidadãos, é o conteúdo intangível do qual não se pode dispor, sob pena de violação do princípio da dignidade humana. O artigo 2º, 1, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais elucida a questão:

Cada Estado-parte no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

É relevante assinalar que o mencionado artigo deve ser interpretado sob a ótica do § 10º do Comentário Geral n. 3, para que seja atingida a integral compreensão do tema:

(...) o Comitê entende que corresponde a cada Estado-parte uma obrigação mínima [minimum core obligation] de assegurar a satisfação de, pelo menos, níveis mínimos essenciais de cada um dos direitos. Assim, por exemplo, um Estado-parte no qual um número significativo de indivíduos esteja privado de uma alimentação adequada, de cuidados médicos essenciais, de abrigo e moradia, ou das mais básicas formas de educação está, *prima facie*, descumprindo as obrigações contidas no Pacto. Se o Pacto fosse lido de um modo a não estabelecer obrigações mínimas [minimum core obligation], seria ele completamente privado de *raison d'être* [razão de ser]. Analogamente, há de se advertir que toda avaliação de um Estado estar cumprindo sua obrigação mínima deve levar em conta também as limitações de recursos que se aplicam ao país de que se trata. O art. 2º (1) obriga cada Estado-parte a adotar as medidas necessárias 'até o máximo de seus recursos disponíveis'. Para que um Estado-parte seja capaz de atribuir a sua incapacidade de assegurar ao menos obrigações mínimas à inexistência de recursos disponíveis, deve demonstrar que todos os esforços foram feitos para usar todos os recursos que estão à sua disposição para satisfazer, com prioridade, aquelas obrigações mínimas.²

Insta ressaltar, ainda, que o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU consignou alguns itens que integram o rol de obrigações mínimas do Estado:

- The right of access to health facilities, goods and services on a non-discriminatory basis, especially for vulnerable or marginalized groups;
- Access to the minimum essential food which is nutritionally adequate and safe;
- Access to shelter, housing and sanitation and an adequate supply of safe drinking water;
- The provision of essential drugs;
- Equitable distribution of all health facilities, goods and services.³

Destarte, considerando que o *minimum core obligation* é a prestação mínima que cada Estado deve conferir aos seus cidadãos, deve ser rechaçada qualquer tentativa de retroceder na garantia dos direitos sociais, sendo admitida a sua evolução. Acerca do princípio da vedação do retrocesso, ensina Ingo Wolfgang Sarlet:

² GOTTI, Alessandra. *Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 77.

³ WORLD HEALTH ORGANIZATION. *The Right to Health*. Disponível em: <http://www.who.int/hhr/activities/Right_to_Health_factsheet31.pdf?ua=1>. Acesso em: 18/03/2016, p. 25.

- a) princípio do Estado Democrático e Social de Direito – que impõe um patamar mínimo de segurança jurídica, abrangendo a proteção da confiança e a manutenção de um nível mínimo de continuidade da ordem jurídica;
- b) princípio da dignidade da pessoa humana – que, ao exigir a satisfação de uma existência digna para todos, tem, como efeito, a inviabilidade de medidas que fiquem aquém deste patamar;
- c) princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais (art. 5º, § 1º) –, que abrange também a maximização da proteção dos direitos fundamentais;
- d) a proteção dos direitos adquiridos, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito não é suficiente para assegurar todas as situações que integram a noção mais ampla de segurança jurídica, que decorre do art. 5º, *caput*, e do princípio do Estado Social e Democrático de Direito;
- e) os órgãos estatais, especialmente em respeito à segurança jurídica e proteção da confiança, encontram-se vinculados não apenas às imposições constitucionais no âmbito da concretização no plano infraconstitucional, mas estão sujeitos a certa auto-vinculação em relação aos atos anteriores;
- f) negar reconhecimento ao princípio da proibição do retrocesso significaria admitir que os órgãos legislativos dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do constituinte.⁴

À guisa do exposto, os Estados devem atuar de forma a promover uma implementação progressiva dos direitos sociais, especialmente no que diz respeito à alimentação, à saúde e à educação das crianças. Nesse viés, o legislador infraconstitucional brasileiro editou a Lei n. 10.836/2004.

AS CONDICIONALIDADES DO PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA COMO INSTRUMENTOS PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS À ALIMENTAÇÃO, À SAÚDE E À EDUCAÇÃO

Apresentados os principais aspectos do panorama internacional no tocante aos direitos sociais da criança, passa-se a discorrer sobre a necessidade de políticas públicas de transferência de renda, bem como a delinear as condicionalidades impostas pelo Programa Bolsa Família, com a finalidade de demonstrar que a referida política pública está em consonância com os ditames da Convenção sobre os Direitos da Criança.

Inicialmente, importante ressaltar que as políticas públicas surgem como resposta a uma necessidade da sociedade contemporânea resultante da concen-

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 451.

tração das massas em aglomerados urbanos e do processo de industrialização.⁵ Isso porque o crescimento industrial desenfreado não garantiu o desenvolvimento socioeconômico de toda a população, o que torna imprescindível a atuação estatal voltada para a consecução dos direitos sociais.

Nesse sentido, leciona Eduardo Appio:

As políticas públicas consistem em instrumentos estatais de intervenção na economia e na vida privada, consoante limitações e imposições previstas na própria Constituição, visando assegurar as condições necessárias para a consecução de seus objetivos, o que demanda uma combinação de vontade política e conhecimento técnico.⁶

Dessa forma, cabe ao Estado criar meios capazes de efetivar direitos fundamentais de pessoas em situação de vulnerabilidade social, as quais, no caso do Programa Bolsa Família, são identificadas pela condição de extrema pobreza, sem acesso a bens básicos. O Estado torna-se, assim, o agente responsável pela implementação dessas ações direcionadas à efetivação de direitos sociais previstos na Constituição Federal. Contudo, não se deve atribuir o caráter de caridade às políticas públicas:

Políticas sociais não devem ser comparadas a meros atos de caridade pública. Elas são antes instrumentos para promover autonomia individual e criar um senso de comunidade, em uma palavra: elas são instrumentos de cidadania (...) Às vezes são justificadas com base na ideia de uma compensação para os indivíduos deixados às margens ou fora do sistema econômico de mercado, que, se o sistema fosse outro, se encontrariam em posição melhor. Ainda que aceitássemos a ideia neoliberal de que ninguém é responsável pessoalmente pelos desequilíbrios e pelas grandes diferenças de riqueza criadas pelo mercado, existe uma responsabilidade coletiva da comunidade perante todos os seus membros, particularmente quando alguns entre eles são prejudicados pelo arranjo socioeconômico que permite a outros indivíduos acumular riquezas.⁷

Destarte, as políticas públicas podem ser compreendidas como programas de ação governamental que visam a organizar os meios à disposição do Estado para a concretização de objetivos de relevância social, razão pela qual também podem ser definidas como “metas coletivas conscientes”.⁸ De tal sorte que as políticas públicas podem ser caracterizadas como um processo ou conjunto de

⁵ APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 142.

⁶ APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*, p. 143-144.

⁷ REGO, Walquiria Leão; PINZANI, Alessandro. *Vozes do Bolsa Família: autonomia, dinheiro e cidadania*. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2014, p. 87-88.

⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 241.

processos que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades, para a definição dos interesses públicos reconhecidos pelo direito.⁹

Nessa seara, o Programa Bolsa Família, política pública implementada pelo Governo Federal, destina-se à concessão de benefícios financeiros às famílias que se encontrem em situação de extrema pobreza ou pobreza, conforme os critérios previstos na Lei n. 10.836/2004. Desse modo, o programa visa a possibilitar melhores condições de vida, mediante a transferência de renda, a qual é condicionada ao acompanhamento da saúde e da alimentação das crianças, bem como da educação das crianças e adolescentes. Essa postura intervencionista do Estado na sociedade brasileira, com o objetivo de minimizar as situações de desigualdade, fundamenta-se nos princípios constitucionais vigentes em nosso ordenamento, em especial o da dignidade da pessoa humana.

A instituição do Programa Bolsa Família unificou os sistemas existentes de transferência de renda às famílias em situação de pobreza. Desse modo, houve a incorporação dos programas sociais Bolsa Escola, Bolsa Alimentação e Auxílio Gás, todos de abrangência nacional, com a finalidade de garantir uma melhor gestão dos recursos públicos destinados às políticas governamentais de transferência de renda e, assim, viabilizar aos cidadãos um maior acesso à alimentação, à saúde, à educação, dentre outros direitos sociais.

Essa integração dos programas sociais do governo federal, especificamente de transferência de renda que, no ano 2004, resultou no Programa Bolsa Família, possibilitou um melhor controle dos valores disponíveis para as políticas públicas. Instituiu-se o critério de renda para a seleção e cadastramentos dos beneficiários, bem como a fiscalização quanto ao cumprimento das condicionalidades, consistentes no acompanhamento do estado nutricional, saúde e frequência escolar das crianças e adolescentes integrantes das famílias assistidas, tudo sob pena de advertência, bloqueio, suspensão ou cancelamento do recebimento do benefício em caso de não observância das contrapartidas previstas.

É importante enfatizar que embora a Lei n. 10.836/2004 e o Decreto n. 5.209/2004 não definam como o benefício deverá ser aplicado, a manutenção do pagamento é condicionada à participação do titular do benefício em ações de acompanhamento à saúde e desenvolvimento nutricional dos filhos, além de matrícula e frequência escolar. Nessa perspectiva, asseveram Jordana Carlos de Mendonça e Luciane Martins de Araújo:

O PBF é preferencialmente de titularidade da mulher e é chamado de benefício condicionado, pois seu pagamento é vinculado à participação de ações no acompanhamento de saúde e do estado nutricional dos filhos das titulares do benefício, bem como vincula-se à matrícula e a frequên-

⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*, p. 264.

cia regular dessas crianças na escola e na participação em ações de educação alimentar, eventualmente promovidas, conforme prevê o art. 3º da Lei n. 10.836/04.¹⁰

Convém notar, outrossim, que embora o programa social em questão seja objeto de diversas críticas de juristas e leigos, principalmente no que se refere à dificuldade de o Poder Público fiscalizar o cumprimento dos requisitos para a concessão e continuidade dos benefícios, há que se ponderar que o Bolsa Família não se apresenta como um programa de transferência de renda consolidado, mas sim como uma proposta para a redução da desigualdade e promoção da inclusão social, mediante uma atuação do Estado. Tal política pública viabiliza a concretização dos direitos sociais devido ao fato de não caracterizar mera transferência indiscriminada de benefício monetário, mas sim um instrumento de incentivo à melhoria da alimentação, saúde e educação dos beneficiários, buscando assegurar o mínimo existencial contido no artigo 6º, da Constituição Federal.

É importante destacar que as políticas públicas objetivam o desenvolvimento humano, compreendido como a ampliação das escolhas individuais por meio da oferta de oportunidades. Segundo o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento:

O conceito de desenvolvimento humano nasceu definido como um processo de ampliação das escolhas das pessoas para que elas tenham capacidades e oportunidades para serem aquilo que desejam ser. Diferentemente da perspectiva do crescimento econômico, que vê o bem-estar de uma sociedade apenas pelos recursos ou pela renda que ela pode gerar, a abordagem de desenvolvimento humano procura olhar diretamente para as pessoas, suas oportunidades e capacidades.

A renda é importante, mas como um dos meios do desenvolvimento e não como seu fim. É uma mudança de perspectiva: com o desenvolvimento humano, o foco é transferido do crescimento econômico, ou da renda, para o ser humano. O conceito de Desenvolvimento Humano também parte do pressuposto de que para aferir o avanço na qualidade de vida de uma população é preciso ir além do viés puramente econômico e considerar outras características sociais, culturais e políticas que influenciam a qualidade da vida humana.¹¹

¹⁰ MENDONÇA, Jordana Carlos de; ARAÚJO, Luciane Martins de. Programa Bolsa Família: méritos e críticas – uma análise com base na teoria de Amartya Sen. In: SÉGUIN, Elida; SOARES, Evanna; CABRAL, Lucíola. *Temas de discriminação e inclusão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 144.

¹¹ PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO NO BRASIL. *O que é desenvolvimento humano*. Disponível em: <<http://www.undp.org/content/brazil/pt/home/idh/0/conceitos/o-que-e-desenvolvimento-humano.html>>. Acesso em: 07/11/2016.

Sendo assim, a análise do desenvolvimento humano não se restringe ao aspecto econômico, pois há a necessidade de se verificar o progresso do país em três dimensões: renda (*per capita*), saúde (expectativa de vida) e educação (taxa de alfabetização e de matrículas). A análise conjugada desses três critérios consiste no IDH – Índice de Desenvolvimento Humano, cujo incremento pode ocorrer pelo engajamento em políticas públicas pelo país, a exemplo do Programa Bolsa Família.

Os aspectos para a aferição do índice de desenvolvimento humano de uma nação estão diretamente relacionados às características do Bolsa Família, uma vez que este condiciona o benefício monetário à execução de ações atinentes à educação (matrícula e frequência escolar) e saúde (vacinação e acompanhamento nutricional). Por óbvio, a política pública em questão não é capaz de, por si só, promover a elevação do IDH do Brasil, mas é inegável que a sua execução pretende promover o desenvolvimento humano.

Nesse viés, a Organização das Nações Unidas publicou um relatório de desenvolvimento humano, no ano de 2015, no qual exaltou a relevância do Bolsa Família:

Despite initial concerns that cash transfers to poor households could risk a decline in their labour supply and employment rate, the experience has been more encouraging. Bolsa Família has enabled an increase in the employment rate of the economically active population, a reduction of inactivity and informality rates, an increase in the proportion of workers contributing to social security and an increase in the average hourly wage for the primary occupation.¹²

Mister consignar que as críticas tecidas ao Programa Bolsa Família geralmente mostram-se destrutivas, pois somente apontam as falhas na fiscalização do cumprimento das condicionalidades, sem, todavia, indicar meios capazes de solucionar esses problemas. A respeito da ênfase conferida às falhas dessa política pública, retrata Marco Aurélio Weissheimer:

Abrir janelas de oportunidade para a população. Essa é uma boa síntese do espírito do Programa Bolsa Família. Infelizmente, desde o seu lançamento, o programa não teve, por parte da mídia brasileira, uma cobertura preocupada em constatar se essas janelas estavam, de fato, se abrindo. A maior parte das matérias tratou de destacar irregularidades na execução do programa, como o reconhecimento de benefícios por pessoas não habilitadas a tal. O impacto do programa sobre o seu pú-

¹² UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. *Human Development Report 2015*. Disponível em: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/2015_human_development_report.pdf>. Acesso em: 08/11/2016, p. 170.

blico-alvo recebeu menos destaque. Curiosamente, as melhores matérias nesse sentido vieram do exterior. Um caso paradigmático sobre isso foi a reportagem publicada pela revista *The Economist*, em sua edição de 27/09/2005. ‘Os governos democráticos da América Latina começaram a produzir grandes e inovadores esforços para tratar da pobreza’, afirmou a respeitada revista inglesa de economia e política. Esses esforços, acrescentou, ‘se baseiam em programas que oferecem às famílias pobres pagamentos em dinheiro mediante a condição, por exemplo, da manutenção das crianças na escola ou da realização de exames de saúde com regularidade’ (...) A matéria intitulada “Pobreza na América Latina – Nova abordagem sobre um problema antigo” teve pouca repercussão no Brasil, limitando-se a rápidas citações em alguns jornais.¹³

Essa tentativa estatal de interferir na ordenação social com o intuito de ampliar a proteção dos cidadãos e corrigir distorções na distribuição da renda nacional vai ao encontro do estipulado na Convenção sobre os Direitos da Criança. Isso porque a Exposição de Motivos n. 47, da Medida Provisória n. 132/2003, convertida na Lei n. 10.836/2004. Consta do texto legal:

O Programa Bolsa Família tem como objetivo básico combater a fome e a pobreza, dando condições para que as famílias atendidas enfrentem sua situação de vulnerabilidade, tanto por meio de um benefício monetário que visa ao atendimento de suas necessidades básicas, quanto pelo estabelecimento de condicionalidades que induzem o acesso aos direitos sociais de segurança alimentar, saúde, educação e assistência social. O Programa pretende, também, contribuir para a emancipação dessas famílias, criando oportunidades de inclusão social, isto é, fornecendo meios para que possam sair da situação em que se encontram e, ainda, provocar impacto no plano local.

Com relação à eficácia, o texto da Exposição de Motivos da mencionada lei demonstra que há instrumentos para coibir a utilização inadequada do benefício, são as denominadas condicionalidades. Conforme a literalidade da Exposição de Motivos:

A unificação dos procedimentos de gestão e execução dos atuais programas de transferência de renda representa uma medida fundamental para a implementação dessa nova abordagem no combate à pobreza. Com efeito, o Bolsa Família, além de promover a transferência direta de renda, contempla mecanismos que introduzem a possibilidade de emancipação sustentada de seus beneficiários, por meio das chamadas “con-

¹³ WEISSHEIMER, Marco Aurélio. *Bolsa Família: avanços, limites e possibilidades do programa que está transformando a vida de milhões de famílias no Brasil*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2006, p. 47-48.

dicionalidades”. Dessa forma, o Programa vincula cada fator de vulnerabilidade a uma “contrapartida social” da família, chamada de “condicionalidade”. O cumprimento pelos membros da família dessas condicionalidades representa uma alternativa concreta para sua emancipação socioeconômica.

O artigo 3º, da Lei n. 10.836/2004, estabelece em que consistem as condicionalidades:

Art. 3º A concessão dos benefícios dependerá do cumprimento, no que couber, de condicionalidades relativas ao exame pré-natal, ao acompanhamento nutricional, ao acompanhamento de saúde, à frequência escolar de 85% (oitenta e cinco por cento) em estabelecimento de ensino regular, sem prejuízo de outras previstas em regulamento.
Parágrafo único. O acompanhamento da frequência escolar relacionada ao benefício previsto no inciso III do *caput* do art. 2º desta Lei considerará 75% (setenta e cinco por cento) de frequência, em conformidade com o previsto no inciso VI do *caput* do art. 24 da Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996.

De tal sorte que as condicionalidades estabelecem que os alunos de 6 até 15 anos necessitam estar presentes em pelo menos 85% das aulas, ao passo que com os jovens de 16 e 17 anos o percentual de frequência exigido é de 75%. Caso a frequência esteja aquém dos limites legais, a família é advertida e, na hipótese de a situação de ausência persistir, o benefício é suspenso ou, excepcionalmente, cancelado, o que apenas ocorre após a família beneficiária ter sido avaliada pela Secretaria Municipal de Assistência Social, tendo em vista que o objetivo primordial do programa é possibilitar o acesso dos cidadãos aos direitos básicos, afastando-os da condição de vulnerabilidade social.

No tocante ao direito à saúde, as crianças devem realizar o acompanhamento do seu desenvolvimento, mediante vacinação e avaliação nutricional. As gestantes devem efetuar o pré-natal e comparecer às consultas médicas. Nesse sentido, disciplina o artigo 27, do Decreto n. 5.209/2004:

Art. 27. As condicionalidades do Programa Bolsa Família previstas no art. 3º da Lei n. 10.836, de 2004, representam as contrapartidas que devem ser cumpridas pelas famílias para a manutenção dos benefícios e se destinam a:

I – estimular as famílias beneficiárias a exercer seu direito de acesso às políticas públicas de saúde, educação e assistência social, promovendo a melhoria das condições de vida da população; e

II – identificar as vulnerabilidades sociais que afetam ou impedem o acesso das famílias beneficiárias aos serviços públicos a que têm direito, por meio do monitoramento de seu cumprimento.

Parágrafo único. Caberá às diversas esferas de governo garantir o acesso pleno aos serviços públicos de saúde, educação e assistência social, por meio da oferta desses serviços, de forma a viabilizar o cumprimento das contrapartidas por parte das famílias beneficiárias do Programa Bolsa Família.

Dessa forma, o Programa Bolsa Família se apresenta como um instrumento que viabiliza aos beneficiários o acesso a oportunidades de inclusão social, por meio do cumprimento das condicionalidades impostas pela lei, atinentes ao acompanhamento da saúde, alimentação e educação, a fim de que seja alcançado um patamar mínimo de dignidade, objetivo precípua da Convenção sobre os Direitos da Criança.

Não se pode olvidar que o Programa Bolsa Família apresenta um caráter temporário, uma vez que o intuito da política pública em exame é que os beneficiários empreguem o valor auferido mensalmente em despesas que estejam relacionadas à promoção de uma melhor qualidade de vida para cada um, contrapondo-se ao discurso utilitarista, que foca na maximização do bem-estar coletivo e pretere a valorização das necessidades básicas de cada indivíduo.¹⁴ Segundo Walquiria Leão e Alessandro Pinzani:

O BF prevê uma contrapartida desse tipo, ao vincular o pagamento do valor da bolsa à frequência escolar e à vacinação das crianças. Somos da opinião de que essas contrapartidas possuem caráter republicano e contribuem para o processo de formação de cidadãos e indivíduos responsáveis perante sua comunidade política.

Qualquer solução diferente da distribuição de uma renda monetária poderia ser classificada como assistencialista e até paternalista. Naturalmente, é possível haver situações emergenciais nas quais pode ser necessário distribuir diretamente bens materiais como comida, abrigos etc. Contudo, afora esses casos particulares, a intervenção estatal deveria ser mais pessoal possível. Distribuir renda monetária aos indivíduos visa precisamente emancipá-los não somente da miséria ou da pobreza, mas também de um ambiente social que pode ser causa ulterior de sofrimento.¹⁵

Desse modo, o objetivo do Bolsa Família não constitui uma renda mensal permanente, mas apenas um auxílio para a superação da situação de vulnerabilidade social:

¹⁴ O jusfilósofo rechaça a concepção utilitarista de justiça na medida em que não admite a imposição de sacrifícios ou a supressão de direitos em benefício do corpo social, haja vista que “cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar” (RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 4).

¹⁵ REGO, Walquiria Leão; PINZANI, Alessandro. *Vozes do Bolsa Família: autonomia, dinheiro e cidadania*, p. 78-79.

Na descrição dos eixos do PBF é bem clara a necessidade de transferência de renda para que seus beneficiários superem a situação de vulnerabilidade, não adotando a intenção de prover uma renda ou aumento real de massa salarial. Esta questão é perfeitamente descrita no estudo de Suplicy (2002), em seu livro *Renda Básica de Cidadania – A entrada é pela Porta*, onde perpetua que a transferência de renda deve ser provida de um valor que proporcione aos beneficiários subsídios para suas necessidades básicas, ao mesmo tempo em que não lhe encoraje a manter-se no programa por um longo período.¹⁶

Com efeito, o Programa Bolsa Família tem por finalidade associar a transferência do valor auferido ao acesso aos direitos à saúde, à alimentação e à educação. Desse modo, trata-se uma política pública que deve ser considerada como um meio para a emancipação dos beneficiários e não como um mero mecanismo de repasse de verbas, sem que haja uma fiscalização sobre como os recursos estão sendo utilizados e a quais fins se destinam. O programa pretende efetivar a inserção social daqueles que dele participam, notadamente protegendo os direitos das crianças. A propósito, é a lição de Walquiria Leão Rego e Alessandro Pinzani:

Ao incluir o beneficiário no corpo dos cidadãos, promove nele um sentimento de identificação com a nação, devido ao reconhecimento de sua pessoa por parte das instituições políticas do Estado. Suas necessidades se tornam objeto de direitos, cuja satisfação ele pode exigir do poder público. Em contrapartida, exige-se dele que assuma suas responsabilidades perante a comunidade política e o próprio Estado. Assim, ocorre o aprendizado da cidadania em uma dupla dimensão: a do sujeito de direitos e a do sujeito de deveres. As duas dimensões são necessárias para que os indivíduos se considerem cidadãos, isto é, membros ativos do corpo político, e não meros clientes que recebem passivamente os serviços oferecidos pelo Estado.¹⁷

É evidente que o Programa Bolsa Família não foi criado exclusivamente para as crianças, no entanto, é inegável que elas são as principais favorecidas, tendo em vista que as condicionalidades estão essencialmente vinculadas ao seu acompanhamento nutricional, de saúde e de frequência escolar. Corroboram o alegado as percepções desses autores:

Mesmo não tendo sido criado exclusivamente para elas, é importante enfatizar que o desenho do PBF previa que as crianças fossem benefi-

¹⁶ DINIZ, Luciano Matias. *Avaliação de desempenho no setor público: uma análise da alocação orçamentária do Programa Bolsa Família e o desenvolvimento municipal*. Dissertação (Mestrado em Contabilidade) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2016, p. 91-92.

¹⁷ REGO, Walquiria Leão; PINZANI, Alessandro. *Vozes do Bolsa Família: autonomia, dinheiro e cidadania*, p. 83.

ciadas com o acesso à escola e com os serviços de saúde, na forma das condicionalidades. Em certo sentido, as crianças eram percebidas como receptoras ‘passivas’ da política de educação e saúde. Obviamente, os responsáveis legais pelo cumprimento das condicionalidades são seus pais, mais comumente suas mães. No entanto, as crianças parecem ter abraçado a responsabilidade por sua própria escolarização e pela consequente garantia de recebimento do benefício.¹⁸

Com a finalidade de demonstrar os resultados positivos alcançados pelos beneficiários do Bolsa Família, é imprescindível a análise da relação entre o repasse da renda pela política pública e o IFDM – Índice Firjan de Desenvolvimento Municipal. O IFDM avalia, com igual ponderação, as três principais áreas de desenvolvimento humano “Emprego e Renda”, “Educação” e “Saúde”.¹⁹ Consoante a pesquisa:

A relação entre o repasse do PBF e o IFDM saúde mostrou que 34% dos municípios obtiveram coeficiente de correlação muito forte positiva, que corresponde a 68 municípios de uma amostra de 196. Quando ampliamos esta análise para coeficientes muito forte positivo, forte positivo e moderada positivo este número sobe para 75% dos municípios, destacando uma relação positiva entre repasse do PBF e o IFDM saúde (...) Neste contexto há evidências para dizer que as condicionalidades do PBF nas questões da Saúde (pré-natal assistido – alimentação materna – acompanhamento nutricional de crianças até 7 anos), interferem de forma positiva no índice de desenvolvimento municipal, aqui medidos pelo IFDM.²⁰

No tocante à educação, os resultados também se mostram positivos:

Analisando a variável educação, verificou-se que 80% dos municípios tem coeficientes de correlação entre moderado, forte e muito forte, evidenciando uma relação positiva entre o IFDM educação e o repasse do PBF. Explorando os eixos que compõem o PBF, na área da educação, encontram-se as condicionalidades de matrícula e frequência escolar de crianças das famílias beneficiadas, sendo este quesito também contemplado no levantamento do IFDM educação, mostrando assim, que este impacto estatístico positivo pode guardar tendências qualitativas de causa efeito.²¹

¹⁸ PIRES, Flávia Ferreira; FALCÃO, Christiane Rocha; SILVA, Antonio Luiz da. O Bolsa Família é direito das crianças: participação social infantil no semiárido nordestino. *Revista Teoria e Sociedade*. Minas Gerais, edição 22.1, p. 141-167, jan./jun. 2014, p. 145.

¹⁹ DINIZ, Luciano Matias. *Avaliação de desempenho no setor público: uma análise da alocação orçamentária do Programa Bolsa Família e o desenvolvimento municipal*, p. 57.

²⁰ DINIZ, Luciano Matias. *Avaliação de desempenho no setor público: uma análise da alocação orçamentária do Programa Bolsa Família e o desenvolvimento municipal*, p. 90-91.

²¹ DINIZ, Luciano Matias. *Avaliação de desempenho no setor público: uma análise da alocação orçamentária do Programa Bolsa Família e o desenvolvimento municipal*, p. 94.

Convém ressaltar que o fato de o Programa Bolsa Família ser um instrumento de cunho transitório que visa a promover a autonomia individual dos beneficiários e resguardar direitos sociais como alimentação, saúde e educação, refuta as críticas no sentido de que essa política pública é ineficaz e que deveria ser extirpada. Isso porque extinguir o Programa Bolsa Família iria na contra-mão da tendência internacional de incentivar os países a criarem políticas públicas para a promoção e efetivação dos direitos sociais, notadamente das crianças. Acerca da utilização do benefício em favor das crianças, é imprescindível consignar:

Na maioria das entrevistas com as famílias foi corrente a declaração de mães e pais de que a escolarização das crianças é uma questão central para a família, e de que o recurso do Bolsa Família é “para” ou “da” criança. A priorização nos alimentos para criança e itens para seu consumo evidencia essa centralidade da criança nas questões relacionadas ao orçamento familiar. As crianças parecem compreender seu lugar nesses arranjos, porém afirmam a importância da coletividade familiar. Isso se deve ao conhecimento acurado por parte das crianças da precária realidade financeira de suas famílias. Frente à necessidade, o recurso é dividido entre todos os membros familiares, mas há o reconhecimento, por parte das crianças e dos adultos, de que esse dinheiro é idealmente das crianças, uma vez que é a criança quem o ganha, através da sua frequência à escola.²²

É muito oportuno acentuar que a relação entre dinheiro e autonomia individual tem o condão de modificar o panorama de vulnerabilidade social, pois o cidadão é capaz de se inserir em situações emancipatórias, tais como a aquisição de materiais escolares, de gêneros alimentícios com maior valor nutricional, a busca de qualificação profissional etc. Consoante os autores:

No ato da compra de bens particulares necessários à sua sobrevivência, o indivíduo realiza primeiro sua reprodução como ser humano, mas, ao mesmo tempo, se insere em relações sociais mais amplas, plenas de contradições, mas também potencialmente emancipatórias. Em outras palavras, tais relações sociais trazem em suas entranhas tanto potencialidades libertárias quanto novas formas de opressão, que, contudo, não discutiremos aqui, já que para nossos fins é suficiente apenas destacar as possibilidades liberadoras que o acesso à renda em dinheiro abre aos indivíduos.²³

²² PIRES, Flávia Ferreira; FALCÃO, Christiane Rocha; SILVA, Antonio Luiz da. O Bolsa Família é direito das crianças: participação social infantil no semiárido nordestino, p. 155.

²³ REGO, Walquiria Leão; PINZANI, Alessandro. *Vozes do Bolsa Família: autonomia, dinheiro e cidadania*, p. 181-182.

Nessa perspectiva, a capacidade de escolha que o Bolsa Família proporciona, ao transferir renda para a aquisição de bens essenciais ao núcleo familiar, repercute na sociedade local:

Na questão econômica, pode-se considerar que os recursos direcionados ao Bolsa Família desencadeiam um processo de consumo, beneficiando não somente as famílias do programa, mas também toda economia local (...). O aumento na demanda de consumo movimenta a indústria, o comércio, a prestação de serviços; que por sua vez geram emprego, renda e aumentam a arrecadação de impostos formando um ciclo econômico virtuoso em toda cadeia produtiva, como daquelas vinculadas ao consumo dos trabalhadores e dos demais segmentos da população que aumentaram sua renda.²⁴

Não obstante as deficiências estruturais da referida política pública, especialmente no que se refere ao acompanhamento do cumprimento das condicionalidades, é inegável a sua relevância para a fomentação da economia local. Segundo o autor:

É importante que o programa continue passando por um processo de melhoria, observando a eficiência da sua aplicação, o acompanhamento e a fiscalização dos beneficiários, a ampliação e o atendimento as famílias que estejam realmente em situação de risco. Contudo, a importância que o Bolsa Família tem nas economias locais devem ser consideradas acima de tudo, pois estes recursos movem os outros setores e geram emprego, renda e desenvolvimento.²⁵

É mister consignar que para haver a efetiva emancipação socioeconômica os beneficiários não basta o investimento em políticas públicas de transferência de renda, mas também a implantação de métodos capazes de oferecer saúde e educação de qualidade para toda a demanda advinda do Bolsa Família, bem como a criação de oportunidades de emprego. Nesse viés, o autor realiza a seguinte ressalva:

Os achados do presente estudo estão alinhados quando a sensibilidade da variável educação aos repasses do PBF, porém todos os estudos descritos acima, alertam para a questão qualitativa importante: houve impacto na educação aumentando a frequência escolar, porém as escolas não estão preparadas para receber essa demanda, destacando que o impacto pode ser apenas quantitativo, e não qualitativo.²⁶

²⁴ DINIZ, Luciano Matias. *Avaliação de desempenho no setor público: uma análise da alocação orçamentária do Programa Bolsa Família e o desenvolvimento municipal*, p. 53.

²⁵ DINIZ, Luciano Matias. *Avaliação de desempenho no setor público: uma análise da alocação orçamentária do Programa Bolsa Família e o desenvolvimento municipal*, p. 54.

²⁶ DINIZ, Luciano Matias. *Avaliação de desempenho no setor público: uma análise da alocação orçamentária do Programa Bolsa Família e o desenvolvimento municipal*, p. 98.

Nessa perspectiva, insta ressaltar que muitas das críticas ao Programa Bolsa Família fundam-se nas dificuldades que os beneficiários possuem para alcançar a emancipação socioeconômica. Contudo, as deficiências estruturais do Estado não devem ser utilizadas como motivo para extinguir políticas públicas de transferência de renda, pois o que se deve buscar são meios de promover a inserção dos beneficiários por meio da saúde, educação e emprego, mediante uma concomitante melhoria na gestão estatal. Segundo o autor:

Na variável saúde o presente estudo encontrou forte relação em 8 das 10 mesorregiões do Paraná, mostrando também uma sensibilidade quanto ao repasse do PBF. Nesta mesma direção corrobora com estudos empíricos realizados que declararam impacto do PBF nos índices de saúde de beneficiários. O estudo de Bogoni (2011) trouxe também o aspecto qualitativo, onde verifica a dificuldade de absorção das condicionalidades do eixo saúde, como pré-natal, acompanhamento nutricional e exames preventivos. Neste contexto, esta pesquisa também conseguiu evidenciar, quando na mensuração da eficiência no ano de 2013, em específico a variável saúde, que vários municípios apresentaram correlações negativas, ou seja, variável sensível ao repasse do PBF de forma reversa (*maior repasse do PBF, menor índice IFDM Saúde*). O que pode explicar esta relação adversa, é que municípios podem não ter estrutura para atender as condicionalidades do programa, neste sentido quanto maior repasse do PBF o município tem que dispor de uma maior estrutura para atender a demanda das condicionalidades, não proporcionando esta estrutura, não terá condições de prestar o serviço corretamente, impactando em baixo índice de desenvolvimento municipal.²⁷

Cumpre enfatizar que os argumentos empregados para criticar o Programa Bolsa Família estão fundamentados na estigmatização do pobre como o único responsável pela sua situação de miséria. Nessa seara, asseveram os pesquisadores:

No caso brasileiro, o debate sobre o Bolsa Família é um bom exemplo de repetição histórica do preconceito e da força dos estereótipos. Nos mais variados ambientes sociais os pobres são acusados de preferir viver do dinheiro da bolsa, em vez de trabalhar; de fazer filhos para ganhar mais dinheiro do Estado; de usar o dinheiro para comprar cachaça etc. Essas acusações estereotipadas provêm, na maioria dos casos, de pessoas que não dispõem de informações sobre o programa (...) Esse tipo de argumento é muito comum no discurso público geral, no qual não se admite que os pobres possam não ser responsáveis por sua situação.²⁸

²⁷ DINIZ, Luciano Matias. *Avaliação de desempenho no setor público: uma análise da alocação orçamentária do Programa Bolsa Família e o desenvolvimento municipal*, p. 94.

²⁸ REGO, Walquiria Leão; PINZANI, Alessandro. *Vozes do Bolsa Família: autonomia, dinheiro e cidadania*, p. 233-234.

Insta frisar que desconsiderar os avanços realizados pelo Programa Bolsa Família na erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais, apenas mantendo o enfoque em suas deficiências estruturais, torna inócuo o compromisso assumido internacionalmente no que diz respeito à proteção dos direitos da criança. Arrematam os autores:

De acordo com as respostas das crianças participantes dos grupos focais, ficou claro que para a maioria o PBF é uma “ajuda” para toda a família, e que sua aplicabilidade é principalmente para “as coisas de dentro de casa”, como a compra de alimentos, pagamento de contas, aquisição de roupas e calçados. Segundo as crianças, o Bolsa Família é bom “porque o dinheiro serve para toda a família”. “A ajuda do governo” serviria então, principalmente, como ampliação das possibilidades de aquisição de alimentos e manutenção da casa. Em paralelo, o recurso é usado pela família na aquisição de itens para as crianças, como comidas especiais, material escolar, roupa e calçados. Sebastião, 11 anos de idade, na sua redação¹⁴, ilustra a importância do benefício para sua família, ao mesmo tempo em que deixa evidente a prioridade infantil no que diz respeito aos gastos: “O Bolsa Família é uma boa ajuda para a minha família e a minha educação. Traz para minha casa uma grande alegria, nunca nos faltou nada, e ainda deu para comprar minha bicicleta e pagar as contas. Meu material escolar foi comprado com o dinheiro do Bolsa Família, também comprei roupas e calçados.”²⁹

Por derradeiro, cumpre ressaltar que as políticas públicas de transferência condicionada de renda também estão presentes em países da América Latina, dado o semelhante contexto histórico de desigualdade socioeconômica.

POLÍTICA PÚBLICA DE TRANSFERÊNCIA DE RENDA NO PARAGUAI

A análise dos principais aspectos da política pública similar ao Bolsa Família, implementada no Paraguai, permite a constatação de condicionalidades relacionadas à saúde, alimentação e educação das crianças.

Tekoporã

O Paraguai possui o Programa *Tekoporã*, cujo significado é viver bem, em guarani. A política pública foi criada em 2005, regulamentada por meio da edição do Decreto n. 1.928, de 28 de abril de 2009 e integra o *Programa Nacional de Reducción de la Pobreza “Sembrando Oportunidades”* criado pelo país. Segundo o mencionado decreto:

²⁹ PIRES, Flávia Ferreira; FALCÃO, Christiane Rocha; SILVA, Antonio Luiz da. O Bolsa Família é direito das crianças: participação social infantil no semiárido nordestino, p. 159.

Que el Programa Tekoporā tiene como misión mitigar a las condiciones desfavorables de la población en extrema pobreza, mediante la entrega de bonos solidarios a cambio de corresponsabilidades encaminadas al fortalecimiento del capital humano. Así, trata de mejorar las oportunidades de toda la población, con énfasis en los niños, niñas y mujeres embarazadas, tendiente a una igualdad de oportunidades sociales, promoviendo el acceso a la educación, la salud, la alimentación, y el mejoramiento de la calidad de participación en el entorno comunitario.³⁰

O suporte estatal às famílias beneficiárias visa a propiciar melhores condições de alimentação, saúde e alimentação, tal como tem por objetivo o Bolsa Família no Brasil. No entanto, o *Tekoporā* apresenta-se mais abrangente, pois a gama de beneficiários inclui os idosos e as pessoas com deficiência:

El Programa Tekoporā está orientado a la inclusión de los sujetos sociales a través de un incentivo de transferencia para el ejercicio de sus derechos, dirigido a los hogares en situación de extrema pobreza del área urbano-rural, que busca garantizar principalmente el acceso a salud, educación y seguridad alimentaria de los niños, las mujeres embarazadas, los adultos mayores y las comunidades indígenas.³¹

Segundo dados do site, os beneficiários são famílias em condições de pobreza extrema constituídas por gestantes, viúvos, idosos ou crianças e adolescentes até os 18 anos de idade, além dos indígenas e pessoas com deficiência. No panorama brasileiro, o Programa Bolsa Família não contempla de forma expressa na legislação pertinente as categorias dos idosos e pessoas com deficiência, no entanto, eles podem receber o Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social.

É mister ressaltar que o benefício é denominado *TMC – Transferencia Monetaria con Corresponsabilidad* e entregue às famílias selecionadas pela *Secretaría de Acción Social*. Esse valor permite a imediata aplicação em despesas básicas, bem como busca a promoção socioeconômica dos beneficiários, tal como se verifica nos moldes da política pública brasileira. Nesse sentido, informa a *Secretaría de Acción Social*:

Las TMC's, ofrecen un alivio inmediato a la extrema pobreza, acompañado de un proceso que posteriormente permite crear capacidades de trabajo familiar y comunitario, de participación y sobre todo posibilita el corte intergeneracional de la pobreza en las familias cuyos niños/as y

³⁰ SANTOS, Murilo Angeli Dias dos; EHRLICH, Priscila Aparecida. O Programa Bolsa Família: válido, legítimo e eficaz. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ALVES, Fernando de Brito. *Políticas públicas: da previsibilidade a obrigatoriedade – uma análise sob o prisma do Estado Social de Direitos*. Birigui: Boreal Editora, 2011, p. 333.

³¹ UNITED NATIONS POPULATION FUND. *Manual para Facilitadores/as Comunitarios*, p. 5. Disponível em: <<http://www.unfpa.org/py/download/Facilitadores.pdf>>. Acesso em: 09/11/2016.

adolescentes estudian y tienen la oportunidad de concluir la formación mediante la educación pública y propicia mejores posibilidades para el un futuro laboral de los mismos.³²

No tocante às condicionalidades ou corresponsabilidades, termo utilizado pelo programa paraguaio, há o acompanhamento do Estado quanto às ações atinentes à alimentação, saúde e educação, as quais possibilitam uma melhor qualidade de vida, que é o objetivo do presente programa social, por meio da efetiva orientação por parte do Poder Público, de modo à melhor utilização do benefício recebido. De acordo com a *Secretaría de Acción Social*:

Acompañamiento familiar a través de agentes de apoyo llamados “*Guías familiares*”, que visitan los hogares para verificar el cumplimiento de las corresponsabilidades por parte de las familias y para brindar orientaciones vinculadas preferentemente al mejoramiento del hábitat familiar, así como a los hábitos de higiene, consejos para mejorar la disponibilidad de alimentos y para mejorar la salud y a la vez oficiar de gestores del acceso de las familias a los diversos servicios públicos.³³

Com efeito, as condicionalidades consistem no controle do crescimento e a vacinação de crianças e adolescentes, realização do exame pré-natal pelas gestantes, acompanhamento da saúde dos idosos e das pessoas com deficiência. Na educação, impõe-se a matrícula e a frequência regular de crianças e jovens, além da participação dos adultos em programas de alfabetização.

Desse modo, verifica-se que os critérios aplicados pelo Bolsa Família não destoam dos presentes nas políticas públicas adotadas em países com realidade semelhante à brasileira. As condicionalidades, em ambos os casos, visam ao acesso aos direitos sociais.

Portanto, a presente pesquisa demonstrou que a análise do tema sob uma perspectiva totalmente apartidária e desvinculada dos preconceitos e discursos carentes de substratos jurídicos, sociológicos e filosóficos possibilita a constatação de que o Programa Bolsa Família se coaduna com as disposições da Convenção sobre os Direitos da Criança.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, verificou-se que o Programa Bolsa Família está em consonância com o estipulado na Convenção sobre os Direitos da Criança, pois o Brasil

³² PARAGUAY. Secretaría de Acción Social. *Guía familiar* – facilitador comunitario, p. 1. Disponível em: <http://www.sas.gov.py/archivos/documentos/Guia_Fliar_BASESYCONDICIONES_Abril2014_p3w421ni.pdf>. Acesso em: 09/11/2016.

³³ PARAGUAY. Secretaría de Acción Social. *Guía familiar* – facilitador comunitario, p. 1.

criou essa política pública de transferência condicionada de renda com o intuito de minimizar a situação de desigualdade socioeconômica e resguardar os direitos sociais, especialmente das crianças, dadas as condicionalidades relacionarem-se, em sua maioria, a acompanhamento nutricional, de saúde e de frequência escolar, objetivo que tem sido alcançado, proporcionando uma melhor qualidade de vida às crianças.

Por óbvio, a reforma da estrutura socioeconômica vigente não ocorre pela mera concessão de benefícios financeiros, mas por meio da aplicação dos valores recebidos em alimentação, saúde e educação, pois é a partir destes que as famílias terão uma vida digna. Desse modo, os benefícios obtidos contribuem para a promoção da igualdade, o respeito à individualidade, o atendimento às condições essenciais de vida dos núcleos familiares e o adequado desenvolvimento das crianças.

No tocante à análise da relação entre o repasse da renda pela política pública e o IFDM – Índice Firjan de Desenvolvimento Municipal, verificou-se que houve um incremento na frequência escolar, na quantidade de matrículas, além da busca pelo exame pré-natal e pelo acompanhamento nutricional das crianças. Vale destacar, ainda, que alguns municípios não obtiveram índices de desenvolvimento satisfatórios em virtude da insuficiência estatal para atender a toda a demanda promovida pelo Programa Bolsa Família.

Não se pretende negar a existência de deficiências estruturais no Programa Bolsa Família, principalmente na efetiva fiscalização quanto à observância das contrapartidas estabelecidas para o recebimento dos benefícios. Contudo, não deve haver o apego exclusivo a esse aspecto falho do Programa Bolsa Família e depreciar os resultados desde a sua implementação. É cediço que o programa em questão não possui condições, sozinho, de reverter o histórico cenário de desigualdade social que assola o Brasil, entretanto, é irrefutável o seu caráter emancipatório para inúmeras crianças, que podem ter acesso a uma melhor alimentação, ao acompanhamento de seu crescimento, à possibilidade de aquisição de materiais escolares, por exemplo.

Dessa forma, uma avaliação mais criteriosa para a seleção dos beneficiários, com a inserção de outros dados relevantes no Cadastro Único, além da renda mensal *per capita* e faixa etária dos componentes da família, tais como a situação da habitação em que esses indivíduos residem, análise das condições de saúde dessas pessoas, aliada à disponibilização de profissionais capacitados que visitem as residências, constatem o cumprimento das condicionalidades e orientem as famílias quanto à alimentação, saúde, educação e acesso aos serviços públicos podem conduzir ao aperfeiçoamento do Programa Bolsa Família.

Portanto, verifica-se que o legislador infraconstitucional brasileiro, ao editar a Lei n. 10.836/2004, atuou em conformidade com o âmbito internacio-

nal, o que confere ainda maior relevância às políticas públicas de transferência condicionada de renda como instrumentos de efetivação dos direitos sociais, mediante a ruptura do ciclo de pobreza, tornando possível a promoção da cidadania.

REFERÊNCIAS

- APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2009.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988, atualizada até a Emenda Constitucional n. 91, de 18 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16/03/2016.
- BRASIL. Decreto n. 5.209, de 17 de setembro de 2004. *Regulamenta a Lei n. 10.836, de 9 de janeiro de 2004, que cria o Programa Bolsa Família, e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5209.htm>. Acesso em: 15/03/2016.
- BRASIL. Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992. *Promulga o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm>. Acesso em: 16/03/2016.
- BRASIL. Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990. *Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 15/03/2016.
- BRASIL. Lei n. 10.836, de 9 de janeiro de 2004. *Cria o Programa Bolsa Família e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.836.htm>. Acesso em: 15/03/2016.
- BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário. *Programa Bolsa Família*. Disponível em: <<http://mds.gov.br/assuntos/bolsa-familia>>. Acesso em: 09/11/2016.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CAMPELLO, Tereza; NERI, Marcelo Côrtes. *Programa Bolsa Família: uma década de inclusão e cidadania*. Brasília: Ipea, 2013.
- DINIZ, Luciano Matias. *Avaliação de desempenho no setor público: uma análise da alocação orçamentária do Programa Bolsa Família e o desenvolvimento municipal*. Dissertação (Mestrado em Contabilidade) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016.
- DINIZ, Simone. *Crítérios de justiça e programas de renda mínima*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rk/v10n1/v10n1a12.pdf>>. Acesso em: 16/03/2016.
- GOTTI, Alessandra. *Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MENDONÇA, Jordana Carlos de; ARAÚJO, Luciane Martins de. Programa Bolsa Família: méritos e críticas – uma análise com base na teoria de Amartya Sen. In: SÉGUIN, Elida; SOARES, Evanna; CABRAL, Lucíola. *Temas de discriminação e inclusão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 144.

PARAGUAY. Secretaría de Acción Social. *Guía familiar: facilitador comunitario*. Disponível em: <http://www.sas.gov.py/archivos/documentos/Guia_Fliar_BASESYCONDICIONES_Abril2014_p3w421ni.pdf>. Acesso em: 09/11/2016.

PARAGUAY. Secretaría de Acción Social. *Tekoporã*. Disponível em: <<http://www.sas.gov.py/pagina/54-tekopor.html>>. Acesso em: 09/11/2016.

PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIRES, Flávia Ferreira; FALCÃO, Christiane Rocha; SILVA, Antonio Luiz da. O Bolsa Família é direito das crianças: participação social infantil no semiárido nordestino. *Revista Teoria e Sociedade*. Minas Gerais, edição 22.1, p. 141-167, jan./jun. 2014.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO NO BRASIL. *O que é desenvolvimento humano*. Disponível em: <<http://www.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/conceitos/o-que-e-desenvolvimento-humano.html>>. Acesso em: 07/11/2016.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REGO, Walquiria Leão; PINZANI, Alessandro. *Vozes do Bolsa Família: autonomia, dinheiro e cidadania*. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2014.

ROCHA, Sonia. *Transferências de renda no Brasil: o fim da pobreza?* São Paulo: Elsevier, 2013.

SANTOS, Murilo Angeli Dias dos; EHRLICH, Priscila Aparecida. O programa Bolsa Família: válido, legítimo e eficaz. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ALVES, Fernando de Brito. *Políticas públicas: da previsibilidade a obrigatoriedade – uma análise sob o prisma do Estado Social de Direitos*. Birigui: Boreal Editora, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. *Human Development Report 2015*. Disponível em: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/2015_human_development_report.pdf>. Acesso em: 08/11/2016.

UNITED NATIONS POPULATION FUND. *Manual para facilitadores/as comunitários*. Disponível em: <<http://www.unfpa.org.py/download/Facilitadores.pdf>>. Acesso em: 09/11/2016.

WEISSHEIMER, Marco Aurélio. *Bolsa Família: avanços, limites e possibilidades do programa que está transformando a vida de milhões de famílias no Brasil*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2006.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *The Right to Health*. Disponível em: <http://www.who.int/hhr/activities/Right_to_Health_factsheet31.pdf?ua=1>. Acesso em: 18/11/2016.

Data de recebimento: 30/05/2016

Data de aprovação: 03/11/2016

O QUE É METONÍMIA: SOBRE PRESENÇA E DESCONTINUIDADE ENTRE HISTÓRIA E DIREITO CONSTITUCIONAL¹

WHAT IS METONYMY: ABOUT PRESENCE AND DISCONTINUITY BETWEEN HISTORY AND CONSTITUTIONAL LAW

Rafael Martins Estorilio*

RESUMO

A *metonímia* como instrumento para pensar a simultaneidade da descontinuidade e continuidade na história tornou-se uma possibilidade de narrativa em que o *nome* é crucial para a construção de sentido. Semelhante ao que vemos em Derrida para a justiça no direito, a metonímia em autores como Runia também permite a duplicidade da narrativa: presença e a ausência de elementos, porém na forma de uma confusa “fistula” entre passado e presente. O objetivo deste trabalho é deslocar essa novidade para a narrativa da história no direito fazendo uso da política, especificamente na relação entre direito constitucional e política, deixando um caminho aberto: a força da memória involuntária.

Palavras-chave: Metonímia; Direito constitucional; História.

ABSTRACT

Metonymy as an instrument to reflect the simultaneity of discontinuity and continuity in history became a possibility of narrative in which the *name* is crucial to the construction of meaning. Similar to what we see in Derrida about justice and law, metonymy in authors like Runia also allows the narrative of duplicity: the presence and the absence of elements, but as a “fistula” between past and present. The aim of this work is to bring

¹ Agradeço a Cristiano Paixão, Menelick de Carvalho Netto, José Otávio Guimarães, Bruno Hochheim e Gabriela Carneiro pelas discussões e comentários que permitiram a redação deste texto.

* Mestrando em Direito do Estado pela Universidade de Brasília, linha de pesquisa Constituição e democracia, membro do Observatório Constitucional e participante do Grupo Percursos-Fragmentos-Narrativas, ambos na mesma instituição. Áreas de interesse: Direito Constitucional, Ciência Política, História do Direito, Teoria do Direito. rafalestorilio@gmail.com

the argument to the narrative of history in law making use of politics, specifically the relationship between constitutional law and politics, leaving an open path: the strength of involuntary memory.

Keywords: Metonymy; Constitutional law; History.

INTRODUÇÃO

Ao explicar a importância da metonímia para seus argumentos, Eelco Runia resumiu quase ironicamente esta figura: valendo-se dos dicionários, metonímia é a “mudança de nomes, figura na qual o nome de um atributo ou adjunto é substituída pelo que ele significa. Espectro de *autoridade*”¹. Suficiente para notarmos que o conceito vem de um historiador, não de um linguista. Para ele, a metonímia é um elemento que permite o representacionismo evidente do passado que se faz *presente*, porém, e aqui está a novidade no seu argumento, a metonímia apenas é levada a sério por linguistas ou semiólogos, por historiadores, e muito raramente por juristas.² A “presença” histórica se encontra então nesta “região metonímica da linguagem”. A questão é que Runia não fala diretamente para a história do direito constitucional.

Mas o que chama atenção é que, dos muitos exemplos dados do exercício metonímico, na maioria deles é possível construir uma relação histórica que se permite ou que *se quer permitir*, algo ou alguém representando uma totalidade, em contextos, pessoas ou objetos (não raro usado para eventos tradutores da história *política*): o monumento do holocausto em Berlim, um possível diamante feito com as cinzas da pessoa amada, as pinturas abstratas de Jackson Pollock, os discursos de Robespierre e Danton na Assembleia Nacional, simples frases carregadas de sentido como: “Napoleão invadiu a Rússia”, “os alemães odiavam Versailles.

Perceba que há um *nome* representando uma *totalidade* em todos estes exemplos retirados da obra do autor. A questão é, por que tudo isso são metonímias? E como isso nos auxilia a construir sentido e identidade histórica? A metonímia sai do texto e entra na vida, como uma ferramenta para permitir consequências políticas? Se fizermos essa ponte com o direito, a metonímia poderia ser pensada como instrumento para desvelar ou ocultar acontecimentos.

Então a sugestão sobre metonímia e descontinuidade no discurso histórico é a de que há muito mais do que se imagina de nossa consciência reflexiva inconsciente e involuntária neste processo narrativo, porquanto quer apegar

¹ RUNIA, Eelco. Presence. *Wesleyan University, History and Theory*, v. 1, n. 45, out. 2006, p. 15.

² “How to account for the fact that metonymy – though it is, as I will argue, not only the primary, but also the most historical trope – plays virtually no role in modern, representationalist philosophy of history, is hardly ever mentioned even by literary critics, and is taken seriously only by some obscure linguists and semiologists?” RUNIA, Eelco. Presence, p. 15.

elementos dentro de categorias de *poder*, em um exercício tanto complexo quanto discutível, chamado “acessar o passado”. A metonímia demonstra a importância do *contexto* para fazer sentido e esse é um velho problema para a filosofia da história. Entretanto, a troca de nomes continua mantendo uma relação escondida de autoridade, necessária para o discurso se estabelecer, requisito para a história ser contada *de alguma forma*.

No direito constitucional, pode ser mais perplexo este processo de edificação (e também mais perverso): o artifício da metonímia pode justificar regimes, ou explicar o *atual estado jurídico das coisas* em uma relação sequencial, mas segmentante (não raro, nostálgica). Segmentante da história política brasileira, por exemplo, no sentido de induzir a pensar o direito como regime de evolução, fatiando-o: Família Real e Período Colonial, República, Estado Novo, Regime Militar, Diretas Já, Redemocratização.

Estas categorias formam uma estrutura metonímica em que o direito e a norma têm um papel essencial nestes lugares comuns para permitir que a próxima porta da história seja aberta: a escravidão *sustentou* o regime colonial, Dom Pedro I *outorgou* a Constituição de 1824, a lei áurea *aboliu* a escravidão, o getulismo *concedeu* direitos sociais trabalhistas, a lei de anistia *inaugurou* um regime de transição, a Constituição de 1988 *redemocratizou* o Brasil. Nesses discursos, um passado se faz presente porque um *nome* totaliza uma categoria que não existe ou ao menos não detém toda essa autoridade, justificando esse presente porque resume um texto ou evento a uma totalidade. Os eventos, as pessoas, os *sujeitos* históricos, enfim, são metonímias. Metonímias constitucionais? A Constituição é uma metonímia?

Não raro, o texto constitucional segue com o apelo desta modalidade de justificacionismo, uma *constituição* que se pretenda *popular, de interesse público*, e por isso legitimada, porque imperativa ao inatingível “todo”. Este “todo” continua supostamente preservado em um antigo sonho “nós, o povo”, que nunca nos alcança, ainda quando a Constituição é outorgada e restritiva a direitos fundamentais. Essa narratividade então peca por desconhecer que todos esses movimentos não permitem uma linearidade tão simples, já que, unindo nomes para referenciais que não se encaixam, criam-se unidades por categorias que não admitiriam unificar-se, ou, ao menos, não permitiriam o reducionismo de um acúmulo de entes para este único “sujeito”. E não nos damos conta disso.

Isso se dá em parte porque todos esses pontos se realizam com o narrador argumentando, não narrando. Repito que este é um antigo problema da filosofia da história e quero ressaltar que, aqui, não há tanto mal quanto se alega nisso, embora algum mal seja *sempre* possível para permitirmos que a história seja contada como nos aprouver para justificar o presente. Adiante pretendo retornar a este ponto mais detidamente.

É por isso que a metonímia pode reduzir os eventos a modificações pontuais do direito, deixando de lado as muitas variáveis micro-históricas que permeiam essas mudanças, como se os fatos históricos reduzissem seus acontecimentos às curtas frases anteriormente metonimizadas. Enfim, o perigo dessa narrativa metonímica é a história ser pensada como progresso e o presente como *o fim da história no direito, mas também um fim que alcançou o direito graças à história permitida por esses sujeitos metonímicos*. São as metonímias que transmitem essa falsa sensação nostálgica.

O argumento deste trabalho, portanto, é o de conectar a filosofia da história com o direito constitucional, demonstrando, antropologicamente, o quanto uma *inofensiva* figura de linguagem pode ultrapassar barreiras para se tornar importante categoria ao estudo das ciências sociais e da cultura jurídica no desenvolvimento de regimes por mudanças constitucionais. É que a metonímia também pode ser importante para usar o direito para fazer política, para instrumentá-la, omitindo ou permitindo *presenças e ausências*, embora costume passar despercebida a sua influência nesta relação linguístico-narrativa pela academia, dando ênfase ou ocultando outros elementos como sujeitos, normas e acontecimentos.

Com isso, o ambiente deste texto é iniciado pelo autor Eelco Runia na história, mas está inserido em uma agenda de discussão quanto à historicidade antropológica e, que, a partir dessa base, permite inferências analíticas ao direito, dentro de uma perspectiva histórica-sociológica, do direito constitucional.

Para tentar demonstrar a força esquecida das metonímias, a seguir desenvolvo os conceitos de continuidade e descontinuidade, justificando por que a metonímia da forma como pensada pelo historiador Runia é tão importante nesse processo e enfatizada em dois de seus importantes trabalhos, ao mesmo tempo em que a história como disciplina passa a ser repensada há tempos. Há três exemplos significativos dados pelo historiador que permitem identificar a força das metonímias na construção do significado histórico.

Em seguida, darei dois exemplos descritivos em que essas estruturas se colocam no direito brasileiro. Aqui, a importância é demonstrar que a metonímia é transferida ao mundo da vida, formulando complexas relações entre história e direito constitucional, justificando a política.

Podemos pensar o direito constitucional como metonímia da política a partir da história? Este artigo tenta responder afirmativamente a esta simples pergunta, ou seja, admite que o direito, usando o discurso histórico, justifique nostalgicamente a política para que seu *status quo* se reproduza. Até aqui, nada de novo para os historiadores, como também para os juristas. A questão central é pensar neste elemento *novo*: a *metonímia* como importante artifício discursivo para tanto. Portanto, a metonímia permitindo uma “nova unidade” parece ser

um campo já explorado³ da forma um pouco contrária ao que presumo aqui, mas, ainda assim, é observação que pode ser muito útil à teoria e à história do direito constitucional. Com ela, podemos perceber *como* é possível reproduzir histórias *não contadas*, enquanto outras histórias são demasiadamente contadas.

METONÍMIA ENQUANTO NARRATIVA DO POLÍTICO

A metonímia como ponto de partida da linguagem usa a *nominação* dominante como o seu exemplo clássico: associa-se o nome ao se referir ao objeto, passando a denominar o objeto (substantivo) pelo nome deste produto dominante (autoridade). Por isso as inúmeras possibilidades: definir o produto pelo produtor, a parte pelo todo, atributo pela propriedade, local pelo evento, controlador por controlado, e assim por diante.⁴

Essa conceituação é útil para pensar o elemento principal da construção metonímica que deixamos escapar, esse *espectro de autoridade*, para alcançar o seu problema central, uma transposição inapropriada de um mundo pertencente ao contexto 1 para o contexto 2, portanto, não apenas como artifício linguístico, mas como máquina argumentativa de dominação por conta da relevância do objeto que conseguiu virar metonímia.⁵ Essa transposição é também um problema filosófico, porque admite o fluxo entre mundos, sensível e não sensível, como observou Heidegger. E a metonímia só será possível se também for possível uma relação de imposição, algo que, de tão importante para um meio, de tão imponente para semelhantes, substantivou uma totalidade. Ao mesmo tempo que define, portanto, também reduz.

Isso significa que a metonímia se constrói em um discurso com poder extraordinário, o mesmo problema metodológico que persegue a história e o direito: a necessidade de algum nível de imparcialidade aceitável do emissor desse discurso. Em seu lugar, a metonímia apreende passagens a partir de palavras “deslocadas” que parecem fazer tanto sentido:

Here I want to stress that metonymies are, as Cicero said, *mutata*: “displaced words.” In the displaced word or phrase, different “contexts,”

³ “Heidegger pretende sustentar, pela metonímia, o elemento mobilizador dessa dimensão de condição de possibilidade. Mas o filósofo não separa mais os dois níveis da condição e do condicionado, como se tivessem uma relação de fundante e fundado. Essa unidade nova não visa uma explicação de um dos níveis pelo outro. Descreve *apenas o modo como sempre estamos operando quando falamos*”. STEIN, Ernildo. Em busca da linguagem para um dizer não metafísico. *Natureza Humana*, v. 6, n. 2, p. 289-304, jul./dez. 2004. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-24302004000200005>. Acesso em: 01/11/2015.

⁴ RUNIA, Eelco. Presence, p. 15.

⁵ RUNIA, Eelco. Presence, p. 16.

different “spheres of appropriate-ness,” or, as Vico would say, different “places,” are connected as well as juxta posed. In fact, a displaced, metonymical word might be visualized as a “fistula” – an “abnormal passageway” – between two different topoi. The phrase “the gall bladder in room 615 doesn’t want to eat,” for example, is a “fistula” between the topos of (reductionist) medicine and the topos of (holistic) care.⁶

A preocupação da história como disciplina e da necessidade de encontrar um *objeto histórico* neste último século segue a mesma preocupação com relação à neutralidade *de quem é capaz* de construir essa neutralidade técnica da produção de conhecimento. Desde o materialista histórico que se preocupa com o apelo messiânico nas teses sobre a história. Mas os receios do empreendedorismo global, desta história “total”, sempre chegará atrasada. A transformação da história como significado acaba em algum lugar nos anos 1960 acreditando-se em memórias reprimidas, já que não apenas indivíduos, mas também sociedades relatavam seu passado, na condição de vencedoras.⁷ Por fim, por uma nova metodologia a partir dessa filosofia da história faz-se também um novo discurso da política historicizada.

É por isso que autores como Le Goff e Marc Bloch estavam em busca de uma história antropológica ainda nos *Annales*,⁸ atribuindo valores a objetos como a história da alimentação, da sexualidade e da família, da infância e da morte, dos costumes e dos vencidos. Inundar a história com as pulsantes preocupações das “ciências sociais”, é combater de alguma forma a velha parcialidade. Ocorre que o argumento metonímico de Runia também está situado em um contramovimento deste contramovimento. O problema da linguagem, ou de “trazer uma introdução à linguagem que não seja metafísica” argumentado por Ernildo Stein, parece ser o mesmo. Uma crítica a esta crítica. Para Runia, não há problema, em si, em uma história macro ou em especulações históricas.⁹ No paralelo do próprio

⁶ RUNIA, Eelco. *Presence*, p. 16.

⁷ RUNIA, Eelco. *Presence*, p. 2.

⁸ “O grande problema é o da história global, geral, a tendência secular de uma história que não seja só universal e sintética – velho empreendimento, que vai do cristianismo antigo ao historicismo alemão do século XIX e às inúmeras histórias universais da vulgarização histórica do século XX, mas integral ou perfeita, como dizia La Popelinière, ou global, total, como exigiam os *Annales* de Lucien Febvre ou Marc Bloch. Assiste-se hoje a uma pan-historicização que Paul Veyne considera a grande mutação do pensamento histórico da Antiguidade (...) depois de uma primeira mutação que, na própria Antiguidade, fez passar a história do mito coletivo à procura de um conhecimento desinteressado da pura verdade, está a dar-se uma segunda mutação, na época atual, ‘porque os historiadores pouco a pouco tomaram conta de que tudo era digno de história: nenhuma tribo, por minúscula que seja, nenhum gesto humano, por insignificante que pareça, é indigno da curiosidade histórica’ (...)” LE GOFF, Jacques. *História e memória*. 5. ed. Campinas: Editora Unicamp, 2003, p. 136.

⁹ More important is the fact that even on the level of their texts philosophers of history can hardly avoid “speculation”. Just visit a conference, read a copy of *History and Theory*, or order

autor, se jogarmos fora a especulação histórica pela porta da frente, ela voltará pela porta de trás.¹⁰ Talvez o mesmo valha para a metafísica.¹¹ Com isso, as narrativas micro-históricas não são superações históricas, são *possibilidades* históricas. E em algum lugar, aqui, entram as metonímias. Elas saem do discurso para construir um sentido na história, na política, no direito constitucional.

O ponto do historiador Eelco Runia é o de que essa segmentação entre duas escolas, uma que pensa no passado como inacessível e outra que pensa no passado como pronto para ser, digamos, violentado pelo presente (chamemos este último de modelo *Rankeano* de história). É a hipótese que permite pensar que, mais importante do que a história em si, é a narrativa dela, a “historicidade” das histórias. O passado, para Runia, é um “país estrangeiro”, acessível por narrativas involuntárias que nos formam, um dos importantes elementos do seu conceito para *presença*: “I argue that presence is not brought about by stories – by, that is, the “storiness” of stories. Presence rather shows itself in how the past can force us – and enable us – to rewrite our stories about ourselves”.¹² Mas o que é essa presença?

Autores como Bevernage e Hartog auxiliaram na abertura desse vasto campo crítico sobretudo com o fortalecimento dos conceitos de regime de historicidade e presentismo,¹³ nas palavras de Hartog: uma hipótese (o presentismo)

a book – and admit: speculative statements by the dozen. There’s nothing wrong with this. On the contrary, philosophers of history are – like all professionals – “their own instruments” 12: they are in the business at all, and write what they write, because they bring what is a major ingredient of that instrumentality – their own historicity – to bear on what they gather from their objects. Purging this instrumentality really, instead of only nominally, of “speculative” ideas and suppositions about history and historicity would result in triviality, inanity, or even total aphasia. There can be little doubt that the sense that it is somehow improper to establish. RUNIA, Eelco. *Presence*, p. 4.

¹⁰ “O problema especial é o da necessidade, experimentada por muitos produtores ou consumidores da história, de um regresso à história política (...). Ultrapassando o problema de uma nova história política, põe-se o do lugar a conferir ao acontecimento na história, tomando-o em seu duplo sentido. Pierre Nora mostrou como a mídia contemporânea criou um novo acontecimento histórico: *é o do regresso do acontecimento*. Mas este novo acontecimento não escapa à construção de que resultam todos os documentos históricos. Os problemas daí consequentes são, hoje, ainda mais graves” [grifos nossos]. LE GOFF, Jacques. *História e memória*, p. 137.

¹¹ “A tarefa da filosofia de Heidegger será, portanto, não simplesmente insistir em evitar o metafórico, mas estabelecer um modo de pensar e de dizer que precede e torna possível qualquer metáfora”. (STEIN, Ernildo. Em busca da linguagem para um dizer não metafísico, p. 298).

¹² RUNIA, Eelco. *Presence*, p. 18.

¹³ Presentismo não se confunde com presente. Por sua vez, também não se confunde com *Presença*, da forma como trabalhado por Runia e persistido no presente artigo. Para Hartog, seu projeto encontra um ponto comum com o objeto de Runia, a partir termos corriqueiros como regime de historicidade ou presentismo, enfim, o projeto de reconstruir o encadeamento de nossas categorias de presente, passado e futuro (p. 363). Presentismo, enfim, *também* é “(...) o tempo do instantâneo, do imediato, da circulação generalizada, da rapidez das trocas, da mo-

aliada a uma ferramenta (o regime de historicidade).¹⁴ A discussão não está em uma história crítica ou tradicional, política ou antropológica, micro ou macro. Está entre um projeto de reestruturação entre passado, presente e futuro, permitindo figuras como: *futuros passados*,¹⁵ *passados ainda presentes ou presentes ainda ausentes*, onde fica explícita a metafísica da presença de Derrida.¹⁶

Acredito que a metonímia entra em cena neste tortuoso e específico momento de tantos pontos de interrogação colocados pela filosofia da história, nesta *fistula* entre passado, presente e, possivelmente, futuro, logo após a linguagem tomar conta das cenas na filosofia. Para visualizarmos melhor esse fato, Runia nos auxilia com três exemplos, também denominados “fenômenos”, sendo um deles fruto de uma quase autoanamnese gráfica, de tão lúdico quanto subjetivo – o que pode aproximar a relação deste estudo metonímico com a psicanálise.¹⁷ Porém, os outros casos parecem úteis para seguir nesse projeto de

bilidade, em todos os sentidos do termo, mas é também o tempo da desaceleração, é também o tempo de todas essas pessoas que estão na incapacidade de encontrar os meios da sua sobrevivência, todos os imigrantes, todos os desempregados, todos os jovens, particularmente na Europa, que não encontram trabalho, que vivem no que o sociólogo Robert Castel (1933-...) define como *précariedade*. HARTOG, François. *Regimes de historicidade: presentismo e experiências do tempo*. Belo Horizonte: Autêntica, 2013, p. 13.

¹⁴ HARTOG, François. *Regimes de historicidade: presentismo e experiências do tempo*, p. 364.

¹⁵ O uso contínuo da ideia de progresso e seu fracasso, como no ideal de uma sociedade socialista a sobreviver a “atual” ditadura do proletariado, por exemplo, no contexto da guerra fria, fazendo do futuro, um futuro “passado”. Sobre progresso no regime de historicidade, veja: HARTOG, François. *Regimes de historicidade: presentismo e experiências do tempo*, p. 129.

¹⁶ “Spectral moment, according to Derrida, indeed does not fit into time, at least not into time conceived as a series of modalized presents (past present, actual present, and future present). The “specter” is, thus, firmly based on Derrida’s deconstruction of metaphysical time. The present is “out of joint” because it fuses and incorporates elements coming from the past and the future; it is always haunted by ghosts or revenants”. Runia, Eelco. *Presence*, p. 16. Em outro trabalho, Runia enfatiza esse aspecto com relação ao holocausto, como um passado que nunca *passará* (RUNIA, Eelco. *Forum on presence: spots of time*. *Wesleyan University, History and Theory*, n. 45, p. 305-316, out. 2006, p. 310).

¹⁷ Deixando transparecer seu passado acadêmico como psicólogo, em uma passagem quase auto-psicanalítica de seu texto, Runia narra seu “efeito Abba”: a surpresa de um sentimento melancólico ao assistir um documentário da banda sueca “Abba”, sendo que, contraditoriamente, ao tempo de lançamento das músicas, o autor não sentiu empatia nenhuma, aliás, detestava a música. Mas, ao rever o documentário anos depois, uma saudade do distante (*Sehnsucht*), se fez possível. “Had I fooled myself? Had I subconsciously admired those predictable rhymes, those sticky melodies, those dancing asses? *Or was I moved by the Abba documentary precisely because Abba had not been part of my identity?*” (RUNIA, Eelco. *Forum on presence: spots of time*, p. 306). O trabalho de Herbert Marcuse é reconhecidamente rico nessa aproximação “socialpsicológica”, ver a nota de rodapé 359 em MAUS, Ingeborg. *Zur Aufklärung der Demokratietheorie: Rechts – und Demokratietheoretische Überlegungen im Anschluß an Kant*. Frankfurt sobre o Reno, Suhrkamp, 2015 – primeira edição 1994 e a dissertação CARNAÚBA, Maria Erbia Cassia. *Marcuse e a psicanálise: a teoria crítica sob a análise da teoria da repressão*. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas (IFCH) da Universidade Estadual de Campinas (Unicamp), 2012.

transferência *narrativa* que pretendo trazer à história do direito, em que a ideia é enfatizar as memórias involuntárias e as metonímias como constructos do sentido, de ausências ou presenças. Inicialmente darei breve ênfase aos outros dois para visualizar os argumentos sustentados adiante.

O primeiro é o massacre sumário de oito mil muçulmanos Bósnios, entre crianças, idosos e mulheres, que foram executados por sérvios Bósnios, sobresaindo narrativas de um episódio de violência extremada. O ponto é que o massacre só foi possível após o envio de tropas de paz holandesas (ONU), as quais, com o fito de pacificar, “desarmaram” os Bósnios Muçulmanos com fim pacífico. Este desarme não ocorreu, porém, com as tropas sérvias, permitindo o massacre por forças desiguais.

Runia enfatiza que esta “imparcialidade” tão parcial do grupo de paz holandês não foi apenas um elemento de guerra, mas foi transmitida para os seus analistas e historiadores intersubjetivamente. Os 11 historiadores enviados no ano de 2005 para descrever a tragédia e analisar os escombros e cadáveres repetiram esta narrativa de imparcialidade em seus estudos, mantendo a visão (holandesa) dos muçulmanos enquanto *objetos* que precisam ser *desarmados*.¹⁸ Quem leu o conflito repetiu uma ideologia tendenciosa, para Runia. A falha da organização pacifista foi inclusive reconhecida mais tarde como importante precedente por condenar pela primeira vez uma organização internacional pelo acontecimento. Porém, curiosamente, os historiadores seguem o mesmo passo ao defender o desarme: “How to account for the fact that past events can have the power to reproduce themselves in the way historians describe these events? How to explain this uncanny power of history to take revenge on the historians writing it?”¹⁹ Ao escrever a história, os narradores sofreram a idêntica problemática que narraram. Onde está a metonímia aqui? Perceba que a imparcialidade é negada por uma fístula entre passado e presente, resultando em um final trágico composto por tantos sujeitos: o “bem” precisa desarmar o “mal” para alcançar a “paz”.

O segundo exemplo trata das torturas por oficiais norte-americanos em Abu Ghraib, com as conhecidas fotos de violações a direitos humanos divulgadas na imprensa internacional. Runia lembrará que a comunidade internacional tomou conhecimento de que os norte-americanos “não resistiram” a torturar seus prisioneiros Iraquianos, em uma “compulsão pelo repetimento” de um elemento

¹⁸ “The past intruded upon the Srebrenica historians in a way they couldn’t – or at least didn’t – control. They may have been under the impression that they were mastering the past, but, strangely and inexplicably, the past turned the tables and mastered these historians” RUNIA, Eelco. Forum on presence: spots of time, p. 316.

¹⁹ RUNIA, Eelco. Forum on presence: spots of time, p. 308. Quero destacar esse elemento da “história que se vinga com os historiadores que a escrevem”.

tão presente quanto as práticas de tortura por Saddam Hussein em Abu Ghraib. Esse exercício de repetição foi possível graças a uma presença distante que se queria forçar ausente sobre o discurso humanitário e constitucional norte-americano, mas que, contraditoriamente, era *sempre* ausente.

O que os dois exemplos têm em comum para Runia, pela via da prática da tortura ou pela reescrita justificacionista da história, é que estão carregados de “*presença*”. Somos constantemente turbinados por narrativas do passado, por acontecimentos, por elementos fragmentários, por movimentos atuais *permitidos* ou *velados* pelo passado.

Esse profundo sentimento de ligação entre presente e passado, permitindo discursos, por ausências ou presenças, é resultante da força do exercício metonímico: “Presence is not the result of metaphorically stuffing up absences with everything you can lay your hands on. It can at best be kindled by metonymically presenting absences”.²⁰ A presença, neste sentido, pode ser usada estrategicamente, como a partir de um museu, de um memorial, de um filme, de uma *constituição e as sugestões de seu preâmbulo*, causando *sensações*. Mas essas sensações, antropológicamente falando, são possíveis graças à metonímia, porquanto concedemos nomes às totalidades dominantes e acreditamos em sua força, pretendendo uma dissimulada imparcialidade nesse ato de “dar nomes”. E esse é o grande exercício tendencioso. É, enfim, dessa forma que Runia diferencia metáfora de metonímia – para reconhecermos um poder político nesta última:

With metonymy, things are quite different. *Metonymy is the trope of dissimulation*. Metonymy wants us to believe that it imparts only one “meaning, the truth, that this “meaning” lies right at the surface, and that this one “meaning” is all that it conveys. Because it suggests that it has nothing to hide, metonymy denies that it needs to be interpreted. Metonymy thus tries to situate itself before the subject/object split. It tries to avoid the milk clots in which somebody has to interpret and something has to be interpreted. Insofar as it succeeds in doing so, the knowledge it imparts is “common knowledge”.²¹ [grifos nossos]

Ou seja: a metonímia é o tropo da dissimulação. Com ela é possível converter realidades, convencer multidões. É a *doxa* temida pela filosofia em sua melhor configuração. Penso ser aqui a conexão com o direito constitucional, com a história do direito, e, por fim, com a narrativa da política.

Ainda localizamos o pensamento da história do direito constitucional como uma estrutura totalizante, para justificar os ciclos políticos que deságuam em textos políticos, em cartas políticas ou em “momentos constitucionais”. Em

²⁰ RUNIA, Eelco. Forum on presence: spots of time, p. 308.

²¹ RUNIA, Eelco. Forum on presence: spots of time, p. 313.

trecho central de seu texto, Runia enfatiza o quanto a forma escrita é importante para a metonímia da história, tal como o memorial dos veteranos no Vietnã ou da grande guerra, contendo o nome de todos os combatentes e redundando na comemoração anual norte-americana do evento, sinal deste desejo por *presença* nostálgica pela escrita.²² A escrita de uma constituição por um *povo* parece conter esse mesmo artifício legitimador de *presença*, legitimidade talvez ausente e só por isso possível,²³ o que nos carrega a constantes discussões no direito constitucional sobre o pré-comprometimento do texto constitucional ou futuras interpretações de seu texto.

O ponto é, e este argumento de Runia está suficientemente enfatizado: na construção de sentido histórico, há presença que mesmo distante se descreve e se permite por metonímias. Quando inteligente, a atividade política se vale delas: as memórias involuntárias que nos permitem identidade: o *homem estadista*, a *ciência*, o *partido* ou a *revolução* que *fazem história*.

Esta estrutura aberta traz inúmeras possibilidades, no fito de pensar em um conceito metonímico da própria Constituição. Mas acredito que a metonímia também é capaz de *forçar* ausências e quero antes confirmar esse argumento. E então temos duas práticas comuns e arriscadas aqui pelo uso da metonímia: a ausência presente e o presente ausente.

Para ilustrar isso, a seguir temos dois exemplos em que cada uma dessas relações de *presença* e metonímia na história constitucional são evidentes: em um dos fenômenos uma ausência *plena* e no outro uma presença *incômoda*. Quero defender o argumento de que a metonímia justifica o presente como bem entende a partir destes exemplos e que não temos nenhum controle sobre isso. As metonímias são então as ameaças, e ao mesmo tempo as heroínas, destes desejos totalizantes das constituições pretensamente democráticas hoje que parecem nunca nos alcançar em *plenitude*: soberania, dignidade da pessoa hu-

²² RUNIA, Eelco. Forum on presence: spots of time, p. 309.

²³ Essa exata contradição já parece exaurida no texto de Derrida sobre a dúvida do caráter legítimo dos textos, declarações, cartas políticas (We, the people), ao analisar a Declaração de Independência norte americana: “Is it that the good people have already freed themselves in fact and are only stating the fact of this emancipation in [par] the Declaration? Or is it rather that they free themselves at the instant of and by [par] the signature of this Declaration? It is not a question here of an obscurity or of a difficulty of interpretation, of a problematic on the way to its (re) solution. It is not a question of a difficult analysis that would fail in the face of the structure of the acts involved and the overdetermine temporality of the events. This obscurity, this ability between, let us say, a performative structure and a constative structure is required to produce effect. It is essential to the very positing or position of a right as such, whether one is speaking here of hypocrisy, of equivocation, of undecidability, or of fiction. I would even go so far as to say that every signature finds itself thus affected”. DERRIDA, Jacques. Declarations of Independence. *Negotiation International Law Review*. Stanford University Press, Trad. Tom Kenner e Tom Popper, p. 46-54, 1976.

mana, direitos fundamentais, não intervenção, desenvolvimento nacional e tantas outras promessas. São, também, capazes de *selecionar* quais acontecimentos históricos serão “influentes” para nossa prática constitucional cotidiana ou para compreender o *presente* de nosso estágio constitucional. Talvez essa “seleção de metonímias”, se mapeada, daria demasiado conhecimento, na forma foucaultiana de saber-poder, a quem o detém e domina.

A METONÍMIA NO DIREITO CONSTITUCIONAL: POSSIBILIDADES

Below the surface of the text in words and phrases we take for granted when we speed along, in expressions we happily forgive the historian, in the concepts and categories the author keeps so masterfully in the air, in the proper and improper names that fill up with color, sense, and meaning below, I repeat, the surface of the text, the things the metonymies stand for are still present. In absence, but present.²⁴

Nos capítulos anteriores, o esforço deste trabalho se deu em nome de compreender alguns conceitos importantes para repensar nossa análise da história constitucional: presença, presentismo, regime de historicidade e metonímia.

Procurei mostrar as intersecções destes conceitos com o direito. A presença e a metonímia, na forma como elencada por Runia, são os objetivos deste trabalho que merecem maior tratamento por parte do direito constitucional e pela história do direito. Alguns autores²⁵ perceberam isso com alguma facilidade no *Common Law* e Heidegger encaminhou a diferença ontológica e o círculo hermenêutico em quatro curtos seminários que tratavam da metonímia, porque a filosofia que propunha caminhava no sentido de atentar para a força do exercício metonímico.²⁶ Em diversos campos do saber, o conceito de presença e de metonímia são fundamentalmente revolucionários há muito tempo.

Quero agora me valer de dois exemplos que parecem significativos para apontar estes argumentos (como já disse, não inovadores), já que os dois casos reforçam a força da memória involuntária, da presença construída, do demasiado

²⁴ RUNIA, Eelco. Presence, p. 26.

²⁵ HARRIS, Judith. Recognizing Legal Tropes: Metonymy as manipulative mode. *American University Law Review*, v. 35, 1984, p. 1.215; CARLSON, David Gray; Schroeder, Jeanne L. The appearance of right and the essence of wrong: metaphor and metonymy in law. *Cardozo L. Review*, n. 24, p. 2.481, 2002-2003; HALPER, Louise. Tropes of anxiety and desire: metaphor and metonymy in the law of takings. *Yale Journal of Law & the Humanities*, v. 8, Issue 1, article 3, p. 31-61, 2013.

²⁶ “Desse modo, estamos nos movendo no espaço da metonímia, isto é, nunca possuímos o todo, ele apenas se manifesta na parte. E, quando falamos da parte, só o podemos porque já a englobamos pela diferença com o todo. Desse modo, a diferença ontológica se constitui como o núcleo de uma nova linguagem, que é a linguagem não metafórica, e que remete para o campo da metonímia.” STEIN, Ernildo. Em busca da linguagem para um dizer não metafísico, p. 300.

ausente, em um caso, e demasiado presente, no outro. Enfim, de metonímias. As metonímias, aqui, são as figuras de linguagem que tornam possível essa presença (um passado que não passou) e, no outro caso, essa ausência (um passado gritante, mas que ainda não está presente). Meu desafio é mostrar que isso constrói sentido constitucional.

O primeiro deles é a persistência por uma “instalação justa e efetiva de uma comissão da verdade” ao mesmo tempo em que se busca uma análise acadêmica suficiente sobre o regime de transição em relação aos atos praticados durante o Regime Militar brasileiro após 1964, indicativo de uma presença repleta, o que insere o direito constitucional e a ciência política em discussões cotidianas mescladas que vão desde a revisão da Lei de Anistia até as diversas comissões instaladas atualmente. Estes dois últimos elementos são claras metonímias repletas de presença, tentando apreender uma totalidade, em um desafio heroico: *finalmente permitir a democracia a partir da justiça de transição*.

Há uma significativa literatura explorando temas como esses, a indicar a fragilidade em explorar tantos caminhos já percorridos no Brasil, sobrecarregados de sentido e presença, seja sobre os atores políticos da transição,²⁷ sobre o sentido ideológico econômico e institucional como prévias ao regime autoritário²⁸ da transição a partir da fragilidade do conceito de Estado na Ciência Política,²⁹ dos movimentos populares e multidões nos conflitos.³⁰ O tema não se exaure academicamente porque as metonímias não nos conformam, ou parafraseando Runia em toda a sua obra, talvez *porque esse passado não queira passar*.

Comissões da verdade são, essencialmente, grandes metonímias construídas para essa ponte, essa fístula entre passado e presente, essa memória involuntária. A partir das comissões da verdade revisita-se o passado e toda a sua incompletude, sendo que a simples existência de mais de uma comissão para além de uma Comissão Nacional, ou ainda a possibilidade de comissões secretas da verdade,³¹ permite a infinita variabilidade na construção de presenças e o desejo de construí-las, de contar a sua história a partir dessa confusa expressão chamada *Relatórios*, a sugerir a maleabilidade de cada metonímia que cada comissão e seu grupo de representantes permitirá acessando arquivos. Nas pontes entre passado e presen-

²⁷ ARTURI, Carlos. O debate teórico sobre mudança de regime político: o caso brasileiro. *Revista Sociologia Política*, n. 17, p. 11-37, nov. 2001, p. 26.

²⁸ CODATO, Adriano Nervo. Uma história política da transição brasileira: da ditadura militar à democracia. *Revista de Sociologia Política*. Curitiba, n. 25, p. 83-106, nov. 2005.

²⁹ SALLUM JÚNIOR, Brasília. Transição política e crise de Estado. *Lua Nova*, São Paulo, n. 32, abr. 1994.

³⁰ NAPOLITANO, Marcos. *Cultura e poder no Brasil contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2006.

³¹ A comissão da verdade da democracia “mães de maio” em São Paulo, com apoio da Assembleia Legislativa do Estado, atua de forma sigilosa, incluindo a seleção de pesquisadores que se comprometam a manter o sigilo em relação às informações acessadas.

te sobre episódios de violação de direitos humanos, cada qual contará a sua versão a partir das suas metonímias. Os horizontes aqui que se cruzam, no sentido Husserliano, mas também se chocam.

Ao mesmo tempo, o presente grita com metonímias ainda maiores: a Câmara Legislativa do Distrito Federal, por exemplo, aprovou em junho de 2015 a troca de nome de uma das pontes de Brasília de Costa e Silva (presidente militar, metonímia da ditadura), para o líder estudantil Honestino Guimarães (metonímia da resistência democrática).³²

Há outros argumentos comuns, como o clássico formalista constitucional sobre a “Constituição de 1946 que nunca deixou de vigor” fica somada a uma preocupação com o nosso futuro constitucional, intensificando a questão de regime de historicidade, dada a atual Constituição “cidadã” escrita e a possibilidade de sua subversão entre tantas crises políticas recentes.

Enfim, muitas metonímias entrelaçadas reforçam a *presença* do Regime Militar e instauram o regime de historicidade para uma *justiça de transição*, esse *tropo de dissimulação*, enfim, entre passado-presente-futuro: não é justamente a metonímia que parece tornar isso possível? Perceba que nosso sentido constitucional, digo aqui da interpretação que se faz do texto atual de 1988 e das emendas que esta sofre, é um evidente resultado dessa maleabilidade traumática.

Basta acrescentar ainda que, diversas vezes nos conflitos políticos ocorridos em 2015 e 2016 no Brasil, observou-se a repetida afirmação, em tom de ironia, de que com determinada postura “estariamos voltando à ditadura” para criticar um ponto de vista oposto, ou então manifestações, porém, do gênero “intervenção militar já”. Em alguma medida, estamos sobrecarregados por este passado. Enfim: esse passado está presente, porque metonímias assim permitem.

Portanto, um passado demasiado presente irá configurar nossa cultura e nossa sociedade diante de tantos exercícios metonímicos, diante da transposição de nomes para apreender realidades. Um parlamentar nunca seria tão criticado se não vangloriasse em seu discurso um nome como “coronel Ustra”, metonímia tão forte do regime militar. Os jogos de linguagem que a metonímia permite são portas para compreender nosso desenvolvimento histórico, constitucional, político.

A necessidade de sublinhar essas metonímias é o argumento central desse texto para afirmar que *nomes* permitem construir sentidos recheados de poder,

³² O jornal Correio Braziliense noticia a manchete como “Ponte Costa e Silva troca de nome e termina homenagens à ditadura no DF”. Reportagens mais recentes informam a movimentação de alguns setores da sociedade civil buscando a devolução do nome original à Ponte. Ver ainda GUIMARÃES, José Otávio; PAIXÃO, Cristiano. *A Ponte Honestino Guimarães*. Artigo de opinião presente no site oficial da Universidade de Brasília. Disponível em: <<http://www.fd.unb.br/pt/statistics/a-ponte-honestino-guimaraes>>. Acesso em: 01/02/2016.

o que constrói o nosso sentido atual sobre o mundo. Mas o que dizer quando elas calam outros eventos na narrativa?

O segundo exemplo diz respeito aos episódios constitucionais revolucionários no atual Haiti envolvendo levantes de escravos e o cenário político conturbado da então colônia francesa no século XIX. Falo, agora, do silêncio da academia constitucional para o acontecimento.

A antiga Colônia de São Domingos, após sucessivos conflitos, registrou o levante de mais de 500 mil negros escravos, resultando, após o incêndio sobre a principal cidade Cap Français, no maior massacre da América Latina: “Estimating a death toll between 3,000 and 10,000, Popkin calls the city’s destruction the most murderous instance of urban conflict in the history of the Americas (presumably overlooking the sack of Tenochtitlán in 1521)”.³³

É difícil apertar em parágrafos um evento de proporções sociais, antropológica, política e étnica incomensuráveis, mas o fato central é que uma “República de Negros” foi instaurada em 1801 a partir de um *texto constitucional*, repetidamente alterado nos anos 1804, 1805, 1806 e 1807 (embora diversas novas constituições sobrevenham até 1867), trazendo normas inigualáveis para a história constitucional. Da leitura que se faz do trabalho de Fischer³⁴ é possível concluir que as constituições haitianas ultrapassavam em tempo e matéria a cronometrização clássica de “primeira geração de direitos” relegada por nossos contemporâneos para o movimento constitucional daquela virada de século pelo Terceiro Estado na França: a mera conquista da *liberdade diante do arbítrio do Estado*, pois os revolucionários negros haitianos eram também preocupados com direitos assistenciais, sociais, universalistas e libertários.

É dizer: alguns dos textos da então “República Negra” falavam em identidade étnica, tratavam o racismo como problema internacional, erigiam o Haiti como o primeiro Estado a efetivamente abolir a escravidão *no plano internacional*, dentre as medidas internas, concediam espécie de “asilo político” aos negros *de qualquer local do mundo* que visassem buscar guarida no Estado, pagando-lhes, por exemplo, *pensão humanitária* pela permanência definitiva no país.³⁵

Curiosamente, contudo, no estudo do constitucionalismo, elementos como *Marbury vs Madison* ou a Magna Carta de 1215 são alavancados como os grandes referenciais em sala de aula para nosso sentido histórico constitucional, objetos históricos que são muito mais distantes levando-se em conta um país com a tradição histórica do Brasil, ainda que insistamos em absorver teorias destas

³³ GEGGUS, David. Haiti and it’s revolution: four recent books. *Radical History Review*, Issue 115, 2013, p. 201.

³⁴ FISCHER, Sibylle. Constituciones haitianas: ideología y cultura posrevolucionarias. *Casa das Américas*, out./dez. 2003.

³⁵ FISCHER, Sibylle. Constituciones haitianas: ideología y cultura posrevolucionarias, p. 19-21.

tradições – uma insistência metonímica *forçada*: *Marbury vs Madison* inaugura o sistema difuso influenciando o Controle de constitucionalidade brasileiro; o modelo *austriaco* inaugura o controle abstrato; a Magna Carta *inaugura* o estatuto das liberdades individuais e os remédios heroicos, por exemplo.

Por que isso está acontecendo? Por que outras metonímias como essas não são narradas, não se fazem presentes? A hipótese de um silêncio histórico sobre alguns episódios em detrimento de outros é admitida por alguns estudiosos dos episódios haitianos como intencional³⁶ no âmbito da filosofia e da sociologia, mas não há espaço para confirmar exaustivamente esse argumento aqui nesses campos. Esse é um argumento um pouco batido, inclusive. Contudo, quero apenas enfatizar o demonstrativo de um passado que se faz repetidamente ausente, uma metonímia que ainda precisa ser contada, uma fístula entre passado e presente que não se realiza dentro de nossas memórias involuntárias de maneira demasiadamente injustificada, como a história constitucional do Haiti que, coletivamente, *não quer ser contada*. Sequer é problematizada por grande parte do ambiente acadêmico nacional. Enfim: esse passado não está presente, porque outras metonímias não o permitem. O que ainda resta descobrir é se estas ausências são *estrategicamente* permitidas.

CONCLUSÃO: REFERENCIAIS PARA UMA PROPOSTA “METONÍMICA” DA HISTÓRIA DO DIREITO

Ao percorrer o caminho sobre a relação entre metonímia, presença e descontinuidade, pretendi reforçar um antigo argumento, no sentido de que o tempo é conceito líquido, em constante mudança,³⁷ mas que, com frequência, é usado em um sentido totalizante: simplifica-se o estudo do constitucionalismo como fenômeno a partir de estruturas, justificando-se um *atual estágio das coisas*, valendo-se de conectores que permitam ligações entre passado e presente, distraíndo-se com a força das memórias involuntárias, construídas pelo discurso.

A ideia do artigo é opor-se à explicação simplista dos acontecimentos históricos constitucionais e da visão linear da história política. Mas isso já é feito há muito tempo. O ponto é utilizar a metonímia para elevar o grau desta resistência. O constitucionalismo, e a história desse substantivo como “fenômeno”, é sobretudo construído por tais memórias involuntárias metonímicas.

A partir de exemplos oferecidos pelo historiador Eelco Runia e por dois exemplos de nossa memória constitucional, foi possível verificar o quanto a metonímia gera a consciência desta conformação sob uma pretensiosa confirmação histórica especulativa, e não a mera busca simples de sentido nos fatos

³⁶ BUCK-MORSS, Susan. Hegel and Haiti. *Critical Inquiry*, v. 26, n. 4, p. 821-865, 2000.

³⁷ PAIXÃO, Cristiano. *Modernidade, tempo e direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

passados. Demanda a aceitação, conformação ou irrisignação dos acontecimentos por meio de um espectro de autoridade, selecionando nomes (pessoas, acontecimentos, guerras, textos) que influenciaram eventos. Mas isso ocorre de modo involuntário. A metonímia, assim, é o que permitirá esta estrutura dominante justificadora de eventos sem que possamos nos dar conta disso.

A crítica de Runia serve também para lembrar a impossibilidade de uma filosofia da história que consiga se desvincular da especulação e da história política maximizante, contudo, quer também evitar o reducionismo a esta. É um meio termo de conveniência. A crítica da ontologia da história precisa reconhecer suas insuficiências, sendo inviável pensar em um discurso que não especule, não recorra às metonímias ou não pense na velha *história dos vencedores* em um sentido macro. Não buscamos significado, mas presença pela metonímia e pela capacidade de sua narrativa “clandestina”. Graças à eterna possibilidade de memórias involuntárias, resultado da força das metonímias.³⁸

Os trabalhos de Eelco Runia já mencionados impressionam pelo ineditismo, ao reforçar a preocupação persistente deste autor em pensar de modo inovador a metonímia não apenas como artifício linguístico, mas no auxílio psicossocial que esta permite enquanto *presença*, algo semelhante ao que tentou fazer Heidegger na filosofia da linguagem e alguns autores norte-americanos no direito comum.

Se a história é repensada como disciplina, seja pelos regimes de historicidade e o presentismo (pleno ou padrão), pela busca de uma história antropológica ou, pelo menos, uma história que não seja só política, é importante que toda e qualquer estrutura que permita repensá-la seja colocada sob ênfase: enfim, falo aqui da metonímia que precisa ser pensada, sobretudo enquanto *espectro de autoridade*, porque permite acessarmos um passado e assim entendermos quem *somos nós*, seja pela museologia, por monumentos e descrições, por declarações de direitos humanos e regimes de transição, por *constituições*: um passado não acessível em sua plenitude, mas por narrativas que deixam escapar sentidos inseridos.³⁹ Precisamos estar presentes e atentos a esses desenlaces.

É necessária a transposição deste problema, ou ao menos esta inquietude, para o direito,⁴⁰ objetivo deste artigo. É preciso problematizar a estrutura expli-

³⁸ RUNIA, Eelco. Forum on presence: spots of time, p. 313.

³⁹ Acredito ser esse o sentido atribuído por Runia à *presença*: o elemento viajante que acompanha nossas histórias, porém não como um passageiro pagante, mas como passageiro clandestino (RUNIA, Eelco. Forum on presence: spots of time, p. 315).

⁴⁰ David Gray Carlson e Jeanne L. Schroeder (The appearance of right and the essence of wrong: metaphor and metonymy in law, p. 2.483-2.513) repetem o conceito de direito enquanto código binário, em que o lícito só se perfaz com a existência do ilícito, materializando-se por meio da metonímia (esta “inabilidade de nomear as coisas senão apenas descrevendo o contexto em que a coisa aparece”, sendo ao contrário a metáfora o “sonho do imediatismo erótico”). Judith

cativa do direito constitucional e a teoria do direito no Brasil, ainda preso a narrativas históricas em que se permitem reducionismos comparativos entre o Código de Hamurabi e o Código Penal brasileiro, a “evolução do Habeas Corpus”, a Magna Carta de 1215 ao artigo 5º da Constituição brasileira, o sistema austríaco em contraposição a *Marbury vs. Madison* na revisão judicial. Seguimos explicando resgates a partir de um desejo justificacionista do atual estado das coisas na teoria e prática constitucional que não consegue justificar o porquê de omitir *outros eventos históricos*.

Ocorre que o mal não está nestas narrativas *seletivas*, mas em absolutizar seu conteúdo como linear e determinar o presente por ele. Nas palavras de Hartog, ao negar seu presentismo como uma história do presente, esse é o erro que se repete: “Proporei uma viagem de duas vias, do século XX para a mesopotâmia antiga e de volta. *Certamente demasiado longa e demasiado curta!*”⁴¹ Nos casos aqui debatidos, o de uma excessiva presença (comissão da verdade dos atos do regime militar brasileiro) e de uma excessiva ausência (o silêncio sobre as conversões constitucionais do Haiti e o ineditismo impressionante de seus textos) há exemplos caros dessas nuances metonímicas, por um lado da presença, por outro da ausência da força da memória involuntária. Por que não poderíamos pensar a história constitucional do Haiti como um referente importante para a teoria constitucional ou a teoria do Poder Constituinte como um todo? E se daqui a um século o episódio haitiano da Colônia de negros revolucionários se tornar referência na disciplina de direito constitucional e no estudo do Poder Constituinte em detrimento de outros episódios? Mudaremos *quem somos*?

A ideia de que um regime não é alterável, a de que ele se estabeleceu ou está em formação, demandará o uso metonímico dos acontecimentos, pois a história aí está, pedindo para ser *violentada*. Isso é o *desnudar* da metonímia, o que dependerá muito do presente em que a história será contada. A metonímia é o grande mecanismo para a história do direito. Enfim, não estou propondo revolução alguma na filosofia da história nem propondo virada na história do direito constitucional a partir de uma figura de linguagem, apenas atenção a este elemento tão *presente*, a metonímia.

O regime de historicidade e a inserção de uma proposta de história não política, mas antropológica, já são velhas propostas que podem confortar este

Harris (Recognizing legal tropes: metonymy as manipulative mode, p. 1.216) lembra que a metonímia “nos jargões legais, leis e precedentes revelam seu modo representativo de pensamento no qual se oprime e se emancipa simultaneamente, escondendo-se dentro das vestes da autoridade”.

⁴¹ Regime de Historicidade [Time, History and the writing of History – KVHAA Konferenser 37, p. 95-113, Stockholm, 1996]. Disponível em: <<http://www.fflch.usp.br/dh/heros/excerpta/hartog/hartog.htm>>. Acesso em: 24/04/2017.

problema do uso das metonímias na construção do discurso, lembrando a importante lição conclusiva deste trabalho de que, se jogarmos a especulação pela porta da frente, ela retornará pela porta de trás, e que o sonho da micro-história não especulativa já perdeu forças em algum lugar nos anos 1960. O fato é, nunca nos livraremos das metonímias, muito menos da presença ou do regime de historicidade, todos esses conceitos permanecem inseridos em segundo plano. Porém, as metonímias podem ser úteis na narrativa da história do direito constitucional dentro de nossa constante crise de identidade constitucional: “quem é e quem tem sido o seu intérprete *autorizado*”. Quem *é o povo* que pode ser respondido a partir da construção de metonímias em determinado momento histórico.

O mais importante é destacar a possibilidade de se colocar elementos históricos sob foco ou escondê-los dentro do discurso como estratégia política, graças às metonímias e à memória involuntária. Um momento para se adaptar com essa convivência. Ou reconhecê-la: em alguma medida, o velho e polêmico jargão que compramos dos norte-americanos *we, the people* pode ser visto como a maior e mais perturbante metonímia (autoridade mística)⁴² que nunca se realiza (ainda assim, está presente) mas que, graças a essa duplicidade, segue nos assombrando de um modo que pode ser positivo: nos faz querer encontrá-lo.

REFERÊNCIAS

- ARTURI, Carlos. O debate teórico sobre mudança de regime político: o caso brasileiro. *Revista Sociologia Política*, v. 1, n. 17, p. 11-37, nov. 2001.
- BEVERNAGE, Berber. Time, presence and historical injustice: history and theory. *Wesleyan University*. Middletown, n. 47, p. 149-167, maio 2008.
- BUCK-MORSS, Susan. Hegel and Haiti. *Critical Inquiry*, v. 26, n. 4, p. 821-865, 2000.
- CARLSON, David Gray; SCHROEDER, Jeanne L. The appearance of right and the essence of wrong: metaphor and metonymy in law. *Cardozo L. Review*, 2002-2003.
- CARNAÚBA, Maria Erbia Cassia. *Marcuse e a psicanálise: a teoria crítica sob a análise da teoria da repressão*. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas (IFCH) da Universidade Estadual de Campinas (Unicamp), 2012.
- CODATO, Adriano Nervo. Uma história política da transição brasileira: da ditadura militar à democracia. *Revista de Sociologia Política*. Curitiba, n. 25, p. 83-106, nov. 2005.
- DERRIDA, Jacques. Declarations of Independence. *Negotiation International Law Review*. Stanford University Press, Trad. Tom Kenner e Tom Popper, p. 46-54, 1976.
- FISCHER, Sibylle. Constituciones haitianas: ideología y cultura posrevolucionarias. *Casa das Américas*, out./dez. 2003.
- GEGGUS, David. Haiti and it's revolution: four recent books. *Radical History Review*, Issue 115, p. 195-202, 2013.

⁴² DERRIDA, Jacques. Declarations of Independence, p. 7.

- GUIMARÃES, José Otávio; PAIXÃO, Cristiano. *A Ponte Honestino Guimarães*. Artigo de opinião presente no site oficial da Universidade de Brasília. Disponível em: <<http://www.fd.unb.br/pt/statistics/a-ponte-honestino-guimaraes>>. Acesso em: 01/02/2016.
- HALPER, Louise. Tropes of anxiety and desire: metaphor and metonymy in the law of takings. *Yale Journal of Law & the Humanities*, v. 8, Issue 1, article 3, p. 31-61, 2013.
- HARRIS, Judith. Recognizing legal tropes: metonymy as manipulative mode. *American University Law Review*, v. 35, 1984.
- HARTOG, François. *Regimes de historicidade: presentismo e experiências do tempo*. Belo Horizonte: Autêntica, 2013.
- HARTOG, François. *The Modern Régime of historicity in the face of two world wars*. Breaking up Time, p. 124-133, 2013.
- HARTOG, François. *Regime de historicidade* [Time, History and the writing of History – KVHAA Konferenser 37, p. 95-113. Stockholm 1996]. Disponível em: <<http://www.fflch.usp.br/dh/heros/excerpta/hartog/hartog.htm>>. Acesso em: 24/04/2017.
- LE GOFF, J. *História e memória*. 5. ed. Campinas: Editora Unicamp, 2003.
- MAUS, Ingeborg. *Zur Aufklärung der Demokratietheorie: Rechts – und Demokratietheoretische Überlegungen im Anschluß an Kant*. Frankfurt sobre o Reno, Suhrkamp, 2015 – primeira edição 1994.
- NAPOLITANO, Marcos. *Cultura e poder no Brasil contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2006.
- NICOLAZZI, Rodrigo; RODRIGUES, Henrique. Entrevista com François Hartog: história, historiografia e tempo presente. *História da Historiografia*. Ouro Preto, n. 10, p. 351-371, dez. 2012.
- PAIXÃO, Cristiano. *Modernidade, tempo e direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- RUNIA, Eelco. Presence. *Wesleyan University, History and Theory*, v. 1, n. 45, p. 1-29, out. 2006.
- RUNIA, Eelco. Forum on presence: spots of time. *Wesleyan University, History and Theory*, v. 1, n. 45, p. 305-316, out. 2006.
- SALLUM JÚNIOR, Brasília. Transição política e crise de Estado. *Lua Nova*, São Paulo, n. 32, abr. 1994.
- STEIN, Ernildo. Em busca da linguagem para um dizer não metafísico. *Natureza humana* 6(2), p. 289-304, jul./dez. 2004. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-24302004000200005>. Acesso em: 24/04/2017.

Data de recebimento: 24/02/2016

Data de aprovação: 18/10/2016

O RECALL E SUA VIABILIDADE COMO SOLUÇÃO AO BRASIL

THE RECALL AND ITS VIABILITY AS A SOLUTION TO BRAZIL

Bruno César Lorencini*

Wagner Wilson Deiró Gundim**

RESUMO

O pano de fundo do presente ensaio é perquirir sobre a viabilidade de implementação do *recall* no ordenamento jurídico brasileiro e, sendo a resposta positiva, quais seriam os aspectos positivos ou negativos de sua introdução. A ideia inicial é explorar o conceito, origens, natureza e função do *recall* dentro da teoria democrática, e quais seriam as opções procedimentais para sua operacionalização na prática. Sequencialmente, pretende-se apresentar, mediante um discurso neutro, quais são os aspectos favoráveis ou desfavoráveis à adoção do instituto. Ao final, o ensaio analisará a experiência do *recall* no direito comparado, especialmente nos países latino-americanos, de modo a obter bases fundantes para implementação da revogatória de mandato, para então culminar no ápice objetivado, qual seja: verificar a possibilidade de implementação do instituto no Brasil, e, sendo a possibilidade confirmada, identificar qual seria a via adequada em respeito às determinações da Constituição Federal.

Palavras-chave: *Recall*; Revogação de mandato; Responsabilidade política.

* Juiz Federal da Subseção Judiciária de São Paulo – Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Doutor em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutor em Direito Processual, Administrativo e Financeiro pela Universidade de Salamanca (Espanha). Pós-Doutorado (Visiting Scholar) na Columbia University, em Nova Iorque (Estados Unidos). Mestre em Direito Político e Econômico e especialista em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor de Direito Constitucional, Direito Internacional, Ciência Política e Direito Eleitoral da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. bclorencini@gmail.com.

** Mestrando em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes). Advogado com experiência em diversas áreas do Direito, com ênfase em Direito Privado, Educacional, Cível e Processual Civil. Membro efetivo da Comissão Especial de Direito Constitucional da Ordem dos Advogados do Brasil – Triênio 2016-2018. wagner.gundim@adv.oabsp.org.br.

ABSTRACT

The background of this research is to investigate the feasibility of implementing the recall in the Brazilian legal system, and, with the response being positive, what would be the positive and negative aspects of its insertion. The initial idea is to explore the concept, origins, nature and function of the recall with in the democratic theory, and what would be the procedural options for its operationalization in practice. Sequentially, it is intended to present, by using a neutral speech, which aspects are favorable or unfavorable to the adoption of the institute. At the end, the research will examine the recall experience in the comparative law, especially in Latin American countries, in order to obtain foundational basis for implementation of the mandate revocation, so that the objectified apex is achieved, which is: to verify the possibility of implementing the institute in Brazil, and, with the possibility being confirmed, to identify what would be the appropriate way in respect to the Federal Constitution decisions.

Keywords: Recall; Mandate revocation; Responsibility policy. Noções introdutórias

Em tempos de *crise* do sistema representativo, o que é uma realidade em boa parte das democracias contemporâneas, um tema sempre presente nos debates políticos é a adoção do *sistema revocatório de mandato*, vulgarmente conhecido como *recall*. A assertiva é especialmente verdadeira no caso do Brasil que, em pouco mais de um quarto de século de vigência da Constituição de 1988, teve dois processos de *impeachment* do presidente da República deflagrados,¹ com evidentes altos custos para o sistema político, sendo que a possibilidade do *recall*, para alguns de seus defensores, seria uma alternativa mais célere e menos traumática para a revogação do mandato de um presidente da República.

¹ A problemática da deflagração do *impeachment* decorre, em síntese, porque os dois processos mencionados, iniciados contra os presidentes Fernando Collor de Melo e Dilma Rousseff, parecem ter desrespeitado os requisitos legais exigidos para instauração do referido instrumento de responsabilidade política. No caso da presidente Dilma Rousseff, existe dúvida razoável sobre a caracterização ou não da figura do crime de responsabilidade, especialmente porque o processo de *impeachment* fora autorizado pelo ex-deputado Eduardo Cunha como forma de retaliação ao governo por ter sido iniciado o processo de cassação do seu mandato. Neste sentido, alguns juristas brasileiros exararam parecer sobre o tema defendendo a inexistência de crime de responsabilidade da presidente Dilma Rousseff, dentre eles: André Ramos Tavares (TAVARES, André Ramos. *Parecer jurídico*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-dilma-andre-tavares.pdf>>. Acesso em: 22/10/2016), Celso Antônio Bandeira de Mello e Fábio Konder Comparato (MELLO, Celso Antônio Bandeira de; COMPARATO, Fábio Konder. *Consulta*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-bandeira-comparato.pdf>>. Acesso em: 15/11/2016), Gilberto Bercovici (BERCOVICI, Gilberto. *Parecer*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-dilma-bercovici.pdf>>. Acesso em: 20/10/2016), e Marcelo Neves (NEVES, Marcelo. *Parecer*. Disponível em: <<https://cloudup.com/ig-cUkufb7N>>. Acesso em: 10/11/2016).

Como se verá logo de início, é evidente que a defesa do *recall* com tal fundamento não se sustenta, ante sua diferença conceitual e ontológica em relação ao *impeachment*. Entretanto, é difícil negar seu papel como uma *alternativa* para sistemas políticos de alta instabilidade – cenário em que se enquadra o Brasil, por razões a seguir demonstradas –, sendo possível reconhecer no mecanismo algumas contribuições que justificariam, em tese, sua adoção. Há, no entanto, limitações e efeitos colaterais relevantes a serem considerados, os quais serão considerados neste estudo.

Na parte inicial, será apresentado o conceito de *recall* e seu enquadramento na teoria democrática. Trata-se do substrato teórico necessário e prévio a uma análise pragmática acerca das vantagens e desvantagens associadas à adoção do instituto no sistema político.

Analisa-se, a seguir, a experiência do *recall* no direito comparado, o que é um expediente necessário para que este estudo represente uma efetiva tentativa de contribuição ao conhecimento do tema na doutrina brasileira, haja vista que a adoção do instituto é um ponto presente nos debates políticos estabelecidos no país, sendo que não há nada melhor do que o exemplo de outros sistemas para ilustrar os benefícios e impactos associados à possibilidade de revogação do mandato político em curso. Por evidente, a análise de direito comparado será limitada, ante os escopos deste estudo, àquelas experiências consideradas mais relevantes para a ilustração do funcionamento do instituto do *recall*, sendo que, pela proximidade territorial e similaridade político-cultural, será conferido enfoque aos sistemas latino-americanos.

Em tópico final, serão apresentadas as propostas legislativas em tramitação no Congresso Brasileiro com o objetivo de adoção do *recall*, avaliando, criticamente, em que medida elas adotam as melhores soluções para o instituto.

Adota-se, como metodologia científica, os métodos dedutivo e indutivo, uma vez que as análises se pautarão tanto na estrutura teórica e normativa – esta última no direito comparado – vigente sobre o tema, a partir do que serão deduzidas as possibilidades teóricas para a futura implementação no Brasil, assim como considerarão os dados e resultados alcançados com o instituto na experiência estrangeira, o que permitirá induzir quais as melhores opções em sua estruturação normativa, caso seja essa a opção do constituinte brasileiro.

O problema de pesquisa do meio do presente ensaio, portanto, debruça-se sobre a viabilidade ou não da implementação do instrumento revocatório de mandato como novo mecanismo/instrumento de responsabilidade político-eleitoral, o qual, diante de fatores que serão adiante trabalhados, pode se apresentar como instrumento menos traumático ao sistema político do que o *impeachment*, por exemplo, que tem sido deflagrado por questões sociais, econômicas, e não pela caracterização do crime de responsabilidade, requisito exigido pela respectiva lei.

É importante salientar que a revocatória de mandato se apresentará como mais um novo mecanismo de participação popular direta, portanto, estritamente relacionado ao ideal democrático que inspirou a Constituição Cidadã de 1988 e que prega pela maior ingerência do povo nas questões da República.

Ao fim, espera-se alcançar o objetivo principal do estudo, que é contribuir para o debate acerca deste importante tópico da reforma política pretendida no Brasil, trazendo elementos para a formação da opinião de todos os cidadãos que, seguramente, deverão se posicionar no futuro acerca da relação de custo-benefício envolvida na implementação do instrumento revocatório de mandato no sistema político brasileiro.

CONCEITO, ORIGENS, NATUREZA E FUNÇÃO DO *RECALL* NA TEORIA DEMOCRÁTICA

Para os fins deste estudo, entende-se por *recall* um instituto de natureza político-eleitoral, voltado à destituição de um governante ou qualquer detentor de cargo eletivo.² As origens do *recall político* são normalmente associadas ao sistema político dos Estados Unidos,³ havendo aqueles que situam suas origens já nas *Town Meetings* – pequenas assembleias populares – realizadas no período colonial. Foi no Estado da Califórnia, contudo, no início do século XX, que o instituto é implementado normativamente na experiência política norte-americana.⁴

Em relação à *natureza do recall*, trata-se de um claro mecanismo de *responsabilidade político-eleitoral*, isto é, consiste em um instrumento de controle popular do representante político. A ideia de *responsabilidade política* desenvolve-se em três planos de concreção: *responsibility*, *accountability* e *liability*.⁵ *Responsibility* refere-se ao plano do cumprimento dos deveres associados à função, ou seja, à noção de *bom governo*; *accountability* perfaz o plano dos *deveres de informação e justificação* acerca de todas as condutas governamentais; *liability*, por fim, diz respeito ao campo sancionatório.

² No conceito de Zimmerman: “O recall é um instrumento participativo que permite que eleitores, por intermédio de petições, estabeleçam questões relacionadas à retirada de um governante eleito nas eleições antes da expiração de seu mandato”. ZIMMERMAN, Joseph F. *The recall: tribunal of the people*. New York: State University of New York, 2013.

³ Na Suíça, há longa data, existe o instituto da *Abberufungrecht*, instituto mediante o qual é possível revogação do mandato político de todos os membros da Assembleia de uma única vez; trata-se um direito de dissolução popular, específico do sistema democrático suíço, que possui elevado grau, ao menos comparativamente, de participação popular direta.

⁴ ÁVILA, Caio Marcio de Brito. *Recall – a revogação do mandato político pelos eleitores*: uma proposta para o sistema jurídico brasileiro. 2009. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

⁵ O tema da responsabilidade política é enfrentado com profundidade na obra: LORENCINI, Bruno César. *Democracia e responsabilidade política*. Barcelona: Erasmus, 2015.

Conforme o plano de responsabilidade situado, definem-se os mecanismos de responsabilização pertinentes. Exemplificativamente, nos sistemas presidencialistas o instituto do *impeachment* é utilizado para a atribuição de *liability* aos governantes que tenham praticado condutas consideradas como *crime de responsabilidade*. Da mesma forma, a existência de instituições como a *Controladoria Geral da União* e os *Tribunais de Contas* é típica manifestação do plano da *accountability*, pois expressam o dever dos governantes de informarem e justificarem as ações governamentais perante os órgãos oficiais de controle.

Quanto ao *recall*, trata-se de mecanismo *bivalente*, enquadrável tanto no plano da *responsibility*, voltado ao controle do *bom governo*, quanto no plano da *accountability*, concernente ao cumprimento do processo de informação e justificação pelo governante.⁶ No que diz respeito à *responsibility*, o *recall* promove o que a doutrina estadunidense chama de *teoria da arma atrás da porta* (*gun behind the door theory*), com base na ideia de que o governante, ante a perspectiva do *recall*, manter-se-á sempre preocupado em promover um bom governo. Sob a faceta da *accountability*, o *recall*, por ser um mecanismo de participação popular direta no poder, faria com que o povo naturalmente acompanhasse de perto o exercício do poder político, exigindo informações e justificativas dos governantes sobre todas as suas medidas.

O que resta claro é que, em quaisquer de tais facetas, o *recall* subsume-se à concepção responsabilidade política de natureza *eleitoral*, razão pela qual sua *função* evidencia-se no processo de agregação de maior grau *responsiveness* ao sistema de representação política.

Por *responsiveness* entende-se uma específica qualidade do instituto da representação política e, por conseguinte, da democracia representativa.⁷ Trata-se de um atributo concernente ao *grau de aproximação* entre a vontade do eleitor e as políticas adotadas pelos governantes. Quanto maior o grau de *responsiveness* na representação política, maior será a vinculação entre os interesses dos representados e a atuação dos representantes; em um grau absoluto de *responsiveness*, haveria o patamar de um *mandato imperativo*, em que a atuação do representante político é *plenamente vinculada* pela vontade dos representados. Em contrapartida, quanto menor o grau de *responsiveness*, mais acentuada será a independência dos representantes em relação aos representados; em um grau absoluto

⁶ Seria possível sustentar que o *recall* também expressa a faceta da *liability* do instituto da responsabilidade política, uma que a *revogação do mandato* poderia ser entendida como uma *sanção* ao governante que sofre a destituição. Discorda-se, contudo, deste argumento, uma vez que a revogação do mandato via *recall* não tem como objetivo, ao menos no plano teórico, sancionar o governante, mas sim priorizar o *bom governo* (*responsibility*), que não tem sido desempenhado pelo mandatário.

⁷ O tema da *responsiveness* é analisado com profundidade na seguinte obra: LORENCINI, Bruno César. *Democracia e responsabilidade política*.

de *ausência de responsiveness*, haveria o grau máximo da denominada *crise de representatividade*, quando não há qualquer vinculação entre eleitos e eleitores.⁸

Em suma, *responsiveness* é um mecanismo de *qualidade da democracia*, razão pela qual deve ser um objetivo, em qualquer regime político representativo, aumentar sua presença até um grau ótimo. Fala-se em ótimo grau pela evidente razão de que o grau máximo de *responsiveness* não é um efeito desejado na representação política, pois equivale ao mandato de natureza imperativa, com clara incompatibilidade com a noção de governo responsável,⁹ que deve atender demandas, por vezes, contrárias aos interesses diretos dos representados.

Sob tal premissa, a doutrina discute mecanismos passíveis de aumentar o grau de *responsiveness* na democracia representativa, entre os quais ganham especial destaque aqueles que buscam promover a participação popular no desempenho da atividade governamental, o que, como regra, realizar-se-á por intermédio do *instrumento eleitoral*. Em outras palavras, quando o representado tem assegurado o *poder de votar* sobre assuntos relacionados à atividade governamental – seja na eleição dos representantes políticos, seja na decisão direta de questões relevantes, entre outras hipóteses –, naturalmente estar-se-á agregando *responsiveness* ao processo político. Trata-se do aperfeiçoamento do que se denomina *responsabilidade político-eleitoral*, que é aquela relacionada ao aperfeiçoamento das facetas da responsabilidade política (*responsibility, accountability e liability*) por intermédio do mecanismo eleitoral.

Evidencia-se, assim, que o *recall* é um dos mecanismos que podem ser utilizados pelo legislador para incrementar no processo político-democrático o atributo da *responsiveness*. No próximo item, analisa-se quais as opções para sua operacionalização.

OPERACIONALIZAÇÃO DO RECALL. OPÇÕES PROCEDIMENTAIS

Compreendidos a natureza do *recall* e seu enquadramento na teoria democrática, resta analisar quais os instrumentos que precisam ser adotados para sua operacionalização. Algumas decisões devem ser adotadas pelo legislador neste sentido, especialmente relacionadas aos *quórums de convocação e de destituição*, ao *procedimento* e aos *efeitos políticos de uma eventual destituição*.

Nos próximos subitens, analisa-se cada uma dessas questões mais a fundo.

⁸ Por evidente, refere-se aqui ao grau de *responsiveness* dentro de um ambiente democrático, em que o mecanismo eleitoral é peça-chave do regime político; em sistemas autocráticos, não faz sentido analisar tal qualidade no âmbito do processo político.

⁹ Explica-se: o mandato de natureza imperativa que, na história da representação política, sempre foi uma possibilidade mais teórica do que prática, implicaria que o governante adotasse aquela decisão política que atendesse o interesse dos representados. A *Realpolitik*, contudo, é permeada de situações e contextos que implicam, por vezes, a adoção de políticas que, ao menos diretamente, contrariam o interesse imediato dos representados.

Quóruns de convocação e de destituição

Trata-se de um dos temas mais sensíveis na definição normativa do *recall*. Em regra, o ato de convocação de um *recall* sempre será de natureza colegiada, isto é, parte-se do pressuposto de que a convocação depende da conjunção de vontades de um número mínimo de integrantes de um *corpo coletivo*, que pode ser tanto os membros integrantes de um órgão, como o Parlamento, ou o próprio corpo de eleitores.

Não é inviável, contudo, no plano teórico, que a possibilidade de convocação do *recall* seja reservada à vontade unilateral de uma única autoridade. Em sistemas parlamentaristas, em que ocorrem a cisão entre as figuras do chefe de Estado (o *rei*, por exemplo) e do chefe de Governo (o *chanceler* ou *primeiro-ministro*), seria possível cogitar da prerrogativa da chefia de Estado para convocar *recall* acerca de autoridades do governo. Da mesma forma, não se pode refutar a possibilidade teórica da *autoconvocação do recall*, isto é, que a própria autoridade convoque referendo para decidir sobre sua continuidade ou não no cargo.¹⁰

A despeito de tais alternativas, em ambiente democrático, a modalidade de convocação de *recall* que soa mais adequada realmente é a exercida pelo *corpo eleitoral*, uma vez que é a única via que conferiria ao instituto o mesmo *grau de legitimidade* envolvido nas eleições; ou seja, a ideia é: *se somente o eleitor elege, somente o eleitor destitui*. Por evidente, seria possível sustentar como contrapon-to o fato de que a convocação por entidade que não o eleitorado não seria propriamente incompatível com a ideia de protagonismo do eleitorado, uma vez que seria deste a decisão final pela destituição. Entretanto, conforme será destacado em item superveniente, o *recall* representa alguns riscos para o regime político, sendo que inserir a possibilidade de convocação no campo de prerrogativas das autoridades constituídas pode ser um fator de agravamento de tais riscos.

Fincada a premissa da convocação pelo eleitorado como a via democrática mais adequada para a convocação, resta analisar qual o *quórum ideal* para a aprovação do ato convocatório e consequente realização do *recall*. Deixa-se claro, de início, que há *dois quóruns importantes* na análise do instituto: (i) o de *convocação*; e (ii) o de *destituição*. O primeiro deles diz respeito ao *número mínimo de eleitores* que devem aderir ao ato convocatório para que o *recall* seja realizado; acerca de tal quórum, há duas opções dogmáticas: entender a convocação do *recall* como um *direito da minoria*, contexto no qual poderia ser viabilizada

¹⁰ A autoconvocação de um *recall* não pode ser considerado uma hipótese remota, especialmente em sistemas presidencialistas com características de centralização do poder político no Executivo, como é o caso de parte dos regimes observados na América Latina. Em tal contexto, notadamente em momentos de crise, o presidente pode ter interesse em convocar um plebiscito popular para *legitimar* suas decisões políticas, especialmente aqueles de *perfil autoritário*.

mediante a adesão de um fração inferior à metade do eleitorado, ou, então, entender que o *recall* somente pode ser convocado por um mecanismo de maioria absoluta, hipótese em que configura como um *direito exclusivo da maioria*.

Em relação ao *quórum de destituição*, trata-se do número mínimo de votos necessários à revogação do mandato político. Há, também, duas opções dogmáticas acerca de referido quórum: a primeira é situá-lo em *parâmetro equivalente ao da eleição para o cargo*; sob tal ótica, a revogação do mandato seria um mecanismo puramente *majoritário*, em que prevaleceria, ao menos no caso brasileiro,¹¹ a vontade da *maioria absoluta* do eleitorado. A segunda opção é exigir uma *maioria qualificada* em patamar superior à absoluta para a revogação do mandato, o que, novamente, resguarda a proteção do *direito das minorias*, que podem obstar a revogação do mandato a partir da reunião de uma parcela menor do eleitorado.

Em relação às combinações possíveis entre os quóruns, a premissa lógica necessária é que o quórum de convocação situa-se em patamar *inferior* ao de destituição, sob pena de incoerência sistemática do instituto. Superada tal premissa, é possível viabilizar as seguintes combinações entre os quóruns: (i) a convocação por *minorias* com a destituição por *maioria absoluta*; (ii) a convocação por *minorias* com a destituição por *maioria qualificada superior à absoluta*; e (iii) a convocação por *maioria absoluta* com a destituição por *maioria qualificada superior à absoluta*.

A primeira combinação representa uma opção dogmática interessante, pois determina a realização do *recall* por uma convocação minoritária, mas condiciona sua destituição a um quórum majoritário absoluto simples. Trata-se, assim, de uma opção equilibrada, mas que tem como efeito colateral – que será comentado mais a fundo no próximo item – a possibilidade do instituto causar *instabilidade política*, devido à possibilidade de se tornar *recorrente*, ante a facilidade da convocação.

A segunda combinação traduz um claro privilégio aos direitos da minoria política no âmbito do *recall*, uma vez que se a convocação é facilitada pelo fato de se exigir quórum minoritário, a destituição é dificultada em razão de se exigir uma maioria qualificada superior à absoluta. Ilustrando, pode-se ter uma convocação por 1/3 do eleitorado e uma destituição por 3/5, o que demonstra que as minorias sempre teriam um forte poder de influência na operacionalização do instituto. Dogmaticamente, uma combinação entre as fórmulas minoritária e majoritária para convocação e destituição traz mais equilíbrio ao *recall*.

¹¹ A referência, aqui, é ao sistema majoritário de eleição para cargos de chefia do Executivo, em que o sistema eleitoral exige a votação por maioria absoluta do eleitorado para a eleição. Ainda que o *recall* não seja incompatível, no plano teórico, com cargos parlamentares, sua grande aplicação é para *cargos de governo*, o que justifica o parâmetro ora utilizado.

A terceira opção representa o inverso da primeira, pois se tem uma convocação por *maioria*, combina com uma destituição com *maioria qualificada superior à absoluta*, o que permite que a minoria impeça a efetivação da revogação do mandato. O ponto favorável a esta combinação é o equilíbrio entre as fórmulas majoritária e minoritária, sendo que, em comparação com a primeira combinação, tem como efeito colateral exatamente o inverso: tornar a efetivação do *recall* muito dificultosa, ante os elevados quóruns para convocação e destituição.

Procedimento

A partir da definição que o *recall* é um mecanismo de responsabilidade político-eleitoral, especialmente relacionado às facetas da *responsibility and accountability*, a estruturação do procedimento aplicável deverá guardar compatibilidade com aludida natureza. Neste sentido, há duas definições importantes para o trâmite do *recall*: (i) a oportunidade de *campanha*; e (ii) as exigências prévias à convocação.

A oportunidade de campanha diz respeito à possibilidade das correntes políticas favoráveis e contrárias à revogação do mandato se manifestarem, buscando influenciar a decisão do eleitorado. Não se trata, propriamente, de assegurar *ampla defesa e contraditório*, uma vez que tais garantias se relacionam a processos de *liability*, cuja natureza não é a mesma do *recall*, conforme já se expôs anteriormente. Trata-se, sim, de um procedimento similar às campanhas eleitorais regulares, em que há um típico ambiente de *arena política*, com a contraposição de argumentos entre os grupos políticos envolvidos, especialmente por parte do governante cujo mandato é objeto do *recall*.

A oportunidade da campanha se justifica na medida em que o *recall*, ao contrário de institutos típicos de *liability* – como é o caso do *impeachment* –, não envolve a decisão acerca de um *objeto específico*, isto é, um fato delimitado. Enquanto o processo de *impeachment* tem por objeto a prática de *crime de responsabilidade*, ou seja, um contexto fático bem delimitado, no *recall* há uma ampla abertura para a discussão acerca dos acertos e erros do mandatário, não sendo necessária a identificação de um fato específico como causa para o instituto.¹²

Outra questão procedimental relevante para a operacionalização do *recall* diz respeito aos requisitos para a convocação. Por evidente, a realização de pleitos populares demanda amplo dispêndio de recursos e, por vezes, tem o efeito de

¹² Resta claro, assim, a ampla distinção entre a natureza do *recall* e a de institutos típicos de *liability*, como é o *impeachment*. Neste último caso, faz sentido a invocação de garantias processuais tradicionais, como a ampla defesa e contraditório, bem como a delimitação objetiva do processo. No *recall*, a partir da premissa de que se trata de um instituto de natureza político-eleitoral, a sua operacionalização aproxima-se do contexto das campanhas eleitorais, com o amplo exercício do *direito de arena*.

monopolizar as atenções dos agentes políticos e do eleitorado, “paralisando” o país em relação a outras pautas. Trata-se, por certo, de um *custo* associado à adoção do *recall*, o que será aprofundado a seguir. Neste momento, o que se destaca é que a própria *convocação do recall*, por se tratar de mecanismo de votação popular, deve ser antecedido por *algum procedimento popular de aprovação*. Explica-se: a mera realização da votação acerca da convocação ou não do *recall* é um procedimento de alto impacto político e evidentes custos, razão pela qual sua realização não pode ser “vulgarizada”, a ponto de ser utilizada como mecanismo de mera pressão política ou como desvio de foco para outras questões.

Parece evidente, portanto, que a operacionalização do *recall* deve se desenvolver em três fases. A primeira com o preenchimento de requisitos mínimos de adesão popular para que seja possível a realização da segunda, que é exatamente a votação de convocação. Caso o resultado da segunda fase seja positivo, realiza-se a terceira fase, que é exatamente a votação de destituição. Em relação ao cumprimento da primeira fase, há um leque de alternativas para o legislador, sendo a mais comum a exigência do recolhimento de um número mínimo de assinaturas – sujeitas à verificação pelos órgãos de controle quanto à veracidade e unicidade –, representativo de um percentual do eleitorado.

Efeitos políticos de eventual destituição

Outro ponto sempre problemático na regulamentação do *recall* diz respeito aos efeitos imputados ao mandatário no caso de eventual revogação do mandato. Novamente, trata-se de tema intrinsecamente relacionado à natureza conferida ao instituto do *recall*. Sob a premissa assumida logo de início, de que se trata de um instituto de natureza político-eleitoral, ligado aos aspectos da *responsibility* e *accountability* – e não propriamente da *liability* –, entende-se que a opção dogmática mais correta é a que estabelece como único efeito associado ao *recall* a revogação do mandato.

Reconhece-se, contudo, que é possível associar à perda do mandato efeitos acessórios, como a *inelegibilidade* por determinado período ou, até mesmo, a *suspensão dos direitos políticos*. Eventual adoção de tais efeitos, entretanto, deixará claro que a natureza atribuída ao *recall* assumiu claro aspecto sancionatório (*liability*), o que exigirá a adequação procedimental no campo das garantias de defesa do governante, especialmente no que tange ao contraditório e à ampla defesa.

Nesta mesma linha, considerando que sanções de tal extensão normalmente são associadas a *condutas ilícitas do governante*, caso o legislador opte por conferir tal configuração ao *recall*, deve-se estabelecer alguma restrição no campo objetivo, isto é, em relação às hipóteses que podem suscitar a convocação do *recall*. Tais restrições ocorreriam, essencialmente, por intermédio da exigência

de *tipicidade* para a convocação do instituto e, também, na *delimitação* das causas que podem ser debatidas no procedimento.

A adoção de restrições de tal natureza, conforme premissas conceituais já adotadas neste estudo, desconfiguram por completo o instituto do *recall*, tornando-o muito similar ao *impeachment*, que é o mecanismo típico de *liability* nas democracias organizadas sob o sistema presidencialista. Por tal razão, deve-se manter como único efeito político associado ao *recall* a revogação do mandato, sendo que o governante cassado manterá seus direitos políticos plenos, podendo concorrer à próxima eleição, inclusive para o mesmo cargo que exercia. Trata-se, como já se destacou, do efeito mais coerente com a natureza atribuída ao *recall* neste estudo.

VANTAGENS DO RECALL

A adoção de um mecanismo de responsabilidade político-eleitoral como o *recall*, obviamente, implicará consequências positivas e negativas para o sistema político. Algumas dessas consequências estão relacionadas intrinsecamente ao instituto, ou seja, são inatas e pouco afetadas pela regulamentação; outras, podem ser agravadas ou minoradas a partir das opções realizadas pelo legislador na adoção do *recall*. Neste sentido, ao analisar *vantagens* e *desvantagens* associadas ao mecanismo, parte-se de um tipo *ideal e abstrato* de *recall*, ressaltando-se, contudo, que, em alguns casos, os aspectos vantajosos e desvantajosos podem ser balanceados com a regulamentação.

Outra advertência necessária é no sentido de que não há, na base doutrinária da matéria, uniformidade na apresentação das vantagens e desvantagens do instituto. Zimmerman, por exemplo, cita como argumentos *favoráveis* ao *recall*: (i) fortalecimento do controle popular; (ii) superação de falhas do sistema eleitoral; e (iii) redução da alienação e educação do eleitor. Como argumentos *contrários* ao *recall*, o autor menciona: (i) existência de métodos mais desejáveis de revogação de mandatos; (ii) possibilidade de novos “erros” eleitorais; (iii) uso do instituto para fins indesejáveis; (iv) aumento dos custos governamentais; (v) abuso do instrumento.¹³

O rol trazido pelo autor identifica algumas questões problemáticas associadas à prática do *recall*, mas que não se correlacionam diretamente com a *natureza* do instituto; por exemplo, a possibilidade de “novos erros” dos eleitores somente se relaciona com o *recall* no sentido de que este oferece uma nova

¹³ Zimmerman, Joseph F. *The recall: tribunal of the people*, p. 116. O autor cita, ainda, outras vantagens e desvantagens, mas que deixam de ser aqui mencionadas em razão de se ligarem a peculiaridades do sistema constitucional estadunidense ou, então, guardarem menor importância sistemática.

oportunidade de votação, mas a ocorrência do “erro” é fator relacionado a fatores absolutamente diversos, como, possivelmente, o grau de educação política do eleitorado. Além disso, algumas das vantagens e desvantagens indicadas por Zimmerman podem ser consideradas colaterais, desvinculadas dos aspectos essenciais do instituto, como é o caso, por exemplo, do *recall* enquanto mecanismo de educação do eleitor; por evidente, tal contribuição educacional, ainda que existente, jamais seria justificativa suficiente para a adoção de mecanismo de tamanho impacto no sistema político-eleitoral.

Assim sendo, na identificação dos argumentos favoráveis e contrários ao *recall*, opta-se, neste estudo, pela consideração de dois critérios: o primeiro é que a vantagem ou desvantagem deve estar relacionada *diretamente* à essência (natureza) do instituto e não a fatores colaterais; o segundo é que somente são considerados argumentos que sirvam à justificação ou negação do *recall*, ou seja, a discussão será restrita a questões que devem ser consideradas pelo legislador no momento em que considera a viabilidade da adoção do instituto no sistema político. Sob tais critérios, definimos os seguintes argumentos favoráveis ao *recall*: (i) aperfeiçoamento do grau de *responsiveness* na representação política; (ii) controle popular da *responsibility*; e (iii) troca de governo independente de mecanismo de *liability*. A seguir, analisa-se cada um destes aspectos de forma mais detida.

Aperfeiçoamento do grau de *responsiveness* na representação política

Responsiveness, termo para o qual não há uma tradução ideal em língua portuguesa, pode ser entendido como um *atributo*, uma *qualidade*, da representação política no sistema democrático.¹⁴ Entende-se por *responsiveness* o grau de vinculação existente entre as decisões dos representantes políticos e os anseios dos representados. Em outras palavras, trata-se do *grau de vinculação entre governantes e eleitores*. Sob o ponto de vista teórico, quanto maior o *grau de responsiveness* na representação política, mais *qualificada* será a democracia sob a perspectiva da soberania popular.¹⁵

A ausência de *responsiveness* é uma das principais dificuldades enfrentadas pelas democracias contemporâneas, normalmente identificada pela expressão *crise de representatividade*. O divórcio entre as políticas governamentais e os interesses populares repercute no *déficit de confiança* no sistema democrático, o que também tem sido um fenômeno crescente na maior parte dos regimes polí-

¹⁴ O tema da *responsiveness* e sua repercussão no sistema democrático é analisado com profundidade na seguinte obra: Lorencini, Bruno César. *Democracia e responsabilidade política*.

¹⁵ Há, no entanto, um *grau ótimo de responsiveness* que deve ser alcançado no sistema, uma vez que o “excesso” também pode representar um problema para o sistema político, como será demonstrado a seguir.

ticos. A doutrina política tem apresentado diferentes soluções para o problema, sendo possível, contudo, identificar como linha condutora da maior parte destas soluções a proposta de *aumento de participação popular no processo político*.

Referido aumento de participação pode ocorrer sob diferentes formas e em relação a diferentes aspectos do processo político. O *recall*, por sua natureza de referendo popular, atua diretamente sobre a *manutenção do mandato político*, o que o torna um dos mecanismos de participação de maior efetividade e impacto sobre os governantes.

Da mesma forma, o *recall* pode funcionar como um mecanismo de agregação de *responsiveness* à representação política. De fato, o instituto possibilita a atuação do *sistema de reações antecipadas*, teorizado por Carl J. Friedrich, pelo qual a suscetibilidade do governante à influência popular faz com que este busque *antecipar* quais seriam as possíveis reações do povo às decisões políticas adotadas. Segundo Friedrich:

A influência da opinião pública, ou do parlamento, sobre a condução dos assuntos governamentais é desprovida de manifestações determináveis, como a influência de uma cortesã sobre seu mestre real. Por que deveria ser assim? Porque a pessoa ou grupo que está sendo influenciado antecipa as reações dele ou daqueles que exercem a influência. (...) À luz dessas considerações, podemos formular uma terceira regra quanto às qualidades primárias de poder, ou melhor, a forma particular de poder conhecido como influência, a *regra de reações antecipadas*: Qualquer contexto político em que se observa uma ou mais instâncias em que uma decisão ou ação é contrariada, é susceptível de ser penetrada pela influência do indivíduo ou do grupo a quem a contrariedade pode ser imputada no caso específico.¹⁶ [grifos nossos]

A partir da formulação de Friedrich, portanto, é possível dizer que o *recall* aumenta a vinculação entre governantes e povo, uma vez que os primeiros naturalmente se preocuparão com a repercussão de seus atos perante a opinião, já que a manutenção de seu mandato dependerá da constante aprovação popular.

¹⁶ FRIEDRICH, Carl Joachim. *Constitutional government and politics, nature and development*. New York: Harper & Brothers Publisher, 1937, p. 17-18. No original: "The influence of public opinion or of parliament upon the conduct of governmental affairs is devoid of ascertainable manifestations as the influence of a courtesan upon her royal master. Why should this be so? Because the person or group which is being influenced *anticipates the reactions* of him or those who exercise the influence. (...) In the light of these considerations, we can formulate a third rule regarding the primary qualities of power or rather the particular form of power known as influence, the rule of anticipated reactions: Any political context in which we observe one or more instances in which a previous decision or action is reversed is likely to be permeated by the *influence* of the individual or the group to whom the reversal can be traced in the specific case."

Trata-se do fenômeno conhecido, na terminologia estadunidense, como *the gun behind the door*,¹⁷ significando que o governante, ante a possibilidade do *recall*, deverá manter uma conduta atenta aos interesses populares, o que, ao fim e ao cabo, significa um aumento da *responsiveness* presente na representação política.

Controle popular da *responsibility*

Conforme estabelecido linhas acima, a *responsibility* é o aspecto da responsabilidade política ligada ao exercício do *bom governo*, isto é, ao cumprimento das funções inerentes ao cargo pelo mandatário. Não se trata, por certo, de um aspecto centrado exclusivamente em *desvios funcionais* do representante, mas sim à dimensão *qualitativa* de seu mandato, isto é, ao seu desempenho enquanto governante.

Neste sentido, estabelecer mecanismos de controle da *responsibility* oferece maiores dificuldades ao legislador do que estruturar instrumentos de *accountability* e *liability*. A prática de *desvios* normalmente é realizada por um juízo de *subsunção* do intérprete, que contrasta a conduta do governante com as hipóteses normativas que tipificam práticas desviadas. Exemplificativamente, podemos mencionar condutas como a *contratação irregular* ou a *realização de despesa sem previsão orçamentária*. Trata-se de atos facilmente controlados por órgãos de *accountability horizontal*,¹⁸ capazes de realizar referido juízo de subsunção.

O controle qualitativo, contudo, observa outra lógica.¹⁹ Não basta, para seu exercício, o mero cotejo entre *fato e norma*. A avaliação da *qualidade* do governo demanda a *percepção* acerca dos *resultados* alcançados pelo governante e por sua *capacidade* de enfrentar os principais desafios colocados. A partir disso, surge a dificuldade de se definir: quais são os resultados esperados e como se avalia a capacidade do governante?

Ainda que se busque estabelecer critérios *objetivos* para a avaliação de resultados e capacidade, dificilmente se escapará de um alto grau de subjetividade em tal análise. Primeiro, há um problema inicial correlacionado aos *parâmetros* que serão utilizados para a avaliação, isto é, deveria haver uma predefinição dos resultados traçados e, também, das características a serem demonstradas pelo governante como prova de sua capacidade. Como tais parâmetros seriam esta-

¹⁷ “A arma atrás da porta”.

¹⁸ Trata-se da função típica de *auditoria*, normalmente estabelecida na estrutura interna da burocracia estatal. No caso brasileiro, exemplos típicos são a Controladoria Geral da União e os Tribunais de Contas.

¹⁹ Na obra *Democracia e responsabilidade política*, Lorencini apresenta os principais aspectos da denominada *responsive law*, que é aquela que estabelece elementos finalísticos no âmbito da responsabilidade política do governante. O instituto do *recall*, por certo, compatibiliza-se com a natureza da *responsive law*.

belecidos? Durante a campanha eleitoral? Em um programa de governo apresentado por ocasião da posse? Trata-se de opções difíceis, uma vez que o candidato empossado, por vezes, não teve a oportunidade de conhecer e mensurar quais as medidas factíveis de serem adotadas ao longo de seu mandato.

Segundo, a definição *política* de resultados e capacidade é naturalmente ampla. A atuação de um governante não deve ser equiparada e limitada à de um engenheiro civil, capaz de traçar um projeto com etapas bem definidas e custos quase precisos. O governante, por certo, deve ser um bom *gestor*, mas não se limita a tanto; a capacidade de definir prioridades e bem utilizar os recursos deve estar conciliada com a visão acerca do futuro desejado para a sociedade. Assim sendo, ainda que seja possível avaliar resultados estritos como *criar certo número de hospitais*, outros amplos como *melhorar a saúde* serão problemáticos.

Trata-se, assim, de um *juízo* que sugere maior *discricionariedade* e, até mesmo, *subjetividade* do controlador, o que deixa claro que tal controle não poderia ser exercido por um órgão da própria estrutura estatal. De fato, sob a lógica democrática, o governante eleito pelas *opiniões subjetivas do eleitorado* somente poderá ser avaliado qualitativamente por essas mesmas opiniões subjetivas.

Em tal sentido, o *recall* apresenta-se como um mecanismo adequado ao controle da *responsibility*, haja vista que ele atende ao requisito da legitimidade democrática e, também, coloca em segundo plano as dificuldades de avaliação de resultados e de capacidade anteriormente mencionados. Isso porque, da mesma forma que, ao votar, não se espera do eleitor a adoção de qualquer fundamentação ou critério objetivo, a mesma lógica será adotada na revogação do mandato via *recall* – a avaliação do eleitor é plenamente livre, e caberá ao governante convencê-lo de que possui a capacidade necessária para enfrentar os desafios e alcançar os resultados esperados.

Troca de governo independente de mecanismo de *liability*

Uma importante contribuição que o instituto do *recall* pode trazer ao sistema político, especialmente em sistemas presidencialistas, é a possibilidade de substituição do governo sem que seja necessária a invocação de um mecanismo típico de *liability*. Para isso, conforme já mencionado anteriormente, é preciso que a utilização do *juízo de subsunção*, em que se realiza o confronto entre a hipótese normativa e o contexto fático, busque comprovar a existência de algum tipo de *desvio* à regra de conduta estabelecida na legislação.

Trata-se do modelo observado no caso do *impeachment*, que é o instrumento de *liability* utilizado na maior parte dos regimes presidencialistas. Servindo-se da previsão da Constituição brasileira sobre a matéria, é possível afirmar que o processo de *impeachment* tem lugar quando configurado algum *crime de respon-*

sabilidade²⁰ por parte do presidente da República ou de outros agentes políticos do primeiro escalão.

Assim sendo, ao se exigir a *comprovação de um crime de responsabilidade* por parte do governante, o processo de *impeachment* é evidentemente traumático para todo o sistema político, uma vez que coloca um ou mais de seus protagonistas sob verdadeiro *júri*, em que a função de jurado será outorgada a órgãos políticos, como são, no caso brasileiro, a Câmara dos Deputados (juízo de admissibilidade) e o Senado Federal (julgamento). Não é por outra razão que a instauração do processo de *impeachment* provoca, via de regra, o *afastamento do governante* de suas funções, como ocorre no sistema constitucional brasileiro.

Em modelos presidencialistas que adotam exclusivamente o *impeachment* como mecanismo de responsabilidade política, seu caráter típico de *liability* deixa o sistema político-constitucional à mercê de um instrumento que permita o controle do desempenho do *bom governo (responsibility)* pelo mandatário. Tal omissão pode trazer consequências graves em diferentes sentidos; um no de permitir que um *mau governo* permaneça no poder por todo o período do mandato; outro no de fazer com que o *impeachment*, mecanismo típico de *liability*, seja utilizado de forma transversa, como ser fora de um mecanismo de *responsibility*.²¹

O *recall*, embora também implique alto impacto político, não coloca em jogo uma eventual má conduta do governante; por se tratar de um mecanismo típico de *responsibility*, não há razão para afastá-lo do cargo, mantendo-se intacta a governabilidade do país. Neste sentido, portanto, o *recall* representa um instituto menos traumático para a troca do governo.

Por se tratar de mecanismos de natureza diversa, é perfeitamente compatível, em um mesmo sistema político, a adoção do *recall* e do *impeachment*, devendo a legislação traçar com perfeição as linhas divisórias entre os institutos.

DESVANTAGENS DO RECALL

Quanto aos argumentos contrários, identificamos: (i) o risco das políticas populistas; (ii) instabilidade governamental; e (iii) desvio da finalidade do instituto. A seguir, é analisado cada um destes aspectos de forma mais detida.

²⁰ Não se adequa aos limites deste artigo o estudo sobre o conceito de crime de responsabilidade, mas é interessante destacar que se prestigia, aqui, o entendimento de que se trata de um instituto de natureza eminentemente política, mas com relevantes mecanismos de inter-relação com o sistema jurídico. Assim, ainda que não exija a *tipicidade estrita* como no caso da responsabilidade criminal, a configuração de crimes de responsabilidade também depende da subsunção entre a conduta do governante e os *tipos*, ainda que abertos, descritos na legislação.

²¹ Em outras palavras, a ausência de um instrumento de *responsibility* no sistema político-constitucional pode provocar a má utilização do *impeachment* por parte das forças políticas contrárias ao governo; referido uso transversal do *impeachment* representa uma lesão ao regime constitucional e deve ser evitado.

O risco das políticas populistas

Anteriormente, já foi destacado que o *recall* pode servir como um mecanismo para aumentar o grau de *responsiveness* presente na representação política, ou seja, a adoção do instituto aprofunda o grau de vinculação entre representantes e representados. Há, contudo, um possível *efeito colateral* em relação a tal aspecto, que é exatamente o *incentivo à prática de políticas populistas*, assim definidas aquelas que, em detrimento da responsabilidade político-administrativa do governante, buscam estritamente agradar a base de apoio eleitoral do governante.

Utiliza-se, aqui, o termo *populista* com sentido claramente *negativo*, identificando-o como um verdadeiro *desvio* do governo responsável. A identificação da política populista normalmente se extrai de algumas características comuns: o custo financeiro desproporcional e não razoável à condição econômica do país, o direcionamento da política à parcela do eleitorado considerada base de apoio do governante, a falta de planejamento e clareza acerca dos objetivos finais a serem alcançados pela política, entre outros.

Se em um sistema político-eleitoral é natural, o interesse do governante em manter sua base de apoio popular, o efeito *gun behind the door* causado pelo *recall* pode majorar de forma determinante tal preocupação do mandatário. De fato, ao longo de todo o mandato, por se sentir ameaçado pela possibilidade de revogação do mandato pelo voto popular, o governante tende a aumentar a criação de políticas populistas, que podem colocar em risco a estabilidade econômica e social do Estado. Trata-se, assim, de um efeito colateral do *recall*, que deve ser objeto de preocupação do legislador caso opte pela adoção do instituto.

Instabilidade governamental

Outra desvantagem relacionada ao efeito *gun behind the door*, associado ao *recall*, é a natural instabilidade acarretada ao governo. A política não se desenvolve por intermédio de equações matemáticas, em que se espera um único e correto resultado. Ao revés, a concretização de políticas governamentais demanda uma conjuntura de fatores, que envolve, muitas vezes, aspectos exteriores à própria capacidade do governo; por exemplo, a adoção de medidas de incentivo à economia pode restar frustrada pelo contexto econômico global desfavorável ou, então, uma política de incentivo à inclusão educacional pode ter pouca eficácia diante da resistência das famílias abrangidas.

É claro que sempre é possível a crítica ao governo, mas a possibilidade de revogação do mandato por atos que, por vezes, sequer podem lhe ser atribuídos parece gerar uma quebra da *lógica de causalidade* que se impõe no campo da responsabilidade política. Realmente, nem sempre é possível atribuir ao governo

os resultados ruins produzidos e, muitas vezes, a pura e simples troca de governante está longe de ser uma solução viável ao país; ao revés, o que pode ocorrer é a impossibilidade de se estabelecer um *projeto de longo prazo*, em que dificuldades de momento são suportadas em nome de um futuro melhor.

Sob tais pressupostos, a inserção do mecanismo do *recall* pode contribuir para a instalação do *immediatismo* na política e, por conseguinte, servir como obstáculo para o desenvolvimento de programas governamentais duradouros e efetivos. Ainda que existam métodos para minimizar tal efeito – como limitar a possibilidade do *recall* ao período correspondente à metade final do mandato –, é correto concluir que o instituto retira do governo a *segurança* para a adoção de medidas políticas cujos efeitos são sacrificantes no curto prazo, mas benéficos para o futuro do país.

Desvio da finalidade do instituto

Outra desvantagem atribuída ao *recall* diz respeito à sua utilização como um mecanismo de *pressão política*, desvirtuado da sua natureza essencial, que é o exercício do controle da *responsibility* no mandato político. Tal ideia já ficou bem exposta ao longo dos itens anteriores, que, como se nota, são inter-relacionados. Diante da ampla abertura quanto ao objeto e a liberdade de decisão do eleitorado, o *recall* pode ser sempre utilizado como um argumento de influência de grupos políticos que tenham capacidade suficiente de mobilização popular, de modo que seus interesses faccionais sejam considerados pelo governante.

Os grupos de pressão, assim denominados pela ciência política, atuam no sistema político tanto por intermédio de mecanismos legítimos e, claro, também por instrumentos considerados ilegítimos, como seria o caso do uso de um instituto de forma desviada de sua finalidade constitucional e legal. A adoção do *recall* abre a possibilidade do uso da revogação do mandato como uma *ameaça* ao governante, para que este observe os interesses do grupo de pressão.

Neste sentido, cabe ao legislador, ao regulamentar o *recall*, adotar mecanismos que limitem o uso desviado do instituto. Por exemplo, a fixação de um *quórum* de convocação em patamar razoável dificulta a capacidade dos grupos de pressão de efetivamente contar com a capacidade de mobilização popular para a defesa de interesses faccionais.

A EXPERIÊNCIA DO RECALL NO DIREITO COMPARADO

Uma vez delimitado o conceito do que se entende por *recall* no âmbito do presente artigo e tendo este sido devidamente enquadrado na teoria democrática, é importante tratar acerca da experiência do referido instituto na seara do direito comparado, notadamente no âmbito da América Latina, antes de efetivamen-

te perquirir sobre a sua aplicabilidade e adequação no ordenamento jurídico pátrio.

A priori, é importante esclarecer que os instrumentos de revogação de mandatos políticos assumem variadas formas, muito embora sejam em sua essência semelhantes ao *recall*, notadamente no que tange ao objetivo central do instituto, qual seja: a revogação de mandatos políticos mediante o cumprimento de determinados requisitos, possuem denominações distintas e certas particularidades.

A República Bolivariana da Venezuela, por exemplo, possui previsão expressa no artigo 72 de sua Constituição²² no sentido de que todos os cargos decorrentes de eleição popular são passíveis de revogação, senão veja-se:

Sección Segunda: Del Referendo Popular

(...)

Artículo 72. Todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables.

Transcurrida la mitad del período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria, un número no menor del veinte por ciento de los electores o electoras inscritos en la correspondiente circunscripción podrá solicitar la convocatoria de un referendo para revocar su mandato.

Cuando igual o mayor número de electores y electoras que eligieron al funcionario o funcionaria hubieren votado a favor de la revocatoria, siempre que haya concurrido al referendo un número de electores y electoras igual o superior al veinticinco por ciento de los electores y electoras inscritos, se considerará revocado su mandato y se procederá de inmediato a cubrir la falta absoluta conforme a lo dispuesto en esta Constitución y la ley.

La revocatoria del mandato para los cuerpos colegiados se realizará de acuerdo con lo que establezca la ley.

Durante el período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria no podrá hacerse más de una solicitud de revocación de su mandato.

Observe-se que referida previsão constitucional se encontra dentro da seção que versa sobre um dos mecanismos de participação de democracia direta, vale dizer, do referendo popular, razão pela qual o instrumento de revogação de mandato em referido país é chamado de “referendo revogatório”.

Em síntese, nos termos da Constituição venezuelana, os requisitos para a formalização do referendo revogatório são: (i) o pedido de referendo somente pode ser realizado após o transcurso da metade do período do mandato político; e (ii) o requerimento deve ser subscrito por no mínimo 20% dos eleitores inscri-

²² CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/mla/sp/ven/sp_ven-int-const.html>. Acesso em: 04/07/2016.

tos na correspondente circunscrição em que o mandatário que se objetiva revogar fora eleito. Ainda, nos termos desse artigo indigitado, o mandato será revogado por maioria simples de votos a favor da revogatória, ressalvando-se, contudo, a necessidade de participação de pelo menos 25% dos eleitores inscritos.

Aqui, deve-se registrar que, diferentemente de outros ordenamentos jurídicos latino-americanos, como, a guisa de exemplo, o Equador e o Peru, em que se exigem causas justificadas para a instauração do referendo revogatório, não é necessário justificar a sua instauração na Venezuela, sendo necessário apenas o cumprimento dos requisitos indicados alhures.²³ Tal afirmação, inclusive, resta confirmada pelo posicionamento do Tribunal Supremo da Venezuela no caso Sergio Omar Calderón Duque e William Dávila Barrios,²⁴ o qual consignou que:

(...)

En este orden de ideas, observa esta Sala que, la revocación del mandato no es producto de la arbitrariedad, sino una consecuencia lógica que se deriva del principio de soberanía popular, pues, por ser el pueblo soberano puede ejercer el poder con la finalidad de dejar sin efecto el mandato de sus representantes elegidos popularmente, que han dejado de merecerles confianza, por haberse desempeñado en el ejercicio de sus funciones de forma inconveniente o contraria a los intereses populares o del Estado en general, quienes quedan entonces sometidos a la decisión del cuerpo electoral.

Em se tratando de práxis, o caso mais emblemático de referendo revogatório na Venezuela ocorreu em agosto de 2004, ocasião em que se discutiu sobre a permanência ou não de Hugo Chávez na presidência do país até o fim do seu mandato.

Ao tratar sobre a questão, Jennifer McCoy²⁵ aponta o contexto político caótico vivenciado pela Venezuela ante as intensas contestações dos opositores de Hugo Chávez, bem como os conturbados desdobramentos advindos do referendo revogatório, citando, inclusive, as acusações de fraude e de atuação imparcial da autoridade eleitoral.

Diante do conflito cada vez mais evidente entre o governo e a oposição, notadamente em decorrência das vastas disputas pelas receitas do petróleo, am-

²³ WELP, Yanina; SERDÜLT, Uwe. ¿Renovación, crisis o más de lo mismo? La revocatoria de mandato en los gobiernos locales latinoamericanos. *Desafíos*, 24 (1), 2012, p. 169-192.

²⁴ SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, CASO SERGIO OMAR CALDÓN DUQUE Y WILLIAM DÁVILA BARROS, DE 05/06/2002. Disponível em: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/1139-050602-02-0429.htm>>. Acesso em: 09/07/2016.

²⁵ MCCOY, Jennifer. *O referendo na Venezuela: um ato em um drama inacabado*. Novos estudos – Cebrap [online], ISSN 0101-3300, n. 72, 2005, p. 5-18.

bos estavam empenhados num jogo de soma-zero, pois enquanto a oposição queria Chávez fora do poder imediatamente e por quaisquer meios, o presidente estava empenhado a manter o seu mandato vigente e a implementar a Revolução Bolivariana.²⁶

Neste contexto, a oposição agarrou-se ao referendo revogatório como último instrumento cabível (em aspectos legais) para a tentativa de destituição de Chávez antes do fim do seu mandato, o qual iria até o início de 2007. Deve-se registrar, neste ponto, que, em janeiro de 2003 o ex-presidente do Estados Unidos Jimmy Carter propôs: (i) uma negociação para o fim da greve nacional dos petroleiros que já perdurava por aproximadamente dois meses; (ii) um acordo entre a oposição e o governo sobre os procedimentos necessários para a realização do referendo; e (iii) uma proposta para edição de emenda constitucional antecipatória de eleições presidenciais.²⁷

No que tange à proposta para o referendo, a proposta de Carter fixava a data do referendo para o dia 19 de agosto de 2003, pois seria a data mais próxima que a legislação permitia, e previa um compromisso de todas as partes para que houvesse supervisão eleitoral internacional, resguardo dos direitos humanos, bem como nomeação de novos membros para o Supremo Tribunal de Justiça e para os órgãos públicos de vigilância e fiscalização.

Segundo McCoy,²⁸ a oposição afirmou que aceitaria qualquer das propostas apresentadas por Carter (revogatória de mandato ou emenda constitucional para antecipação das eleições), contudo, o governo teria rejeitado a ideia de emenda e declarou que reconheceria, mas não defenderia o direito constitucional de convocação de referendos revogatórios.

Com a concordância de que um referendo revogatório poderia auxiliar na superação da crise que assolava o país e em decorrência das pressões internacionais, opositores e o governo firmaram um acordo final em maio de 2003 sob a supervisão da Organização dos Estados Americanos, no entanto, referido acordo apenas reconheceu o direito à petição de um referendo revogatório, sem qualquer garantia de sua efetivação ou mesmo de endosso da proposta de Jimmy Carter.

Somente após um ano da data sugerida por Carter para realização do referendo revogatório e apenas quatro dias antes do exaurimento do prazo para que um referendo revogasse o mandato de Chávez e permitisse a convocação de novas eleições presidenciais (após este período, tendo sido decidido pelo refe-

²⁶ MCCOY, Jennifer. *O referendo na Venezuela: um ato em um drama inacabado*, p. 10.

²⁷ A PROPOSAL TO RESTORE PEACE AND HARMONY IN VENEZUELA (CONSTITUTIONAL AMENDMENT). Disponível em: <<https://www.cartercenter.org/news/documents/doc1157.html> e [1158.html](https://www.cartercenter.org/news/documents/doc1158.html)>. Acesso em: 05/07/2016.

²⁸ MCCOY, Jennifer. *O referendo na Venezuela: um ato em um drama inacabado*, p. 10.

rendo, o Vice-presidente completaria o mandato do presidente) é que este se realizou.²⁹

O resultado final divulgado em 15 de agosto de 2004 noticiou a permanência de Hugo Chávez na presidência com 59% de votos a favor e 41% contra, e, muito embora a oposição tenha alegado a existência de fraude, a missão internacional da OEA e do Cartes Center concluíram que, a despeito dos aditamentos e controvérsias do processo eleitoral, a votação teria espelhado de forma fidedigna a intenção do eleitorado.³⁰

A Constituição do Peru de 1993 também prevê de forma expressa a revogatória de mandato ao disciplinar que são direitos inerentes à cidadania o direito de participação dos assuntos políticos mediante referendo, iniciativa legislativa, *remoção ou revogação de autoridades* e pedidos de prestação de contas, nos termos de seu artigo 31.³¹

É importante consignar que de modo a regular de forma mais específica o exercício dos direitos assegurados pela Constituição no artigo referenciado, o Congresso do Peru editou a Lei n. 26.300³² a qual prevê, notadamente em seu artigo 20 e seguintes que: (i) a revogatória é um direito que os cidadãos possuem para destituir de seus cargos: a) os prefeitos e vereadores, b) autoridades regionais eleitas pelo povo e c) magistrados que tenham assumido seus cargos mediante eleição popular; (ii) à exceção dos magistrados, a revogatória de mandato não pode ser iniciada durante o primeiro e o último ano do mandato da autoridade que se objetiva destituir; (iii) a solicitação de revogatória de mandato é direcionada à uma autoridade em particular e deve ser fundamentado; e (iv) exige-se que a revogatória seja composta por assinaturas de pelo menos 25% dos votantes na respectiva circunscrição eleitoral.

Ademais, segundo Yanina Welp e Uwe Serdült³³ as causas que fundamentam a revogatória de mandato no Peru incluem tanto a incapacidade de efetivação dos programas de governo (apresentados pelo agente político em sua candidatura) como a corrupção, o que corrobora a afirmação anteriormente indicada de que, muito embora deva ser fundamentada, as causas da revogatória não necessitam ser comprovadas.

²⁹ Para melhor compreensão sobre os percalços que ocasionaram o atraso na realização do referendo revogatório na Venezuela, remete-se à leitura do artigo elaborado por McCoy, já citado anteriormente.

³⁰ MCCOY, Jennifer. *O referendo na Venezuela*: um ato em um drama inacabado, p. 13-14.

³¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Disponível em: <<http://portal.jne.gob.pe/informacionlegal/Constitucion%20y%20Leyes1/CONSTITUCION%20POLITICA%20DEL%20PERU.pdf>>. Acesso em: 11/07/2016.

³² LEY DE LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN Y CONTROL CIUDADANOS. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/Electoral/Peru/participycontrol.pdf>>. Acesso em: 10/07/2016.

³³ WELP, Yanina; SERDÜLT, Uwe. ¿Renovación, crisis o más de lo mismo? p.183.

Na prática, o Peru é o país da Americana Latina que mais utilizou o instituto da revogatória de mandato, tendo realizado em pelo menos oito ocasiões (1997, 2001, 2004, duas vezes em 2005, duas vezes no ano de 2008 e em 2009).³⁴ Mais recentemente, em 2012, o país passou por uma nova consulta popular para revogatória de mandato de autoridades regionais e municipais, a qual fora convocada em 31 de maio de 2012, por meio da Resolução n. 561/2012 e teve lugar em 266 distritos e quatro províncias.³⁵

Por seu turno, a Constituição da Colômbia³⁶ prevê em seu artigo 40 que os cidadãos possuem o direito de participação na formação, exercício e controle do poder político, exercendo estes direitos por meio do sufrágio, participação em plebiscitos, consultas populares e referendos, sendo-lhes deferido, ainda, nos termos do item 4 do referido artigo, o direito de revogação do mandato dos eleitos nos casos e formas estabelecidos pela Constituição e respectiva lei complementar:

Artículo 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

(...)

4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley.

(...)

O exercício, requisitos e aspectos atinentes à revogatória de mandato foram regulados por meio da Lei n. 131, de 1994, posteriormente alterada pela Lei n. 741³⁷ de 2002, a qual prevê em seu artigo 7, item 4 que: (i) a revogatória de mandato somente poderá ser exercida após o transcurso do prazo de um ano, cujo início se deflagrará a partir da posse do prefeito ou governador; (ii) o requerimento para a revogatória deve, além de fundamentado (a revogatória somente pode ser iniciada no caso de descumprimento de programa de governo ou insatisfação geral da população, consoante disposto na Lei n. 131/1994),³⁸ ser subscrito por pelo menos 40% do total dos votos que foram obtidos pela autoridade política que se pretende revogar o mandato; e (iii) o mandato do prefeito ou governador será revogado no caso de aprovação pela maioria simples – cinquenta por cento mais um – dos votos dos eleitores participantes do procedimento.

³⁴ WELP, Yanina; SERDÜLT, Uwe. ¿Renovación, crisis o más de lo mismo? p. 186.

³⁵ Informação disponível em: <http://portal.jne.gob.pe/informacionelectoral/estadisticaelectoral/CPREV_2012.pdf>. Acesso em: 10/07/2016.

³⁶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Disponível em: <<http://www.secretariasenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>>. Acesso em: 08/07/2016.

³⁷ LEY 741 de 2002 (Congreso de Colombia). Disponível em: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5247#1>>. Acesso em: 07/07/2016.

³⁸ WELP, Yanina; SERDÜLT, Uwe. ¿Renovación, crisis o más de lo mismo? p. 183.

Na prática, contudo, muito embora se tenha registro da solicitação de 32 consultas para revogatória de mandato na Colômbia,³⁹ nenhuma destas teve validade por falta de quórum. Ao tratar sobre a revogatória de mandato no âmbito municipal de Bogotá, Cristhian Uribe Mendoza ressalta, dentre outros, os aspectos envolvidos com o exercício de referido instituto no âmbito municipal, bem como as dificuldades encontradas para tanto, especialmente a ausência de apoio político, recursos econômicos e as condições precárias de segurança (na tentativa de revogatória de Samuel Moreno).⁴⁰

No caso da Argentina, como salientado por Caio Marcio de Brito Ávila,⁴¹ a revogação de mandato somente possui previsão a nível estadual (lá chamado de *provincial*), como a guisa de exemplo a Constituição da Província de Córdoba, a qual prevê o referido instituto em seu artigo 183, item 4.⁴² Em se tratando de práxis, não se há registro da utilização da revogatória de mandato em nenhuma ocasião na Argentina.

A revogatória de mandato foi inserida em nível constitucional⁴³ na Bolívia apenas após a edição da Nova Constituição de 2009,⁴⁴ notadamente em seus artigo 11, § 2º, item 1, e artigo 240, *in verbis*:

Artículo 11. I. La República de Bolivia adopta para su gobierno la forma democrática participativa, representativa y comunitaria, con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres.

II – La democracia se ejerce de las siguientes formas, que serán desarrolladas por la ley:

1. Directa y participativa, por medio del referendo, la iniciativa legislativa ciudadana, **la revocatoria de mandato**, la asamblea, el cabildo y la consulta previa. Las asambleas y cabildos tendrán carácter deliberativo conforme a ley.

³⁹ WELP, Yanina; SERDÜLT, Uwe. ¿Renovación, crisis o más de lo mismo? p. 187.

⁴⁰ URIBE MENDOZA, Cristhian. La activación de la revocatoria de mandato en el ámbito municipal en Colombia. Lecciones del caso de Bogotá. *Estudios Políticos*, 48, Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, 2016, p. 179-200. DOI: 10.17533/udea.espo.n48a10.

⁴¹ ÁVILA, Caio Marcio de Brito. *Recall – a revogação do mandato político pelos eleitores*: uma proposta para o sistema jurídico brasileiro.

⁴² CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA Y SU REFORMA SANCIONADA CON FECHA 14/09/2001. Disponível em: <[http://web2.cba.gov.ar/web/leyes.nsf/\(vLeyesxN-ro\)/CP00?OpenDocument](http://web2.cba.gov.ar/web/leyes.nsf/(vLeyesxN-ro)/CP00?OpenDocument)>. Acesso em: 16/07/2016.

⁴³ Deve-se registrar que, muito embora a previsão a nível constitucional só tenha ocorrido com a promulgação da Nova Constituição em 2009, o instituto da revogatória de mandato já havia sido inserido na Bolívia por meio da Lei n. 3.850, de 12 de maio de 2008 (*Ley de Referendum Revocatorio de Mandato Popular*). Disponível em: <<http://200.87.110.166/sealinea/pdf/13/001.pdf>>. Acesso em: 28/06/2016.

⁴⁴ NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA. Disponível em: <<http://www.harmonywithnatureun.org/content/documents/159Bolivia%20Consitucion.pdf>>. Acesso em: 05/07/2016.

(...)

Artículo 240. I. **Toda persona que ejerza un cargo electo podrá ser revocada de su mandato, excepto el Órgano Judicial, de acuerdo con la ley.**

II – La revocatoria del mandato podrá solicitarse cuando haya transcurrido al menos la mitad del periodo del mandato. La revocatoria del mandato no podrá tener lugar durante el último año de la gestión en el cargo.

III. El referendo revocatorio procederá por iniciativa ciudadana, a solicitud de al menos el quince por ciento de votantes del padrón electoral de la circunscripción que eligió a la servidora o al servidor público.

IV – La revocatoria del mandato de la servidora o del servidor público procederá de acuerdo a ley.

V – Producida la revocatoria de mandato el afectado cesará inmediatamente en el cargo, proveyéndose su suplencia conforme a ley.

VI – La revocatoria procederá una sola vez en cada mandato constitucional del cargo electo. [grifos nossos]

Por simples leitura das previsões constitucionais referenciadas, é possível concluir que: (i) a revogatória de mandato se aplica a todas autoridades elegeras por voto popular (titulares e suplentes), em todos os níveis (nacional, regional e municipal); (ii) a revogatória somente poderá ser solicitada após o transcurso de pelo menos metade do período do mandato, e não pode ocorrer no último ano da gestão do cargo; e (iii) a revogatória se iniciará por iniciativa popular mediante a solicitação de pelo menos 15% dos eleitores da circunscrição eleitoral que elegera a autoridade que se pretende revogar o mandato.

Posteriormente, a Lei n. 26, de 30 de junho de 2010,⁴⁵ passou a regular o regime eleitoral para o exercício da democracia intercultural, com base na complementariedade da democracia direta e participativa, democracia representativa e da democracia comunitária na Bolívia. De forma mais específica, a referida legislação previu os requisitos e procedimentos para a revogatória de mandato em seu artigo 26, os quais se consubstanciam em: (i) para autoridades nacionais, exige-se pelo menos 25% do registro eleitoral nacional no momento da iniciativa, de modo que tal porcentagem deve incluir pelo menos 20% do registro de cada departamento; (ii) para autoridades departamentais exige-se pelo menos 25% do registro eleitoral departamental no momento da iniciativa, sendo que tal porcentagem deve ter pelo menos 20% do registro de cada província; (iii) para autoridades regionais, deve haver subscrição de pelo menos 25% de cidadãos inscritos no registro eleitoral de cada uma das circunscrições municipais que integrem a região; e (iv) para autoridades municipais, faz-se necessária a assina-

⁴⁵ LEY N. 26, DE 30 DE JUNIO DE 2010. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/Electoral/Bolivia/Ley26-2010.pdf>>. Acesso em: 14/07 /2016.

tura de pelo menos 30% dos cidadãos inscritos no registro eleitoral do município no momento da iniciativa.

Segundo noticiado pela imprensa Boliviana em julho de 2015,⁴⁶ o Tribunal Supremo Eleitoral da Bolívia havia registrado até referida data 50 pedidos para revogação de mandatos de autoridades, sendo que vários destes haviam sido rejeitadas por manifesto descumprimento dos requisitos exigidos para tanto.

Por sua vez, a Constituição de Cuba prevê, em seu artigo 85, que os deputados da Assembleia Nacional poderão sofrer a revogação de seus mandatos a qualquer momento, pelas causas e segundo os procedimentos estabelecidos em lei específica.

Somente em 14 de setembro de 1999 é que sobreveio a Lei n. 89,⁴⁷ de modo a regular o dispositivo constitucional mencionado alhures, a qual previu em seu artigo 3º que podem ser revogados os mandatos dos delegados das Assembleias Municipais e Provinciais, dos deputados da Assembleia Nacional, presidentes e vice-presidentes das Assembleias Municipais e Provinciais, presidente, vice-presidente e secretário da Assembleia Nacional, bem como de membros do Conselho do Estado. As causas autorizativas para a revogatória estão disciplinadas pelo artigo 5º da mesma Lei, quais sejam: (i) descumprimento reiterado das obrigações decorrentes do mandato conferido; (ii) ocorrência de fato que afete a reputação pública do parlamentar; e (iii) prática de conduta incompatível com a honra concebida ao parlamento para o exercício da representação do poder popular.

Contudo, diferentemente das experiências dos outros países da América Latina, em que a iniciativa para revogação dos mandatos é dos cidadãos, a Lei cubana prevê que a promoção do procedimento de revogação cabe ao Conselho de Estado, a qualquer deputado, a no mínimo 25% dos delegados da Assembleia do Município em que foi eleito o deputado submetido ao procedimento de revogação popular,⁴⁸ consoante o disposto no artigo 7º da Lei n. 89/1999. No que tange à prática da revogatória de mandato em Cuba, não se há qualquer registro de consultas ou mesmo revogações ocorridas.

Muito embora as experiências da utilização da revocatória de mandato dos países latino-americanos sejam diversificadas, em razão do contexto social, polí-

⁴⁶ PRENSA BOLIVIA. *En Bolivia hay 50 pedidos de revocatoria de mandato de alcaldes*. Disponível em: <<http://www.prensabolivia.com/index.php/bolivia/153-en-bolivia-hay-50-pedidos-de-revocatoria-de-mandato-de-alcaldes>>. Acesso em: 15/07/2016.

⁴⁷ LEY N. 89 DE LA REVOCACIÓN DEL MANDATO DE LOS ELEGIDOS A LOS 2 ÓRGANOS DEL PODER POPULAR. Disponível em: <<http://elecciones.discovercubaus.com/wp-content/uploads/2015/04/LEY-NO.-89-DE-LA-REVOCACION%20DE-LOS-ELEGIDOS-A-LOS-2-ORGANOS-DEL-PODER-POPULAR.pdf>>. Acesso em: 05/07/2016.

⁴⁸ Apenas no caso de revogação de delegado de assembleia municipal é que poderá ser efetivado por iniciativa popular, desde que se tenha pelo menos 25% dos eleitores da circunscrição em que a autoridade fora elegida.

tico e econômico peculiar de cada um dos países analisados, é possível extrair algumas premissas fáticas e normativas que podem auxiliar na análise acerca da implementação ou não do instituto no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam:

- (i) a normatização da revocatória de mandato, em quase todos os países analisados, traz um rol taxativo e bem delimitado sobre os procedimentos, prazos, requisitos formais de quórum de admissibilidade e de destituição, o que pode servir como base normativa no caso de decisão por sua implementação no Brasil;
- (ii) a despeito de também se verificar um grau de agitação considerável no cenário político do país com a utilização da revocatória de mandato, este ainda aparenta ser menos traumático que o processo de *impeachment*, por exemplo, uma vez que: a) não se discute sobre a configuração ou de “crime de responsabilidade” pela autoridade destituída, o que certamente gera um menor grau de instabilidade, tanto para o representante como para a população; b) ainda que seja atingido o quórum de deliberação para iniciar a revocatória, não há a figura do afastamento do representante, como ocorre no caso do *impeachment*, o que também ameniza o clima de instabilidade política; c) a legitimidade para iniciar e também concluir o processo é do povo, o qual se utilizará de mais um mecanismo de participação popular direta, e estará mais próximo do polo de decisão das questões de governo, diferente do que ocorre no *impeachment*, em que a participação popular direta é inexistente e o processo é iniciado, no mais das vezes, por interesses de oposição;
- (iii) a revocatória de mandato se apresenta como um novo instrumento de participação popular direta e traz aos cidadãos a teoria da “arma atrás da porta” anteriormente esclarecida, servindo como um alerta aos representantes de que o povo é sempre o titular do poder, de modo que, não estando os interesses populares assegurados, os representantes podem ser destituídos.

A experiência normativa e também fática, social e histórica da revocatória de mandato nos países latino-americanos certamente servirão como base teórica e prática, caso se entenda pela implementação do *recall* no ordenamento jurídico brasileiro.

POSSIBILIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DO RECALL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: VIA DE IMPLEMENTAÇÃO E PROJETOS EM ANDAMENTO

As colocações, fundamentações e dados apresentados nos capítulos anteriores se efetivaram com o fim precípuo de possibilitar o ápice do quanto objetivado

por meio do presente artigo, qual seja: a análise sobre a possibilidade de implementação do *recall* (ou revogatória de mandato) no ordenamento jurídico brasileiro, e, sendo a possibilidade confirmada, perquirir qual seria a via de adequada para sua implementação, em atenção aos comandos normativos da Constituição Federal.

Por certo, considerando tratar-se de inclusão de direito fundamental, a implementação do *recall* no ordenamento jurídico brasileiro deve se dar por meio de Emenda Constitucional tendente a incluir o referido instituto no rol do artigo 14 da Constituição Federal, conjuntamente com o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular. Nesta senda, segundo observado por Caio Márcio de Brito Ávila,⁴⁹ o instituto do *recall* deve ser incluído com a denominação própria da língua inglesa, sem adaptações linguísticas ou criação de nomes, para que reste bem claro que o instituto regulado é inspirado no direito norte-americano, devendo significar de forma universal “revogação de mandato político por decisão dos eleitores”.

Posteriormente, seguidos os trâmites da Emenda Constitucional e sendo esta efetivamente aprovada nos termos do § 2º, artigo 60 da Constituição Federal, far-se-á necessária a edição de uma lei específica para regulamentação do *recall*, a qual deverá indicar, obrigatoriamente, as causas de instauração do instituto, as autoridades que podem ser submetidas ao procedimento, os requisitos formais, materiais e procedimentais que deverão prever desde a iniciativa dos cidadãos, até os procedimentos para sua votação. Neste cenário, a experiência dos países latino-americanos e suas respectivas legislações serviriam como um ponto de partida extremamente importante para auxiliar na elaboração desta legislação e, assim, possibilitar que o fomento do referido mecanismo de democracia direta atinja os objetivos a que se propõe.

Feitas tais considerações, deve-se registrar que a revogação do mandato político nunca foi objeto de previsão por quaisquer das Constituições Federais do Brasil,⁵⁰ mas, ao final do século XIX, esta foi objeto de regulação pelas Constituições dos Estados de Goiás (previsão no artigo 56 da Constituição e promulgada em 1º de junho de 1891), São Paulo (prevista no artigo 6º, § 3º, da Constituição do Estado de São Paulo e promulgada em 14 de julho de 1891), Rio

⁴⁹ ÁVILA, Caio Marcio de Brito. *Recall – a revogação do mandato político pelos eleitores*: uma proposta para o sistema jurídico brasileiro, p. 123.

⁵⁰ Tem-se notícia de que o primeiro esboço de revogação dos mandatos políticos no país é da época do processo eleitoral das províncias do Império, já que em Decreto datado de 16 de fevereiro de 1822, editado pelo príncipe regente, previu-se a possibilidade de perda do mandato do Procurador de Estado, mediante eleição, caso este descumprisse suas obrigações (BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *A cidadania ativa*: referendo, plebiscito e iniciativa popular. São Paulo: Ática, 2000).

Grande do Sul (disciplinada no artigo 39 da Constituição do Rio Grande do Sul e promulgada em 14 de julho de 1891) e Santa Catarina.⁵¹

Contudo, segundo apontado por Auro Augusto Caliman,⁵² não há registro da existência de revogação de mandatos nos Estados brasileiros indigitados, especialmente pelo fato de que, notadamente com relação aos Estados de São Paulo e Rio Grande do Sul, havia uma enorme dificuldade para o recolhimento da quantidade de assinaturas necessárias, de modo a iniciar o procedimento, e a presença do coronelismo na esfera política da época era dominante.

Por meio da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 73/2007, elaborado pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) em decorrência da campanha nacional em defesa da república e da democracia, e encampado pelo senador Eduardo Suplicy, objetivou-se a inserção de um artigo 14-A na Constituição Federal para prever a possibilidade de revogação dos mandatos do presidente da República e congressistas (deputados e senadores).

Em síntese, referida proposta estabelece em seu artigo 2º que, após o transcurso do prazo de um ano contado da posse nos cargos a que se pretende a revogação, o presidente da República e os congressistas poderão ter os seus mandatos revogados por meio de referendo popular, o qual será efetivado por iniciativa popular direcionada ao Tribunal Superior Eleitoral, mediante a assinatura de pelo menos 2% do eleitorado nacional, distribuído em no mínimo sete estados, com percentual não inferior a cinco décimos por cento em cada um destes. Ademais, a PEC referenciada prevê também que o eleitorado nacional poderá decidir pela dissolução da Câmara dos Deputados, com a convocação de novas eleições no prazo máximo de três meses, sendo que o referendo para revogação do mandato do presidente da República também poderá ser efetivado mediante requerimento da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, endereçada ao Tribunal Superior Tribunal.

Como salientado por Caio Márcio de Brito Ávila,⁵³ “a proposta do recall brasileiro buscou sua inspiração no *recall* norte-americano e no *abberunfungrecht* suíço, pois mescla os dois institutos e apresenta um resultado próprio”.

Em 15/03/2007, o relatório da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania de lavra do senador Relator Pedro Simon votou pela aprovação da PEC n. 73 de 2005. Já em 24/09/2009, houve audiência pública para a discussão sobre os

⁵¹ CALIMAN, Auro Augusto. O recall no Estado de São Paulo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 42, n. 165, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/339>>. Acesso em: 08/07/2016.

⁵² CALIMAN, Auro Augusto. O recall no Estado de São Paulo, p. 201.

⁵³ ÁVILA, Caio Marcio de Brito. *Recall – a revogação do mandato político pelos eleitores: uma proposta para o sistema jurídico brasileiro*, p. 109.

termos da PEC, a qual partiu da iniciativa dos senadores Aloizio Mercadante, Renato Casagrande e Marconi Perillo, e contou com a presença dos seguintes convidados: Paulo Kramer, cientista político e professor da UnB; João Baptista Herkenhoff, juiz de Direito e professor da UFES; e Fabio Konder Comparato, professor titular da USP; data em que a PEC foi reencaminhada ao Relator para reexame do Relatório.

O Relator devolveu o Relatório em 15/10/2009 com voto que concluía pela aprovação da PEC n. 73 de 2005, nos termos do texto substitutivo que apresentou. Após ter sido reencaminhada ao Relator para mais um reexame e ter retornado com mais um voto favorável, a PEC foi arquivada em 07/01/2011, com fundamento no artigo 332 do Regimento Interno do Senado,⁵⁴ uma vez que findou-se a legislatura do senador Eduardo Suplicy.

Por meio do Requerimento n. 182, de 2011, os senadores Randolfe Rodrigues, Eduardo Suplicy e outros Senhores Senadores, solicitaram o desarquivamento da matéria, nos termos do § 1º do artigo 332 do Regimento Interno, o que foi aprovado pela Comissão em 17/03/2011. Já em 04/07/2013, o processo foi distribuído ao Senador Romero Jucá para emitir relatório, o qual rejeitou integralmente a PEC n. 73 em decisão datada de 16/09/2013. Por fim, a PEC foi novamente arquivada em 26/02/2014.⁵⁵

Em 07/04/2010, o deputado Rodrigo Rollemberg filiado ao PSB/DF apresentou uma PEC à Câmara dos Deputados, a qual fora autuada sob o n. 477/2010 e objetivava acrescentar o artigo 14-A na Constituição Federal para instituir Petição Revogatória (destinada a revogar leis ordinárias, complementares, delegadas, emendas constitucionais e decretos do poder executivo), a Petição Destituínte (esta equivaleria ao *recall* e culminaria na perda do mandato de governadores, senadores e prefeitos) e o Plebiscito Destituínte e dar outras providências.⁵⁶ A PEC em questão fora recebida pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania em 23/04/2010 e, por meio de decisão datada de 31/01/2015, foi arquivada pelo encerramento da legislatura do deputado proponente.⁵⁷

⁵⁴ REGIMENTO INTERNO DO SENADO FEDERAL. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISFCompilado.pdf/cd5769c8-46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4>>. Acesso em: 15/07/2016.

⁵⁵ Toda a tramitação da PEC, inclusive o Relatório do senador Romero Jucá podem ser encontrados no *site* do senador. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/76146>>. Acesso em: 14/07/2016.

⁵⁶ Proposta de Emenda à constituição do Deputado Rodrigo Rollemberg. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=754283&filena me=Tramitacao-PEC+477/2010>. Acesso em: 12/07/2016.

⁵⁷ Toda a tramitação da PEC pode ser encontrada no *site* da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=472552>>. Acesso em: 10/07/2016.

Já em 05/05/2016, o deputado Rubens Pereira Júnior, filiado ao partido PCdoB/MA propôs uma PEC à Câmara dos Deputados, autuada sob o n. 214/2016,⁵⁸ tendo por objetivo acrescentar o artigo 14-A, e instituir o inciso IV ao artigo 14 da CF e inciso VI ao artigo 51, todos da Constituição Federal, estabelecendo o ato revogatório popular. No entanto, por meio de despacho prolatado pela Mesa Diretora da Câmara em 13/05/2016 o projeto foi devolvido ao autor por não conter o número mínimo de assinaturas indicado no inciso I do artigo 60, da Constituição Federal, combinado com o inciso I do artigo 201, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.⁵⁹

Por fim, em 19/05/2016, o deputado Rubens Pereira Júnior apresentou nova PEC nos exatos termos do projeto detalhado alhures e, por mais uma vez, este foi devolvido ao autor por não conter o número mínimo de assinaturas indicado no inciso I do artigo 60, da Constituição Federal, combinado com o inciso I do artigo 201, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.⁶⁰

LINHAS CONCLUSIVAS

A decisão sobre a adoção do *recall* no sistema político deve partir de um sopesamento entre as vantagens e desvantagens decorrentes do instituto. Por evidente, é possível ao legislador balancear os efeitos negativos do *recall* por intermédio da atividade regulamentadora, mas é importante deixar claro que as considerações práticas da política (*Realpolitik*) sempre é capaz de desvirtuar a natureza de um instrumento de tamanho impacto político.

A opção dos autores, portanto, não foi propriamente a de assumir um curso favorável ou contrário à adoção do instituto; ao revés, o que se buscou foi trazer elementos argumentativos e fáticos indispensáveis para um debate qualitativo sobre a implementação do *recall* no sistema político brasileiro. Tal opção se justifica a partir da constatação de que muitas das pautas inseridas na denominada *reforma política*, que habita o noticiário e as discussões parlamentares, são apresentadas ao público de forma *vazia*, isto é, sem a clareza de conteúdo e isenção científica exigidas para que se torne possível um debate qualificado sobre instituto de tamanha repercussão política.

⁵⁸ Proposta de Emenda à Constituição do Deputado Rubens Pereira Junior e outros. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1455301&filename=PEC+214/2016>. Acesso em: 12/07/2016.

⁵⁹ Toda a tramitação da PEC pode ser encontrada no *site* da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2083541>>. Acesso em: 10/07/2016.

⁶⁰ Toda a tramitação da PEC pode ser encontrada no *site* da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2085172>>. Acesso em: 10/07/2016.

O artigo assume, assim, um objetivo pragmático de trazer não apenas à comunidade científica, mas à sociedade em geral, reflexões teóricas e práticas sobre a natureza do *recall* e as consequências de sua eventual adoção no sistema político brasileiro.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Caio Marcio de Brito. *Recall – a revogação do mandato político pelos eleitores: uma proposta para o sistema jurídico brasileiro*. 2009. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *A cidadania ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular*. São Paulo: Ática, 2000.

BERCOVICI, Gilberto. *Parecer*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-dilma-bercovici.pdf>>. Acesso em: 20/10/2016.

CALIMAN, Auro Augusto. O recall no Estado de São Paulo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 42, n. 165. jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/339>>. Acesso em: 08/07/2016.

Constitución de La Provincia de Córdoba y su Reforma Sancionada con fecha 14/09/2001. Disponível em: <[http://web2.cba.gov.ar/web/leyes.nsf/\(vLeyesxNro\)/CP00?OpenDocument](http://web2.cba.gov.ar/web/leyes.nsf/(vLeyesxNro)/CP00?OpenDocument)>. Acesso em: 16/07/2016.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/mla/sp/ven/sp_ven-int-const.html>. Acesso em: 04/07/2016.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Disponível em: <<http://www.secretaria-senado.gov.co/index.php/constitucion-politica>>. Acesso em: 08/07/2016.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Disponível em: <<http://portal.jne.gob.pe/informacionlegal/Constitucin%20y%20Leyes1/CONSTITUCION%20POLITICA%20DEL%20PERU.pdf>>. Acesso em: 11/07/2016.

FRIEDRICH, Carl Joachim. *Constitutional government and politics, nature and development*. New York: Harper & Brothers Publisher, 1937.

LEY N. 741 de 2002 (Congreso de Colombia). Disponível em: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=5247#1>>. Acesso em: 07/07/2016.

LEY DE LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN Y CONTROL CIUDADANOS. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/Electoral/Peru/participycontrol.pdf>>. Acesso em: 10/07/2016.

LEY DE REFERENDUM REVOCATORIO DE MANDATO POPULAR, de 12/05/2008. Disponível em: <<http://200.87.110.166/sealinea/pdf/13/001.pdf>>. Acesso em: 28/06/2016.

LEY N. 26, DE 30 DE JUNIO DE 2010. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/Electoral/Bolivia/Ley26-2010.pdf>>. Acesso em: 14/07/2016.

LEY N. 89 DE LA REVOCACIÓN DEL MANDATO DE LOS ELEGIDOS A LOS 2 ÓRGANOS DEL PODER POPULAR. Disponível em: <<http://elecciones.discovercubaus.com/wp-content/uploads/2015/04/LEY-NO.-89-DE-LA-REVOCACI%C3%93N-DEL>>

-MANDATO-DE-LOS-ELEGIDOS-A-LOS-%C3%93RGANOS-DEL-PODER-POPULAR.pdf>. Acesso em: 05/07/2016.

LORENCINI, Bruno César. *Democracia e responsabilidade política*. Barcelona: Erasmus Ediciones, 2015.

MCCOY, Jennifer. *O referendo na Venezuela: um ato em um drama inacabado*. Novos estudos – Cebrap [online], ISSN 0101-3300, n. 72, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de; COMPARATO, Fábio Konder. *Consulta*. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/parecer-bandeira-comparato.pdf>>. Acesso em: 15/11/2016.

NEVES, Marcelo. *Parecer*. Disponível em: < <https://cloudup.com/ig-cUkufb7N>>. Acesso em: 10/11/2016.

NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA. Disponível em: <<http://www.harmonywithnatureun.org/content/documents/159Bolivia%20Consitucion.pdf>>. Acesso em: 05/07/2016.

PRENSA BOLIVIA. EN BOLIVIA HAY 50 PEDIDOS DE REVOCATORIA DE MANDATO DE ALCALDES. Disponível em: <<http://www.prensabolivia.com/index.php/bolivia/153-en-bolivia-hay-50-pedidos-de-revocatoria-de-mandato-de-alcaldes>>. Acesso em: 15/07/2016.

REGIMENTO INTERNO DO SENADO FEDERAL. Disponível em: < <http://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISFCompilado.pdf/cd5769c8-46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4>>. Acesso em: 15/07/2016.

SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, CASO SERGIO OMAR CALDÓN DUQUE Y WILLIAM DÁVILA BARROS, de 05/06/2002. Disponível em: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/1139-050602-02-0429.HTM>>. Acesso em: 09/07/2016.

TAVARES, André Ramos. *Parecer jurídico*. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/parecer-dilma-andre-tavares.pdf>>. Acesso em: 22/10/2016.

URIBE MENDOZA, Cristhian. La activación de la revocatoria de mandato en el ámbito municipal en Colombia. Lecciones del caso de Bogotá. *Estudios Políticos*, 48, Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, p. 179-200. DOI: 10.17533/udea.espo.n48a10, 2016.

WELP, Yanina; SERDÜLT, Uwe. ¿Renovación, crisis o más de lo mismo? La revocatoria de mandato en los gobiernos locales latinoamericanos. *Desafíos*, 24 (1), 2012.

ZIMMERMAN, Joseph F. *The recall: tribunal of the people*. New York: State University of New York, 2013.

Data de recebimento: 13/12/2016

Data de aprovação: 03/03/2017

RESENHA DA OBRA “TEORIA GERAL DO DIREITO E MARXISMO” DE E. B. PACHUKANIS

REVIEW OF BOOK “THE GENERAL THEORY OF LAW AND MARXISM” OF E. B. PACHUKANIS

*Amanda Cataldo de Souza Tilio dos Santos**

RESUMO

A presente resenha crítica tem como objeto a obra *Teoria geral do direito e marxismo*, de E. B. Pachukanis, possuindo como foco a Introdução e os Capítulos de I a V do referido livro. Inicialmente, serão tecidos breves comentários sobre o pensamento de Pachukanis, ressaltando o contexto político no qual se insere. Após uma breve introdução aos conceitos centrais da obra, serão expostos os pontos principais dos capítulos reseñados. Por fim, será verificado que o tema da transição para a sociedade comunista permaneceu por anos como uma questão complexa, exemplificando a experiência da revolução cultural proletária chinesa.

Palavras-chave: Pachukanis; Teoria geral do Direito; Marxismo; Comunismo.

ABSTRACT

This critical review presents the work *The General Theory of Law and Marxism* of E. B. Pachukanis, focusing on the introduction and chapters I to V of the book. Initially, will be made brief comments made about Pachukanis' thought, highlighting the political context in which it was inserted. After a brief introduction to the core concepts of the work, the main points of the chapters will be exposed. Finally, will be verified that the theme of transition to communist society remained for years as a complex issue, exemplifying the experience of the Great Proletarian Cultural Revolution in China.

Keywords: Pachukanis; General theory of law; Marxism; Communism.

* Mestranda em Teoria do Estado e Direito Constitucional, da PUC-Rio. Bolsista da Capes. Pós-Graduado em Direito. mandy2005@hotmail.com.

UMA INTRODUÇÃO À OBRA DE PACHUKANIS: “TEORIA GERAL DO DIREITO E MARXISMO”

Evguiéni B. Pachukanis, autor de *Teoria geral do direito e marxismo*,¹ lançou-se como um expoente do marxismo na filosofia do Direito principalmente após a publicação do trabalho em tela, poucos anos após a Revolução de Outubro, ocorrida na Rússia, em 1917.

Nessa obra, Pachukanis objetiva demonstrar a especificidade do Direito, seu caráter histórico e a sua interligação com a estrutura social intrínseca ao modo de produção do Capitalismo. Nesse sentido, defende que, quando o Direito eleva o homem à qualidade de “sujeito de Direito”, este é transformado em proprietário de si mesmo, podendo vender sua força de trabalho como mercadoria. Neste sentido, a mediação jurídica se faria necessária para que a relação de troca mercantil entre o trabalhador assalariado e o capitalista fosse efetivada pela concepção de “igualdade jurídica”, apesar da desigualdade efetiva equivalente àquela que existia entre o “senhor” e o “servo”.

O autor realiza uma leitura de Marx para fornecer um entendimento sobre o Direito, verificando como a forma jurídica representa a forma mercantil capitalista. Sob esse viés, realiza uma crítica ao normativismo jurídico e concebe a impossibilidade de constituição de um eventual “socialismo jurídico” ou de um “Direito proletário”. O Direito, na realidade, é um operador real, não apenas ideologia, e ativo no âmbito da complexa sociedade capitalista. Conforme será aduzido, Pachukanis defende que a transição final ao comunismo dependeria da extinção do conjunto de formas, dentre essas a jurídica, pelas quais o capitalismo é operacionalizado.

Conclusivamente, serão realizados breves comentários sobre a contradição interna de sua teoria relacionada ao papel reservado ao Direito durante a transição socialista. Para Pachukanis, o Direito desempenharia uma função primordial durante o período de transição; far-se-ia necessária uma espécie de legalidade “socialista” como um estágio intermediário ao comunismo. A experiência da Revolução Chinesa, por sua vez, demonstrou que, na prática, o “Direito socialista” era incapaz de superar as amarras do capitalismo e mediar o processo de transição ao comunismo.

INTRODUÇÃO: “AS TAREFAS DA TEORIA GERAL DO DIREITO”

Pachukanis inicia sua introdução intitulada “As tarefas da teoria geral do direito” verificando que se pode definir a “teoria geral do Direito” pelo estudo

¹ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*. Trad. Silvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988.

do desenvolvimento dos conceitos jurídicos fundamentais abstratos. Expõe que, por serem abstratos, conceitos tais como “norma jurídica”, “relação jurídica” e “sujeito jurídico” são utilizados em qualquer domínio do Direito. Tais categorias jurídicas fundamentais possuem sua significação de forma independente do conteúdo concreto das normas jurídicas. Nesse sentido, sua significação não é alterada mesmo que o conteúdo material concreto seja modificado.

O autor defende que um certo número de definições abstratas e gerais estão sempre presentes no pensamento jurídico evoluído, independentemente da matéria a qual dizem respeito. Assim, indaga ao leitor se seria possível uma análise das definições fundamentais da forma jurídica e se a jurisprudência seria capaz de evoluir para uma teoria geral do Direito sem que se confundisse com a psicologia ou sociologia.²

Para responder tais questões, utiliza-se, inicialmente, da filosofia do Direito burguês, massivamente com base nos preceitos neokantianos, verificando a existência de uma oposição entre duas categorias: a categoria do *ser* e a categoria do *dever-ser*, que admitem dois pontos de vista científicos, o explicativo e o normativo. O ponto de vista explicativo analisa o objeto diante de seu comportamento empírico, buscando explicá-lo pela ligação às conexões internas dos objetos e as suas características externas comuns. Já o ponto de vista normativo, analisa os objetos por meio das regras precisas que se exprimem por meio deles; tais regras que ele introduz em cada objeto individualmente como uma necessidade. Nesse sentido, no explicativo são valorizados todos os fatos da mesma forma, já no normativo há uma apreciação valorativa.³

Tal metodologia do neokantismo, ou seja, suas duas espécies de categorias científicas, foram colocadas em xeque pelos escritos do positivista Hans Kelsen. De acordo com Kelsen, no Direito, expresso pela lei estatal, o princípio do Imperativo é percebido de forma heterônoma. Assim, Kelsen desloca a função legislativa para a esfera do metajurídico, subsistindo à jurisprudência a esfera da normatividade. A função da jurisprudência é apenas ordenar os diversos conteúdos normativos.⁴

Nesse sentido, Pachukanis tece um elogio à Kelsen, pois reconhece que ele foi capaz de romper com as categorias kantianas. Segundo os escritos de Kelsen na obra *Teoria geral do direito e do estado*, no âmbito do dever-ser jurídico há tão somente uma passagem de uma norma a outra, observando uma escala hierárquica, na qual a autoridade suprema se situa no topo. Tem-se um conceito-limite a ser observado pela jurisprudência de forma inequívoca.⁵

² PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*. Trad. de Silvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988.

³ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*.

⁴ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*.

⁵ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*.

Contudo, em relação ao positivismo de Kelsen, o autor realiza uma crítica muito consistente. Ele afirma que uma teoria geral do Direito que nada explica e que renega as realidades concretas e a vida social e, ainda, não se debruça sobre a origem das normas ou suas relações com os interesses materiais não pode ser verdadeiramente uma teoria. Ao passo que as teorias jurídicas, denominadas sociológicas e psicológicas, procuram explicar o Direito como um fenômeno real em sua origem e desenvolvimento. Apesar disso, essas últimas teorias possuem um ponto fraco, posto que negligenciam a forma jurídica, utilizando conceitos extrajurídicos; e, quando levam em consideração definições jurídicas, o fazem apenas com o fito de apresentá-las como “ficções”, “projeções”, “fantasmas ideológicos”. Ou seja, tem-se uma atitude naturalista ou niilista.⁶

Quanto aos marxistas, Pachukanis defende que estes não possuem responsabilidades específicas diante da jurisprudência e, por isso, nada acrescentam sobre a definição formal da teoria geral do Direito, apesar de preocuparem-se com o conteúdo das normas jurídicas e com a evolução ao longo da história das instituições jurídicas. Nesse sentido, o conceito de Direito é verificado sob o ponto de vista do seu conteúdo. Assim, o autor defende que a teoria marxista, além de verificar o conteúdo material das normas jurídicas ao longo do tempo, também deve fornecer uma explicação materialista do Direito como forma histórica determinada. Porquanto não seja realizada uma análise do Direito enquanto forma, não se terá “uma totalidade rica em determinações e vínculos internos”, ou seja, ter-se-á apenas “um esboço de análise do fenômeno jurídico”.⁷

Ademais, o autor defende que um conceito complexo como o do Direito não pode ser captado com exatidão por uma definição extraída conforme as regras da lógica escolástica. Inclusive assume que alguns marxistas que se debruçaram sobre a teoria do Direito acabaram por se utilizar da “ciência” escolástica. O grande problema trazido pelo autor é que tais fórmulas não dão conta da compreensão do “conceito de Direito no seu verdadeiro movimento, o qual desvenda toda a riqueza das interações e dos vínculos internos do seu conteúdo”.⁸ Assim sendo, acabam propondo em seus trabalhos um conceito de Direito como uma regulamentação autoritária externa, que serve para todas as épocas e para todos os estágios de desenvolvimento da sociedade, em vez de propor um conceito de Direito na sua forma mais acabada e demonstrar o valor deste para uma determinada época histórica.

Pachukanis discorre, ainda, sobre a importância das abstrações jurídicas fundamentais, que refletem as relações sociais de forma precisa e complexa. Portanto, torna-se necessário deixar de lado uma forma inerte para passar a

⁶ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*.

⁷ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*, p. 21.

⁸ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*, p. 23.

análise da forma jurídica tal como essa de fato existe. Contudo, deve-se verificar as dificuldades que se colocam, tais como a premissa de que existem duas espécies de Direito, sendo uma o Direito subjetivo e a outra o Direito objetivo (ou seja, *jus agendi e norma agendi*). Ainda, de acordo com o autor, o Direito como forma existe apenas nos seus pares opostos, tais como Direito objetivo e Direito subjetivo; Direito público e Direito privado. Tais distinções fundamentais aparecem conectadas automaticamente à formulação principal se esta for concebida de forma a enquadrar todas as épocas e estágios que não conheceram tais oposições.⁹

Nesse sentido, o Pachukanis defende que somente a sociedade burguesa capitalista criou todas as condições essenciais para que o momento jurídico fosse totalmente determinado nas relações sociais. Na Europa Medieval, a oposição entre o Direito público e o privado era imperceptível, posto que as formas jurídicas ainda eram pouco desenvolvidas e, portanto, a atividade do juiz e do legislador era praticamente unificada. A oposição entre o indivíduo pessoa privada e o indivíduo membro da sociedade política é característica da época burguesa.¹⁰

As abstrações da teoria do Direito são artificiais, assim como as da economia, não podendo ser descobertas por meio de métodos de investigação próprios das ciências naturais. O autor segue argumentando que o ponto de vista jurídico é mais estranho à consciência do “indivíduo médio” do que o ponto de vista econômico, pois o momento jurídico permanece em um segundo plano, apresentando-se plenamente apenas em casos particulares. Ao mesmo tempo, aqueles que pertencem a uma casta particular, como os juristas e os juízes, são vistos como “detentores do momento jurídico no estágio de sua atividade”.¹¹

Pachukanis reconhece também que uma parcela significativa das construções jurídicas é deveras discutível e arbitrária, assim como ocorre com grande parte das construções do Direito público. Ademais, de acordo com ele, o universalismo da forma jurídica não deve impedir a investigação das relações que constituem o seu fundamento real. Outra observação que realiza é quanto à objeção de que as abstrações que servem de fundamento à teoria geral do Direito são exclusivamente adequadas ao Direito burguês. O autor soviético defende que o aniquilamento das categorias do Direito burguês resultará no aniquilamento do Direito em geral, assim sendo a extinção do momento jurídico das relações entre os seres humanos.¹²

O autor expõe que o período de transição descrito por Marx, na obra *Crítica do programa de Gotha*, caracteriza-se pelo fato de que as relações humanas permaneceriam por um certo tempo atreladas ao “horizonte limitado do Direito

⁹ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*.

¹⁰ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*.

¹¹ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*, p. 25.

¹² PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*.

burguês”.¹³ Portanto, mesmo quando o mercado e a troca mercantil fossem abolidos de forma total, a sociedade comunista carregaria ainda as relações econômicas, morais, intelectuais e os estigmas da sociedade capitalista. Isso porque, de acordo com Marx, o princípio diretivo é o mesmo que vigora para a troca de mercadorias equivalentes. Assim, enquanto a relação entre os produtores individuais e a sociedade permanecer com base na troca de equivalentes, tal relação conservará a forma jurídica. Como não considera as desigualdades de aptidões entre as pessoas, o Direito em seu conteúdo tem como base a desigualdade. De acordo com o pensamento de Lênin, como o Direito burguês pressupõe um Estado burguês, ambos subsistirão durante certo tempo no Estado comunista, no que concerne à repartição dos objetos de consumo entre os indivíduos.

De acordo com a visão de Marx, o aniquilamento do Direito e do Estado acontecerá, na supracitada obra, quando todos os indivíduos passarem a trabalhar voluntariamente, segundo suas capacidades, ou seja, “quando a forma da relação de equivalência tiver sido definitivamente ultrapassada”.¹⁴ Assim, na transição completa para o comunismo, de acordo com a doutrina marxista, há um aniquilamento da forma jurídica, uma libertação desta herança burguesa. Isso porque há um vínculo interno entre a forma jurídica e a forma mercantil com base no princípio da troca de equivalentes.

Diante de todo o exposto, o autor defende que a supressão da forma jurídica está relacionada tanto à infração do quadro da sociedade burguesa quanto a uma emancipação total em relação a todas as suas sobrevivências. Assim, a crítica da jurisprudência burguesa, sob o ponto de vista do socialismo científico, deve se basear no paradigma da crítica da economia política burguesa assim como em Marx, analisando as categorias abstratas e verificando seu verdadeiro significado, além de vislumbrar o condicionamento histórico da forma jurídica. Por fim, Pachukanis defende que a morte de uma determinada ideologia se dará com o desaparecimento das relações sociais que a criaram, portanto, “despir as raízes de uma ideologia, é o sinal certo de que seu fim se aproxima”.¹⁵

CAPÍTULO I: “OS MÉTODOS DE CONSTRUÇÃO DO CONCRETO NAS CIÊNCIAS ABSTRATAS”

Em seu primeiro capítulo intitulado “Os métodos de construção do concreto nas ciências abstratas”, o autor defende que o papel da abstração é mais preponderante no âmbito das ciências sociais. Assim sendo, o nível de maturidade das ciências sociais é medido pela perfeição dessas tais abstrações. Nesse sentido,

¹³ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*, p. 27.

¹⁴ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*, p. 28.

¹⁵ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*, p. 29.

infe-re que, quando se parte de uma forma mais simples de um processo para as suas formas mais concretas, tem-se uma via metodológica mais consistente do que quando se parte de uma imagem difusa da totalidade concreta. Ademais, nas ciências naturais observa que os conceitos empregados não estão limitados por marcos cronológicos, ao passo que nas ciências sociais os conceitos são históricos e resultam de uma evolução das relações humanas.

O Direito, enquanto forma, não existe apenas na mente e nas teorias desenvolvidas pelos juristas, mas tem uma história real, que se desenvolve como um sistema particular de relações dos homens sob pressão das relações de produção. Assim, o indivíduo se torna sujeito jurídico quando transforma o produto natural em mercadoria dotada de valor.

O fundamento das teorias burguesas do Direito é o Direito Natural, cujo apogeu se deu no mesmo momento em que os grandes teóricos clássicos da economia política burguesa surgiram. Estas escolas de pensamento têm formulado as condições de existência fundamentais da sociedade burguesa sob a premissa de que tais são condições de existência naturais de toda a sociedade. Inclusive Pachukanis defende que mesmo um positivista jurídico não é capaz de negar os méritos do Direito Natural para a criação do Direito Burguês.¹⁶

Ademais, de acordo com o autor, pode se verificar uma correlação entre a evolução do pensamento jurídico e a do pensamento econômico. Como a sociedade burguesa almeja estabilidade e poder forte, a análise da forma jurídica volta-se para o fundamento da força coativa dos preceitos jurídicos. Encontra-se, então, uma mescla entre o historicismo e o positivismo jurídico, que nega o Direito visto como não oficial.¹⁷

Pachukanis percebe que a escola psicológica da economia política se encontrava em simetria com a escola psicológica do Direito, sendo que o objetivo de ambas era a transposição do objeto de análise para o âmbito dos estudos subjetivos da consciência. Além disso, o formalismo da escola normativa de Kelsen demonstra a decadência do pensamento científico burguês, que exaltava o seu total afastamento da realidade e acabou se diluindo “em estéreis artifícios metodológicos e lógico-formais”.¹⁸ E, no caso da teoria econômica política, os teóricos da escola matemática têm ocupado uma posição equivalente.

Pachukanis assume que a relação jurídica é abstrata e unilateral, produto da evolução social. Ele pontua que a reflexão de Marx sobre as categorias econômicas encontra um paralelo com as categorias jurídicas. Assim, em sua aparente universalidade, elas exprimem, na realidade, um aspecto específico da existência

¹⁶ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*.

¹⁷ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*.

¹⁸ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*, p. 34.

de um determinado sujeito histórico, no caso, a produção mercantil da sociedade burguesa.¹⁹

O autor também defende o papel da evolução histórica para se compreender o significado das formulações anteriores. Isso quer dizer que a forma mais desenvolvida permite que os estágios anteriores, nos quais ela surge como forma embrionária, sejam compreendidos. Como exemplo, diz que, quando se compreende a renda, compreende-se o tributo. Assim sendo, como a sociedade burguesa é a organização histórica de produção mais desenvolvida e diversificada da história, as categorias que exprimem as relações dessa sociedade e que possibilitam a compreensão de sua estrutura, do mesmo modo proporcionam que se compreenda a estrutura e as relações de produção de todas as formas de sociedade já extintas. Nesse sentido, a análise da forma jurídica totalmente desenvolvida traz à tona tanto as formas jurídicas passadas quanto as suas próprias formas jurídicas ainda embrionárias. Por fim, concebe o Direito como uma categoria histórica que corresponde a um regime social específico, construído sobre a oposição de interesses privados.²⁰

CAPÍTULO II: “IDEOLOGIA E DIREITO”

No Capítulo II, intitulado “Ideologia e direito”, Pachukanis versa sobre como o Direito é para os homens uma experiência psicológica vivida sob a forma de regras, princípios ou normas gerais. Contudo, diz que a natureza ideológica de um conceito não suprime desse a realidade e a materialidade das relações expressas por ele. Nesse sentido, ele defende que a perfeição formal de conceitos como “território nacional”, “população” e “poder do Estado” não reflete apenas uma ideologia, mas também pode-se demonstrar neles uma realidade objetiva na forma de uma organização administrativa, financeira e militar real com recursos humanos e materiais.

Assim, o Estado não é apenas uma forma de ideologia, mas um “ser social”. Deve ser considerado como uma organização real de dominação de classes, levando-se em conta os momentos psicológicos e materiais. Assim como Marx defende que o capital é uma relação social que não pode ser verificada por meio de um microscópio, a mesma coisa sucede com o Direito, visto que se trata de uma relação social que pode se comunicar com outras relações sociais ou transmitir para elas a sua própria forma.²¹

O autor defende que “a regulamentação das relações sociais, em certas condições, reveste um caráter jurídico”,²² reconhecendo que existem também regu-

¹⁹ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*.

²⁰ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*.

²¹ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*.

²² PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*, p. 42.

lamentações técnicas. O núcleo mais sólido da esfera jurídica se encontra nas relações de Direito privado, em que o sujeito jurídico adquire a personalidade do sujeito econômico egoísta, do proprietário e do titular de interesses privados. No âmbito do Direito privado, o papel do jurista, como teórico, coincide com a sua função social prática. O preceito desse Direito privado é como uma série inacabável de considerações a favor ou contra reivindicações imaginárias ou queixas eventuais de um “cliente abstrato”.

De acordo com Pachukanis, o antagonismo dos interesses particulares ou privados é uma condição lógica da forma jurídica e também a causa de evolução da superestrutura jurídica. O momento da regulamentação jurídica se inicia onde começam as diferenças e o antagonismo de interesses, sendo, portanto, o litígio o elemento fundamental do fato jurídico. A tarefa do jurista começa quando precisa adotar o ponto de vista de sujeitos distintos opostos, cada um titular de seus interesses privados.²³

Para o autor, na realidade, por mais irreal que uma construção jurídica pudesse parecer, ela está assentada sobre uma base sólida enquanto estiver mantida dentro da esfera do Direito privado, especialmente no que tange ao Direito de propriedade. Ele exemplifica dizendo que esta era a explicação para que as ideias dos juristas romanos permanecessem em voga até aqueles dias.²⁴

Portanto, Pachukanis defende que a forma jurídica é reflexo da relação social *sui generis* dos proprietários de mercadorias entre si. Contudo, a análise preponderante da época, no âmbito da filosofia do Direito, verifica a relação jurídica como uma relação da vontade dos homens em geral. Isso porque as premissas dos atos de troca se transformam, devido à evolução da economia mercantil, em formas naturais de quaisquer relações humanas. Já os atos do comércio se apresentam na concepção dos filósofos como casos particulares de uma forma geral que se tornou eterna.²⁵ Por fim, o autor defende que para a filosofia burguesa do Direito a relação jurídica é uma forma natural e eterna e, a questão do conteúdo de classe das formas jurídicas não chega nem mesmo a ser posta. Já para a teoria Marxista, esta questão deverá ser posta como uma prioridade.

CAPÍTULO III: “RELAÇÃO E NORMA”

No Capítulo III, denominado “Relação e norma”, Pachukanis inicia versando sobre como a sociedade apresenta-se como uma cadeia ininterrupta de relações jurídicas, assim como a riqueza da sociedade capitalista se constitui por uma grande acumulação de mercadorias. Como a troca de mercadorias leva a uma

²³ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*.

²⁴ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*.

²⁵ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*.

economia atomizada, o vínculo entre as diversas unidades econômicas, privadas e isoladas, se dá pelos contratos que celebram. Portanto, conforme o autor, “a relação jurídica é como que célula central do tecido jurídico e é unicamente nela que o Direito realiza o seu movimento real. Em contrapartida o Direito, enquanto conjunto de normas, não é senão uma abstração sem vida”.²⁶

Por isso, a escola normativa de Kelsen nega a relação entre os sujeitos e se concentra no valor formal das normas. Sob esta concepção, a relação jurídica é pertencente à ordem jurídica, ou seja, não é uma relação entre sujeitos jurídicos opostos a tal ordem.²⁷

De acordo com o autor, a expressão a “*norma gera a relação jurídica*” possui um duplo sentido, o realmente e o logicamente. O conjunto de normas, que pertence ao domínio da crítica literária, somente possui uma significação real devido às relações formadas a partir destas normas e deriva efetivamente destas. Nesse sentido, na realidade materialista, a relação prevaleceria sobre a norma.²⁸

Pachukanis defende que o Direito, tomado como um fenômeno social objetivo, não pode se esgotar na norma ou na regra. O conteúdo lógico da norma é inferido diretamente das relações preexistentes ou quando a norma é promulgada na forma de lei estadual, proporcionando certa previsão quanto às relações futuras correspondentes. Portanto, para que se possa verificar a existência objetiva do Direito, faz-se necessário conhecer seu conteúdo normativo e como este conteúdo é realizado efetivamente no âmbito das relações sociais.²⁹

O autor exemplifica sua teoria por meio da relação entre o credor e o devedor. Ele defende que não se pode afirmar que a relação entre o credor e o devedor tem sido criada pelo sistema coativo com vistas ao cumprimento de dívidas existentes do Estado. Tal ordem, que existe de forma objetiva, garante a relação, preservando-a, mas não a cria. Portanto, é um grande erro admitir que o sujeito e a relação jurídica não existem fora do âmbito da norma objetiva, ao passo que também é incorreto assumir que o valor não pode ser verificado fora da oferta e da procura. Assim, o autor exprime que o pensamento jurídico dominante possui um formalismo exacerbado desconectado da vida cotidiana.³⁰

Na teoria marxista, o que mantém unidos os indivíduos pertencentes à sociedade burguesa é a necessidade tida como natural ou as propriedades essenciais do homem, concebendo que a vida civil é o vínculo desta sociedade e não a vida política. Nesse sentido, por exemplo, é necessário que exista relação econômica de troca para que a relação jurídica do contrato de compra e venda nasça.

²⁶ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*, p. 47.

²⁷ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*.

²⁸ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*.

²⁹ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*.

³⁰ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*.

O poder político, por sua vez, pode regular com o auxílio das leis a forma e o conteúdo deste contrato jurídico.³¹

De acordo com Pachukanis, pode-se dizer que, historicamente, o Direito começou por meio de litígios e, somente com o passar dos anos, esse passou a abarcar as relações práticas ou puramente econômicas já existentes, que desde o início possuíam um duplo aspecto: o econômico e o jurídico. Porém, a jurisprudência dogmática se esquece de tal sucessão histórica, conferindo propriedades jurídicas a todas as ações verificadas no tempo. Na realidade, para ele, o poder do Estado oferece clareza e estabilidade à estrutura jurídica, mas é incapaz de criar as premissas; estas estão enraizadas nas relações materiais, ou seja, nas relações de produção.³²

De acordo com o autor, o desenvolvimento do Direito como sistema nasceu diante das exigências trazidas pelas trocas comerciais com os povos que não estavam ainda unidos sob uma única esfera de poder. Tais relações comerciais com os povos que não faziam parte da comunidade de Direito público originaram o *jus gentium*, de acordo com a terminologia de Gumpłowicz, e tal Direito rejeita tudo o que não está ligado ao fim e à natureza da relação econômica na qual se baseia. Portanto, segundo ele “a relação jurídica é diretamente gerada pelas relações materiais de produção existentes entre os homens onde quer que se encontre uma camada primária da superestrutura jurídica”.³³

Para o autor, o sujeito portador e destinatário de todas as aspirações plausíveis e o universo de sujeitos conectados reciprocamente por suas pretensões formam a estrutura jurídica fundamental que também equivale à estrutura econômica, ou seja, às relações de produção no âmbito de uma sociedade que tem como base a divisão do trabalho e a troca. Nesse sentido, por exemplo, a obrigação surge como o reflexo e a contrapartida de um Direito subjetivo. A dívida de uma parte é, ao mesmo tempo, o que pertence a outra e lhe é assegurado.³⁴

A norma, como uma prescrição imperativa, representa um elemento da moral, da estética, da técnica e, ademais, um elemento do Direito. A norma jurídica tem sua especificidade ancorada no fato de pressupor uma pessoa portadora de Direitos podendo fazer valer suas pretensões. Contudo, a ideia de uma submissão completa a uma autoridade normativa externa não tem relação com a forma jurídica.³⁵

Pachukanis expõe também a problemática existente entre a divisão em Direito subjetivo (caracterizado pelo homem egoísta) e o Direito objetivo – “ex-

³¹ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*.

³² PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*.

³³ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*, p. 57.

³⁴ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*.

³⁵ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*.

pressão do Estado burguês como totalidade”³⁶ – que caracteriza o homem como um indivíduo burguês privado e o homem como cidadão do Estado. A dificuldade nessa divisão entre o Direito público e o privado consiste no limite entre o interesse egoísta do homem e o interesse geral abstrato da totalidade política que, segundo o autor, não pode ser demarcado a não ser que de forma abstrata. Isso porque, em suas palavras, tais momentos se interpenetram reciprocamente.

Na concepção do autor, os Direitos públicos subjetivos são os mesmos Direitos privados, que se encontram em uma esfera em que deve reinar o interesse geral impessoal estabelecido pelas normas de Direito objetivo. Assim sendo, no âmbito da organização política, o Direito público impera como um reflexo da forma jurídica privada.

Pachukanis defende que a sociedade burguesa é caracterizada pelo fato de que os interesses gerais se deslocam dos interesses privados e se contrapõem a estes. Portanto, a divisão entre Direito público e privado é artificial e inútil. O conceito de “Direito público” se desenvolve em seu movimento, continuamente repellido do Direito privado, tendendo a se determinar como seu oposto e, por fim, voltando-se a ele como seu ponto de gravidade.³⁷

Finalmente, como marxista, o autor defende-se da crítica de que tenha objetivado “construir uma teoria de jurisprudência pura”,³⁸ mas que seu foco é oferecer uma interpretação sociológica da forma jurídica e das categorias específicas que a demonstram. Ademais, para ele, a jurisprudência burguesa tenta “mascarar a estreiteza do seu próprio método através de empréstimos pedidos à Sociologia e à Psicologia”.³⁹

CAPÍTULO IV: “MERCADORIA E SUJEITO”

No Capítulo IV, intitulado “Mercadoria e sujeito”, Pachukanis argumenta que toda relação jurídica é uma relação entre sujeitos. E, assim, a forma jurídica mais desenvolvida corresponde às relações sociais burguesas capitalistas.

A propriedade se torna fundamento da forma jurídica quando passa a existir a livre disponibilidade de bens no mercado. No âmbito do Capitalismo, o trabalhador assalariado se coloca no mercado como vendedor de sua força de trabalho e, deste modo, a relação de exploração capitalista se dá pela forma jurídica do contrato. Assim, de acordo com o autor, “a sociedade capitalista é, antes de tudo, uma sociedade de proprietários de mercadoria”,⁴⁰ ou seja, as relações

³⁶ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*, p. 62.

³⁷ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*.

³⁸ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*, p. 66.

³⁹ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*, p. 67.

⁴⁰ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*, p. 70.

sociais entre os indivíduos no âmbito do processo de produção, assumem uma forma “coisificada” nos produtos do trabalho, aparecendo como “valores”.

Nesse sentido, o vínculo social entre os indivíduos no processo produtivo pressupõe para sua realização a necessidade de uma relação particular entre esses homens para que os bens econômicos, frutos do trabalho, possam ser negociados. No mesmo momento em que o produto do trabalho se torna mercadoria e passa a ter valor, o homem se torna sujeito jurídico e portador de Direitos. A vida social, neste aspecto, se desloca entre o conjunto de relações coisificadas e, no entanto, entre as relações nas quais o homem apenas se determina quando oposto a uma “coisa” ou mercadoria, ou seja, a relação jurídica. O homem, enquanto encarnação do sujeito jurídico abstrato, impessoal, é um produto das relações sociais devido a sua qualidade como possuidor e proprietário da “coisa”. E, para que se possa relacionar as coisas como mercadorias, os seus possuidores devem reconhecer-se mutuamente como proprietários privados.⁴¹

A propriedade burguesa capitalista de uma posse instável transforma-se em um Direito absoluto que segue a coisa aonde quer que essa se encontre, sendo o Direito resguardado por meio das leis, da polícia e dos tribunais. Pachukanis opõe-se ao tratamento do sujeito jurídico como uma categoria eterna, ao contrário, defende que a categoria de sujeito jurídico é constituída no ato de troca no âmbito do mercado.⁴²

O autor verifica ainda que no âmbito do mercado, pode-se abstrair as diversidades concretas entre os sujeitos jurídicos, reunindo-os sob um único conceito genérico, visto que “aquele que obriga a alguém, obriga simultaneamente a si próprio”,⁴³ alternando a todo momento a posição de parte demandante e demandada.

Ademais, em sua concepção, o sujeito jurídico foi precedido pelo “indivíduo armado” (defensor de seus interesses por meio do conflito) que, com o crescimento das forças sociais disciplinadoras, acabou perdendo sua concretização material. Assim, em substituição de sua energia pessoal, surge o poder “da organização social, ou seja, de classe, que possui a expressão mais elevada na forma do Estado”.⁴⁴

Entretanto, a isonomia entre os sujeitos existia apenas em um âmbito limitado, isto é, entre os membros de um Estado social na esfera dos Direitos do Estado e os membros de uma corporação na esfera dos Direitos corporativos. Desse modo, figurando como titular de privilégios concretos, o sujeito jurídico

⁴¹ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*.

⁴² PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*.

⁴³ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*, p. 76.

⁴⁴ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*, p. 77.

pode aparecer “como portador geral abstrato de pretensões jurídicas concebíveis na qualidade de titular de privilégios concretos”.⁴⁵ Nesse sentido, na Idade Média, diante da ausência do conceito abstrato de sujeito jurídico, a concepção de uma norma objetiva dirigida a um grupo amplo de pessoas era vista como a instituição de privilégios e liberdades concretas.

Por conta do desenvolvimento total das relações burguesas, o Direito passou a possuir um caráter abstrato, tornando o homem “em geral”, o sujeito jurídico abstrato. O sujeito jurídico, assim sendo, pode assumir a forma de proprietário de mercadorias, com o desejo de alienar e adquirir por meio de um acordo mútuo entre os proprietários de mercadorias. Tal relação no âmbito jurídico é observada pelo contrato ou como acordo entre vontades independentes.⁴⁶

Na concepção de Pachukanis, o conceito de ato jurídico possui sua origem no contrato. E, com base na concepção de Marx, “é para o ato de troca que convergem os momentos essenciais tanto da economia política como do Direito”.⁴⁷ Assim, na troca, a relação jurídica é estabelecida pela relação econômica. Com o surgimento da ideia de contrato, ela passou a adquirir uma significação universal.

Nesse sentido, defende também que originalmente a relação do homem com a “coisa” não possuía um significado jurídico. Ou seja, a ideia de apropriação como algo “natural” foi concebida devido às necessidades geradas pela circulação dos bens, pela compra e pela venda. Portanto, o mercado estável necessita de uma regulamentação do Direito de disposição das mercadorias e, por conseguinte, do Direito de propriedade.⁴⁸

Para o capitalismo, havia um empecilho ao seu desenvolvimento na propriedade feudal que se encontrava no fato da imobilidade, na sua incapacidade de se transformar em objeto de uma garantia recíproca que pudesse passar em várias mãos por meio da alienação e da aquisição. Neste sentido, impossibilitava a “igual possibilidade de aceder à desigualdade”.⁴⁹ A reciprocidade, garantida pelas leis do mercado, oferece à propriedade a sua característica de instituição eterna; já a garantia política assegurada pela coação estatal, apenas protege determinada situação pessoal dos proprietários. Ademais, a luta de classes, de acordo com o autor, tem provocado uma redistribuição da propriedade em momentos históricos, apesar de tais disputas não terem abalado as estruturas da propriedade privada no que tange à junção, operada por meio da troca, das esferas econômicas. Assim, nas revoluções não proletárias aqueles que protestavam contra a propriedade ao fim se tornavam produtores independentes.

⁴⁵ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*, p. 77.

⁴⁶ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*.

⁴⁷ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*, p. 79.

⁴⁸ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*.

⁴⁹ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*, p. 80.

Diante do exposto, Pachukanis verifica que o desenvolvimento do mercado abre espaço para a possibilidade e a necessidade de transformação do homem que se apropriava das coisas por meio do trabalho ou de sua espoliação, em um proprietário jurídico. Desse modo, o “natural” passaria automaticamente para o “jurídico”. O surgimento da propriedade na concepção jurídica ocorreu devido ao fato de que ser proprietário proporcionava aos homens realizar as trocas de suas mercadorias. Assim, “o poder ilimitado do dispor da coisa”⁵⁰ é o reflexo da circulação das mercadorias de forma ilimitada.

A relação do homem com a coisa que produziu ou espoliou, ou ainda, que faz parte de sua personalidade (por exemplo, armas e joias), representa historicamente um elemento do desenvolvimento da propriedade privada. É a forma originária, primitiva e limitada da propriedade. Nesse sentido, a propriedade privada apenas passa a ter um caráter acabado e universal com o surgimento da economia mercantil capitalista, rompendo, portanto, os liames com as sociedades humanas organicistas. A apropriação privada como condição de utilização pessoal livre e a apropriação privada como condição de alienação posterior ao ato de troca unem-se por meio de um vínculo direto morfológico, apesar de constituírem categorias diversas.⁵¹

A propriedade capitalista, na concepção de Pachukanis, relaciona-se à liberdade de transformação do capital de uma forma para outra, a liberdade de se transferir o capital de uma esfera para outra, sempre objetivando os maiores lucros sem desempenhar um trabalho. E, para que haja liberdade de dispor da propriedade capitalista, devem existir indivíduos necessitados de propriedade, sendo estes os proletários. Portanto, a concepção de proprietário, sua qualidade de ser sujeito jurídico é formal, pois todos são aptos a serem proprietários, mas isso não os torna necessariamente detentores de propriedade.⁵²

Devido à evolução do modo de produção capitalista, o proprietário se aparta das funções técnicas de produção e, assim, também do domínio jurídico total sobre o capital. Tal situação pode ser exemplificada por uma empresa de acionistas. Somente um grupo reduzido de grandes capitalistas, que detêm grande parcela do capital, opera na circulação mercantil por meio de seus representantes ou procuradores. Poder-se dizer, portanto, que a forma jurídica distinta da propriedade privada não representa a situação real das coisas, considerando-se que a dominação se expande por meio de métodos de participação, controle e outros, que se encontram além do âmbito unicamente jurídico. Para conferir isso, Pachukanis defende a existência de um ponto propício para que a sociedade capi-

⁵⁰ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*, p. 82.

⁵¹ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*.

⁵² PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*.

talista madura se transforme em seu oposto, por meio da revolução de classe do proletário.⁵³

O autor argumenta que o desenvolvimento do modo de produção capitalista, que possui como base o princípio da livre concorrência, atua de forma contrária a esse pressuposto. Isso porque o capitalismo monopolista lança as bases de um outro sistema econômico, no qual o movimento da produção e a reprodução social ocorrem devido a uma organização centralizada e planejada. Tal organização é criada pelos trustes, cartéis e demais formas monopolistas. Os movimentos gerados no âmbito dos embates entre as organizações capitalistas privadas e as organizações estatais no sistema do capitalismo burguês reflete essa situação, que difere da base assentada no princípio da livre concorrência.⁵⁴

Por fim, Pachukanis defende que a condição essencial do socialismo é a tomada de poder político pelo proletariado: “a tomada de poder político pelo proletariado tornou-se a condição fundamental do socialismo”.⁵⁵ De acordo com ele, a experiência ao longo da história tem provado que a produção e a distribuição, de forma organizada e planejada, não tiveram sucesso imediato na substituição da forma de trocas de mercadorias e o vínculo entre as diferentes unidades econômicas por meio do mercado. Nesse sentido, enquanto o plano de uma economia planejada única não estiver concluído e, enquanto se mantiver o vínculo de mercado entre as diversas empresas e grupos de empresas, a forma jurídica em vigor também será mantida. O autor verifica também que a aplicação do princípio do “cálculo econômico” na indústria nacionalizada leva à formação de unidades autônomas que se juntam às outras unidades econômicas por meio do mercado.

Portanto, no período em que as empresas estatais estiverem submetidas aos imperativos da circulação no mercado, as suas inter-relações assumirão a forma de contrato. Assim, conforme as relações mercantis e o incentivo ao lucro forem abolidos da esfera de produção, a libertação do homem ocorrerá. Ou seja, quando o homem reconhecer e organizar suas próprias forças como forças sociais, e quando não houver necessidade de se separar da força social na forma de força política, ele terá sucesso na emancipação humana. Finalmente, quando houver a supressão total das relações de valor na economia, o fim dos momentos jurídicos privados na superestrutura jurídica e a decomposição gradativa deste conjunto da superestrutura jurídica será constituída uma sociedade sem classes.⁵⁶

⁵³ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*.

⁵⁴ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*.

⁵⁵ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*, p. 87.

⁵⁶ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*.

CAPÍTULO V: “DIREITO E ESTADO”

No Capítulo V, denominado “Direito e estado”, Pachukanis defende que a necessidade de um Estado de paz coincide com o momento em que a troca passa a ser um fenômeno corrente. Diante dessa necessidade, os mercados e centros comerciais passaram a ter privilégios particulares com vistas à proteção de suas propriedades contra apreensões arbitrárias e a segurança na execução dos contratos. Neste sentido, surgiu o *jus mercatorum* especial.⁵⁷

Somente com o desenvolvimento da economia monetária e do comércio, as formas econômicas criaram a verdadeira oposição entre a vida pública e a vida privada, que ao longo do tempo foram “naturalizadas” e passaram a ser o fundamento da teoria jurídica do poder. Antes disso, o poder feudal e o patriarcal desconheciam os limites entre o âmbito privado e o público.⁵⁸

Inicialmente, a separação entre o Direito público da soberania territorial e o princípio da propriedade privada da terra no âmbito da Europa Medieval foi finalizada dentro dos muros das cidades de forma mais precoce e completa em relação a outros lugares. Isso porque havia o pagamento de impostos e encargos em benefícios da comunidade, ao passo que também existiam rendimentos com base na propriedade privada.

Segundo o autor, diante do fato de o Estado possuir funções distintas (tais como travar guerras, com base na razão de Estado; e atuar como fiador da troca mercantil, tendo sua autoridade emanada do Direito) uma só teoria jurídica do Estado é incapaz de abarcar todas as funções deste e, oferecer, assim, uma ótica alterada da realidade.⁵⁹

Na concepção de Pachukanis, o domínio de classe tem uma extensão maior do que a esfera oficial de domínio do Estado. O domínio da burguesia pode ser expresso diante da dependência do Estado em relação ao setor bancário e aos grupos capitalistas e, ademais, na relação de dependência de cada trabalhador individualmente diante da entidade empregadora e, finalmente, na situação de o *staff* do aparelho estatal estar profundamente relacionado à classe dominante.⁶⁰

O autor diz que não seria suficiente explicar que o cenário ideológico construído pela classe dominante serviria para camuflar o seu domínio de classe por trás do aparelho estatal. Mas, segundo ele, para que se verifique as raízes de uma ideologia, faz-se necessário verificar as relações reais que esta exprime.

⁵⁷ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*.

⁵⁸ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*.

⁵⁹ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*.

⁶⁰ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*.

Assim, o senhor feudal submeteu os camponeses por dispor de uma força armada e, ao longo do tempo, este domínio de fato se revestiu de um “véu ideológico” oferecido pela autoridade emanada de Deus. Já a submissão do operário assalariado ao capitalista se desenvolve pela dominação do trabalho morto acumulado que domina o trabalho vivo. O aparelho de dominação, neste caso, está situado acima de cada capitalista individual e é tido como uma força impessoal. Desse modo, não há uma coação política ou jurídica sobre o assalariado para que ele trabalhe para um empresário específico, mas sua força de trabalho é colocada no mercado e vendida formalmente por meio de um contrato livre. Assim como a relação de exploração é verificada formalmente pelas relações entre o proletário e o capitalista, que, em tese, possuem mercadorias “independentes” e “iguais”; o poder político de classe pode se revestir na forma de poder público. No caso, a democracia oferece o acesso coletivo da classe ao poder.⁶¹

Ao passo que a sociedade passa a representar um mercado, a máquina do Estado passa a se estabelecer como a vontade geral, impessoal. Quando os termos da troca passaram a ser determinadas por meio de uma autoridade situada fora das leis naturais do mercado, o Estado, os conceitos de “valor de troca” e de “mercadoria” foram alterados. A coação por meio da violência situa um indivíduo contra o outro, indo ao encontro das premissas iniciais que tinham como base as relações entre os proprietários de mercadorias no âmbito do mercado. Como a coação não pode ser vista como a subordinação de um proprietário diante do outro, esta deve emergir de uma forma camuflada, advinda de uma pessoa coletiva abstrata. Desse modo, o poder de um homem sobre o outro é expressado como poder do Direito, assim sendo, camuflado como o poder de uma norma objetiva imparcial.⁶²

Nesse sentido, o poder do Estado passa a ser percebido como um fenômeno abstrato e racionalista. A coação autoritária se mostra necessária no momento em que a paz é posta em risco e os contratos não são voluntariamente cumpridos no âmbito das relações entre proprietários de mercadorias. Desse modo, sob um olhar jusnaturalista, o poder do Estado deve primar pela manutenção da paz, ao mesmo tempo em que o Estado deve atuar como um instrumento do Direito.⁶³

A teoria do Direito natural, desse modo, foi utilizada como o embasamento da revolução promovida pela burguesia contra a sociedade feudal. Tais ideias, presentes em obras de jusnaturalistas desde Grotius, fundamentavam a ideia de que a produção mercantil é um “quadro eterno e natural de toda a sociedade”.⁶⁴

⁶¹ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*.

⁶² PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*.

⁶³ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*.

⁶⁴ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*, p. 98.

Com o passar dos anos, essa teoria cedeu lugar a uma nova teoria jurídica do Estado, que se denomina como uma “teoria positiva”, e acaba por deformar a realidade por defender que o Estado é um poder autônomo e destacado da sociedade. A teoria jurídica defende que as ordens emanam do Estado e, além disso, que essas ordens se encontram submetidas às normas gerais do Direito, que expressam a vontade do Estado. Uma herança do Direito natural nessa teoria é a concepção de que o poder público se situaria acima de todos e se dirigiria a todos.⁶⁵

Para Pachukanis, o Estado jurídico é um modelo de conveniência, visto que este pôde substituir a ideologia religiosa e camuflar o domínio das massas por parte da burguesia. Na concepção do autor, a atuação estatal Estado está permeada pela luta entre todo tipo de agrupamentos, sendo estes, classes, partidos, dentre outros, que podem ser considerados como as “molas do mecanismo do Estado”. Isso, infelizmente, não é compreensível para a teoria jurídica que verifica a autoridade na sociedade burguesa como “vontade geral” e “força do Direito”.⁶⁶

O autor verifica que, se pudermos colocar “entre parênteses o ponto de vista jurídico, conseguiremos discernir em cada decisão do parlamento não um ato do Estado, mas uma decisão tomada por determinados grupos ou camarilhas”,⁶⁷ ou seja, indivíduos movidos por motivos individuais e egoísticos ou motivações relacionadas aos interesses de classe ou grupo ao qual se inserem.

O jurista russo sustenta que antes de criar suas teorias, a burguesia edificou o seu Estado na prática, tendo seu início baseado na Europa Ocidental, nas comunidades urbanas. Os recursos financeiros estatais proporcionaram o surgimento de empregados e funcionários públicos, assegurando ao caráter público da autoridade sua base material. O aperfeiçoamento do Estado burguês deveu-se ao princípio de que os agentes de troca no mercado não eram capazes de disciplinar sua relação através de sua própria autoridade. A relação de troca capitalista, portanto, criou a exigência de uma terceira parte que funcionasse como uma garantia recíproca dos possuidores de mercadorias enquanto proprietários e também regras que regessem as relações de troca entre esses indivíduos.⁶⁸

Por fim, para Pachukanis, a sociedade de classes não é apenas um mercado no qual se inserem os proprietários de mercadorias autônomos, mas também uma arena de conflitos entre as classes, na qual o Estado é concebido como uma arma importante. Na verdade, não há uma coexistência, mas um domínio de uma classe sobre a outra. Finalmente, o autor vislumbra que o acirramento da

⁶⁵ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*.

⁶⁶ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*.

⁶⁷ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*, p. 101.

⁶⁸ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*.

luta de classes fez com que burguesia revelasse seu modelo de Estado de Direito, deixando de camuflá-lo, passando a demonstrar a essência do poder estatal como a violência organizada de uma classe que se sobrepõe às demais.⁶⁹

CONCLUSÃO

Efetuada uma bem-sucedida releitura de Marx, na qual verifica a relação intrínseca entre o Direito e as relações de troca capitalistas, Pachukanis constrói uma crítica ao normativismo jurídico e defende a impossibilidade de constituição de um “socialismo jurídico” ou de um “Direito proletário”. Sua posição “antijurídica” centra-se no argumento de que a transição ao comunismo depende da extinção do conjunto de formas por meio das quais o capitalismo é operacionalizado, dentre essas a forma jurídica.

Em sua concepção, é indiscutível que o Direito sirva aos interesses da burguesia capitalista dominante e, assim, defende que a forma jurídica não é uma mera ideologia, mas um operador real que atua no âmbito da complexa sociedade capitalista. Desta forma, inova ao reconhecer que o Direito não é uma “ficção” que deve ser deixada de segundo plano, ao contrário, a forma jurídica possui uma autonomia própria no interior do capitalismo, não estando subordinada a outras esferas de poder. Na realidade, sua posição quanto à extinção do Direito não se relaciona à consideração de que este seja inferior, mas justamente porque eleva o Direito a uma importância maior do que os marxistas haviam realizado até então.

Diante do reconhecimento das relações jurídicas como constitutivas das relações de produção, o jurista soviético visa compreender a mecânica do Direito como condição de dominação burguesa para poder combatê-lo. Nesse sentido, a dogmática jurídica é constituída de abstrações que mascaram as relações reais entre as pessoas contrapostas como produtores de mercadoria, ou seja, o Direito serve para “naturalizar” os atos de troca entre proprietários independentes e formalmente iguais. Assim, contrapõe-se à concepção dominante de que o Direito é uma ordem normativa de coerção e à compreensão formal da ordem jurídica. A visão positivista, segundo Pachukanis, encobre a historicidade do Direito, concebendo a forma jurídica como invariável em todos os tempos e lugares.⁷⁰ Na verdade, a forma jurídica é histórica porque surgiu em uma formação social específica, eminentemente burguesa, alcançando seu pleno desenvolvimento no capitalismo.

Ao passo que o Direito não deve ser renegado ao segundo plano de importância no projeto revolucionário, Pachukanis expõe que desmascarar o Direito burguês e conscientizar o proletariado sobre sua posição de subordinação

⁶⁹ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*.

⁷⁰ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*.

nessa seara não é suficiente. Somente com o fim da dialética classista, da extinção da sociedade de classes, o Direito será extinto de forma automática.⁷¹ Portanto, a extinção do Direito será concomitante ao desmantelamento do sistema capitalista.

Nesse sentido, o autor verifica que a revolução não pode resultar apenas na ocupação do aparelho estatal e jurídico com vistas ao oferecimento de novas diretrizes comunistas. Justamente pela falta de neutralidade das instituições capitalistas, o Estado e o Direito não podem ser colocados à serviço do comunismo. Apesar disso, Pachukanis ainda considerava que a extinção do Direito não se daria de forma instantânea, mas as instituições jurídicas seriam mantidas e desempenhariam funções disciplinadoras por um tempo na sociedade de transição. Ou seja, as instituições “inimigas” (Estado e Direito) serviriam aos anseios da sociedade de transição, considerando-se a impossibilidade de constituição de um Direito eminentemente “proletário”, uma vez que não se pode dissociar o Direito do sistema capitalista. Pode-se inferir que Pachukanis rejeita qualquer concepção de justiça no âmbito do Direito burguês, reconhecendo-o como o sustentáculo da exploração capitalista desde sua origem.

Nesse sentido, Pachukanis preencheu uma lacuna legada por Marx e Engels sobre o papel do Direito na sociedade capitalista, contribuindo com uma explicação mais profunda sobre o seu papel como operador na manutenção e perpetuação desse sistema. Por meio de sua teoria explicativa, pôde desenvolver conclusões próximas àquelas dos supracitados teóricos: o fim da forma jurídica e do fetichismo jurídico pressupõe um estágio de socialismo no qual não exista uma contraposição entre os interesses individuais e o social.⁷² Isso porque, em sua visão, o Direito tem como base interesses privados e se encarrega de litígios relacionados aos interesses individuais. Assim, qualquer tentativa de apresentar uma função social ao Direito levaria à morte da forma jurídica como simplesmente norma organizadora.⁷³

A teoria de Pachukanis, entretanto, tornou-se incompatível com os anseios do Partido Comunista da URSS durante a década de 1920, que buscou a constituição de um Estado forte e do Direito soviético, abraçando um projeto de capitalismo de Estado operado pelos “proletários”. Com a consolidação do stalinismo, a obra de Pachukanis chegou a ser proibida e a concepção de robustecimento do Estado no campo jurídico de Andrei Vichinsky ganhou espaço. Pachukanis, inclusive, procurou reformular sua obra, a partir de 1930, para ajustá-la à nova concepção dominante, contrariando suas ideias anteriores, passando a afirmar

⁷¹ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*.

⁷² ALAPANIAN, Silvia. A crítica marxista do direito: um olhar sobre as posições de Evguiéni Pachukanis. In: *Semina: ciências sociais e humanas*. Londrina, v. 26, p. 15-26, set. 2005.

⁷³ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*.

que “o Direito soviético é diferente do Direito burguês, porque, sob a ditadura do proletariado, o Direito tem como função a proteção dos interesses dos trabalhadores, a supressão dos elementos que se opõem ao proletariado e a defesa da construção do socialismo”.⁷⁴ Contudo, mesmo diante dessa distorção ao pensamento marxista-leninista, enredada pela pressão da direção stalinista, o autor foi preso, condenado como inimigo do Estado e executado em 1937.

A política stalinista subverteu diversos ideais presentes na revolução, além da concepção marxista do Direito de Pachukanis, optando por um capitalismo de Estado que se demonstrou, em muitos momentos, ainda mais perverso e opressivo que o capitalismo burguês, ensejando críticas como a realizada por George Orwell em sua renomada obra *A revolução dos bichos*. Assim, o jurista soviético, de principal referência marxista no campo da filosofia do Direito passou a *persona non grata* à URSS, sendo declarado “inimigo do povo”.

Bilharinho defende em sua obra sobre Pachukanis que a mudança de orientação empreendida pelo autor tem sido impulsionada não somente pela pressão stalinista, mas também devido às contradições internas de seu pensamento, principalmente no tocante à subsistência do Direito e seu papel disciplinador durante a transição socialista. O momento de mudança de rumos na obra do jurista soviético possui como pano de fundo a Terceira Internacional, da qual a doutrina stalinista também é parte constitutiva. De acordo com Bilharinho:

Pachukanis modifica sua concepção do Direito por força, substancialmente, das contradições internas de seu pensamento, que o tornam extremamente vulnerável quando o ‘socialismo’ parece ter triunfado ao mesmo tempo em que a exigência do Direito remanesce, e ele não pode encontrar em sua teoria os elementos para explicar esse paradoxo!⁷⁵

Conforme expõe o supracitado autor o problema da transição para a sociedade comunista ainda é uma questão complexa. Ele exemplifica como a experiência da revolução cultural proletária chinesa demonstra “a insuficiência das instituições e da ordem jurídica socialista para permitir que se dê a transformação das relações sociais capitalistas”.⁷⁶ No caso chinês, a transformação somente foi possível quando o movimento das massas ultrapassou os limites da legalidade “socialista”, infringindo leis, destituindo o poder e constituindo novas formas de poder popular. Nesse sentido, a normatividade socialista apenas acabava por

⁷⁴ NEVES, Bilharinho Márcio. Autocrítica e recuperação do direito burguês. In: *Marxismo e direito: um estudo sobre Pachukanis*. São Paulo: Boitempo, 2000, p. 132.

⁷⁵ NEVES, Bilharinho Márcio. Autocrítica e recuperação do direito burguês, p. 149.

⁷⁶ NEVES, Bilharinho Márcio. A transição socialista e a democracia. *Revista Outubro*, 4. ed., artigo 9. Disponível em: <<http://outubrovesta.com.br/a-transicao-socialista-e-a-democracia/>>. Acesso em: 28/06/2015.

reforçar o domínio de uma burguesia de Estado e, diante disso, a classe operária e o campesinato chinês realizaram uma revolução dentro da própria revolução, isto é, uma revolução no interior da transição socialista. Assim, esses souberam como romper com os resquícios capitalistas no período de transição para abrir caminho para uma sociedade sem classes.

A experiência supracitada coaduna com os preceitos estabelecidos por Pachukanis em sua obra mais conhecida, isto é, não há de se falar em uma “ordem jurídica socialista”, visto que o Direito não pode se separar dos valores capitalistas. Contudo, Pachukanis, na obra resenhada, ainda aceitava a possibilidade de que a forma jurídica sobrevivesse durante o período de transição, enquanto a distribuição do produto social ocorresse com base na equivalência. O caso chinês, por sua vez, questionou o momento propício em que cessaria essa forma transitória, em que termos a transição é considerada completa e o comunismo é alcançado. O partido chinês optando por um “Direito socialista” demonstrou-se incapaz de superar as amarras do capitalismo e, diante disso, a luta violenta foi o meio encontrado pela massa chinesa para impedir que o capitalismo de Estado se tornasse irreversível.

REFERÊNCIAS

ALAPANIAN, Silvia. A crítica marxista do direito: um olhar sobre as posições de Evguiéni Pachukanis. In: *Semina: ciências sociais e humanas*. Londrina, v. 26, p. 15-26, set. 2005.

NEVES, Bilharinho Márcio. Autocrítica e recuperação do direito burguês. In: *Marxismo e direito: um estudo sobre Pachukanis*. São Paulo: Boitempo, 2000.

NEVES, Bilharinho Márcio. A transição socialista e a democracia. *Revista Outubro*, 4. ed., artigo 9. Disponível em: <<http://outubrorevista.com.br/a-transicao-socialista-e-a-democracia/>>. Acesso em: 28/06/2015.

PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*. Trad. Silvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988.

Data de recebimento: 11/08/2016

Data de aprovação: 07/11/2016

SOBRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: ESTÉTICA, POLÍTICA E UMA CRÍTICA AO FILME “V DE VINGANÇA”¹

ON CONSTITUCIONALISM AND DEMOCRACY: AESTHETICS, POLITICS AND A CRITIQUE OF THE MOVIE “V FOR VENDETTA”

*David F. L. Gomes**

RESUMO

Este artigo visa a discutir as tensões entre estética e política e suas possíveis contribuições para compreender a relação entre constitucionalismo e democracia. Para tanto, ele assume a perspectiva teórica do filósofo francês contemporâneo Jacques Rancière e foca na análise do filme “V de Vingança”. A conclusão é no sentido de que este filme não representa a imagem de um projeto emancipatório legítimo, pois não expressa uma estética compatível com o Constitucionalismo democrático.

Palavras-chave: Constitucionalismo; Estética; Política; Jacques Rancière; “V de Vingança”.

ABSTRACT

This paper aims at discussing the tensions between aesthetics and politics and their possible contributions to the understanding of the relationship between Constitutionalism and democracy. To do so, it assumes the theoretical perspective of the contemporary French philosopher Jacques Rancière and focuses on the analysis of the movie “V for Vendetta”. The conclusion is that this movie doesn’t represent an image of a legitimate

¹ Uma primeira versão deste artigo foi escrita como trabalho final da disciplina “Temas de Sociologia Jurídica – Tópicos em Sociologia Jurídica: representações culturais no Brasil – identidades e direitos humanos”, ministrada pela professora doutora Maria Fernanda Salcedo Repolês no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, no segundo semestre de 2013, a quem agradeço pela interlocução.

* Bacharel, mestre e doutor em Direito pela UFMG. Professor do Departamento de Direito da Ufla. Coordenador do núcleo de estudos “Direito, Modernidade e Capitalismo”, vinculado ao Departamento de Direito da Ufla. Áreas de interesse: Teoria do Direito e Direito Constitucional. david.gomes@dir.ufla.br.

emancipatory project, because it doesn't express an aesthetics compatible with the democratic Constitutionalism.

Keywords: Constitutionalism; Aesthetics; Politics; Jacques Rancière; "V for Vendetta".

INTRODUÇÃO

O início do século XXI tem se mostrado como mais um daqueles momentos históricos em que o Constitucionalismo é colocado em xeque. Por um lado, o avanço de organizações terroristas de projeção internacional vem levando, desde o primeiro ano do novo século, à formulação de alternativas que, visando ao combate do terrorismo, combatem ao mesmo tempo o próprio Constitucionalismo. Primeiro na Europa e na América do Norte, mas com pretensões expansivas para todo o mundo, parece haver um consenso cada vez maior acerca da inevitabilidade de enfraquecimento dos direitos e garantias constitucionais diante da necessidade de enfrentamento do terror. No entanto, os imperativos de um modo de produção em crise também se esforçam por dar a entender que os limites impostos pelo Constitucionalismo precisam ser eliminados para que a economia siga livre em seu caminho.

Essas duas vias de pressão contrárias ao Constitucionalismo difratam-se de maneiras distintas em cada país, dando origem a tensões diversas e reações variadas. Tanto em um quanto em outro caso, porém, e independentemente do espaço territorial a que se refiram, o que é atacado por essas vias de pressão é o cerne do Constitucionalismo moderno, seu vínculo interno indissociável, ainda que contrafático, com a democracia. Se, seguindo a linha de raciocínio de Jürgen Habermas, esta não se resume nem à autodeterminação política fundada em uma predominância da autonomia pública, nem à imposição pré-política de direitos fundamentais fundada em uma predominância da autonomia privada, mas reside exatamente na cooriginalidade e na equiprimordialidade de ambas as autonomias, ou seja, na conexão interna entre autodeterminação política – soberania popular – e direitos fundamentais,¹ não restam dúvidas de que a fragilização das conquistas históricas do Constitucionalismo levadas a cabo pelo combate ao terror e pelos imperativos do modo de produção capitalista choca-se frontalmente com a democracia em sua concepção moderna, seja pela restrição e pela ofensa

¹ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Trans. William Rehg. Cambridge: MIT, 1996, especialmente capítulos 3, 4, 7 e 8. Cf. também: HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 285-297; HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 153-173; CATTONI, Marcelo. *Teoria da Constituição*. 2. ed. Belo Horizonte: Initia Via, 2014, especialmente o Capítulo 2.

a direitos e garantias fundamentais, seja pela limitação das possibilidades de autonomia decisória no âmbito político.

Em um contexto como este, não é de surpreender que o Constitucionalismo, aparentemente incapaz de se opor intransigentemente às pressões que o cercam, caia em descrédito. Por conseguinte, entre aquelas e aqueles que se propõem a criticar tais pressões, não faltam opções que, também elas, abrem mão da aprendizagem histórica expressa no Constitucionalismo moderno e dirigem-se a alternativas políticas marcadas internamente por contradições insuperáveis.

Esse parece ser o caso do inumerável círculo de adeptas e adeptos de “V de Vingança” que enxergam nele uma estética da ruptura. Com base nos quadrinhos, o filme “V de Vingança” (“*V for Vendetta*”), mais conhecido do que a versão impressa da história, vem sendo tomado já há algum tempo como capaz de expressar os anseios contestatórios – quiza emancipatórios – de jovens que procuram continuar acreditando em opções possíveis de um outro mundo diante da presente situação global. Uma demonstração recente disso foi a constante alusão ao filme, por meio da utilização da máscara de V por muitas e muitos manifestantes, durante os protestos de junho de 2013 no Brasil.

Esse filme, possivelmente mais do que a história em quadrinhos na qual se baseia, possui uma série de problemas do ponto de vista do que poderia ser entendido como uma ação política contestatória e, mais ainda, emancipatória – mesmo e talvez principalmente se é levado em consideração o substrato anarquista que permeia a sua narrativa.

Em primeiro lugar, em “V de Vingança” a ação política por excelência é situada no futuro. Não aqui, não agora, mas depois, em um tempo que, não importa se marcado em uma data certa de um calendário, permanece como imaginário. Em segundo lugar, esse futuro é apresentado, em princípio, sem esperanças, um futuro no qual possibilidades de mudança parecem não existir diante da força e da intensidade do aparelho opressor que exerce um controle totalizante sobre a sociedade. Em terceiro lugar, em um cenário como esse, a única possibilidade de mudança advém de um sujeito singular, não coletivo, caracterizado por habilidades sobrehumanas e movido violentamente pelo desejo de vingança.² Por fim, é em um ato único, de proporções e impacto macros, como gesto de ruptura que parece fazer o céu descer à terra em um só instante, que a expectativa da mudança, daquela única possibilidade de mudança, é depositada.

² A máscara de V não tem o sentido que se costuma atribuir a ela: o da representação de um anonimato que significaria que V pode, na verdade, ser qualquer um e todos. A máscara de V é uma máscara de alguém com características excepcionais, principalmente as habilidades adquiridas e a motivação da vingança. Qualquer pessoa que vista essa máscara sem possuir tais características não carrega consigo as possibilidades de operar as lutas e mudanças que V é capaz de operar.

É esse gesto tão totalizante como a opressão contra a qual se volta que produz a mudança, como que por meio de uma revelação epifânica. É aquele sujeito, no uso de suas habilidades e na busca por sua vingança, individualmente ou com o auxílio igualmente individual de uma garota que ele pretende ter como sua aprendiz, o responsável por um tal gesto violento capaz de colocar em xeque, *tout court*, a estrutura opressora então vigente. É naquele tempo já sem esperança, naquele tempo em que todo sofrimento se parece ter derramado sobre o mundo e no qual não parece haver nenhuma oportunidade de libertação e transformação, que tal sujeito atua. É no futuro, em um futuro não palpável, mas somente imaginável, que essa atuação ocorre, para esse futuro indefinido é que essa atuação é deslocada.

Não é necessário tornar mais claros os traços de um inadequado messianismo presentes em “V de Vingança”. Esse mesmo messianismo, cuja leitura inadequada tanto tem prejudicado ações de pretensões emancipatórias na Modernidade e também antes dela, ainda quando secularizado sob a forma, igualmente mal interpretada, da utopia.³

Uma atuação que se pretenda emancipatória não pode se dar senão como ação coletiva, não uma ação realizada por lideranças ou vanguardas dotadas de talentos supostamente excepcionais, mas uma ação concertada entre homens e mulheres comuns, em suas vidas comuns, com suas dores e alegrias comuns de seus dias e noites comuns.

Essa ação não pode ser projetada em futuro indefinível. Sem dúvida, um perspectiva mínima de futuro – não obstante todos os riscos presentes em qualquer perspectiva e sobremaneira quando se trata de uma perspectiva de um outro mundo possível – é indispensável, sob a pena da ingenuidade e da irresponsabilidade. Por um lado, porém, esse futuro deve permanecer como um futuro em aberto – a perspectiva não engessa o futuro, mas apenas se procura orientar diante de consequências que nele possam surgir. Por outro lado, e por isso mesmo, é sempre aqui e agora que qualquer ação que se queira ser emancipatória deve encontrar seu lugar e seu tempo. O adiamento em direção ao futuro, sobretudo o adiamento em direção a um futuro pior, no qual o recrudescimento das injustiças aparece como *conditio sine qua non* do florescimento de possibilidades de luta e transformação, é um artifício prático e teórico falacioso e perigoso que pode, quando menos, conduzir a apatias e tolerâncias irresponsáveis diante dos que sofrem – um sofrimento que é também sempre e inevitavelmente aqui e agora.

Além disso, essa ação não se deve pretender como a ação que, por um gesto quase-divino, será capaz por si só de operar a grande e irrevogável revolução. É

³ Sobre o tema, confira: ABENSOUR, Miguel; ARANTES, Urias. *O novo espírito utópico*. Trad. Cláudio Stieltjes et al. Campinas: Unicamp, 1990.

somente como uma ação entre outras, como uma ação enredada em uma rede muito mais ampla e mantida mais ou menos unida por objetivos e ideais mais ou menos comuns, que essa ação pode produzir frutos duradouros e, portanto, emancipatórios, contribuindo para – mas jamais o germinando sozinha – um mundo melhor.

Finalmente, o motor da transformação social não pode ser a vingança. Do ponto de vista político, a vingança produz um círculo vicioso que se realimenta indefinidamente,⁴ com todas as consequências que daí podem derivar. Certamente, é mais do que urgente se pensar em um lugar legítimo para a violência no interior da teoria política, sobremaneira no interior da teoria democrática, posto que seu atual alijamento das reflexões teóricas nesse campo produz nestas uma falha que as distancie do cotidiano de lutas que se dão internamente à democracia e que são constitutivas da democracia. Mas, se é possível pensar uma legitimidade política, mesmo uma legitimidade democrática, para a violência,⁵ não é para a vingança: para esta, legitimidade alguma é possível, seja no âmbito da política ou dos assuntos humanos em geral.

Não cabe neste texto uma discussão acerca da alegada leitura inadequada do messianismo e da utopia, uma discussão que adentrasse mais profundamente as tensões entre tempo e política e que pudesse reconstruir a relevância política do conceito de messianismo pela linha de um messianismo sem messias, de um messianismo sem espera,⁶ de um messiânico sem messianismo⁷ ou de uma diferença entre o messianismo e o sonho da terra prometida,⁸ tanto quanto que reafirmasse também a dignidade política das utopias, do conceito de utopia, pela linha de sua tradução como *nowhere*: aquilo que não tem lugar (*no-where*) somente

⁴ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. Rev. Téc. Adriano Correia. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 300. A referência, neste ponto, a Hannah Arendt restringe-se ao conceito de vingança e aos seus reflexos nas análises arendtianas da política, não implicando assumir por completo o teor e as conclusões dessas análises, isto é, a concepção arendtiana da política, principalmente no complicado ponto das relações entre a política e o social no contexto moderno. De qualquer modo, não se deve deixar de chamar atenção para a ampla e fértil seara que se pode abrir, a partir dessa concepção arendtiana da política, para que se pensem tensões entre estética e política.

⁵ Sobre a possibilidade de uma legitimidade da violência na política, cf., por exemplo: BENJAMIN, Walter. Crítica da violência – crítica do poder. Trad. Willi Bolle. In: *Documentos de cultura, documentos de barbárie*: escritos escolhidos. São Paulo: Edusp; Cultrix, 1986, p. 160-175.

⁶ MARRAMAIO, Giacomo. Walter Benjamin e nós. Trad. Marcelo Cattoni. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, Ministério da Justiça. Brasília, n. 2, jul.-dez. 2009, p. 218-232.

⁷ DERRIDA, Jacques. *Spectres de Marx: L'Etat de la dette le travail du deuil et la nouvelle internationale*. Paris: Galilée, 1993.

⁸ Enquanto o messianismo faz alusão a uma salvação que vem de fora e que, portanto, pode ser apenas passivamente esperada, o sonho da terra prometida diria respeito a algo que deve ser, não esperado, mas buscado, construído pelo povo ainda que na sempre árdua travessia do deserto. A salvação permaneceria como promessa. Porém, não como promessa de dádiva e sim como promessa que exige antes sua própria conquista. Devo essa distinção a Daniel Carvalho.

pode estar aqui e agora (*now-here*).⁹ Entretanto, cabe construir um caminho de crítica ao filme “V de Vingança” que dialoga com essa discussão, um caminho que – conquanto muitas vezes lembrado, em especial sob os rótulos da mídia, da espetacularização e da ideologia – em raras ocasiões é devidamente trilhado em debates teóricos ou práticos sobre política, emancipação e seus difíceis meandros.

Uma resposta comumente ouvida dos que defendem a relevância positiva de “V de Vingança” é no sentido de que o filme representa na verdade uma série de metáforas e analogias, buscando apenas oferecer, de modo inofensivo, imagens que não necessariamente devem ser reproduzidas no cotidiano real das lutas sociais, mas que são capazes de alimentar sonhos de um mundo novo, mesmo diante dos obstáculos que parecem, a cada época, insuperáveis.

Imagens: o que uma resposta como essa ignora é exatamente a força política das imagens. É essa força política que deve aqui servir de guia. Logo, é de notas acerca de tensões entre estética e política que este ensaio se deve compor. O termo “tensões”, em vez de “relações”, parece dar conta mais adequadamente da tessitura complexa que se estabelece entre ambas. Ademais, a opção por abordar simplesmente “tensões” e não “as tensões” se deve à consciência de que essas tensões podem ser de um número inesgotável. Algumas delas, e tão só algumas, serão abordadas aqui.

Chegando, pois, ao fim desta extensa introdução, pode-se sintetizar a estrutura formal de argumentação que estará presente nos tópicos a seguir: o problema precípua sobre o qual este ensaio se debruça diz respeito à relação entre estética e política e, mais especificamente, à relação entre o filme “V de Vingança” e uma democracia constitucionalista – ou melhor, um Constitucionalismo democrático. A hipótese central é a de que as relações entre estética e política podem ser adequadamente compreendidas à luz do conceito, reapropriado por Jacques Rancière, de “partilha do sensível”. A adoção de tal conceito como marco teórico, por sua vez, conduz à afirmação, na conclusão do ensaio, de que o filme “V de Vingança” não representa a imagem de um projeto emancipatório legítimo, posto expressar uma estética não compatível com o Constitucionalismo moderno.¹⁰

⁹ Cf. GOMES, David. *Houve mão mais poderosa?* – Soberania e modernidade na Independência do Brasil. Belo Horizonte: Initia Via, 2015, p. 143.

¹⁰ Na última década, cresceu significativamente no Brasil o conjunto de estudos reunidos sob a rubrica “direito e cinema”. Em geral, esses estudos dedicam-se a uma aproximação alegórica entre direito e cinema: determinados filmes são utilizados como alegorias a partir das quais se podem discutir temas jurídicos – isto é, como imagens que ilustram, estimulam e facilitam didaticamente a aprendizagem jurídica. No presente ensaio, afasto-me desses estudos, na medida em que o que me interessa é uma aproximação formal entre política e estética e, a partir daí, uma aproximação, igualmente formal, entre política, estética, direito e, mais especificamente, entre o filme “V de Vingança” e o Constitucionalismo moderno. Para um bom pano-

JACQUES RANCIÈRE E A “PARTILHA DO SENSÍVEL”

Como ponto de partida, o sentido em que se toma o termo “estética” precisa ser esclarecido. Embora comumente associado com exclusividade ao domínio específico das artes, o sentido com o qual o termo aparece aqui é outro: apropriando-se das ideias de Jacques Rancière, pode-se dizer que há uma estética na base de toda a política.¹¹ Essa estética, contudo:

não deve ser entendida no sentido de uma captura perversa da política por uma vontade de arte, pelo pensamento do povo como obra de arte. Insistindo na analogia, pode-se entendê-la num sentido kantiano – eventualmente revisitado por Foucault – como o sistema das formas *a priori* determinando o que se dá para sentir. [grifos no original]¹²

Tal sistema das formas *a priori*:

é um recorte dos tempos e dos espaços, do visível e do invisível, da palavra e do ruído que define ao mesmo tempo o lugar e o que está em jogo na política como forma de experiência. A política ocupa-se do que se vê e do que se pode dizer sobre o que é visto, de quem tem competência para ver e qualidade para dizer, das propriedades do espaço e dos possíveis do tempo.¹³

Em outras palavras, haveria sempre uma estética como uma certa prefiguração ou configuração do mundo, como configuração geral das percepções no mundo e sobre o mundo, configuração essa responsável por articular um espaço-tempo no interior do qual a política, bem como as demais atividades humanas, pode acontecer.

A partir daí é que Rancière elabora o que entende por “partilha do sensível”:

Denomino partilha do sensível o sistema de evidências sensíveis que revela, ao mesmo tempo, a existência de um *comum* e dos recortes que nele definem lugares e partes respectivas. Uma partilha do sensível fixa portanto, ao mesmo tempo, um *comum* partilhado e partes exclusivas.

rama dos estudos no campo “direito e cinema”, conferir os trabalhos apresentados no GT “Direito, Arte e Literatura”, no XXIV Encontro Nacional do Conpedi: CADEMARTORI, Daniella Mesquita Leutchuk de; POLI, Luciana Costa; VILLAS BOAS, Regina Vera (Coord.). *Direito, arte e literatura*. Florianópolis: Conpedi, 2015. Conferir também MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; BARROS, Juliano Napoleão (Coord.). *Direito e cinema*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013; MARQUES, Verônica Teixeira; OLIVEIRA, Ilzver de Matos; SILVA, Waldimeiry Correa (Org.). *Direito e cinema: filmes para discutir conceitos, teorias e métodos*. Salvador: Edufba, 2014.

¹¹ RANCIÈRE, Jacques. *A partilha do sensível: estética e política*. São Paulo: Editora 34, 2009, p. 16.

¹² RANCIÈRE, Jacques. *A partilha do sensível: estética e política*, p. 16.

¹³ RANCIÈRE, Jacques. *A partilha do sensível: estética e política*, p. 16-17.

Essa repartição das partes e dos lugares se funda numa partilha de espaços, tempos e tipos de atividade que determina propriamente a maneira como um *comum* se presta à participação e como uns e outros tomam parte nessa partilha. [grifos no original]¹⁴

Por conseguinte, diferentes partilhas do sensível, diferentes configurações da articulação entre espaços, tempos e atividades, possibilitam distintas compreensões do que é o comum e de quais são os recortes nele a definirem lugares e partes respectivas, distintas compreensões do que é o comum partilhado, de quem o partilha, do quê e de quem está fora desse comum e de quais são os termos em que essa partilha/exclusão se dá.

É sobre o pano de fundo dessas noções de estética e de partilha do sensível que aquilo a que se alude mais restritamente como âmbito estético, isto é, o âmbito mais restrito das práticas e das obras de arte, pode ser pensado: “As práticas artísticas são ‘maneiras de fazer’ que intervêm na distribuição geral das maneiras de fazer e nas suas relações com maneiras de ser e formas de visibilidade”.¹⁵

Essa colocação das artes no interior de uma compreensão mais geral do que seja estética viria oferecer, ao mesmo tempo, os limites e as possibilidades de um papel político atribuído às, ou exigido das, práticas e obras artísticas. Indo a Platão e à sua crítica, ao teatro e à escrita, aos quais Platão opõe o coro dançante, Rancière escreve:

A superfície dos signos “pintados”, o desdobramento do teatro, o ritmo do coro dançante: três formas de partilha do sensível estruturando a maneira pela qual as artes podem ser percebidas e pensadas como artes e como formas de inscrição do sentido da comunidade. Essas formas definem a maneira como obras ou performances “fazem política”, quaisquer que sejam as intenções que as regem, os tipos de inserção social dos artistas ou o modo como as formas artísticas refletem estruturas ou movimentos sociais. [grifos no original]¹⁶

E mais à frente:

As artes nunca emprestam às manobras de dominação ou de emancipação mais do que lhes podem emprestar, ou seja, muito simplesmente, o que têm em comum com elas: posições e movimentos dos corpos, funções da palavra, repartições do visível e do invisível. E a autonomia de que podem gozar ou a subversão que podem se atribuir repousam sobre a mesma base.¹⁷

¹⁴ RANCIÈRE, Jacques. *A partilha do sensível: estética e política*, p. 15.

¹⁵ RANCIÈRE, Jacques. *A partilha do sensível: estética e política*, p. 17.

¹⁶ RANCIÈRE, Jacques. *A partilha do sensível: estética e política*, p. 18-19.

¹⁷ RANCIÈRE, Jacques. *A partilha do sensível: estética e política*, p. 26.

É inevitável que ao fazer arte se faça também política: não há arte neutra, não há arte que não seja arte em algum sentido engajada, de alguma maneira comprometida com uma certa configuração do mundo, portanto também da política, dos seus espaços e seus tempos, assim como das práticas que se dão nesses espaços e tempos, tanto no que diz respeito ao modo como essas práticas se distribuem quanto no que se refere a quais atores elas se distribuem, ou não. Todavia, essa politicidade da arte, esse engajamento e comprometimento inelutáveis nunca vão além precisamente dessa configuração da política, dessa configuração mais geral do mundo, dessa articulação entre espaços, tempos e atividades que define o que é o comum partilhado, quem o partilha, quem está fora desse comum e quais são os termos em que acontece a partilha ou a exclusão dela.¹⁸

UM BREVE EXERCÍCIO DE APROFUNDAMENTO: ESTÉTICA, POLÍTICA E DIREITO

A compreensão do que seja estética nos termos em que Rancière a concebe pode tornar-se mais inteligível a partir de um exemplo concreto e contemporâneo. Se, conforme citação anterior, as obras e as práticas artísticas “são ‘maneiras de fazer’ que intervêm” no modo como se dá “a distribuição geral das maneiras de fazer e nas suas relações com maneiras de ser e formas de visibilidade”¹⁹ – se, portanto, a arte é um elemento fundamental da partilha do sensível, um elemento que não só a integra e a condiciona ao mesmo tempo em que é por ela condicionada, mas que é também, e exatamente por isso, um indicativo de como se dá essa partilha, de como se articulam espaços, tempos, atividades, compartilhamentos e exclusões –, então o fazer da arte em um certo contexto pode auxiliar no entendimento das tensões entre estética e política que caracterizam esse contexto. E, como direito e política também guardam por sua vez uma relação interna, a compreensão do direito sai igualmente enriquecida.

Já há um bom tempo a arte tomou para si a possibilidade de abordar como seu conteúdo qualquer tema. A generalidade de temas – o fato de o simples, o cotidiano, o banal, poderem ser o conteúdo sobre o qual versa a arte – foi certamente um fator imprescindível para a afirmação da democracia perante o Antigo Regime e um liberalismo economicista que procurava aliar a novidade da liberdade econômica com a conservação da velha desigualdade social e política. Sem dúvida, essa afirmação não se deu sem que muita luta ocorresse e muito sangue fosse derramado. Todavia, precisamente por causa das tensões entre

¹⁸ Para um aprofundamento das discussões deste tópico, cf. RANCIÈRE, Jacques. Les paradoxes de l'art politique. In: RANCIÈRE, Jacques. *Le spectateur émancipé*. Paris: La Fabrique, 2008, p. 56-92.

¹⁹ RANCIÈRE, Jacques. *A partilha do sensível: estética e política*, p. 17.

estética e política, essas lutas influenciavam alterações também na arte, ao mesmo tempo em que a arte influenciava atuações, lutas e mudanças políticas e sociais. Mesmo que fosse para criticar a plebe e seus costumes, mesmo que fosse para tentar oferecer uma negativa radical de uma época em que as antigas e sagradas hierarquias corriam o risco de se esfacelar, aquela generalidade temática – o simples fato de a vida simples de quem não tem sobrenome ou riqueza estar agora tematizada na arte – contribuía exatamente para esse esfacelamento, ao passo em que dava sintomas dele. Uma nova partilha do sensível era concomitantemente produzida e anunciada, dando lugar a novas distribuições de espaços, tempos, atividades e articulações entre eles.²⁰

Essa nova partilha do sensível trazia, por exemplo, a mulher e seu olhar não mais apenas como objeto, mas também como produtores de arte, ao mesmo tempo em que o lugar da mulher na sociedade e também na política ia se alterando. Mas essa democracia de uma arte, ela mesma erudita e restrita a determinadas esferas sociais, que traz para dentro de si temas de um universo que até então não era o seu não pode ser mais do que uma democracia *para* o povo, uma democracia *para* os pobres, os simples, os banais. Assim como se haviam tornado tema de arte sem que, com raras exceções, fossem reconhecidos como atores e autores de arte, esses pobres, simples e banais foram transformados em tema da política, sem que fossem reconhecidos como atores e autores da política. Esse é um aspecto crucial, e tanto crucial quanto pouco tematizado, para o entendimento do que foi a retórica falaciosa da democracia de todo o século XIX e de boa parte do século XX, e que ainda nos dias de hoje não cessou de se fazer ouvir.

Não por acaso, quando a arte veio reivindicar também a abolição do rol restrito de formas que haviam condicionado a distinção entre aquilo que é e aquilo que não é artístico, tantos movimentos, em diversas partes do mundo, que integraram esse movimento mais geral a que se chamou de arte moderna flertaram perigosamente com regimes que se pretendiam a essência mesma da democracia – uma democracia sem participação ativa do povo, mas feita por um líder para o povo e em nome do povo –, quando eram na verdade os gritos mais pujantes do autoritarismo, se não do totalitarismo.

Contudo, as rupturas que levaram à, foram produzidas na e trazidas pela arte moderna inevitavelmente abriram campo para e foram sintomáticas de novas partilhas do sensível, partilhas que, logo, reposicionavam uma vez mais os espaços, os tempos e as atividades humanas em geral, particularmente a política.

Sem entrar no difícil debate acerca das diferenças e delimitações existentes ou não entre arte moderna, arte pós-moderna, arte contemporânea e inclusive

²⁰ RANCIÈRE, Jacques. *A partilha do sensível: estética e política*, p. 19.

arte pós-contemporânea, fato é que a generalidade de temas e de formas, a suposta e – como se vem tentando demonstrar neste artigo – no limite sempre impossível autonomização da arte, sua abstração e desprendimento de um sentido unívoco e predeterminado para suas obras e práticas, ligam-se a características extremamente relevantes do ponto de vista da política contemporânea, mais especificamente da democracia contemporânea.

Por um lado, a afirmação da generalidade de temas e de formas, o postulado da não existência de um conjunto previamente definido de quais conteúdos e quais formas o artístico pode ter, foi forçada a reconhecer o extremo potencial que continha desde o início, tendo de ceder a tessituras temáticas e formais não mais restritas a uma arte que se dizia aberta enquanto permanecia fechada e protegida em sua erudição. Na ponta de um espectro amplo, o grafite e o pixo, o rap e o funk, os textos de blog e a poesia escrita na periferia, com seus temas e linguagens próprios, suas toadas e seus erros – não neologismos ou desvios intencionais – gramaticais, vieram exigir o estatuto da arte. Tudo isso tornou ainda mais complexo o problema da definição do que seja ou não um trabalho artístico. Mas, de um outro ponto de vista, relativizou por completo a distinção entre autor, receptor e objeto ou tema. Se antes o cotidiano e o singelo eram apenas tematizados em uma arte que falava da plebe e de seus anseios sem reconhecer a essa plebe o papel de autora e atriz, agora a população pobre e seu olhar sobre o mundo reclamam para si autoria e atuação artísticas.

Consequentemente, a articulação de tempos, espaços e atividades, compartilhamentos e exclusões alterou-se profundamente. Uma nova partilha do sensível foi se afirmando, tanto como sintoma quanto como delimitadora de uma nova configuração do espaço-tempo possível da atividade política, suas distribuições de tarefas, seus compartilhamentos e exclusões do comum partilhado. Aquela democracia *para* o povo foi obrigada a dar lugar a uma democracia em que esse povo²¹ se procura colocar como coautor das leis e das políticas públicas – dos provimentos estatais em geral – que o têm como destinatário.

No entanto, a abertura hermenêutica da arte, sua abstração e desprendimento de um sentido único e preestabelecido para suas obras e práticas, veio sepultar a concepção de soberania do autor, a concepção de um autor soberano capaz de ditar um sentido que se estende a todas as outras pessoas que entrem em contato com o fruto do seu trabalho artístico. Essa soberania sempre foi a soberania do outro, a soberania de quem diz de fora o que se deve entender de

²¹ O conceito de povo, tanto quanto suas possibilidades políticas de uso, carrega consigo uma ambiguidade inevitável. Em nome desse povo, de uma suposta soberania nele encarnada, muitas das piores atrocidades do século XX foram cometidas. Mas essa polissemia e evasividade, se não deixa de ser perigosa, não pode servir como justificativa irresponsável de uma sociedade desigual e entregue ao domínio de alguns poucos.

alguma coisa. Quando, diante de uma pergunta como “o que esse quadro quer dizer?”, a resposta é “não há um sentido único, cada observador deve atribuir-lhe um sentido”, o que está em xeque é todo esse paradigma da soberania do autor, da soberania do outro, concentrada no outro, no outro que vem sempre de fora ditar uma norma de compreensão, de como se deve compreender algo e, portanto, de como se deve comportar diante desse algo. A essa soberania do outro opõe-se uma soberania de cada um, uma soberania não mais concentrada, uma soberania difusa em cada um e cada uma que interage com aquela obra ou prática artística.

Da ótica da política e do direito, essa ruptura com o paradigma da soberania do autor liga-se de maneira tensa a um momento em que os governantes não se podem mais arrogar a representação única da soberania, posto esta se encontrar difusa nos indivíduos e grupos da sociedade como um todo. Também assim a ideia de um legislativo que tivesse definido de antemão o sentido das leis por ele produzidas tanto quanto a ideia de um juiz que pudesse determinar sozinho como interpretar e julgar os distintos casos que lhe são submetidos perdem espaço diante de postulados teóricos e iniciativas práticas que colocam ênfase em uma linguagem aberta e em uma hermenêutica plural.

Em ambos os casos – na política, no direito e nas tensões entre eles –, o que é questionado é igualmente a soberania do outro, a soberania concentrada no outro, que dita de fora normas de interpretação e, logo, de comportamento. Esse questionamento guarda compromisso com a mesma proposta de uma democracia ampliada que corresponde, sempre de modo tenso, à generalidade de temas e formas artísticos e ao conseqüente reposicionamento de autores, receptores e temas ou objetos. Por conseguinte, essa democracia ampliada – que tem recebido nomes como democracia participativa, democracia deliberativa, democracia de alta intensidade –, com todos os processos de lutas que a propiciaram e que a integram em sua história, não pode ser adequadamente tratada se não se leva a sério a tensão entre ela e uma certa partilha do sensível, uma certa configuração ou prefiguração dos espaços, dos tempos, das distribuições, dos compartilhamentos e das exclusões, que (re)aloca os visíveis e os invisíveis a partir dos quais se estabelece a dinâmica da política.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: “V DE VINGANÇA” E UMA DEMOCRACIA SEM CONSTITUCIONALISMO

Retornando ao filme “V de Vingança”, as principais armadilhas que nele se escondem dizem respeito precipuamente a essas tensões entre estética e política: é uma certa proposta estética, uma certa configuração dos possíveis da política, que guarda os perigos do filme. Não importa se “V de Vingança” fala sobre e mostra gestos de contestação – para algumas leituras, até mesmo de emancipação.

O modo como o faz, os conteúdos e formas dos quais se vale são tudo menos contestatórios ou emancipatórios. A distribuição dos tempos e dos espaços da ação política, dos atores e dos motivos dessa ação, do que é o comum que deve ser partilhado e do que é que deve ser excluído dessa partilha: tudo isso continua preso a uma estética messiânica da revolução total que não aprendeu com os erros cometidos sobretudo ao longo do século XX. É essa a estética – a partilha do sensível – responsável pela ação adiada, pela espera inconsequente de um futuro sem esperança como *conditio sine qua non* da mudança, pelo individualismo e heroísmo sobrehumano, pela excepcionalidade teológica, pela vingança como motivação legítima. E pela transformação de tudo isso em belo e em, de alguma maneira, reconfortante e apaziguador.

Se essa estética pode parecer instaurar a democracia verdadeira – a democracia real, a democracia radical, ou qualquer outro nome que se lhe queira atribuir –, se a cena final de “V de Vingança” pode pretender oferecer-se como representação imagética de uma democracia finalmente conquistada, é preciso cautela: a multidão tomando as ruas, todas e todos com a mesma máscara, seguidoras e seguidores de uma cartilha escrita por um messias que age no tempo e nas condições da excepcionalidade, é indubitavelmente uma imagem sedutora para a tradição judaico-cristã ocidental. Mas no quadro que a ela corresponde não cabe a diferença, não cabe a ação desenvolvida a partir das tensões internas que constituem uma coletividade plural como são as sociedades modernas, não cabe a aprendizagem cotidiana, a divergência como elemento formador dessa aprendizagem. Pois, nesse quadro, os indivíduos que se escondem por detrás das máscaras não vêm ao primeiro plano: suas histórias próprias de vida, seus horizontes próprios de percepção, seus modos específicos de vivenciar o presente, de rememorar o passado, de formar perspectivas quanto ao futuro, tudo isso se esvai na unidade que a multidão uniforme estabelece. Se não seria correto simplesmente negar a esse quadro o adjetivo da democracia (por razões etmológicas, históricas e até mesmo conceituais) não é, por outro lado, incorreto afirmar que, ainda que se trate de democracia, não se trata de democracia moderna: não se trata de uma concepção de democracia internamente vinculada ao Constitucionalismo moderno.

Como dito na introdução do presente texto a partir de Jürgen Habermas²² no horizonte desse Constitucionalismo, democracia não pode ser conceitual-

²² Por suposto, não desconheço as divergências quanto à compreensão da política entre Jacques Rancière e Jürgen Habermas, enfatizadas principalmente por Rancière. Todavia, por um lado, essas divergências não são o foco do presente trabalho, e o não tratamento delas não prejudica a argumentação aqui desenvolvida. Porém, parece-me que essa suposta divergência resulta de uma incompreensão da teoria habermasiana por parte de Rancière. Uma leitura adequada dos escritos políticos de Habermas, levando-se a sério o enquadramento metodológico desses escritos e atentando-se aos fundamentos estabelecidos para tanto pelo menos desde a “teoria da

mente compreendida como predominância absoluta nem da autonomia pública – isto é, da soberania popular –, nem da autonomia privada – isto é, dos direitos fundamentais –, mas como tensão constitutiva e relação de cooriginalidade, equiprimordialidade e complementaridade entre ambas. Se qualquer delas se faz ausente, como me parece ser o caso da imagem construída em “V de Vingança”, estar-se-ia diante de qualquer outra coisa diferente de uma democracia moderna. A multidão uniforme pode até insinuar-se como representação imagética adequada da soberania popular, mas não deixa espaço para direitos e garantias fundamentais arduamente conquistados ao longo de lutas históricas, sobretudo quando se trata de direitos atribuídos diretamente a indivíduos ou a minorias dotadas de certas particularidades que justificam sua proteção diferenciada. Logo, a multidão pode até ser sinônimo de soberania – não é sem propósito lembrar-se aqui da imagem clássica do *Leviatã* que figura na capa do livro homônimo de Thomas Hobbes –, mas nem só por isso é sinônimo de democracia.

Mas o que restaria então para aqueles e aquelas que insistem em não se conformar com as condições de injustiça e desigualdade no mundo deste início do século XXI? O que restaria para os que desejam se opor a esse mundo por um outro, menos injusto e menos desigual, ainda que não saibam bem o que esse outro mundo pode ou deve ser nem como chegar até ele? O que restaria, o que resta quando uma crítica como a que aqui se tenta construir procura lançar ao chão todo um edifício erguido ao longo de tanto tempo e no qual se acreditavam residirem as possibilidades mais concretas de transformação social?

Resta a necessidade de viver o luto desse edifício, de assumir sua queda assim como a queda do que havia dentro dele, de enfrentar essa queda e procurar aprender com ela. Em outras palavras, resta a necessidade de repensar a emancipação social,²³ os sentidos que a ela se podem atribuir e as estradas que a ela podem levar. Isso implica repensar radicalmente tanto o mundo quanto nós mesmos, as tradições que nos constituem e também nos prendem, os sonhos que nos foram legados e os medos que herdamos – sem que para isso seja necessário, nem possível, saltarmos da história, sem que para isso seja necessário, nem possível, qualquer outro ponto de partida que não exatamente nós mesmos, com nossa história, nossas tradições, sonhos e medos, mas também com a aprendizagem incomensurável que tudo isso nos oferta.

ação comunicativa”, percebe sem dificuldades a centralidade do conflito constante em sociedades modernas plurais para a elaboração de todo o arcabouço habermasiano, centralidade do conflito essa que é exatamente o que Rancière aponta como divergência entre ele e, dentre outros, Habermas. Cf. RANCIÈRE, Jacques. *O desentendimento: política e filosofia*. Trad. Ângela Leite Lopes. São Paulo: Editora 34, 1996; HABERMAS, Jürgen. *The theory of communicative action*. Trans. Thomas McCarthy. Oxford: Polity Press, 1987.

²³ Para uma preocupação semelhante, veja RANCIÈRE, Jacques. Les mésaventures de la pensée critique. In: RANCIÈRE, Jacques. *Le spectateur émancipé*. Paris: La Fabrique, 2008, p. 30-55.

E uma das aprendizagens mais relevantes que os últimos dois séculos e meio nos propiciaram é, sem dúvida, a aprendizagem do Constitucionalismo moderno. Essa aprendizagem foi dispensada e apressada irresponsavelmente como mero resqúicio burguês por algumas das principais iniciativas emancipatórias do século passado. Tais iniciativas, precisamente pela recusa dessa aprendizagem, culminaram em exemplos extremamente violentos e adentraram o imenso acervo da barbárie na história humana.

Talvez se possa contestar que a democracia em si, e mais ainda a democracia em sua concepção moderna, com sua dependência conceitual interna em relação ao Constitucionalismo, é um arranjo histórico e que, como qualquer outro, tende a perecer, de forma que aquilo para o que “V de Vingança” representaria a antecipação imagética seria um momento em que a própria democracia estaria superada em favor de um arranjo político superior.

Essa contestação não é de todo desprovida de sentido, mas, em hipótese alguma, salva a estética de “V de Vingança”. Ainda assumindo que a historicidade de tudo o que é humano tem como seu outro lado o caráter tendencialmente perecível de toda experiência tipicamente humana, resta a tarefa inevitável de decidir quais elementos dessa experiência queremos preservar para nós mesmos e para as gerações vindouras – tarefa que é, no limite e por excelência, a tarefa da política.

A proteção de direitos e garantias fundamentais tal qual se vem desenvolvendo nos termos do Constitucionalismo moderno é uma daquelas experiências de que a humanidade não pode abrir mão impunemente. Por conseguinte, o que importa não é o nome que se queira dar àquilo que “V de Vingança” pretende representar – democracia, com qualquer adjetivo, ou superação da democracia. O que importa é que nisso não parece haver lugar algum para a preservação de conquistas que desde os séculos XVII e XVIII vêm sendo depositadas no amplo repositório das lutas sociais.

Por tudo o que ficou dito ao longo do artigo, pode-se concluir finalmente que, para a tarefa de repensar radicalmente tanto o mundo quanto nós mesmos – tarefa hercúlea, embora imprescindível, inadiável e já há muito atrasada –, as tensões entre estética e política não oferecem nem podem oferecer uma resposta pronta e definitiva, muito menos *a* resposta pronta e definitiva. Entretanto, carregam consigo inegavelmente um incomensurável potencial para o exercício da crítica. Urge explorá-lo.

REFERÊNCIAS

ABENSOUR, Miguel; ARANTES, Urias. *O novo espírito utópico*. Trad. Cláudio Stieltjes et al. Campinas: Unicamp, 1990.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. Rev. Téc. Adriano Correia. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

- BENJAMIN, Walter. Crítica da violência: crítica do poder. Trad. Willi Bolle. In: *Documentos de cultura, documentos de barbárie: escritos escolhidos*. São Paulo: Edusp; Cultrix, p. 160-175, 1986.
- CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; POLI, Luciana Costa; VILLAS BOAS, Regina Vera (Coord.). *Direito, arte e literatura*. Florianópolis: Conpedi, 2015.
- CATTONI, Marcelo. *Teoria da Constituição*. 2. ed. Belo Horizonte: Initia Via, 2014.
- DERRIDA, Jacques. *Spectres de Marx: L'Etat de la dette le travail du deuil et la nouvelle internationale*. Paris: Galilée, 1993.
- GOMES, David. *Houve mão mais poderosa? – Soberania e modernidade na Independência do Brasil*. Belo Horizonte: Initia Via, 2015.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Trans. William Rehg. Cambridge: MIT, 1996.
- HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. *The theory of communicative action*. Trans. Thomas McCarthy. Oxford: Polity Press, 1987.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; BARROS, Juliano Napoleão (Coord.). *Direito e cinema*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.
- MARQUES, Verônica Teixeira; OLIVEIRA, Ilzver de Matos; SILVA, Waldimeiry Correa (Org.). *Direito e cinema: filmes para discutir conceitos, teorias e métodos*. Salvador: Edufba, 2014.
- MARRAMAO, Giacomo. Walter Benjamin e nós. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. Trad. Marcelo Cattoni. Ministério da Justiça. Brasília, n. 2, p. 218-232, jul./dez. 2009.
- RANCIÈRE, Jacques. *A partilha do sensível: estética e política*. São Paulo: Editora 34, 2009.
- RANCIÈRE, Jacques. Les mésaventures de la pensée critique. In: *Le spectateur émancipé*. Paris: La Fabrique, p. 30-55, 2008.
- RANCIÈRE, Jacques. Les paradoxes de l'art politique. In: *Le spectateur émancipé*. Paris: La Fabrique, p. 56-92, 2008.
- RANCIÈRE, Jacques. *O desentendimento: política e filosofia*. Trad. Ângela Leite Lopes. São Paulo: Editora 34, 1996.

Data de recebimento: 29/05/2016

Data de aprovação: 27/09/2016