

EDITORIAL

DEMOCRACIA E SINGULARIDADE

Democracia e singularidade: estranha oposição. Há uma tradição de pelo menos dois mil anos de consolidação semântica da democracia como diferença da aristocracia, monarquia e oligarquia. Estranho, nesta tradição, opor singularidade à democracia, pois o singular é o outro lado do plural, não do democrático. Entretanto, como em um romance lógico-literário, podemos forçar exatamente a conexão dos opostos. Podemos ligar os pontos de oposição com duas retas seriadas, para reentender a democracia como o espaço do plural. E, assim, condenar o singular ao monárquico... Mas também podemos fazer cruzar as linhas retas seriadas, definindo o sentido da democracia de um modo estruturalmente mais alargado, amplo e livre dos condicionamentos histórico-discursivos, como o lugar da singularidade.

O singular, dizia Gilles Deleuze, é o nó nas linhas dos acontecimentos¹. O singular está além das distinções entre individual e coletivo, particular e geral ou privado e público. E também não se fixa nos pressupostos essenciais da identidade, da unidade, da síntese e da antítese, do reconhecimento e da reconciliação. O singular é o não ordinário. É o incomum. Por isso a singularidade é inconceituável em termos de essência, de síntese ou de unidade. O singular é o divergente, o ponto de mutação.

Opor democracia à singularidade exige, portanto, reverter o platonismo das essências democráticas e substituí-las pelo devir democrático, pelo acontecer da democracia como uma história de singularidades: a história do não ordinário, das rupturas, dos pontos críticos, dos pontos de mutação do “estado de coisas” constituído pelas linhas retas, contrafaticamente traçadas pelo constitucionalismo, na forma de expectativas de direitos fundamentais.

O singular, portanto, “desconcerta” o sentido tradicional de democracia. E desconstrói também a essência de toda uma história de filosofia que, ao procurar descobrir o sentido em sua mais profunda essência, estava, na realidade, a construí-lo.

Plural e singular, multiplicidade e unidade, global e local, dissenso e consenso, integração e disjunção, amor e desejo, transparência e mistério são as duas retas, nas quais encontramos os pontos de mutação – as singularidades! – problematizadas nesta edição da *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*. Pontos singulares que interseccionam as linhas retas de discursividade, de modo que uma já não possui uma origem absoluta ou um télos-fim necessário. Linhas

¹ DELEUZE, Gilles. *Logique du sens*. Paris: Éditions de Minuit, 1969, p. 67.

que, na escala de tempo e espaço mais ampla das problemáticas, desenham a democracia na sua mais sublime complexidade.

Desde a *différence* do pós-estruturalismo francês nós temos substituído a pergunta da essência pela do sentido, a pergunta da permanência pela da estrutura e a pergunta do fim pela da função. Mas, muitas vezes, escorregamos na metafísica para procurarmos o sentido em uma origem, princípio ou finalidade. Esquecemos que o sentido é produzido. Muitas vezes, buscamos na arqueologia um encontro mais próximo com a verdadeira origem, causa ou motivo da existência de algo. Esquecemos que o sentido sofre a influência de forças discursivas históricas, que atuam como verdadeiras forças gravitacionais sobre ele em cada época e em cada contexto discursivo. E mesmo quando somos mais cuidadosos, ao pensar em termos de uma genealogia do sentido, caímos no nosso próprio paradoxo de descrever o sentido a partir de um novo – e diferente – sentido.

Este é o lugar especial onde a origem absoluta e o fim necessário saem para brincar com o acaso. Onde o governo do povo se encontra com o povo do governo. Onde os direitos fundamentais encontram os fundamentos do direito. Mais que um lúdico jogo de palavras, as linhas retas criadas via expectativas normativas, pontuadas pelas singularidades, pelos nós do não ordinário histórico, do acontecer incomum, oportunizam a desconstrução e a reconstrução operativa do próprio sentido do constitucionalismo e da democracia. Não uma desconstrução/reconstrução em termos de essência, de origem, de princípio ou de tólos, mas sim uma recongnição intelectual em termos de devir, em termos de acontecimento. A genealogia da *différence*, dizia Michel Foucault, faz aparecer as diferentes interpretações como acontecimentos no teatro dos procedimentos². Acontecimentos tanto de arquivo, quanto de queima de arquivo³. De lembrança e de esquecimento. De memória e de seleção. De construção de começos e de justificação seletiva do presente⁴.

Na perspectiva da *différence*, o sentido não existe nas coisas, como se existisse uma essência objetual. Tampouco existe nos signos linguísticos, como se os textos, símbolos, ícones, índices e rastros linguísticos possuíssem uma textitude ontológica existencial independente tanto do significante quanto do significado. O sentido é produzido e existem máquinas tecnologicamente especializadas em produzir sentido. Mais que aparelhos ideológicos do Estado, essas máquinas de produção do sentido colonizam não só o sentido de sujeito da história, mas também a própria identidade reconhecida, reconciliadora e universal do sujeito, tal como compreendido na tradição do humanismo europeu.

² FOUCAULT, Michel. Nietzsche, la généalogie, l'histoire. In: BACHELARD, Suzane et al. *Hommage à Jean Hyppolite*. Paris: Presses Universitaires de France, 1971, [p. 145-172] p. 158.

³ DERRIDA, Jacques. *Mal d'Archive: une impression freudienne*. Paris: Galilée, 1995.

⁴ LUHMANN, Niklas. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997, p. 582.

A democracia tradicional faz oscilar o sujeito, ora em humano-deus, ora em homem das cavernas. A democracia da singularidade – ou a singularidade da democracia –, por ser livre da mesmidade formal do sujeito a-histórico e violentamente homogeneizado pelo humanismo europeu, liberta o sujeito da sua forma metafísico-ideológica para destrancendentalizá-lo no mundo prático. O que fica é o singular, o rosto, o corpo atravessado pela história, marcado fisicamente pela fome, pelo trabalho, pelo cansaço, pela *performance* social exigida e seus suplementos e próteses, mas também pelo prazer, pelos hábitos de consumo, pela moda, pela estética, pelo tipo de “fome cultural” e espiritual sob a qual nos encontramos submetidos. A superfície do corpo não é o contrário da profundidade ou da altura do conhecimento. Pois a superfície pode ser muito ampla para os lados, cujo espaço constitui, exatamente, o local onde encontramos o outro.

Procuramos ansiosamente o sujeito da história tanto na profundidade do homem das cavernas, quanto na altitude do homem-Deus, do meta-homem. Não vimos que o sujeito estava do nosso lado, na mesma superfície por todos nós compartilhada. Democracia superficial, sem a profundidade do humanismo das cavernas, tampouco com a altitude da transcendência metafísica. Democracia que se jorra para os lados, esparramando-se pela superfície da política, onde encontramos-nos uns aos outros como singularidades, como rostos, como corpos atravessados pela história.

Democracia e singularidade é o pano de fundo das discussões que ora apresentamos à comunidade científica, por meio da publicação deste Volume 30, n. 2, da Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Nesta edição, a Revista traz dez artigos, assinados por pesquisadores nacionais e estrangeiros, sobre diversas questões contemporâneas, todas elas marcando um ponto de singularidade nas linhas retas da democracia.

Democracia e globalização, tratados internacionais de direitos humanos no STF, Biocentrismo e desenvolvimento, Ciência, dignidade e natureza, Democracia e integração regional, desamor e mediação, cidades sustentáveis, liberdade de imprensa e presunção de inocência, discurso do medo e segurança cidadã, governança, transparência e democracia. Apresentadas desse modo, as problemáticas das pesquisas desta Edição deixam de ser os tópicos de um índice seletivo, dentro do feudo epistemológico da linha editorial da Revista. Mas constitui exatamente a *différence* seriada, o Atlas Mnemosyne do acontecer da singularidade democrática.

Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni

Pós-doutor em Teoria e Filosofia do Direito

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



Expediente da Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas

Programa de Pós-Graduação em Direito

ISSN (impresso) Nº 1516.4551

ISSN (eletrônico) Nº 2447-8709

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

Periodicidade: O volume anual compõe-se de dois números, com periodicidade semestral.

Secretária: Natália Carvalho Campos Azevedo.

Editores associados: Danielle Domingues de Carvalho; Débora Borges Prado; Rafael Alem Mello Ferreira; Renata Nascimento Gomes; Tiago de Souza Fuzari.

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 - Universitàdegli 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 GermánMejía - Lemos – National University od Singapore, Faculty of Law, Singapur;

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 Freir e 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:

Me. Alberto Lima Wunderlich (FSG)
Dr. Bruno Fraga Pistinizi (PUCMG)
Dr. Celso de Barros Correia Neto (UCB)
Dr. Cesar Augusto Silva da Silva (UFGD)
Dr. Claudia Ribeiro Pereira Nunes (UVA)
Dra. Cleide Calgaro (UCS)
Pós- Dra. Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira (UNILASALLE)
Dr. Christiano de Oliveira Taveira (UCAM)
Dr. Cristiano Thadeu e Silva Elias (FDSM)
Pós- Dr. Dirceu Pereira Siqueira (UNIFAFIBE)
Dra. Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann (UNESA)
Dr. Eduardo Lima de Matos (UFS)
Dr. Eduardo Takemi Dutra dos Santos Kataoka (UERJ)
Me. Elias Jacob de Menezes Neto (UNISINOS)
Dr. Érico Hack (OPET)
Dr. Everaldo Tadeu Quilici Gonzalez (UNIMEP)
Dra. Fábiana Fernandes Carvalho Veçoso (UFSP)
Pós-Dr. Flávio Alves Martins (UFRJ)
Dr. Flávio Luís de Oliveira (ITE)
Dr. Frederico da Costa Carvalho Neto (UNINOVE)
Pós-Dr. Germano André Doederlein Schwartz (FMU)
Dr. Dr. Hamilton da Cunha Iribure Jr (FDSM)
Dr. Henrique Mioranza Koppe Pereira (UCS)
Dr. Henrique Morgado Casseb (UNIRP)
Dr. Jair Aparecido Cardoso (USP)
Dr. Jesualdo Eduardo de Almeida (UNITOLEDO)
Dr. João Carlos Medeiros Aragão (ATAME)
Dr. Jorge Luis Fortes Pinheiro da Camara (UERJ)
Dr. Jose Carlos Buzanello (UNIRIO)
Pós-Dr. José Eduardo Lourenço dos Santos (UNIVEM)

Dr. José Roberto Anselmo (ITE)
Dr. José Vicente Santos de Mendonça (UVA)
Dr. Leandro Corrêa de Oliveira (FDSM)
Dr. Leonel Pires Ohlweiler (ULBRA)
Ma. Malu Maria de Lourdes Mendes Pereira (UNISEPE)
Dra. Marcia Andrea Bühring (PUCRS)
Pós-Dra. Maria Cecília Máximo Teodoro Ferreira (PUC/MG)
Dra. Maria Cristina Zainaghi (UNINOVE)
Dra. Maria Virgínia Leal (UFPE)
Dr. Mário Lúcio Garcez Calil (UEMS)
Dra. Mônica Teresa Costa Sousa (UFMA)
Me. Rafael Alem Mello Ferreira (FDSM)
Pós-Dr. Rafael Lazzarotto Simioni (FDSM)
Ma. Roberta Kelly Silva Souza (ITE)
Pós-Dr. Rodrigo Czajka (UFPR)
Dr. Sérgio Tibiriçá Amaral (ITE)
Dr. Vanderlei Martins (UERJ)
Dr. Victor Hugo Tejerina-Velazquez (UNIMEP)
Me. Wagner Silveira Feloniuk (UFRGS)
Dr. Wambert Gomes Di Lourenzo (UCS)
Dr. Wilson José Gonçalves (UFMS)

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.

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

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 de submissão de artigos: Disponíveis

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

A CONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA REGIONAL NO PROCESSO DE INTEGRAÇÃO DESENVOLVIDO NO MERCOSUL

THE CONSTRUCTION OF REGIONAL DEMOCRACY IN THE PROCESS OF DEVELOPED INTEGRATION IN MERCOSUR

Antônio Carlos Ribeiro*
Mayra Thaís Silva Andrade**

RESUMO

No presente trabalho, analisou-se em que medida o Parlamento do Mercosul (Parlasul) e as outras instituições do Mercosul favorecem a representação das demandas dos diversos atores afetados pelo bloco (Estados nacionais, cidades, províncias, grupos sociais etc.), constituindo, assim, um passo importante no processo de harmonização legislativa em favor da regionalização integracionista. Realizou-se um trabalho pela metodologia descritivo-analítica dos documentos oficiais emitidos pelo Mercosul a respeito de suas atividades de integração regional relacionadas à efetivação da democracia regional emergente, com o auxílio da bibliografia especializada. Ao final, verificou-se a aplicação de princípios formadores do Direito de Integração Regional no Bloco Sul-Americano. Entretanto, ainda faz-se necessária a sua consolidação para que o arranjo institucional democrático, em desenvolvimento, ganhe mais força.

Palavras-chave: Integração regional; Parlasul; Democracia; Mercosul.

* Professor de Ciência Política na Universidade Federal de Alfenas – MG e Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Atualmente, é aluno do Doutorado em Sociologia da UFMG e Pesquisador do Grupo Interdisciplinar de Pesquisa em Análise de Redes Sociais, GIARS-UFMG. Correspondência para/*Correspondence to*: Rua Gabriel Monteiro da Silva, 700, Bairro: Centro, Alfenas/MG, CEP: 37130-000. E-mail: antonilos@gmail.com. Telefone: (35) 99853-8685.

** Professora da Universidade Federal de Alfenas – MG e Mestre em Direito Internacional pela PUC Minas e Especialista em Estudos Diplomáticos. Atualmente, é aluna do Doutorado em Direito Internacional pela PUC Minas. Correspondência para/*Correspondence to*: Rua Alto Guandu, 173, Bairro: São Paulo, Belo Horizonte/MG, CEP: 31910-230. E-mail: mayrathais@gmail.com. Telefone: (31) 99426-7422.

ABSTRACT

In this paper, we analyzed how far the Mercosur Parliament (Parlasul) and the other Mercosur institutions favor the representation of the demands of the various actors affected by the block (national states, cities, provinces, social groups, etc.), constituting, so, an important step in the legislative alignment in favor of integrationist regionalization. There was a work by descriptive and analytical methodology of official documents issued by Mercosur about their regional integration activities related to the performance of the emerging regional democracy, with the help of professional literature. In the end it was found the application of trainers principles of the rule of Regional Integration in the South American block. However, still it is necessary to its consolidation for the democratic institutional arrangement in development, get more strength.

Keywords: Law of regional integration; Parlasul; Democracy; Mercosur.

INTRODUÇÃO

10 As alianças e negociações realizadas entre Estados desenvolvem-se a partir de necessidades, entre elas, o interesse de expandir e/ou proteger seu território, seu regime político, sua economia e sua cultura. Diversos atores sujeitos de Direito e do sistema internacional tornaram-se responsáveis pelo dinamismo, ao redor do mundo, capaz de possibilitar o conhecimento de valores plurais, cultivados e tutelados juridicamente por Estados distintos. O fenômeno da globalização levou à formação de redes de diálogos políticos, econômicos, sociais e culturais entre Estados e, por conseguinte, ao desenvolvimento da proposta de integração entre regiões internacionais. Enxergou-se aí a oportunidade de fortalecer posições individuais e construir uma cooperação regional em que todos sempre terão algo a ganhar.

Nesse contexto, para além das normas fundamentais que regem os Estados, ganha relevância a regulamentação pelo Direito Internacional, baseada na adesão voluntária de institutos normativos (tratados, acordos, protocolos) junto ao compromisso em cumpri-los conforme o princípio da boa-fé entre os Estados-membros. Especificamente, as normativas desenvolvidas com a finalidade de regular os processos de integração locais. Destarte, as atividades estabelecidas em território incomum são reguladas pela instituição de regras e princípios específicos, visto que ocorre a estruturação de uma ordem internacional formada por Estados que compõem blocos de integração regionais, sendo estes reconhecidos juridicamente como organismos internacionais, instituídos para promover a cooperação e união jurídico-política de seus integrantes, sejam eles Estados, unidades subnacionais (cidades), pessoas físicas ou jurídicas.

O Direito de Integração Regional entre Estados caracteriza-se pela cooperação entre os membros, feita por etapas, cujas relações econômicas, políticas e

sociais se estreitam, tendo como momento e formalidade máxima de integração a institucionalização do direito comum aos governos parceiros. No caso do bloco de integração regional Mercosul, essa institucionalização pode ser observada nos órgãos criados para exercer as atividades regulamentares de cunho administrativo, jurídico e de proposições normativas (Conselho do Mercado Comum, Grupo do Mercado Comum e o Tribunal Permanente de Revisão, por exemplo). A criação de um Parlamento regional no âmbito do Mercosul (Parlasul) representou o maior avanço, pois, pretendeu-se um espaço permanente de discussão e representação dos interesses dos membros do bloco no seu processo de institucionalização. Além disso, o Parlasul tendeu a reforçar os aspectos democráticos do Mercosul para a participação de novos atores na política de integração local, já que, para além dos Estados-membros, os cidadãos e entidades subnacionais poderiam se tornar atores das relações integracionistas na região.

A DEMOCRACIA NO MUNDO CONTEMPORÂNEO

Criada pelos gregos no século 5, somente após a Segunda Guerra Mundial a democracia se estabeleceu como única forma de governo desejável. Entretanto, essa vitória do regime democrático se deu à custa de uma noção restrita da participação social. As concepções elitistas da democracia tornaram-se hegemônica apontando que o espaço para participação do povo no poder nas sociedades modernas deveria ater-se ao momento do processo eleitoral para a formação de governos.

Dessa perspectiva, a democracia foi concebida como a competição organizada entre elites que lutam pelo direito de decidir em nome do corpo político, abandonando a questão anterior de como tornar possível o exercício do poder pelo povo¹. Esse regime passou a ser visto como um procedimento para a formação dos governos e a discussão mais ampla sobre o regime democrático passou a ser guiado pela busca das condições que tornavam o regime possível e estável.

Essa concepção restrita da democracia ofereceu importantes contribuições no sentido de mostrar as transformações nas sociedades modernas que inviabilizavam a implementação do modelo grego. Todavia, os autores catalogados como pertencentes à teoria crítica da democracia apontaram os limites da definição elitista da democracia e ressaltaram a necessidade de aprofundar tal concepção².

¹ Esta perspectiva tem seu principal expoente em SCHUMPETER, Joseph. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1984. Veja também: BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 1986 e SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada*. São Paulo: Ática, 1994.

² Entre esses autores, podemos listar: HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*. Cambridge: MIT Press, 1995; BOHMAN, James. *Public deliberation: pluralism, complexity, and democracy*. Cambridge: MIT Press, 2000 e COHEN, Joshua. *Deliberation and democratic legitimacy*. In: BOHMAN; REHG (Eds.). *Essays on reason and politics deliberative democracy*. Cambridge: MIT Press, 1997.

Colocando novamente em primeiro plano a dimensão normativa do debate sobre a democracia, esses teóricos passaram a questionar o alcance do mecanismo eleitoral na representação de agendas e identidades específicas e como o único mecanismo de autorização e controle nas democracias contemporâneas. Assim, argumentaram em favor de outro processo de legitimação das decisões democráticas, o qual deveria ser fundamentado na troca de razões de modo a que se chegue a um resultado que atenda a todos que participam do processo de discussão³.

Sob o prisma da teoria crítica, a ideia de participação dos cidadãos em um discurso racional voltado para a formação de normas-ações torna-se a base que legitima o processo de construção do pluralismo político, no qual o exercício do poder emana dos métodos de argumentação, mobilização social e participação coletiva da sociedade envolvida. Os argumentos levantados pela teoria crítica da democracia influenciaram a criação de novos arranjos institucionais a fim de estruturar as condições para o exercício de uma democracia ampliada.

Isso significou a criação de espaços públicos onde se podem problematizar o planejamento, a implementação e a fiscalização das políticas públicas e, assim, permitir aos indivíduos questionar sua exclusão das ações governamentais. O discurso em torno da democracia passou a ser guiado pela busca de mecanismos institucionais e procedimentos que favoreceriam o aperfeiçoamento da democracia em direção ao ideal de uma comunidade política em que todos pudessem participar da tomada de decisões⁴.

Embora essa discussão, em alguns momentos, tenha levado a uma falsa oposição entre esses dois principais elementos da democracia no mundo contemporâneo: atualmente, é inegável a complementaridade entre a representação e a participação, dois mecanismos que tornam a ordem democrática possível em nossas sociedades. As instituições democráticas de nossa época estão estruturadas e valorizam tanto a dimensão vertical (a representação) quanto a dimensão horizontal (a participação) do edifício democrático⁵.

Desse ponto de vista, a democracia pode ser concebida como o melhor instrumento para apresentação, discussão e solução de demandas culturais, sociais, econômicas e política na relação intra e entre sociedades políticas. O arcabouço institucional da democracia contemporânea vem se desenvolvendo tanto

³ Para uma comparação sistemática entre as duas perspectivas de democracia, veja: RIBEIRO, Antônio Carlos. Teoria democrática entre a perspectiva elitista e a teoria crítica. *Revista Interseções*, v. 12, n. 2, p. 408-425, dez. 2010.

⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Introdução: Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, p. 39-83, 2002.

⁵ SARTORI, 1994.

do ponto de vista local, passando pelos municípios, províncias, estados até alcançar o âmbito do governo federal, quanto do ponto de vista da integração regional, em que se destaca o surgimento dos parlamentos internacionais no contexto da integração em diferentes regiões do globo⁶, bem como a criação de outras instituições formais supranacionais⁷ e as redes de articulação entre atores da sociedade civil no contexto da integração regional⁸ e que pressionam por mais espaço de participação no território em processo de integração.

Entende-se que as instituições democráticas, independentemente do nível em que se constituem (local, nacional, internacional), devem responder às pressões por mais participação e por uma representação mais representativa, no sentido de incorporar cada vez mais os interesses dos grupos que estão fora do processo político da integração regional⁹.

Nesse passo, percebemos que o Mercosul se insere em um contexto fortemente democrático e como resultado exige a criação de um arcabouço institucional tão democrático quanto a estrutura político-normativa que se desenvolveu, em intensidades diferentes, na maior parte de seus Estados-membros. O diálogo do bloco com a democracia será analisado no próximo tópico.

OS DESAFIOS DA INTEGRAÇÃO REGIONAL DEMOCRÁTICA

Em meados do século XX, após a Segunda Guerra Mundial, a Organização das Nações Unidas (ONU) foi criada e se mobilizou em favor dos direitos difusos¹⁰, que dizem respeito a toda coletividade, em numa tentativa de recuperar a dignidade da pessoa humana¹¹, que havia sido violada em meio aos conflitos étnico-culturais e, principalmente, político-econômicos do período das Guerras Mundiais.

⁶ A título de exemplo, têm-se os Parlamentos do Mercosul, o Andino, o Centro-Americano, o Latino-Americano e o Europeu.

⁷ A União Europeia é o bloco que contém as poucas instituições supranacionais do mundo: Comissão Europeia da União Europeia e a Corte Europeia de Justiça da União Europeia.

⁸ Podemos citar, por exemplo, o caso das Mercocidades. Para uma análise detalhada da rede Mercocidades, veja: ANDRADE, Mayra Thaís Silva; RIBEIRO, Antônio Carlos. *A rede de mercocidades: a participação dos atores locais na integração regional sul-americana*. In: XXIX Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología, Santiago. Crisis y Emergencias Sociales en América Latina, 2013. Outros exemplos são a União Internacional das Cidades Locais (IULA), Cities Alliance (uma parceria global) e a Eurocities (com atuação na Europa).

⁹ Embora este ainda seja um ponto de dissenso na literatura, expressamos aqui a posição dos autores deste artigo.

¹⁰ Segundo Kildare Carvalho os direitos difusos são aqueles cujo exercício cabe a uma pluralidade de sujeitos, e não a cada indivíduo isoladamente. cf: CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 15. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

¹¹ Explica Kildare Carvalho, 2009, que a dignidade da pessoa humana é o valor do homem em sua dimensão de liberdade.

A partir da nova ordem internacional, as relações internacionais se tornaram mais dinâmicas, favorecendo o debate e a integração, rede de Estados, proporcionando a criação de instrumentos normativos e valores comuns entre os acordantes, como forma de superação das adversidades socioeconômicas, além de impulsionar a expansão tanto interna de cada país quanto externa no âmbito da sociedade internacional e que, ao mesmo tempo, garanta a representação de demandas dos grupos minoritários¹².

Para regular e harmonizar as relações entre os Estados interdependentes, pode-se ter a regência do Direito Internacional, Direito de Integração Regional e Direito Comunitário, observadas as particularidades de cada ramo. O Direito Internacional baseia-se na adesão voluntária de institutos normativos (tratados, acordos, protocolos) junto ao compromisso em cumpri-los conforme o princípio da boa-fé entre os Estados-membros, sendo os sujeitos transgressores dessa ordem punidos conforme o sistema de segurança coletiva da ONU ou pelos Tribunais Internacionais¹³.

O Direito de Integração Regional é vislumbrado por Estados que firmam tratados entre si para promover áreas de preferência tarifárias; de livre-comércio; união aduaneira ou mercado comum. Ou seja, desde a etapa inicial de integração econômica, passando pela formação de uma pauta aduaneira comum até a etapa de liberação do mercado em que os trabalhadores, mercadorias e serviços das sociedades envolvidas circulam livremente. Insta salientar que as etapas não são obrigatórias, pois cabe aos Estados estabelecerem os objetivos de integração regional que pretendem traçar e o grau de interdependência entre si¹⁴.

Nesse passo, no Direito de Integração Regional, forma-se um organismo intergovernamental no qual os Estados-membros conservam sua autonomia plenamente, de forma que os tratados e convenções por eles celebrados não podem impor de maneira direta àqueles qualquer forma de submissão a outro órgão no âmbito do bloco¹⁵.

Quando há, na integração regional, o processo de unificação, coordenação e execução de macropolíticas comuns, com a formação da União Econômica Completa, institui-se o Direito Comunitário que detém primazia sobre o Direito doméstico, por ter aplicabilidade imediata e efeito direto nos membros, pois, aquele é elaborado por instituições supranacionais do bloco, cria-

¹² SOARES, Mario Lúcio Quintão. *Teoria geral da cidadania em suas expressões clássicas* – paradigma greco-romano e medieval. Dissertação de Mestrado. Belo Horizonte, Faculdade de Direito da UFMG, 1995.

¹³ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

¹⁴ JO, Hee Moon. *Introdução ao direito internacional*. São Paulo: LTr, 2008.

¹⁵ FARIA, Adriana Spagnol de. *Soberania popular e a supranacionalidade no Mercosul*. Dissertação de Mestrado. Belo Horizonte, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2004.

das por este para atuar de forma autônoma compartilhando a sua soberania junto aos Estados de modo a harmonizar e democratizar as relações comunitárias existentes¹⁶.

Os Estados que aderem ao sistema comunitário, cujas principais características encontram-se na União Europeia (UE), seguem os princípios de cooperação e solidariedade que, conforme Mello¹⁷, é um dos propósitos da ONU, formalizado no artigo 1º de sua Carta, e essa integração também é um dos princípios garantidos pela Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) em seu capítulo segundo¹⁸.

Os conceitos de supranacionalidade e de organismo intergovernamental também são peculiares ao Direito Comunitário. O primeiro é parte dos seus mecanismos de integração, tendo como base o reconhecimento pelos Estados dessa supranacionalidade, que consiste na existência de valores ou interesses comuns, estrutura institucional posta a serviço dos objetivos comuns e autonomia. No que se refere ao conceito de organismo intergovernamental, os Estados-membros conservam sua autonomia plenamente, de forma que os tratados e convenções por eles celebrados não podem impor aos Estados-membros qualquer forma de submissão a outro órgão¹⁹.

Ainda que na década de 90 do século passado, os Estados da América do Sul apresentassem instabilidade política pelo processo de redemocratização²⁰, teve início seu processo de integração regional concomitantemente às mudanças políticas, crises econômicas e sociais, mas em um contexto em que esses Estados começavam a firmar compromisso com a democracia.

¹⁶ JO, 2008.

¹⁷ MELLO, 2002.

¹⁸ Artigo 1. Os propósitos das Nações Unidas são: 1. Manter a paz e a segurança internacionais e, para esse fim: tomar, coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz; 2. Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal; 3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião; e 4. Ser um centro destinado a harmonizar a ação das nações para a consecução desses objetivos comuns.

Cf. BRASIL. Decreto n. 19.841 de 22 de outubro de 1945. *Promulga a Carta das Nações Unidas*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 15 jul. 2015.

¹⁹ FARIA, 2004.

²⁰ Neste período houve a realização por parte dos Estados de práticas nacionalistas e por vezes protecionistas em razão do seu déficit econômico-financeiro frente às práticas liberais dos países centrais.

A cooperação entre Estados que se unem a fim de possibilitar a melhoria das condições econômicas, sociais e políticas de sua população é favorecida nos governos democráticos em que as liberdades estão asseguradas por um Estado de Direito. As ditaduras e autocracias são inadequadas para a formação de blocos de livre troca comercial, cultural e social, pois as relações de diálogo devem estar abertas para que as demandas da sociedade civil alcancem os governantes que devem responder com a feitura de políticas públicas no âmbito local, bem como regional. À medida que a democracia se estabelece e consolida-se internamente, a demanda por participação e representação reflete-se no processo de integração.

Segundo Keohane²¹, a democracia facilita as transações cooperativas na integração regional por prever a redução do grau de incerteza dos países em relação aos demais, assim, os Estados agem de modo a criar uma estrutura institucionalizada em que os atores atuam conforme as regras internas estabelecidas no âmbito do bloco.

A integração regional é pautada pelo princípio da proteção dos direitos fundamentais, segundo o qual, os direitos fundamentais, garantidos pelas Constituições nacionais dos Estados-membros de um bloco de integração regional e comunitária, serão protegidos, pois o bloco deverá respeitar os direitos essenciais para uma vida digna dos sujeitos tutelados pelos Estados e suas instituições, sejam elas nacionais, internacionais, regionais ou comunitárias²².

Observa-se a defesa dos direitos fundamentais por Cançado Trindade:

[O] denominador comum [da agenda mundial] tem sido a atenção especial às *condições de vida* da população (particularmente dos grupos vulneráveis, em necessidade especial de proteção), daí resultando o reconhecimento universal da necessidade de situar os seres humanos de modo definitivo no centro de todo processo de desenvolvimento²³.

No mesmo sentido, tem-se a defesa da democracia em caráter global conforme a Resolução n. 46 de 2002 do atual Conselho de Direitos Humanos da ONU, que dispõe sobre os principais institutos da democracia como o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais; liberdade de associação; liberdade de expressão e opinião; acesso ao poder de acordo com o estado de direito; eleições livres, justas, secretas e periódicas como expressão da vontade dos indivíduos; sistema pluralista de partidos políticos e organizações; separação de

²¹ KEOHANE, Robert O; NYE, Joseph S. *Power and interdependence*. Boston: Scott, Foresman and Company, 1989.

²² JO, 2008.

²³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 111.

poderes; independência do judiciário; transparência e responsabilidade na administração pública; e mídia livre, plural e independente²⁴.

A busca pelo aperfeiçoamento democrático tem levado, no âmbito local, à diminuição dos efeitos da crise de representação e à possibilidade de uma maior *accountability* (controle por parte dos cidadãos sobre os atos do governo) à medida que vem incorporando atores que antes eram excluídos do processo decisório²⁵. Os fóruns, conferências, conselhos, comissões, audiências públicas entre outras instituições que dão à democracia feições mais intensas nos Estados-membros do Mercosul começaram a servir de modelo e a ser incorporados no arcabouço institucional do bloco como é o caso, por exemplo, da Cúpula do Mercosul Social e Participativo.

O tema da democracia coloca-se com força para a integração regional. Considerando o caso do Mercosul, a literatura tem apontado a falta de democracia nas decisões do bloco. Questiona-se o déficit representativo e participativo no bloco. Atenta-se para a incorporação dos atores afetados pelas decisões tomadas. Em uma integração regional democrática, espera-se que não só os chefes de Estado e seus governos sejam incorporados no processo, pois, ainda que tais atores gozem de uma legitimidade para representar os cidadãos de seus países, a integração democrática preza pela incorporação de outros atores políticos que fazem parte do bloco. Assim, a institucionalidade democrática do bloco deve garantir a representação dos interesses e mesmo a participação dos entes subnacionais (estados, províncias, municípios e cidades), dos movimentos sociais, grupos de interesses, sindicatos e do cidadão comum²⁶.

²⁴ MENEZES, Fabiano L. de. A democracia e o direito internacional: em busca do reconhecimento do direito regional americano e da consolidação da democracia na América Latina. In: MENEZES, Wagner (Coord.). *Estudos de direito internacional: Anais do 9º Congresso Brasileiro de Direito Internacional*, v. XXI. Curitiba: Juruá, p. 336-346, 2011.

²⁵ ALBUQUERQUE, Maria. C. A. Participação e controle da sociedade sobre políticas sociais no Cone Sul. In: DAGNINO, E.; TATAGIBA, L. *Democracia, sociedade civil e participação*. Chapecô/SC: Argos, 2007. RIBEIRO, Antônio Carlos. Controle público no Conselho Municipal da Juventude em Belo Horizonte. *Revista Habitus*, v. 7, 2009. SANTOS; AVRITZER, 2002.

TATAGIBA, Luciana. Os conselhos gestores e a democratização das políticas públicas. In: DAGNINO, E. *Sociedade civil e espaço público no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

²⁶ MARIANO, Karina L. *Parlamento do Mercosul: mudança ou continuidade? Relatório de pesquisa financiada pelo CNPq*. Araraquara: Faculdade de Ciências e Letras – Unesp, 2011b. DRUMMOND, Maria Claudia. *A democracia desconstruída*. O déficit democrático nas relações internacionais e os parlamentos da integração. Brasília: Senado Federal (Coleção de Teses, Dissertações, Monografias de Servidores do Senado Federal), 2010. MEDEIROS, Marcelo de Almeida; LEITÃO, Natália. A questão da representação no Mercosul: os casos do Parlasul e do FCCR. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 18, n. 37, p. 31-57, out. 2010. GUERRA, Sidney Cesar Silva. Os desafios à integração regional no âmbito do Mercosul. *Revista de Direito da UnigranRio*, v. 3, p. 1-26, 2009. MALAMUD, A.; SOUZA, L. Parlamentos supranacionais na Europa e na América Latina: entre o fortalecimento e a irrelevância. *Contexto Internacional*, Rio de Janeiro, v. 27, n. 2, p. 369-409, 2005.

A crise de representação política somente pode ser superada pela articulação e mobilização em favor da cidadania e, assim, promover o diálogo entre representação e participação, como nos mecanismos de inclusão da sociedade em fóruns, comissões, conselhos e grupos de pressão capazes de exigir políticas públicas para a redução das desigualdades sociais existentes. O fluxo de comunicação e aproximação entre governantes e governados, tanto no âmbito nacional quanto regional, aumentará de modo que as demandas locais sejam encaminhadas aos atores que devem decidir. Será analisado, a seguir, o caso do Mercosul.

O MERCOSUL E AS SUAS INSTITUIÇÕES

O Mercosul foi criado em 26 de março de 1991 pela assinatura do Tratado de Assunção (TA). Sua composição é feita por Estados-membros, os oficiais como Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai e Venezuela²⁷ e os Estados associados (que apenas participam da zona de livre comércio do bloco), como Chile, Bolívia, Peru, Colômbia, Equador, Guiana e Suriname. Por meio da criação do Mercosul, os governos viram a possibilidade de solução das suas necessidades econômicas e políticas, bem como a ampliação dos mercados nacionais pelo aproveitamento pleno dos seus recursos disponíveis, a preservação ambiental, melhora das relações entre os Estados e coordenação de políticas macroeconômicas, ou seja, realizar transações de investimentos globais para o bloco²⁸.

18

Os objetivos registrados no Tratado de Assunção são²⁹ a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos pela eliminação dos direitos alfandegários e restrições não tarifárias à circulação de mercadorias e de qualquer outra equivalente; o estabelecimento de uma tarifa externa comum (TEC); a adoção de políticas comerciais junto a terceiros Estados; a coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais (agrícola industrial, fiscal, monetária, cambial e de capitais, comunicação e outras acordadas) entre os Estados-membros quanto ao comércio exterior para assegurar condições adequadas de concorrência entre os membros do Mercosul, além de harmonização legislativa nas áreas pertinentes com vistas a fortalecer o desenvolvimento da integração regional; e reciprocidade de direitos

²⁷ Ressalta-se que a Venezuela constava como membro associado em 2006 e, desde então, aguardava apenas a aprovação do Paraguai para ser membro oficial, assim, com a suspensão do Paraguai do Mercosul, em 2012, tornou-se membro oficial em agosto daquele ano. Isso porque, pelas declarações dos demais Estados-membros, houve um golpe político à época para depor o Presidente paraguaio, Fernando Lugo, o que violaria os princípios democráticos já consagrados e primordiais ao bloco. Após negociações delicadas, o Paraguai reingressou ao bloco em dezembro de 2013, tendo feito uma nova eleição presidencial e o restabelecimento da democracia no país em respeito aos princípios zelados no bloco.

²⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. *Curso de direito econômico-comunitário*. Porto Alegre: Síntese, 2001.

²⁹ Mercosul. Tratado de Assunção. Assunção, 26 de março de 1991. In: MAZUOLLI, Valério de Oliveira. *Coletânea de Direito Internacional*. 7. ed. São Paulo: RT, 2009.

e obrigações entre os membros e compromisso em manter os tratados já concluídos pela Aladi³⁰.

O referido bloco sul-americano, por ter concretizado os aspectos de eliminação de tarifas, das restrições não tarifárias, e pela elaboração da TEC, encontra-se na etapa de união aduaneira, uma das fases da integração regional. Como a situação atual do Mercosul não é estática em termos dos vários acordos e relações internacionais desenvolvidos interna e externamente, o referido bloco pode expandir para o alto grau de integração, tornando-se uma comunidade de Estados com um mercado comum, caso haja a união política, social, econômica e cultural resguardados por um Direito Comunitário.

Conforme as disposições sobre os órgãos do bloco, trazidas no art. 2º do Protocolo de Ouro Preto (POP) assinado em 1994, os órgãos do Mercosul têm natureza intergovernamental. Assim, àqueles não foi concedida competência superior ou a soberania partilhada com os Estados, mas sim que atuem em conjunto com os Poderes Nacionais como o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, para promoverem a aproximação entre o direito de integração existente no Mercosul e o interno dos Estados. Dessa forma, veja-se o que dispõe o artigo 2º do POP: “São órgãos com capacidade decisória, de natureza intergovernamental, o Conselho do Mercado Comum, o Grupo Mercado Comum e a Comissão de Comércio do Mercosul”³¹.

Há discussão doutrinária sobre a eficácia da atuação dos órgãos mercosulinos. Autores afirmam que as decisões políticas estão eivadas de interesses nacionais que obstam a expansão do interesse regional, o que impede os órgãos do bloco a atuarem de forma coesa. Seguem tal argumento Sidney Guerra³² e Thiago Ferreira³³.

Outros afirmam que, para haver maior segurança jurídica e credibilidade na atuação dos órgãos mercosulinos, é preciso que estes ajam em benefício do direito de integração regional criado pelo bloco e dos interesses em desenvolver a região. Assim, descartam a necessidade de dotar os órgãos do Mercosul com competências supranacionais, vez que até mesmo a supranacionalidade não garante a consolidação da integração e nem seu aprofundamento, mas, contribui para dar maior responsabilidade de decisões aos órgãos de um bloco regional³⁴.

³⁰ Em agosto de 1980, criou-se a Associação Latino-Americana de Integração (Aladi) por um novo Tratado de Montevidéu (TM-80) cujos objetivos eram pautados pelas preferências tarifárias para os Estados sobre descontos oferecidos nas relações de importações do bloco.

³¹ Mercosul. Protocolo de Ouro Preto. Ouro Preto, 17 de dezembro de 1994. In: MAZUOLLI, 2009.

³² GUERRA, 2009.

³³ FERREIRA, Thiago José Milet Cavalcanti. Efeito direto das normas comunitárias: um ensaio sobre o futuro da experiência brasileira. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2139, 10 maio 2009. Disponível em: <<http://www.jusnavigandi.com.br>>. Acesso em: 25 nov. 2014.

³⁴ CARVALHO, José Antônio Marcondes de; BENJAMIN, Daniela. *Supranacionalidade ou efetividade: a dimensão jurídico-institucional do Mercosul*. In: *Seminário Mercosul 15 anos*:

A estrutura intergovernamental foi escolhida pelo Mercosul para reduzir as assimetrias e tornar compatível a cooperação mútua junto à expansão internacional do bloco com vistas à consolidação de um mercado comum do Cone Sul, englobando a integração social e cultural, junto à econômica-política. Ressalte-se que o contexto no qual o Mercosul foi criado era distinto da UE, pois os governos sulinos basearam-se no desenvolvimentismo interno e da região como alternativa de autodeterminação em face dos ditames da economia neoliberal que beneficiara as estruturas econômicas dos países que tinham maiores reservas financeiras, ou seja, as grandes potências mundiais.

Além disso, uma demanda pela integração regional tem sido acompanhada pela busca de um bloco democrático. Os autores Guerra³⁵, Medeiros e Leitão³⁶, e Bressan³⁷ apontam o déficit de representação do bloco do Cone Sul discutindo o que fazer para melhorar o caráter democrático do bloco. Nós argumentamos que, para além de melhorar o aspecto representativo, a democracia no contexto de integração regional pode ser aperfeiçoada por meio de instituições que ampliem os espaços de participação dos atores envolvidos no bloco. Assim, devemos dar destaque para as inovações democráticas desenvolvidas em alguns contextos locais pelos países-membros que valorizam a participação na tomada de decisões e têm tido reflexo nas instituições do Mercosul.

A ORGANIZAÇÃO INSTITUCIONAL DO MERCOSUL E SUA RELAÇÃO COM A REPRESENTATIVIDADE E PARTICIPAÇÃO CIDADÃ

O arcabouço institucional do Mercosul se desenvolveu ao longo do tempo e respondendo a demandas específicas. Datam da criação do bloco as primeiras instituições, tais como o Conselho do Mercado Comum (CMC), órgão encarregado da gestão política integracionista, tomada de decisões e elaboração de normas; e o Grupo do Mercado Comum (GMC), que participa da produção do direito de integração, elaborando projetos normativos e submetendo-os ao Conselho. As decisões e resoluções emitidas por ambos são de cumprimento obrigatório pelos Estados-membros do bloco, mas ao mesmo tempo em que se devem observar os trâmites legislativos de cada país para as incorporar³⁸.

avaliação e perspectivas. São Paulo, mar. 2006. CARNEIRO, Cynthia Soares. *Para entender o direito da integração regional*. In: BRANT, L. N. C. (Org.). Coleção Para Entender. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. MARIANO, Karina Pasquariello. A eleição parlamentar no Mercosul. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, v. 54, n. 2, p. 138-157, 2011.

³⁵ GUERRA, 2009.

³⁶ MEDEIROS; LEITÃO, 2010.

³⁷ BRESSAN, Regiane Nitsch. *O desafio democrático para a integração latino-americana*. In: 3º Encontro Nacional ABRI (Associação Brasileira de Relações Internacionais), São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=MSC000000122011000300038&lng=en&nrm=abn>. Acesso em: 16 jul. 2015.

³⁸ JO, 2008. Mercosul. Tratado de Assunção, 2009.

Os demais órgãos são a Comissão de Comércio do Mercosul (CCM), com atribuições normativas específicas para o comércio; a Secretaria Administrativa do Mercosul (SAM); tribunais *ad hoc*; Tribunal Permanente de Revisão (TPR); o Foro Consultivo Econômico-Social (FCES); o atual Parlamento do Mercosul (Parlasul)³⁹.

No início da formação do bloco, o que importava era o comércio, então as instituições apenas regulavam o comércio e a política comercial. Ao longo da integração, começou-se a pensar na cultura, política, meio ambiente, desenvolvimento social; assim, fazem-se necessários órgãos que trabalhem segundo esses interesses e que procurem Foces colocar esses novos atores pelo menos no processo de formação da agenda do Mercosul, para dar voz ao cidadão.

O Foro Consultivo Econômico-social (Foces) é composto por entidades representantes dos setores econômicos e sociais dos Estados-membros, entre trabalhadores, consumidores e empresários. O Foces está subordinado ao GMC, pois se manifesta a partir das recomendações deste, tendo função consultiva. Sobre a subordinação do Foces ao GMC, dispõe Rosemiro Leal: “[O Foces] terá função consultiva e manifestar-se-á mediante Recomendações no Grupo Mercado Comum. Submeterá seu regimento interno ao Grupo Mercado Comum para homologação”⁴⁰. O Foces confere à sociedade civil acesso direto ao GMC, promovendo o diálogo e a abertura dos cidadãos para influenciar as decisões do bloco, pois o GMC propõe normas para o crivo do CMC.

Completando a estrutura institucional do Mercosul, o bloco sul-americano conta ainda com organizações de integração responsáveis por interpretar e aplicar suas normas, tendo como diretrizes os princípios do processo de integração regional do bloco. Essa função é realizada pelos tribunais do Mercosul, assim instituídos: tribunais *ad hoc*, em que são constituídos árbitros escolhidos pelos Estados litigantes para dirimir os conflitos entre si; e o Tribunal Permanente de Revisão (TPR), constituído pelo Protocolo de Olivos de 18 de fevereiro de 2002, competente para julgar recursos de revisão advindos de um tribunal *Ad Hoc*⁴¹.

O TPR, vigente a partir de 2004, é o órgão judicial criado pelo Protocolo de Olivos e competente para revisar os laudos arbitrais emitidos pelos tribunais *ad hoc*, que são constituídos excepcionalmente para a solução de controvérsias entre os Estados-membros. O caráter temporal diferencia o TPR dos tribunais *ad hoc*, pois aquele é perene, o que confere maior segurança jurídica às suas funções de caráter decisório e interpretativo das normas integracionistas do bloco, que são

³⁹ JO, 2008. Mercosul. Tratado de Assunção, 2009.

⁴⁰ LEAL, 2001. p. 98. JO, 2008. Mercosul. Protocolo de Ouro Preto, 2009.

⁴¹ Mercosul. Secretaria do Mercosul. *Protocolo Constitutivo do Parlamento do Mercosul de 2005*. Disponível em: <http://www.mercosur.int/innovaportal/file/1106/1/2005_protocoloparlamen-tomcs_pt.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2015.

essenciais para a uniformização do entendimento sobre tais normas de modo que unifique o direito de integração na região⁴².

Outra função do TPR é emitir opiniões consultivas aos juízes estatais, o que possibilita a cooperação entre estes e aquele, sendo essa relação institucional essencial para a harmonização jurídico-normativa do bloco. Esse órgão se enquadra no procedimento de solução de controvérsia do Mercosul, já previsto nos Protocolos de Brasília e de Ouro Preto. Conforme o referido procedimento, para dirimir os litígios entre Estados-membros, o Protocolo de Olivos (PO) prevê duas fases: a) negociações diretas pela via diplomática entre os litigantes, mas, caso não haja êxito nessa maneira de solução, qualquer uma das partes poderá submeter a controvérsia à Seção Nacional da Comissão de Comércio do Mercosul; b) utilizar os tribunais *ad hoc* caso não haja negociação, sendo que as partes poderão recorrer a essa via diretamente, conforme artigos 23,1 e 34,2 do PO, pois, antes da instituição deste, era necessária a intervenção do GMC⁴³.

Os laudos arbitrais proferidos tanto pelos tribunais *ad hoc* quanto pelo TPR são obrigatórios, devendo ser cumpridos pelas partes litigantes no prazo de 30 dias, salvo outro estipulado, conforme o artigo 29 do PO. Após o prazo de 15 dias para interpor recurso de revisão de decisão *ad hoc* ao TPR, esta terá força de coisa julgada entre as partes⁴⁴.

22

Os cidadãos e as empresas podem ajuizar controvérsias perante o procedimento arbitral mercosulino; para tanto, deverão formalizar as reclamações ante a Seção Nacional do GMC. Se a reclamação for recebida, o GMC, com um grupo de especialistas, emitirá um parecer sobre a procedência da reclamação com bases no Tratado de Assunção, Protocolo de Ouro Preto e demais instrumentos normativos que regulem as relações no bloco, tal como determina o artigo 42 do PO. A função desses órgãos jurisdicionados é de suma importância para a construção de um ordenamento jurídico integracionista no Mercosul pela aplicação das normas do bloco e inclusão da sociedade envolvida no processo de integração regional, pois viabiliza que as demandas da sociedade alcancem os patamares das decisões do bloco⁴⁵.

Os órgãos que são propícios à participação e representação dos cidadãos e empresas no âmbito da integração, a princípio, seriam o Foces e os tribunais, isso porque o bloco ampliou sua agenda para abordar não somente temas comerciais, mas sim relacionados aos diversos direitos que fazem parte das relações sociais.

⁴² CARNEIRO, 2007.

⁴³ MORAES, Henrique Choer. O novo sistema jurisdicional do Mercosul – um primeiro olhar sobre o Protocolo de Olivos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 10, n. 39, abr./ jun., p. 57-72, 2002.

⁴⁴ MERCOSUL. Secretaria do Mercosul, 2005.

⁴⁵ MERCOSUL. Secretaria do Mercosul, 2005.

À medida que o bloco se consolida, novos desafios são colocados para seus membros conjuntamente a outras perspectivas e interesses que se expressam no contexto regional internacional. Outras forças políticas demandam maior participação nas atividades do Mercosul e passa-se a questionar o caráter representativo das instituições existentes. Os debates sobre a democracia no Cone Sul alimentam a demanda por instituições mais democráticas, e que não se fundamentem apenas na legitimidade de governos eleitos nacionalmente.

Ao analisar a atual estrutura institucional do Mercosul, percebemos que as instituições contribuem de modo diferente para o aperfeiçoamento democrático. Além disso, é possível destacar que esse processo avança à medida que o bloco torna-se mais consolidado. O reforço da democracia no bloco passaria, então, pela criação de instituições representativas do bloco, as quais deveriam envolver, em seu processo de constituição, o cidadão do Mercosul. Nesse contexto, surge a proposta de criação de um parlamento do Mercosul que será abordado em minúcias na próxima seção.

PARLASUL E OS INDÍCIOS DE MAIOR ABERTURA À REPRESENTAÇÃO E PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL NO MERCOSUL

Para a promoção e defesa da democracia no âmbito do Mercosul, foi assinado, em julho de 1998, o Protocolo de Ushuaia sobre Compromisso Democrático no Mercosul, Bolívia e Chile, favorecendo a expansão dos propósitos delineados ao Parlasul. Principal instituição capaz de resolver o déficit representativo do bloco, o Parlasul passou a fazer parte do arcabouço institucional do Mercosul em dezembro de 2006. O parlamento foi pensado para auxiliar a incorporação das normas aos Estados, a harmonização legislativa dos parlamentos nacionais, além de representar os interesses da sociedade mercosulina⁴⁶.

Além dessas atividades, o Parlasul tem competência para agilizar a incorporação das normas do Mercosul nos ordenamentos jurídicos internos dos seus integrantes e também deve apoiar o compromisso democrático do bloco para fortalecer a respectiva cooperação interparlamentar, ou seja, promover o diálogo entre os parlamentos dos Estados integrantes, conforme dispôs a Decisão do CMC de número 49 do ano de 2004, durante a elaboração do projeto de criação do parlamento comum⁴⁷.

Os atos do parlamento estão elencados no artigo 19 do Protocolo Constitutivo do Parlamento do Mercosul, bem como no artigo 90 e seguintes do seu Regimento Interno. O Protocolo Constitutivo do referido parlamento foi aprovado pela Decisão n. 23 de 09 de dezembro de 2005 do CMC, que prevê as funções do Parlasul, sendo estas:

⁴⁶ CARNEIRO, 2007.

⁴⁷ MERCOSUL. Secretaria do Mercosul, 2005.

- a) fortalecer a cooperação entre os parlamentos dos Estados-Membros;
- b) agilizar a incorporação das normas do Mercosul ao ordenamento jurídico interno dos Estados-membros;
- c) propor projetos de normas ao CMC, elaborar estudos e anteprojetos de normas nacionais;
- d) representar os interesses dos cidadãos do bloco;
- e) zelar pela democracia no bloco⁴⁸.

Sua função de elaborar propostas de normas depende hierarquicamente da decisão e normatização do Conselho do Mercado Comum e do Grupo Mercado Comum. A sociedade civil também participa de maneira indireta dessa integração regional, visto que seus interesses são representados pelos parlamentares, conforme artigo 4º, item 18, do Protocolo Constitutivo do Parlamento⁴⁹.

Os parlamentares são indicados pelos poderes legislativos nacionais para os assentos permanentes proporcionais à população dos Estados representados do Mercosul e o artigo 6º do Protocolo Constitutivo do Parlasul dispõe que haverá eleições diretas, universais e secretas para que os cidadãos elejam seus representantes para um mandato de 4 anos, com possibilidade de reeleição. Sobre a participação de grupos políticos, conforme o Regimento Interno do Parlasul, um grupo político deve ser integrado por pelo menos 10% de todos os parlamentares, se todos são da mesma nacionalidade; ou apresentar no mínimo cinco parlamentares caso mais de um Estado-membro esteja representado⁵⁰.

24

Ressalte-se que o Parlasul passou pela fase final de transição (de 1º de janeiro de 2011 até 31 de dezembro de 2014), contudo, os Estados-membros ainda não realizaram eleições diretas para que os cidadãos elegessem parlamentares com mandatos no Parlasul. Discutem-se quais as implicações dessas eleições diretas ou até mesmo sua funcionalidade no âmbito dos Estados-membros de prática democrática recente. No Brasil, as eleições de 2014 não tiveram votações diretas para que a população elegesse representantes para o Parlasul. Nesse contexto, faz-se presente a afirmação crítica de Dabène: “A ausência de tradição parlamentar na região e o descrédito profundo que atinge as classes políticas fazem duvidar do poder de legitimação do Parlamento”⁵¹.

O Parlasul tem comissões permanentes especializadas em temas diversos relacionados à demanda da sociedade mercosulina. Tal órgão atua, ainda, em parceria com outros do Mercosul, a título de exemplo tem-se o TPR que

⁴⁸ MERCOSUL. Secretaria do Mercosul.

⁴⁹ MERCOSUL. Secretaria do Mercosul, 2005.

⁵⁰ MERCOSUL. Secretaria do Mercosul, 2005.

⁵¹ DABÈNE, O. La reactivación del Mercosur: Ouro Preto II o el tiempo de las reformas políticas. In: *Oasis*, n. 10. Bogotá, p. 119-127, 2004, p. 127.

desempenha função consultiva junto ao Parlasul, possibilitando um equilíbrio processual entre os órgãos. Neste sentido, as funções do Parlasul e do TPR, sendo uma a propositura de normas e a outra, a aplicação dessas normas na solução de controvérsias diante dos casos apresentados à Corte na região sul-americana. A relação entre os dois órgãos é fundamental para a expansão da integração, pois ambos representam a institucionalização judiciária e legislativa no âmbito do Mercosul, sendo fruto do Programa de Trabalho Mercosul Institucional 2004-2006, proposto pelo CMC na Decisão n. 26/03⁵².

Nesse passo há, também, a ação conjunta entre o Parlasul e o Fórum Consultivo Econômico Social (Foces) que consiste na discussão de demandas econômicas e sociais em audiências públicas e debates semestrais junto a especialistas, assim, as assimetrias poderão se reduzir pela aproximação do diálogo entre os membros, tornando o processo de integração mais dinâmico e próximo da sociedade envolvida.

O princípio que fundamenta a estrutura dos órgãos de integração regional é o da subsidiariedade, segundo o qual os Estados-membros delegam competências aos organismos comunitários com vistas a realizarem os objetivos definidos no plano de consolidação da integração de maneira mais eficaz, quando a ação dos próprios Estados isoladamente for insuficiente⁵³. Desse modo, discute-se a possibilidade de o Parlasul ser dotado de caráter supranacional para ser capaz de emanar normas e decisões com aplicabilidade direta e imediata sobre a ordem jurídica interna dos Estados-membros.

Segundo tais estudiosos, se houvesse o direito comum no Mercosul, os órgãos do aparelho estatal interno teriam suas funções substituídas por um órgão comunitário (supranacional) que imporia normas aos Estados-membros e aos seus tutelados, sem necessidade do procedimento de incorporação ao ordenamento jurídico interno, ou seja, de maneira imediata, a criação e instituição da norma no bloco regional⁵⁴. Isso significaria a superação de um dos principais limites que o Parlasul enfrenta atualmente: a falta de poder para legislar.

O procedimento de incorporação das normas do Mercosul junto aos ordenamentos jurídicos nacionais é um problema em termos de segurança jurídica no bloco, pois os atrasos nos procedimentos para a incorporação deixam uma quantidade considerável de normas regionais sem aplicação. Cabe ao Parlasul acompanhar o processo de incorporação nos Estados-membros, junto aos respectivos Congressos Nacionais, para a qual devem ser observados os prazos estipulados nas

⁵² MERCOSUL. Decisão n. 26 de 2003 do Conselho do Mercado Comum. Disponível em: <<http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrts/decisions/dec2603p.asp>>. Acesso em: 25 nov. 2014.

⁵³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

⁵⁴ FERREIRA, 2009.

normas emitidas pelos órgãos do Mercosul⁵⁵. Ressalte-se que tal processo varia conforme o estipulado no ordenamento jurídico de cada Estado-membro.

Para reforçar a divulgação da atuação do Parlasul junto à sociedade mercosulina, foi criado o Dia do Mercosul Cidadão, como proposta do Parlasul, como o marco das eleições parlamentares simultâneas do referido órgão nos Estados-membros para aproximar as relações entre todos os envolvidos no processo de integração do bloco. Verifica-se que, para legitimar a atuação deste sistema político no bloco, necessária se faz a sua legitimação pela crença da sociedade mercosulina de que o Parlasul promoverá a aproximação entre as vontades expressas nas decisões dos governos envolvidos e os interesses da sociedade. Assim, tal reconhecimento, nos âmbitos nacional e intergovernamental, poderá favorecer a formação de uma identidade transnacional, visto que novos atores, como grupos sociais e entes subnacionais, poderão participar do processo de integração regional por meio de sua representação⁵⁶.

Não basta levar ao conhecimento dos Estados-membros do Mercosul as demandas sociais, culturais, ambientais ou comerciais em defasagem, pois urge o cumprimento do compromisso democrático pelo Parlasul. Para exigir tal cumprimento, tem-se a formação de mecanismos de *Accountability*, ou seja, controle dos atos governamentais que deve ser exercido com transparência para que as demandas dos cidadãos pela prestação dos serviços públicos sejam consideradas no âmbito das decisões governamentais, o que diminui o déficit democrático, ao fortalecer o vínculo representativo entre representados e representantes⁵⁷.

Nesse ponto, uma discussão se faz presente no que tange à distância entre um Parlamento de uma organização intergovernamental regional e sua sociedade. Parte da literatura, em que se insere Andrew Moravcsik⁵⁸, afirma que não há o déficit democrático, vez que as constituições nacionais preveem a fiscalização na atuação pública, sendo os Estados capazes de exigir respostas da atuação de um parlamento transnacional.

⁵⁵ Cabe ressaltar que não são todas as normas emanadas pelo Mercosul que necessitam ser incorporadas, pois, conforme o que dispôs a Decisão n. 23 de 2000 do CMC, dispensa-se a incorporação quando os -membros entenderem, conjuntamente, que a norma aborda assuntos relacionados ao funcionamento interno do bloco, ou quando o conteúdo da norma já estiver contemplado no ordenamento jurídico interno do Estado. Em que pese o procedimento de integração das normas do bloco pelo direito interno ser uma constante no Mercosul – e o Parlasul deve acompanhar essas atividades – o referido procedimento de integração não é uma exigência, vez que o artigo 42 do POP dispõe que o procedimento de incorporação será feito pelos Estados quando necessário.

⁵⁶ MEDEIROS; LEITÃO, 2010.

⁵⁷ O'DONNELL, G. *Accountability horizontal: la institucionalización legal de la desconfianza política*. *Revista Española de Ciencia Política*, Madrid, n. 11, p. 11-31, 2004.

⁵⁸ MORAVCSIK, A. *Defence of the democratic deficit: reassessing legitimacy in the European Union*. *Journal of Common Market Studies*, Oxford, v. 40, n. 4, p. 603-624, 2002.

Contudo, os autores Hix e Follesdal⁵⁹ afirmam que há o déficit democrático vez que não há discussão de ideias e propostas apresentadas no âmbito dos blocos regionais na medida em que não existem partidos políticos para que a sociedade envolvida opte por ideologias que possam representar suas demandas. O que limita a representação de interesses.

É necessário haver transparência nos atos governamentais e compromisso para que as demandas da população tornem-se políticas públicas com reflexos em ações positivas e eficientes para resolver os problemas econômicos, sociais e culturais. Os Estados devem se submeter aos mecanismos de *accountability*, mesmo na cooperação em um bloco regional, pois, os atores empenhados em controlar o exercício do poder são os cidadãos, entidades da sociedade civil, a mídia, os partidos políticos, todos em âmbito externo à administração pública; mas, no âmbito interno, têm-se como atores as agências especializadas, Ministérios Públicos, Legislativo, Judiciário etc. (exemplos do Brasil).

As organizações de uma sociedade podem implicar o controle dos atos governamentais para que as demandas da população sejam objeto de políticas públicas por parte dos governantes. Nesse sentido, o Parlasul pode ser destacado como mais um mecanismo de *accountability* que poderá contribuir para o avanço da democracia no bloco.

Insta salientar que, no processo de concretização do Parlasul pela aproximação com seus cidadãos brasileiros na escolha de seus representantes em nível de integração regional, já foram indicados os primeiros 37 parlamentares para a fase de transição que se expandirá até a consolidação do Parlasul, ou seja, as eleições diretas para os parlamentares representantes do Brasil no Parlasul já se desenvolvem para a consolidação e realização no Brasil estava prevista para 2014, contudo, até hoje não foram feitas tais eleições diretas.

O Parlasul desenvolve-se a passos lentos, porém, as discussões sobre a representação da sociedade mercosulina, qual seja, a tutelada pelo bloco do Mercosul, são alvo de fóruns para debates regionais ao longo dos anos. A ausência de poder legiferante não descarta o papel importante de atuação do Parlasul, pois ele deve dirigir suas ações para que estas se unam às necessidades dos cidadãos, ou seja, ser o porta voz das exigências de transparência, prestação de contas e discussão sobre as demandas sociais, culturais e econômicas levadas ao Mercosul que refletem na vida da sociedade envolvida – mas nem tão engajada – neste que é um dos principais e importantes blocos de integração regional existentes.

⁵⁹ FOLLESDAL, A.; HIX, S. Why there is a democratic deficit in the EU: a response to Majone and Moravcsik. *Journal of Common Market Studies*, Oxford, v. 44, n. 3, p. 533-562, 2006.

AS DEMAIS INSTITUIÇÕES PARTICIPATIVAS E REPRESENTATIVAS DO MERCOSUL

A democracia no Bloco não tem se aperfeiçoado apenas pelo viés da representação. Refletindo o que ocorre nos países-membros e outra democracia do sul, o desenvolvimento institucional do Mercosul tem incorporado um conjunto de instituições participativas. O bloco tem incorporando grupos e subgrupos, reuniões especializadas, conferências que permitem a participação de mais atores da discussão sobre questões sociais, culturais, políticas e econômicas do bloco. Tais instituições têm ampliado a democracia no bloco ao garantir que não só os atores ligados aos governos nacionais dos países-membros tenham voz dentro do bloco. A participação é ampliada de modo a permitir os atores da sociedade civil como os movimentos sociais, sindicatos, ONG, partidos políticos, entes culturais e outros grupos que no atual momento participem das discussões ocorridas dentro do bloco⁶⁰.

Um exemplo é a representação da juventude no bloco pelos aspectos abordados nas reuniões especializadas da juventude (REJ), cidadãos que necessitam de apoio para tratar de temas relacionados à educação, saúde, segurança, mercado de trabalho, inclusão digital, cultura e lazer. Há também reuniões especializadas sobre agricultura familiar, atividades cinematográficas e audiovisuais, turismo, entre outras.

28

Podemos verificar que o desenvolvimento institucional do Mercosul tem contribuído aos poucos para a consolidação de uma ordem democrática no bloco. Em geral, percebe-se que nos últimos anos têm surgido instituições com caráter mais democrático, pois garantem a representação dos interesses e a participação de um maior número de atores⁶¹.

Cabe ressaltar que o Grupo de Serviços vinculado ao GMC do bloco apresentou em 2006 um relatório ressaltando os desafios para aprofundar o processo não só de liberalização do comércio, bem como de serviços e, assim, propôs cursos de ação conjunta desses órgãos visando tal objetivo. Nesse sentido de novos rumos para promover o avanço da integração, o CMC já havia ratificado sua determinação de superar as assimetrias dos países menos desenvolvidos e de fomentar políticas para a melhoria das condições de inserção daqueles países no processo de integração. O GMC, em 2012, homologou o regimento interno do Foro Consultivo Econômico-Social para dar eficiência à função de representar tanto setores econômicos quanto sociais dos países do Mercosul, propondo normas e políticas econômicas e sociais sobre integração⁶².

⁶⁰ MEDEIROS; LEITÃO, 2010.

⁶¹ MEDEIROS; LEITÃO, 2010.

⁶² MEDEIROS; LEITÃO, 2010.

O bloco ainda tem atendido aos interesses dos governos e grupos subnacionais e de atuação internacional na região. Nesse sentido, podemos destacar organizações como a federação de cooperação entre as mercocidades, um instrumento de cooperação horizontal entre os próprios governos subnacionais (estados e municípios) que, de maneira independente dos Governos Nacionais, atuam para que as demandas locais das sociedades alcancem os patamares dos benefícios e acesso à democratização nas decisões do Mercosul. Percebe-se que outras instituições participativas têm sido criadas para além dos espaços formais ocupados pelos governos nacionais dos países que compõem o bloco⁶³.

Para efetivar a incorporação de temas para além da liberdade comercial no Mercosul, tem-se um dos resultados desses esforços na realização do programa Somos Mercosul, criado em 2005, pelo Uruguai, no qual, demonstraram-se os novos direcionamentos do bloco, quais sejam, a integração das cadeias produtivas, a superação das assimetrias regionais e a implementação de políticas sociais, sempre com a participação das sociedades civis⁶⁴.

Nesse compasso, no ano de 2006, em Brasília, os chefes de Estados-membros do bloco realizaram a I Cúpula Social⁶⁵, com o objetivo de discutir assuntos relacionados à sociedade civil e adoção de medidas a serem implementadas para o avanço dessa integração. Todos os Estados do bloco realizam essas cúpulas. Na Declaração Final, documento estabelecido na reunião da I Cúpula Social, ficou definido que os governos devem apoiar e estimular a participação direta das organizações da sociedade civil nos subgrupos de trabalho e nas reuniões especializadas do bloco e que sejam criados mecanismos de incorporação para que estas atuem como observadoras no Grupo Mercado Comum e no Conselho Mercado Comum.

Ressalte-se que as referidas Cúpulas Sociais se inspiraram nos modelos de participação social desenvolvidos em âmbito interno, dentro dos Estados partes, como o orçamento participativo no Brasil e até mesmo do Fórum Social Mundial. Visa-se demonstrar a relevância que os movimentos sociais têm não só na gestão, mas também na implementação e no acompanhamento das políticas públicas, consolidando a democracia em seus aspectos participativos e representativos. As cúpulas são espaços supranacionais de discussões, com temas nacionais e regionais que ensejam o controle social e a valorização de uma cidadania ativa e legitimadora do processo de integração. Somando tudo isso, tem-se como resultado a transparência do processo decisório, o adensamento da esfera pública

⁶³ ANDRADE; RIBEIRO, 2013.

⁶⁴ BRASIL. Secretaria Geral da Presidência. Mercosul Social e Participativo. Disponível em: <<http://www.secretariageral.gov.br/internacional/mercosul-social-e-participativo>>. Acesso em: 05 jan. 2015.

⁶⁵ As cúpulas sociais são espaços de discussão e formulação de propostas de políticas públicas, dos quais participam representantes dos movimentos sociais, dos governos e órgãos do Mercosul. Elas constituem a mais inovadora experiência de participação social já realizada no bloco.

regional na definição de políticas públicas e acesso a diversos direitos como os sociais, culturais, ambientais, intelectuais, econômico que favorecem a formação de uma cultura democrática da integração regional⁶⁶.

As cúpulas sociais do Mercosul são importantes para a realização de atividades de discussão e elaboração de políticas integração, pois os grupos da sociedade civil organizam-se para dialogar com os governantes para lhes fazer conhecedores das demandas sociais, favorecendo a promoção de políticas públicas regionais. Nessa dinâmica, reúnem-se representantes de governos, parlamentos, centrais sindicais, confederações da agricultura familiar, pastorais sociais, cooperativas, organizações de pequenos e médios empresários, entidades que abordam a defesa da economia solidária, direitos das mulheres, direitos humanos, meio ambiente, juventude, saúde, educação, cultura, esporte, entre outros⁶⁷.

Em dezembro de 2012, realizou-se a XIV Cúpula Social do Mercosul sobre a temática de Cidadania e Participação. Ao final dos 3 dias de reuniões, foi concluída a Declaração de Brasília, instrumento que consolida as 20 propostas emitidas pela sociedade civil mercosulina para a efetivação da democracia e participação no bloco.

As principais ações exigidas dos Chefes de Estado dos países-membros para os resultados dos debates da XIV Cúpula Social do Mercosul foram: articular e divulgar de forma educacional e pública os trabalhos das Comissões de Verdade e Justiça; implementar o Plano Estratégico de Ação Social do Mercoisul, com metas e orçamento necessários para atuar na prevenção de violações dos direitos humanos contra povos indígenas, migrantes, camponeses, afrodescendentes, jovens, crianças, mulheres e a diversidade de pessoas e coletivos vulneráveis em seus direitos; implementar o Estatuto da Cidadania do Mercosul para harmonizar as leis migratórias na região e verificar a situação dos imigrantes; implementar a Unidade de Participação Social do Mercosul, responsável pelo acompanhamento das decisões das cúpulas sociais; estabelecer políticas públicas de maior integração na cultura e educação com o ensino do português, espanhol, fortalecimento do idioma guarani e dos povos autóctones, além de intensificar o intercâmbio de estudantes; defender um marco civil da internet que garanta a neutralidade da rede e a liberdade de expressão; e construir um instituto de tecnologia social do Mercosul⁶⁸.

O Mercosul agora atua não somente pelas funções técnicas dos órgãos relacionadas à estrutura do bloco, mas também pelas empresas, grupos de

⁶⁶ MARTINS, José Renato Vieira; ALBUQUERQUER, Carolina; GOMENSORO, Frederico. Mercosul social e participativo: a ampliação da esfera pública regional. In: CAETANO, Gerardo (Coord.). *Mercosur. 20 Años. Uruguai*: CEFIR, 2011.

⁶⁷ MARTINS; ALBUQUERQUE; GOMENSORO, 2011.

⁶⁸ BRASIL. Declaração de Brasília. 14ª Cúpula Social do Mercosul. 2012. Disponível em: <<http://socialmercosul.org/declaracao-de-brasilia/>>. Acesso em: 25 nov. 2014.

representação, a Rede de Mercocidades e pelos cidadãos que avançam na conscientização da importância de seu papel na integração regional para que as demandas locais levadas ao conhecimento dos órgãos do Mercosul possam se tornar políticas públicas a serem implementadas tanto em âmbito interno quanto regional. Percebe-se que atores que antes eram excluídos do processo de integração regional tornam-se integrantes das atividades do Mercosul por meio da abertura da agenda para o desenvolvimento da proteção das garantias de representação e participação da sociedade civil.

CONCLUSÃO

Entre os esforços da integração de Estados, destaca-se a institucionalização do Mercado Comum do Sul – Mercosul – no âmbito da América do Sul. Tal bloco foi criado em 1991 quando Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai tornaram-se signatários do Tratado de Assunção. Estabelecia uma união aduaneira, visando o desenvolvimento da economia internacional desses países. Como vimos, o processo de integração regional passou a ser pressionado por uma forte demanda por democratização. Fato que resultou na incorporação de novas instituições que valorizam os aspectos representativos e participativos na constituição de uma democracia internacional regional.

No presente trabalho, destacou-se o modo como a demanda pela democracia em um contexto de integração regional tem afetado o processo permanente de institucionalização do Mercosul. Mostramos que, se inicialmente as primeiras instituições do bloco eram pouco democráticas, em parte por responderem à necessidade de consolidação do bloco, o desenvolvimento do arcabouço institucional incorporou cada vez mais instituições mais democráticas.

A democracia possibilita a formação de espaços de diálogo e participação dos cidadãos nas decisões dos seus governantes. O pluralismo presente nesse regime se dá pela abertura aos diversos grupos da sociedade para discutir as questões políticas que devem ir além do ato de voto eleitoral. A necessidade de pensar uma integração minimamente democrática leva em consideração que as sociedades tuteladas pelas regras emanadas do bloco sejam representadas. Nesse sentido, percebe-se, no Parlasul, um órgão que, apesar de não elaborar leis, tem a responsabilidade de representar a sociedade mercosulina, aproximando-a dos seus governantes e das culturas latinas ali existentes.

São necessários mecanismos para que os cidadãos possam exigir o cumprimento das ações governamentais com transparência, controle do poder público e atuação conjunta para que as demandas da sociedade alcancem as esferas políticas. Mostrou-se, neste trabalho, a importância das instituições que proporcionam o debate entre os Estados e a sociedade civil, o que fortalece o processo de desenvolvimento da democracia e integração no conjunto de ações praticadas no bloco, sejam elas jurídicas, normativas ou administrativas.

Pensar a democracia em âmbito regional é considerar que deve haver o diálogo efetivo entre representação, participação popular e *accountability* para que o histórico de corrupções e práticas antidemocráticas presentes nos Estados-membros do Mercosul sejam superadas pelo novo cenário plural de ações afirmativas para que o bloco se desenvolva não apenas no plano econômico, como também no político, cultural e, principalmente nos índices sociais. Vimos que as instituições participativas do bloco cumprem, em alguma medida, o papel de fomentar o diálogo entre os cidadãos e os políticos no âmbito do bloco. Tais instituições são extremamente relevantes para aperfeiçoar o aspecto participativo na ordem democrática emergente. O fato de nem todos os Estados-membros do bloco realizar as eleições diretas para que a população escolha seus representantes no Parlasul não impede que as demandas sociais e a participação cidadã sejam consideradas nas ações do bloco, pois, novos espaços para o debate são criados para favorecer esta cooperação, como as cúpulas sociais, as reuniões especializadas da juventude e as unidades temáticas de trabalho da Rede Mercocidades.

Este trabalho não pretendeu esgotar a pesquisa que se estende sobre o tema, mas representa uma colaboração para a literatura que discute o desenvolvimento da democracia no âmbito regional. Argumentamos que o Mercosul representa um bom exemplo que ilustra as possibilidades da integração regional com democracia.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Maria. C. A. Participação e controle da sociedade sobre políticas sociais no Cone Sul. In: DAGNINO, E.; TATAGIBA, L. *Democracia, sociedade civil e participação*. Chapecó/SC: Argos, 2007.

ANDRADE, Mayra Thaís Silva; RIBEIRO, Antônio Carlos. *A rede de mercocidades: a participação dos atores locais na integração regional sul-americana*. In: XXIX Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología 2013, 2013, Santiago. Crisis y Emergencias Sociales en América Latina, 2013.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BRASIL. Secretaria Geral da Presidência. Mercosul Social e Participativo. Disponível em: <<http://www.secretariageral.gov.br/internacional/mercosul-social-e-participativo>>. Acesso em: 05 jan. 2015.

BRASIL. Declaração de Brasília. 14ª Cúpula Social do Mercosul. 2012. Disponível em: <<http://socialmercosul.org/declaracao-de-brasilia/>>. Acesso em: 25 nov. 2014.

BRASIL. Decreto n. 19.841 de 22 de outubro de 1945. *Promulga a Carta das Nações Unidas*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 15 jul. 2015.

BRESSAN, Regiane Nitsch. *O desafio democrático para a integração latino-americana*. In: 3º Encontro Nacional Abri (Associação Brasileira de Relações Internacionais), São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=MSC0000000122011000300038&lng=en&nrm=abn>. Acesso em: 16 jul. 2015.

- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 1986.
- BOHMAN, James. *Public deliberation: pluralism, complexity, and democracy*. Cambridge: MIT Press, 2000.
- CARNEIRO, Cynthia Soares. *Para Entender o Direito da integração regional*. In: BRANT, L. N. C. (Org.). Coleção Para Entender. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- CARVALHO, José Antônio Marcondes de; BENJAMIN, Daniela. Supranacionalidade ou efetividade: a dimensão jurídico-institucional do Mercosul. In: *Seminário Mercosul 15 anos: avaliação e perspectivas*. São Paulo, mar. 2006.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 15. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- COHEN, Joshua. Deliberation and democratic legitimacy. In: BOHMAN; REHG (Eds.). *Essays on reason and politics deliberative democracy*. Cambridge: MIT Press, 1997.
- DABÈNE, O. La reactivación del Mercosur: Ouro Preto II o el tiempo de las reformas políticas. In: *Oasis*, n. 10. Bogotá, p. 119-127, 2004.
- DRUMMOND, Maria Claudia. *A democracia desconstruída*. O déficit democrático nas relações internacionais e os parlamentos da integração. Brasília: Senado Federal (Coleção de Teses, Dissertações, Monografias de Servidores do Senado Federal), 2010.
- FARIA, Adriana Spagnol de. *Soberania popular e a supranacionalidade no Mercosul*. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2004.
- FERREIRA, Thiago José Milet Cavalcanti. Efeito direto das normas comunitárias: um ensaio sobre o futuro da experiência brasileira. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2139, 10 maio 2009. Disponível em: <<http://www.jusnavigandi.com.br>>. Acesso em: 25 nov. 2014.
- FOLLESDAL, A.; HIX, S. Why there is a democratic deficit in the EU: a response to Majone and Moravcsik. *Journal of Common Market Studies*, Oxford, v. 44, n. 3, p. 533-562, 2006.
- GUERRA, Sidney Cesar Silva. Os desafios à integração regional no âmbito do Mercosul. *Revista de Direito da UnigranRio*, v. 3, p. 1-26, 2009.
- HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*. Cambridge. MIT Press, 1995.
- KEOHANE, Robert O; NYE, Joseph S. *Power and interdependence*. Boston: Scott, Foresman and Company, 1989.
- JO, Hee Moon. *Introdução ao direito internacional*. São Paulo: LTr, 2008.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Curso de direito econômico-comunitário*. Porto Alegre: Síntese, 2001.
- MALAMUD, A. & SOUZA, L. Parlamentos supranacionais na Europa e na América Latina: entre o fortalecimento e a irrelevância. *Contexto Internacional*, Rio de Janeiro, v. 27, n. 2, p. 369-409, 2005.
- MARIANO, Karina Pasquariello. A eleição parlamentar no Mercosul. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, v. 54, n. 2, p. 138-157, 2011a.
- MARIANO, Karina Pasquariello. *Parlamento do Mercosul: mudança ou continuidade?* Relatório de pesquisa financiada pelo CNPq. Araraquara: Faculdade de Ciências e Letras – Unesp, 2011b.
- MARTINS, José Renato Vieira; ALBUQUERQUE, Carolina; GOMENSORO, Frederico. Mercosul social e participativo: a ampliação da esfera pública regional. In: CAETANO, Gerardo (Coord.). *Mercosur. 20 Años*. Uruguai: CEFIR, 2011.
- MEDEIROS, Marcelo de Almeida; LEITÃO, Natália. A questão da representação no Mercosul: os casos do Parlasul e do FCCR. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 18, n. 37, p. 31-57, out. 2010.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MENEZES, Fabiano L. de. A democracia e o direito internacional: em busca do reconhecimento do direito regional americano e da consolidação da democracia na América Latina. In: MENEZES, Wagner (Coord.). *Estudos de Direito Internacional: Anais do 9º Congresso Brasileiro de Direito Internacional*, v. XXI. Curitiba: Juruá, p. 336-346, 2011.

MERCOSUL. *Decisão n. 26 de 2003 do Conselho do Mercado Comum*. Disponível em: <<http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisions/dec2603p.asp>>. Acesso em: 25 nov. 2014.

MERCOSUL. Secretaria do Mercosul. *Protocolo Constitutivo do Parlamento do Mercosul de 2005*. Disponível em: <http://www.mercosur.int/innovaportal/file/1106/1/2005_protocoloparlamentomcs_pt.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2015.

MERCOSUL. Protocolo de Ouro Preto. Ouro Preto, 17 de dezembro de 1994. In: MAZUOLLI, Valério de Oliveira. *Coletânea de Direito Internacional*. 7. ed. São Paulo: RT, 2009.

MERCOSUL. Tratado de Assunção. Assunção, 26 de março de 1991. In: MAZUOLLI, Valério de Oliveira. *Coletânea de Direito Internacional*. 7. ed. São Paulo: RT, 2009.

MORAES, Henrique Choer. O novo sistema jurisdicional do Mercosul – um primeiro olhar sobre o Protocolo de Olivos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 10, n. 39, abr./jun., p. 57-72, 2002.

MORAVCSIK, A. *Defence of the democratic deficit: reassessing legitimacy in the European Union*. *Journal of Common Market Studies*, Oxford, v. 40, n. 4, p. 603-624, 2002.

34

O'DONNELL, G. Accountability horizontal: la institucionalización legal de la desconfianza política. *Revista Española de Ciencia Política*, Madrid, n. 11, p. 11-31, 2004. Disponível em: <<http://www.aecpa.es/archivos/publicaciones/recp/11/textos/01.pdf>>. Acesso em: 03 dez. 2014.

RIBEIRO, Antônio Carlos. Teoria democrática entre a perspectiva elitista e a teoria crítica. *Revista Interseções*, v. 12, n. 02, p. 408-425, dez. 2010.

RIBEIRO, Antônio Carlos. Controle público no Conselho Municipal da Juventude em Belo Horizonte. *Revista Habitus*, v. 7, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Introdução: Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, p. 39-83, 2002.

SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada*. São Paulo: Ática, 1994.

SCHUMPETER, Joseph. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1984.

SOARES, Mario Lúcio Quintão. *Teoria geral da cidadania em suas expressões clássicas – paradigma greco-romano e medieval*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da UFMG: Belo Horizonte, 1995.

TATAGIBA, Luciana. Os conselhos gestores e a democratização das políticas públicas. In.: DAGNINO, E. *Sociedade civil e espaço público no Brasil*. São Paulo; Paz e Terra, 2002.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

Data de envio: 19/02/2015

Data de aprovação: 28/07/2015

A DUALIDADE ENTRE O JURÍDICO E O POLÍTICO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

THE DUALITY BETWEEN LEGAL AND POLITICAL IN THE CONSTITUTIONAL JURISDICTION

Thiago Coelho Sacchetto*

RESUMO

De forma concreta, o artigo aborda o princípio da separação dos poderes e os limites jurídicos estabelecidos pela Constituição de 1988 à atuação do poder Legislativo e do Supremo Tribunal Federal. Após discorrer sobre o contexto político brasileiro, atualmente marcado pelo ativismo judicial e pela crise da representação democrática, examina o programa normativo da proposta de emenda constitucional n. 33/11 de forma a evidenciar que o juízo de constitucionalidade desta proposição envolve problemas interpretativos diretamente relacionados a conflitos institucionais entre o Legislativo e o Judiciário. Mais do que simples divergências hermenêuticas sobre a melhor interpretação da Constituição, a contenda sobre a constitucionalidade da PEC n. 33/11 materializa uma disputa política, em progresso, entre poderes constituídos. Ao final, conclui-se que argumentos de política e argumentos jurídicos não devem ser confundidos na prática jurisdicional da suprema corte.

Palavras-chave: Direito e política; Ativismo judicial; Conflitos entre poderes constituídos; Proposta de emenda constitucional n. 33/11; Jurisdição constitucional.

ABSTRACT

In a concrete manner, the article discusses the principle of separation of powers and the legal limits established by the 1988 Constitution to the performance of the legislative branch and the Federal Supreme Court. After dissertes about the Brazilian political context, currently marked by judicial activism and the crisis of democratic representation,

* Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Pós-Graduado em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa com período de pesquisa realizado na Università degli Studi di Roma La Sapienza. Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – FDUL. Advogado. E-mail: tcsacchetto@gmail.com. Telefone: (31) 98449-8588.

examines the legislative program of the proposed constitutional amendment n. 33/11 in order to show that the judgment of constitutionality of this proposition involves interpretative problems directly related to institutional conflicts between the legislative and the judiciary. More than just hermeneutic disagreements over the best interpretation of the Constitution, the contention about the constitutionality of the CAP n. 33/11 embodies a political dispute, in progress, between constituted powers. In the end, it is concluded that political arguments and legal arguments should not be confused in the judicial practice of the supreme court.

Keywords: Law and politics; Judicial activism; Conflicts between constituted powers; Constitutional amendment proposal n. 33/11; Constitutional jurisdiction.

INTRODUÇÃO

O fervor com o qual questões jurídico-políticas têm sido tratadas na sociedade brasileira tem acalentado interessantes debates promovidos por juristas, políticos e pela sociedade civil em busca de alternativas normativas capazes de provocar mudanças para o aprimoramento do ordenamento jurídico nacional e da realidade que ele visa regulamentar.

Muitos posicionamentos acerca de questões fundamentais da política e do direito têm sido externados nos meios de comunicação trazendo para o centro das discussões contemporâneas os problemas relacionados aos arranjos institucionais definidos pela Constituição Federal e a forma de contenção e balanço entre os poderes legitimamente constituídos.

Nesse contexto, não raramente surgem controvérsias entre os intérpretes da Constituição sobre qual é o melhor modelo de organização do poder ou qual é a forma mais apropriada de interpretar a Constituição ou *densificar* o conteúdo de alguma de suas normas.

Por meio de uma análise concreta, com esteio na Proposta de Emenda Constitucional n. 33/11 e nos seus objetivos de alterar a dinâmica do controle de constitucionalidade de normas legais, pretende-se evidenciar alguns conflitos que têm envolvido o Legislativo e o Judiciário antes e durante o trâmite dessa proposição de emenda à Constituição.

Após ter sofrido grande pressão política contra a sua aprovação e com o fim da última legislatura, a PEC n. 33/11 foi arquivada¹ em 31/01/15 pacificando-se

¹ Cfr. Informação disponível no site da Câmara dos Deputados: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>>. Acesso em: 2 fev. 2015.

momentaneamente² parte do conflito institucional que envolve os Poderes Legislativo e Judiciário, no entanto fez renascer a polêmica referente à necessidade, ou não, de conter-se o fenômeno do ativismo judicial.

A PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL N. 33/11 NO CONTEXTO DE CONFLITOS INSTITUCIONAIS

Episódios recentes de tensão entre o Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo

Conforme diversas notícias veiculadas pela imprensa comercial nos últimos anos demonstram, alguns episódios marcantes da vida política e jurídica nacional envolvendo figuras notórias do Legislativo e do Supremo Tribunal Federal têm exasperado a existência de um clima de desconforto institucional que vigora entre os representantes de ambos os poderes na última década.

Embora não seja possível afirmar-se que exista um cenário típico de crise a permear as relações entre esses Poderes constituídos e nem que episódios de agitação institucional entre o Legislativo e o Judiciário sejam acontecimentos constantes, o vínculo entre esses Poderes ficou estremecido nos últimos anos por divergências quanto à aplicação da Constituição e a algumas declarações polêmicas dadas para a imprensa.

Entre elas, podemos citar uma declaração feita em 2008 pelo Presidente do Congresso Nacional à época, por meio da qual o eminente parlamentar manifestou existir um clima de desconforto institucional sentido pelo Poder Legislativo com práticas adotadas por outros Poderes da República que estavam ameaçando a sua função primordial de editar leis³.

Alguns anos depois, em abril de 2013, episódio que chamou a atenção da mídia em razão da potencial crise institucional que quase provocou iniciou-se com o ato de deferimento de liminar concedida pelo Ministro Gilmar Mendes nos autos do Mandado de Segurança n. 32033, o qual suspendeu a tramitação do Projeto de Lei n. 4.470/12 cujo objetivo era alterar importantes aspectos da forma da organização partidária nacional.

O projeto era visto como prioritário por vários parlamentares, tendo um número considerável de Deputados e Senadores considerado abusiva e inconstitucional a atuação do Supremo Tribunal Federal. Conjecturou-se à época que a de-

² O regimento interno da Câmara dos Deputados prevê no seu artigo 105, parágrafo único, a possibilidade de a medida ser desarquivada por requerimento do seu Autor.

³ Conforme aponta: RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21. O, à época, presidente do Congresso Nacional, Senador Garibaldi Alves Filho, criticava naquela circunstância tanto o ativismo judicial como o excesso de edição de medidas provisórias pelo Poder Executivo.

cisão proferida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal teria nas raízes de sua motivação uma relação direta com a aprovação da constitucionalidade da PEC n. 33/11 pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, razão pela qual vários parlamentares consideraram-na um ato de represália institucional⁴.

Em momento mais recente, declaração dada pelo Ministro aposentado Joaquim Barbosa, afirmando que os partidos políticos do Brasil eram de “mentirinha” e que o Congresso se notabilizaria por sua ineficiência e incapacidade de deliberar⁵, desencadeou uma reação em massa de representantes do Legislativo que criticaram severamente as afirmações feitas pelo, à época, presidente do Supremo Tribunal Federal.

Aceitando-se ou não que alguns desses eventos ilustram a existência de um cenário político que tem sido marcado nos últimos anos por episódios característicos de conflitos institucionais entre o Supremo Tribunal Federal e o poder Legislativo, é insofismável que esse tribunal teve os seus poderes expandidos nas últimas décadas em virtude de reformas legislativas e do proferimento de paradigmáticas decisões.

Entre alguns exemplos de decisões proferidas nas últimas décadas pelo Supremo Tribunal Federal que suscitaram polêmicas relacionadas a conflitos entre poderes, é possível citar os acórdãos proferidos nos Mandados de Segurança ns. 26.602, 26.603 e 26.604 que trataram sobre o tema da fidelidade partidária e da perda do mandato eletivo; a edição da Súmula Vinculante n. 13 que visou regulamentar a vedação ao nepotismo na Administração Pública; ou mesmo alguns dos votos proferidos nos autos da Reclamação n. 4.335, em que a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal ampliar, por conta própria, os seus poderes em detrimento do Senado Federal tem sido suscitada.

38

A crise de representação como fator estimulante de uma postura ativista do Supremo Tribunal Federal

Uma recente pesquisa de opinião efetuada pelo Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística (IBOPE), que procurou medir o índice de confiança social dos brasileiros nas instituições e pessoas, embora não sirva como padrão definitivo para mensurar a credibilidade do Poder Legislativo e dos órgãos a ele

⁴ O imbróglio gerou muita polêmica e acabou exigindo que os presidentes da Câmara e do Senado Federal se reunissem com o Ministro do Supremo Tribunal Federal a fim de apaziguar os ânimos exaltados de alguns parlamentares.

⁵ As declarações efetuadas pelo Ministro foram divulgadas em diversos veículos da mídia impressa e eletrônica, como em notícia publicada pelo jornal *Estado de Minas*, sob o título “Barbosa abre o verbo e classifica Congresso de ‘ineficiente e incapaz de deliberar’”, disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2013/05/21/interna_politica,391309/barbosa-abre-o-verbo-e-classifica-congresso-de-ineficiente-e-incapaz-de-deliberar.shtml>. Acesso em: 2 fev. 2015.

relacionados no esteio da sociedade, foi útil para demonstrar que eles têm um acentuado nível de descrédito.

De acordo com a pesquisa efetuada pelo Ibope de 18 a 21 de julho de 2014, na qual se buscou medir o índice de credibilidade de instituições da sociedade brasileira com base em uma escala numerada de 1 a 100, o Congresso Nacional e os partidos políticos alcançaram respectivamente os índices de 35 e 30 pontos, que, de acordo com a escala centesimal utilizada, aproximam-se do *standard*: “inspiram quase nenhuma confiança”⁶.

Os referidos dados, que ilustram o descrédito dessas instituições de representação política com a sociedade cujos baixos índices de prestígio são uma constante desde 2009, exemplificam o que a doutrina jurídica tem denominado de *crise de representação* ou *crise da democracia indireta*, vivenciada contemporaneamente não apenas no Brasil, como em diversos outros países.

Entre alguns dos fatores assinalados como causas desse panorama de crise democrática, têm-se citado: (i) a falta de fidelidade à ideologia eleitoral, (ii) o jogo de interesses pessoais dos parlamentares; (iii) a predominância dos partidos como instituição imprescindível ao funcionamento das instituições políticas; (iv) a corrupção; (v) a inacessibilidade factual de comunicação com os representantes do legislativo; (vi) a excessiva influência dos setores econômicos na eleição de representantes políticos⁷; entre outros.

Fazendo alusão a esse cenário de descrença da sociedade, que ocorre em diversas democracias representativas do mundo contemporâneo, Paulo Otero cita Bertrand Russell, no seu livro *Caminhos de Liberdade*, afirmando haver contemporaneamente uma “sensação generalizada de que ninguém pode permanecer na política sem recorrer ao engano”⁸, constatação que leva o cidadão singular a um sentimento de incredulidade e impotência face ao sistema representativo.

Nada melhor para ilustrar essa percepção social no atual contexto brasileiro do que os episódios ocorridos em 2013, popularmente conhecidos como a “primavera brasileira”, nos quais milhares de cidadãos foram às ruas para pro-

⁶ Por meio da qual é utilizado um critério em que: muita confiança = 100 na escala de 0 a 100; alguma confiança = 66 na escala de 0 a 100; quase nenhuma confiança = 33 na escala de 0 a 100 e nenhuma confiança = 0 na escala de 0 a 100. Dados disponíveis em: <<http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/Ap%C3%B3s-queda-acentuada-em-2013,Indice-de-Confianca-Social-se-estabiliza.aspx>>. Acesso em: 2 fev. 2015.

⁷ Conforme PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, p. 120-127 e BOBBIO, Norberto. *La Crisis de la Democracia y la Lección de los Clásicos*. In: BOBBIO, Norberto; PONTARA, Giuliano e VECA, Salvatore. *Crisis de la democracia*. Tradução de Jordi Mafrà. Barcelona: Editorial Ariel, 1985, p. 14 e s.

⁸ *Apud* OTERO, Paulo. *Instituições políticas e constitucionais*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 664, v. I.

testar contra a corrupção das classes políticas, a gestão inadvertida de verbas públicas e a deficiência dos sistemas de saúde e educação e expuseram, de forma veemente, o sentimento de insatisfação social com a atuação da classe política.

De forma a relacionar o ativismo judicial do poder judiciário à ineficiência dos poderes representativos, incapazes de concretizar as normas da Constituição, Elival da Silva Ramos aponta que uma das principais causas do crescimento da postura ativista seria a própria “incapacidade do aparato governamental brasileiro de atender à produção normativa”⁹, razão pela qual os membros do judiciário acabariam se sentindo impulsionados a concretizar a Constituição.

Aceitando-se ou não a existência de um cenário institucional de crise de representação do Poder Legislativo brasileiro, evidenciado com a sensação generalizada de insatisfação popular, é insofismável que, em meio a esse contexto, o Supremo Tribunal Federal tem expandido nas últimas décadas o alcance dos seus poderes, processo que tem ocorrido de forma paulatina e gerou uma contrarreação do Poder Legislativo com a PEC n. 33/11.

A PEC n. 33/11 como um ato de reação do Poder Legislativo ao ativismo judicial

40

Os primeiros parágrafos que compõem a justificativa da PEC n. 33/11¹⁰ introduzem a existência de um atual cenário de protagonismo alcançado pelo Poder Judiciário no Brasil, especialmente pelos órgãos de cúpula, que resultaria de dois fenômenos distintos: a *judicialização das relações sociais* e o *ativismo judicial*.

Em poucas linhas, conceitua-se a *judicialização das relações sociais* como fenômeno decorrente da adoção de uma Constituição analítica, amplamente regulamentadora, que concentraria no Judiciário a resolução de diversas controvérsias da vida diária, e, por sua vez, define-se o *ativismo judicial* como um modo proativo de interpretar a Constituição que tem sido adotado pelos membros do Poder Judiciário brasileiro com o desiderato de criar normas para a solução de casos concretos, sem que elas tenham passado pelo escrutínio do Legislador¹¹.

A PEC n. 33/11 refuta a possibilidade de que eventuais deficiências do Legislativo possam justificar a ocorrência de rechaçáveis atitudes de ativismo “*como se houvesse um vácuo político a ser ocupado pelo Supremo Tribunal Federal*”¹², enfatizando que a hipertrofia do Poder Judiciário tem deslocado o debate de

⁹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 289.

¹⁰ Exposição de Motivos da PEC n. 33/11, disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A12DCEF8645225D34F644A704312A93C.node2?codteor=876817&filename=PEC+33/2011>. Acesso em: 2 fev. 2015, p. 3-4.

¹¹ Cf. Exposição de Motivos da PEC n. 33/11, p. 3-4.

¹² Cf. Exposição de Motivos da PEC n. 33/11, p. 4.

questões importantes do Legislativo para aquele Poder, à exemplo do que ocorreu na querela das ações afirmativas baseadas em cotas raciais e na questão da utilização de células-tronco para meios de pesquisa.

Por essa razão, a proposta de emenda tem o propósito de reestruturar competências e a forma de atuação do Supremo Tribunal Federal, com o fim de estabelecer, ou recuperar, um arranjo de equilíbrio entre os Poderes da República:

É bastante comum ouvirmos a afirmação de que à Suprema Corte cabe a última palavra sobre a Constituição, ou ainda, a Constituição é o que o Supremo diz que ela é. Na verdade, deve caber ao povo dizer o que é a Constituição.

Precisamos, pois, resgatar o valor da representação política, da soberania popular e da dignidade da lei aprovada pelos representantes legítimos do povo, ameaçadas pela postura ativista do Judiciário. Restabelecer o equilíbrio entre os Poderes é, pois, o objetivo central da presente proposição¹³.

Em suma, constata-se que o objetivo central da PEC n. 33/11 é efetuar uma mudança paradigmática no âmbito da atuação do Supremo Tribunal Federal, que, com a sua aprovação, deixaria de exercer o papel predominantemente de *Justiça Constitucional forte* para passar a atuar em uma perspectiva *sui generis de Justiça Constitucional fraca*, nos moldes traçados pelas críticas efetuadas à *judicial review* por Jerome Waldron e Mark Tushnet, inclusive citados na proposta com o objetivo de fundamentar a perspectiva jurídica defendida¹⁴.

Nesse diapasão, pretende-se ultrapassar o argumento de que somente os tribunais podem defender os direitos das minorias, já que na prática, ele acaba por permitir a primazia da “minoridade do Poder Judiciário” sobre o legítimo órgão de poder de representação popular, com a utilização de argumentações hermenêuticas¹⁵ arbitrárias e não popularmente legitimadas¹⁶.

Em resumo, entregar (ou devolver) ao Legislativo o poder de primazia para efetuar as escolhas fundamentais da sociedade brasileira é o objetivo da PEC n. 33/11 que tem o intuito de conter o fenômeno do *ativismo judicial* a fim de im-

¹³ Cf. Exposição de Motivos da PEC n. 33/11, p. 5-6.

¹⁴ Cf. Exposição de Motivos da PEC n. 33/11, p. 12.

¹⁵ Cf. Exposição de Motivos da PEC n. 33/11, p. 13: “O Poder Judiciário brasileiro tem, com efeito, lançado mão de interpretações pós-positivistas, aplicando princípios constitucionais a todo tipo de situações concretas, demonstrando pouco apreço aos textos legais e adotando uma dogmática fluida, com elevado grau de liberdade. Acha-se sempre um princípio constitucional, até então pouco difundido, pronto a fundamentar uma nova decisão impregnada de valor moral. É o verdadeiro império do panprincipiologismo”.

¹⁶ Cf. Exposição de Motivos da PEC n. 33/11, p. 13: “Por fim, o que temos observado a todo momento são decisões ativistas, que representam grave violação ao regime democrático e aos princípios constitucionais da soberania popular e da separação de poderes, os quais constam expressamente da Constituição Federal”.

pedir a tendência de expansão dos poderes normativos conferidos ao Supremo Tribunal Federal.

As proposições normativas da PEC n. 33/11

A Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n. 33/11 foi apresentada na Câmara dos Deputados pelo parlamentar Nazareno Fonteles em 25/05/11. Marcadamente, a referida proposta tem por escopo efetuar modificações em três artigos da Constituição brasileira, quais sejam, 97, 102 e 103-A, de forma a alterar o instituto da súmula vinculante e a dinâmica do controle de constitucionalidade das leis e de proposições de emenda constitucional.

Em suma, o artigo 1º da PEC n. 33/11 pretende modificar o artigo 97 da CF/88, de modo a alterar a exigência de quórum – para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público – de maioria absoluta para a maioria de quatro quintos dos membros do Supremo Tribunal Federal ou do respectivo órgão especial da Corte.

Por sua vez, a disposição contida no artigo 2º da PEC n. 33/11 aspira modificar o artigo 103-A da Constituição Federal para alterar os contornos normativos da súmula vinculante que, de acordo com a nova redação, para sua edição necessitará do quórum de quatro quintos dos membros do Supremo Tribunal Federal (e não mais dois terços) e dependerá da aprovação do Congresso Nacional para obter eficácia.

42

Por último, a alteração proposta pelo artigo 3º da PEC n. 33/11 ambiciona adicionar os §§ 2º-A, 2º-B e 2º-C ao § 2º do artigo 102 da Constituição, com a finalidade de, em síntese, limitar os efeitos das declarações de inconstitucionalidade realizadas pelo Supremo Tribunal Federal sobre futuras propostas de emenda à Constituição aprovadas pelo Congresso.

De acordo com o § 2º-A contido na PEC n. 33/11, as decisões do Supremo Tribunal Federal que declararem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal deixarão de produzir efeitos vinculantes e, para conquistar eficácia jurídica, dependerão da aquiescência do Congresso Nacional sobre o seu teor. Na conjectura de o Poder Legislativo discordar acerca de inconstitucionalidade declarada pelo STF, cria-se uma hipótese de submissão da controvérsia jurídica à consulta popular para decisão final.

Com finalidade semelhante à das alterações anteriormente elencadas, que têm o nítido propósito de efetuar uma contenção dos poderes do Supremo Tribunal Federal, é da pretensão da PEC n. 33/11 incluir também no § 2º do artigo 102 da CF/88 os §§ 2º-B e 2º-C que, respectivamente, regulamentam a forma e prazo como o Congresso Nacional deliberará sobre eventual decisão de inconstitucionalidade e instituem vedação à possibilidade de o STF suspender, por

decisão cautelar, a eficácia de emenda à Constituição aprovada pelo Congresso Nacional.

ANÁLISE CRÍTICA DA PEC N. 33/11

Da possibilidade de o Poder Legislativo alterar características do controle de constitucionalidade de normas legais

Conforme se pontuou anteriormente, a Proposta de Emenda Constitucional n. 33/11 foi formulada em um contexto jurídico-político marcado pela expansão dos poderes do Supremo Tribunal Federal, a partir de quando o Legislativo se viu em confronto com uma atuação da Corte Maior considerada ativista.

Após a aprovação da PEC em exame na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados¹⁷, inúmeros debates foram travados no seio da sociedade brasileira e a tese em favor da inconstitucionalidade dessa proposta de Emenda tem prevalecido ao argumento de que ela violaria de morte o princípio da separação dos Poderes, positivado no artigo 60, § 4º, III da CF/88 como cláusula pétrea.

A massiva crítica efetuada pelos meios de comunicação sobre a PEC n. 33/11 chamou atenção, salvo em algumas exceções, para a predominância de uma argumentação simplória utilizada em favor da tese de inconstitucionalidade da proposta sem a preocupação de se aprofundar nos aspectos jurídicos a ela relacionados.

Inicialmente, sem adentrar na problemática se se deve ou não alterar o modelo do controle de constitucionalidade das leis e emendas atualmente em vigor ou a forma de regulamentação das súmulas vinculantes, é fundamental responder a um questionamento jurídico que precede essa indagação: é possível alterar a sistemática do controle de constitucionalidade das leis e emendas constitucionais feito pelo Poder Judiciário sem violar o princípio da separação dos poderes?

Com fundamento e remissão no direito comparado e na constatação empírica de que não existe um único modelo justo e perfeito de controle de constitucionalidade das normas ou de concretização do princípio da separação dos poderes, entende-se que sim. Sem dúvida alguma a experiência do constitucionalismo não se aperfeiçoou na história a partir de uma única vertente ideológica¹⁸.

¹⁷ O Voto do relator está disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1046676&filename=PRL+1+CCJC+%3D%3E+PEC+33/2011>. Acesso em: 2 fev. 2015.

¹⁸ Para uma perspectiva histórica e sistemática de diferentes sistemas constitucionais (desde os sistemas britânico, francês, estado-unidense até vários outros sistemas europeus, asiáticos e africanos) e das perspectivas de constitucionalismo que os envolve, ver: MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 9. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, t. I, p. 115-239.

Como bem leciona Jorge Miranda, a índole específica e autônoma de cada ordem constitucional e a forma com a qual se desenvolve o seu sistema dependem de causas históricas. Ainda que seja possível identificar aspectos de homogeneidade entre os diversos sistemas constitucionais no âmbito do direito comparado, o substrato social de cada ordem jurídico-política é responsável por individualizar as suas características¹⁹. Nesse sentido, os propositores da EC n. 33/11 estiveram atentos à existência de diferentes modelos e institutos de controle de constitucionalidade para defenderem as mudanças nos termos pleiteados.

Além do que, independentemente de se considerar a existência de múltiplas sistemáticas constitucionais e formas pela qual o controle de constitucionalidade é exercido, cumpre pontuar que a *separação dos Poderes* homenageada pela Constituição brasileira como cláusula pétrea não se perfaz de uma única forma ou por meio de um único arranjo institucional²⁰.

Para constatar que mudanças na ordem constitucional, ou infraconstitucional, que regulamentam a forma de realização do controle de constitucionalidade são recorrentes, basta fazermos referência às mudanças efetuadas por leis e Emendas Constitucionais desde a promulgação da Constituição de 1988, com destaque para as alterações promovidas pelas Leis n. 9.868/99 e n. 9.882/99²¹ e pelas Emendas Constitucionais n. 03/93 e n. 45/04.

44

Com efeito, constata-se que as Leis n. 9.868/99 e n. 9.882/99 tiveram um papel decisivo para solidificar a tendência de consolidação do modelo de controle de constitucionalidade concentrado no direito brasileiro que, em suas origens institucionais, está diretamente associado ao modelo de controle difuso.

Nem por isso a constitucionalidade dos referidos dispositivos legais foi colocada em cheque de forma tão tenaz e sem a devida análise jurídica, como se conjecturou de forma “apriorística” em relação ao teor da PEC n. 33/11. Em via similar, as Emendas Constitucionais n. 03/93 e n. 45/04 implicaram na realização de mudanças também significativas sobre a dinâmica do controle de constitucionalidade no sistema brasileiro. Aquela, por incluir o instituto da Ação Decla-

¹⁹ Cf. MIRANDA, 2011, p. 116. O reverenciado constitucionalista aponta a existência de quase 200 Estados soberanos na atualidade, com múltiplas características em seus ordenamentos: “Com perto de 200 Estados formalmente soberanos na atualidade, todos com os seus ordenamentos particulares e quase todos revestidos de Constituições escritas, não é fácil surpreender um quadro suficientemente largo e preciso não só das múltiplas formas e instituições como das grandes coordenadas do Direito constitucional, das tendências comuns e das aproximações possíveis para lá das dissemelhanças inevitáveis” (p. 115).

²⁰ A respeito dos mitos sobre a separação dos poderes, ver: RANGEL, Paulo Castro. *Repensar o poder judicial*: fundamentos e fragmentos. Porto: Universidade Católica, 2001, p. 110-111.

²¹ Para uma análise crítica das alterações promovidas pelas referidas leis, ver: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade: Leis ns. 9.868, de 10 de novembro e 9.982, de 3 de dezembro de 1999. *Anuario iberoamericano de derecho constitucional*, Madrid, 2001, v. 5, p. 105-124.

ratória de Constitucionalidade que, até então, não tinha nenhum similar em qualquer sistema constitucional contemporâneo. Esta, por de forma mais ampla efetuar o que ficou conhecido como a reforma do Poder Judiciário na qual se conferiu ao STF o poder de editar as controvertidas súmulas vinculantes.

Ora, sem dúvida alguma as mudanças promovidas pela legislação infraconstitucional e pelas Emendas Constitucionais retrocitadas alteraram a dinâmica do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro e a própria forma de concretização do princípio da separação dos poderes. A uma, por terem consolidado uma alteração na tradição do controle de constitucionalidade que, de feição típica do modelo difuso, passou a ter contornos de predominância do sistema concentrado. A duas, porque permitiu ao STF exercer, ainda que de modo indireto, funções tipicamente legislativas com a edição das súmulas vinculantes.

Embora não se tenha visto nenhum Ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro se manifestar contra o teor de alguns dos referidos dispositivos supracitados (à época ou posteriormente a sua aprovação) de forma tão incisiva e ideológica, o mesmo não aconteceu quanto a “pré-julgamentos” públicos efetuados por alguns dos Ministros da Corte Maior no que concerne à inconstitucionalidade da PEC n. 33/11, tendo se destacado as declarações dos Ministros Gilmar Ferreira Mendes²², Marco Aurélio Mello²³ e Joaquim Barbosa²⁴.

Uma vez questionada as premissas de posicionamentos jurídicos que sustentam a inconstitucionalidade da PEC n. 33/11 pura e simplesmente pelo fato

²² Em entrevista à imprensa, o Ministro afirmou: “Não há nenhuma dúvida, (a proposta) é inconstitucional do começo ao fim, de Deus ao último constituinte que assinou a Constituição. É evidente que é isso. Eles (Legislativo) rasgaram a Constituição. Se um dia essa emenda vier a ser aprovada, é melhor que se feche o Supremo Tribunal Federal”. Declaração disponível, entre outros meios de comunicação, em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/politica/para-gilmar-mendes-e-melhor-fechar-stf-se-legislativo-aprovar-pec-33,3828c2f4e634e310VnVCM20000099cceb0aRCRD.html>>. Acesso em: 2 fev. 2015.

²³ Que declarou publicamente: “Nós temos um sistema em que se verifica o primado do Judiciário. A última palavra não cabe ao setor político, cabe ao Judiciário, o órgão de cúpula, o guarda da Constituição é o Supremo. O que implica essa proposta é o afastamento de uma cláusula pétrea, que é a separação dos Poderes da República. Harmonia e separação dos Poderes da República”; Conforme notícia disponibilizada, entre outros meios de comunicação, em: <<http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2013/04/24/para-ministros-pec-que-submete-supremo-a-congresso-e-perniciosa-e-tenebrosa.htm>>. Acesso em: 2 fev. 2015.

²⁴ Em nota formal à imprensa divulgada pelo Supremo Tribunal Federal, o Ministro declarou a respeito da PEC n. 33/11: “Separação de Poderes não é uma noção abstrata. Faz parte do direito de todos os cidadãos. Integra o conjunto de mecanismos constitucionais pelos quais um poder contém ou neutraliza os abusos do outro. Tem quase 80 anos a tradição já consolidada entre nós de se permitir que o Supremo Tribunal Federal declare a invalidez jurídica de uma lei votada pelo Congresso, por maioria absoluta, por violação de uma cláusula constitucional. Por que alterar isso agora, em pleno século 21? Essa medida, se aprovada, fragilizará a democracia brasileira” Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=237187>>. Acesso em: 2 fev. 2015.

de promover alterações na dinâmica do controle de constitucionalidade, ou por dar um novo aspecto de concretização ao princípio da separação dos Poderes, examinemos a sua pertinência em confronto com as principais justificativas doutrinárias contemporâneas para legitimar a atuação da Justiça Constitucional.

Justiça Constitucional substancialista *versus* Justiça Constitucional procedimentalista

Conforme é do conhecimento geral e com base em um conceito que decorre da síntese de diversas formulações doutrinárias, o papel essencial da Justiça Constitucional está diretamente relacionado à finalidade de garantir a normatividade e a supremacia da Constituição sobre o ordenamento jurídico infraconstitucional. Uma vez reconhecido, atualmente, que a Constituição, mais do que uma carta política, é propriamente norma jurídica, discutiu-se por muito tempo, na doutrina, qual poder deveria ser responsável por assegurar a sua supremacia²⁵, tendo na maioria dos Estados vencida a tese de que ao Judiciário caberia garanti-la por meio da aplicação de determinados institutos jurídicos²⁶.

Nesse contexto, a criação de diversos Tribunais Constitucionais, ou órgãos de cúpula do judiciário responsáveis por exercer o controle de constitucionalidade das leis, é consequência da predominância de uma entre outras concepções que digladiaram no âmbito de definir quem (ou que poder) poderia melhor desempenhar a tarefa de “guardar” a Constituição.

46

Reconhecendo-se o triunfo da tese que defende que o Judiciário (em acepção lata) ou um órgão específico de função jurisdicional deve guardar e fazer valer a supremacia constitucional, as controvérsias acerca de como e com quais limites essa função deve ser desempenhada não encontram consenso na doutrina, como não poderia ser diferente, eis que conformar os limites do poder guardião e definir qual o melhor arranjo institucional para exercer esse desiderato não envolve encontrar uma única fórmula perfeita e acabada.

Entre as diversas concepções político-jurídicas que visam fundamentar e legitimar o papel até certo ponto *contramajoritário* exercido pelas Cortes Constitucionais, podemos, em síntese didática, dividir dois paradigmas que atualmente apresentam maior força²⁷: (i) o da justificativa do exercício da jurisdição

²⁵ O clássico debate promovido entre Carl Schmitt e Hans Kelsen é um marco histórico e doutrinário sobre a referida discussão. Para uma aprofundada leitura acerca da polêmica, ver a obra. *La polémica Schmitt / Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Editorial Tecnos, 2009.

²⁶ Cf. MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional. Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, t. I, p. 14.

²⁷ Com esteio na classificação proposta por BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional. Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 3. ed. Renovar. Rio de Janeiro, 2010, p. 52-54.

constitucional como instrumento de defesa dos direitos fundamentais; (ii): o da justificativa do exercício da jurisdição constitucional como instrumento de defesa do procedimento democrático.

Em lacônico resumo, de acordo com a primeira concepção²⁸, argumenta-se que o papel exercido pela Justiça Constitucional não se contrapõe propriamente aos ditames da democracia, eis que sua função primordial estaria associada à sua própria garantia em uma perspectiva *substancial* que se realizaria com a defesa dos direitos fundamentais contra as maiorias legislativas eventuais.

Nos termos dessa concepção genericamente delimitada, o princípio da separação dos poderes se aperfeiçoaria, então, com base na necessária atuação da Justiça Constitucional como órgão legitimado para refrear os impulsos da maioria legislativa que, por estar limitada pela Constituição e pelos direitos fundamentais nela materializados, não poderia transgredi-la ou violá-la.

Em outra via, de acordo com o paradigma que justifica a atuação da Justiça Constitucional como instrumento de defesa do procedimento democrático²⁹, entende-se que a finalidade da jurisdição constitucional, ao contrário da concepção anterior, não seria o de garantir propriamente os direitos fundamentais relacionados a uma concepção substancial da Constituição, eis que, para o exercício de tal função, inevitavelmente, seria necessário que os juízes constitucionais impelisse uma carga excessivamente subjetiva para definir o conteúdo desses direitos.

Em outro prisma, compreende-se que a missão da Justiça Constitucional seria a de garantir a lisura dos procedimentos por meio dos quais a democracia se realiza, permitindo-se, assim, que os canais de participação política sejam viabilizados e que os próprios representantes do povo definam e redefinam o conteúdo dos direitos³⁰.

Fixadas as premissas teóricas basilares que justificam a existência de órgãos jurisdicionais legitimados para se contrapor às deliberações das maiorias democraticamente eleitas, analisemos se as diretrizes normativas da PEC n. 33/11 – que visam privilegiar as decisões políticas tomadas pelo Legislativo – ferem o princípio da separação dos poderes, e, portanto, vão de encontro à existência do Supremo Tribunal Federal enquanto órgão de jurisdição constitucional.

Juízo de constitucionalidade da PEC n. 33/11 em consonância com as perspectivas procedimentais e substanciais de Justiça Constitucional

Fixadas com brevidade as diretrizes teóricas que envolvem as justificativas legitimadoras da atuação da Justiça Constitucional em perspectivas contempo-

²⁸ Cujas teorias de Ronald Dworkin e John Rawls, tendo em conta as suas diferenças, podem ser consideradas suas principais referências.

²⁹ Cujos desenvolvimentos teóricos formulados por Jürgen Habermas e John Hart Ely são considerados os mais marcantes.

³⁰ BINENBOJM, 2010, p. 93-120.

râneas, questiona-se: é possível concluir que a proposta de Emenda Constitucional n. 33/11, como defendem alguns de seus opositores, viola de morte o princípio da separação dos Poderes enquanto cláusula pétrea da Constituição Federal?

A atividade de interpretação dos preceitos normativos da PEC n. 33/11 em contraposição aos ditames normativos do artigo 60, § 4º, III – que estabelece a petrificação da separação dos Poderes no ordenamento pátrio – pode ser enquadrada como um típico problema jurídico de difícil solução (*hard case*). A definição do significado do princípio da separação dos Poderes e do que pode vir a ser uma norma violadora do seu conteúdo depende inevitavelmente da construção de uma argumentação jurídica³¹ lastreada em fundamentos convincentes.

Com base nas diretrizes e fundamentos das principais vertentes contemporâneas que discutem o âmbito de legitimação da atuação das justiças constitucionais, é possível examinar se o plano normativo da PEC n. 33/11 atenta de forma evidente ou não contra o princípio da separação dos poderes.

De acordo com uma visão *procedimentalista* da função institucional a ser exercida pelo Supremo Tribunal Federal, em linhas gerais, nos parece claro que o projeto normativo da PEC n. 33/11 não atenta contra o princípio da separação dos poderes. Isso porque, como decorre de sua exposição de motivos e resai do seu texto normativo, é do intuito precípua da proposição valorizar o papel do Poder Legislativo de modo a fomentar o debate público sobre questões fundamentais para o país.

48

Argumenta-se que, de acordo com o modelo constitucional vigente, é que ocorreria uma violação à harmonia e independência entre os Poderes, uma vez que a hipertrofia do Judiciário estaria deslocando o debate de questões importantes do Legislativo para aquele Poder. Sob a ótica de uma visão *procedimentalista* de atuação da Justiça Constitucional, a alteração do texto constitucional permitiria senão uma valorização da autonomia legislativa e do princípio da soberania popular sem comprometer a harmonia entre os Poderes.

Até porque, cumpre ressaltar, não é do propósito da referida Emenda extinguir o controle de constitucionalidade efetuado pelo Supremo Tribunal Federal sobre as leis, mas, apenas no que se refere ao controle efetuado sobre Emendas Constitucionais – permitir que o Poder Legislativo e/ou o próprio titular do poder constituinte soberano (o povo) – tenham oportunidade de questionar ou reapreciar as decisões de inconstitucionalidade proferidas pela Corte, tornando também mais rigoroso o quórum para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos e para a aprovação de súmulas vinculantes.

³¹ Para interessante lição sobre a Teoria da Argumentação, ver: GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. El derecho como argumentación y el derecho para la argumentación: consideraciones metateóricas en respuesta a Isabel Lifante. In: DOXA. Cuadernos de filosofía del derecho, Alicante, 2001, v. 24, p. 629-653.

Já no que se refere a uma perspectiva substancialista, que compreende como função precípua da Justiça Constitucional garantir os direitos fundamentais contra os influxos das maiorias populares, a nosso ver também não ressaí de forma evidente a existência de uma hipotética inconstitucionalidade da PEC n. 33/11.

Entende-se, a propósito, que a criação do instituto de controle superveniente a ser exercido pelo Congresso Nacional sobre as decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (exclusivamente sobre Emendas Constitucionais), embora enfraqueça o poder da Justiça Constitucional sob uma perspectiva institucional, não provoca uma alteração apta a abolir ou tendente a abolir a separação dos poderes.

Assim, ainda que o órgão de cúpula do Judiciário viesse a perder poder com a aprovação das alterações sugeridas pela PEC n. 33/11, nesta hipotética conjuntura, ele manteria incólume a prerrogativa de declarar a inconstitucionalidade de leis em confronto com a Constituição bem como conservaria todas as suas outras competências delimitadas pela Carta Maior. Neste cenário, não haveria uma eliminação do princípio da separação dos poderes, e o Supremo Tribunal Federal (assim como as demais instâncias do Poder Judiciário) continuariam a poder declarar a inconstitucionalidade de normas que porventura contrariem a Constituição.

Eventual divergência sobre a constitucionalidade de uma Emenda à Constituição é que nesta nova sistemática, em hipotética declaração de inconstitucionalidade realizada pelo STF e superveniente confirmação de sua constitucionalidade pelo Congresso Nacional, passaria a ser resolvida por consulta popular.

Embora este novo manancial jurídico possa apontar para um cenário no qual a Justiça Constitucional fundamentada em uma concepção substancial perde força, suas consequências não implicam propriamente sua abolição. Até porque, conforme apontou o respeitável constitucionalista Virgílio Afonso da Silva quando interpelado sobre a juridicidade da PEC n. 33/11, a Constituição Federal brasileira sequer define a qual Poder cabe dar a última palavra sobre a constitucionalidade de Emendas Constitucionais.

Como bem relembra o professor da USP: “O próprio STF, quando se deparou pela primeira vez com a questão, teve que fazer uma deliberação prévia para analisar se ele era competente para controlar a constitucionalidade de emendas”³². Seguindo esse pensamento, o jurista conclui que o fato de o Tribunal ter decidido a favor de si mesmo como o Poder responsável por dar a última palavra sobre a constitucionalidade de Emendas Constitucionais não tem o condão de tornar a solução por ele perfazida a única hipótese político-jurídica viável.

³² Conforme entrevista concedida por Virgílio Afonso da Silva à *Tribuna do Advogado* e publicada pelo *Conjur*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/virgilio-afonso-silva-professor-usp-comenta-pec-33-embate-poderes>>. Acesso em: 2 fev. 2015.

Dimensão política do problema jurídico

Conforme os comentários e conclusões parciais desenvolvidos neste estudo, confirma-se o posicionamento adotado no sentido de repelir a assunção de uma postura hermenêutica que compreenda a PEC n. 33/11 como proposta absolutamente inconstitucional que, pela sua finalidade, prescindiria de uma análise aprofundada acerca dos seus contornos de validade e legalidade, eis que, na perspectiva jurídica, uma proposição normativa não poder ser examinada puramente com base em critérios de conveniência política e oportunidade.

Contudo, em uma perspectiva que podemos denominar como política, o que se analisa em relação a uma proposta de emenda constitucional é senão a conveniência e oportunidade da medida, na qual torna-se possível questionar: é desejável a modificação formal da Constituição nos termos propostos pela PEC n. 33/11? Embora em uma democracia representativa a resolução dessa controvérsia esteja delegada aos representantes do Poder Legislativo que, *a priori*, optaram por propor as referidas modificações, nada impede, e em uma concepção de *democracia participativa*, inclusive se estimula que os delegatários do poder soberano exerçam pressão social sobre os seus representantes.

Não obstante, é cediço que uma perspectiva jurídica acerca da constitucionalidade de uma norma não se confunde com uma perspectiva política pela qual se avalia a sua conveniência, de modo que os argumentos utilizados nessas diferentes perspectivas (se favoráveis ou contra a sua constitucionalidade) ou (se favoráveis ou contra a sua conveniência) obedecem a distintos critérios ontológicos e finalísticos.

Ter em conta essa distinção é fundamental para que a Corte, em uma eventual análise de constitucionalidade da medida, caso seja desarquivada e aprovada, não esteja a contestar as amplas opções políticas conferidas pela Constituição ao poder constituinte derivado, mas que realize um exame jurídico para avaliar se as alterações almejadas pelo poder constituinte de revisão obedecem aos limites materiais fixados pela Constituição.

Destarte, não se ignora que a tarefa de separar argumentos jurídicos de argumentos políticos não seja absolutamente estanque e que tampouco, em matéria de Direito Constitucional, estejam essas fronteiras bem delimitadas³³. Nesse sentido, várias críticas já foram lançadas sobre a denominada *political question doctrine* que teria a pretensão de excluir do poder judicial a análise de questões políticas, sem para tanto ter formulado parâmetros dogmáticos sólidos capazes de permitir a separação dessas instâncias³⁴.

³³ Cfr. BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ – RFD*, n. 21, 2012, v. 2, p. 15-21.

³⁴ Nessa linha de pensamento, Gomes Canotilho rejeita a possibilidade de se avaliar a necessidade de atuação da jurisdição constitucional com base em uma distinção rígida do que é jurídico

O juízo de constitucionalidade sobre as alterações almejadas pela PEC n. 33/11, inevitavelmente, deve confrontar as disposições normativas da proposta com as limitações materiais ao poder de reforma constitucional consignadas no artigo 60, § 4º, III da CRFB/1988, e não – diversamente – concretizar um juízo de deseabilidade política dessa proposta.

Fato é que desde a proposição de PEC n. 33/11, e com mais afinco, após a declaração de sua constitucionalidade pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, inúmeras manifestações veiculadas em oposição ao teor dessa proposta de Emenda – muitas delas feitas por membros do Judiciário – têm demonstrado a utilização da hermenêutica jurídica como um simples instrumento argumentativo de poder, não preocupado com parâmetros de legalidade traçados pela norma fundamental.

O que parece impulsionar juristas, entre os quais se incluem alguns dos mais notórios jurisconsultos e magistrados brasileiros, a assumirem um posicionamento de absoluta oposição ao conteúdo da PEC n. 33/11 é a convicção de que a mudança paradigmática sobre o controle de constitucionalidade de normas não é desejável sob uma perspectiva política. Em outras palavras, avalia-se que o exercício, pleno, pelo Supremo Tribunal da função de *guardião* da Constituição tem sido eficiente e axiologicamente positivo para a nação brasileira, mesmo quando tem invadido competências aprioristicamente reservadas ao Poder Legislativo.

Neste panorama, em atenção a um suposto clamor popular, que vê com prejudicialidade a transferência de Poderes do Supremo Tribunal Federal para o Congresso Nacional, questiona-se: estaria permitida a conjugação de argumentos políticos para juridicamente justificar a declaração da inconstitucionalidade da referida proposta de Emenda? Em um *Estado de Direito*, é evidente que não. A função jurisdicional não se confunde com a função legislativa e as opções políticas primárias e soberanas tomadas pelo Legislador devem ser respeitadas.

Por outro lado, cumpre salientar o nosso posicionamento absolutamente a favor de que a discussão política a respeito da deseabilidade da PEC n. 33/11, em atenção ao primado do *Estado democrático*, seja fomentada e, pelo que tudo indica, a tese contrária à conveniência política da medida, inclusive, tem prevalecido.

Independentemente do posicionamento que se assuma a respeito dessa emblemática proposta de Emenda Constitucional, o que ela vem a evidenciar é que a hermenêutica jurídica (enquanto ciência da interpretação de textos legais) pode ser influenciada não apenas por subjetividades inconscientes relacionadas

ou político, afirmando de forma contundente que: “não deve admitir-se uma recusa de justiça ou declinação de competência do Tribunal Constitucional só porque a questão é política e dev[a] ser decidida por instâncias políticas”. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.309.

a pré-compreensões do intérprete³⁵, mas, ao contrário, demonstra que dimensões subjetivas conscientes podem influenciar a escolha de uma solução jurídica com base em interesses simplesmente políticos e/ou institucionais.

CONCLUSÃO

Nos termos atualmente estabelecidos pela Constituição Federal, com a PEC n. 33/11, a dinâmica do controle de constitucionalidade de normas e o modo de aprovação de súmulas vinculantes foram questionados pelo poder Legislativo. A referida proposta, independente da solução final que venha a ter, ventitou no plano das ideias a possibilidade de que o poder constituinte derivado consolide desenhos institucionais alternativos em relação às atribuições conferidas aos poderes, abrindo margem para futuras discussões.

É fundamental compreender que propostas de emenda à Constituição podem ser examinadas tanto por um viés político, como por um viés jurídico, e que essas perspectivas não devem se confundir. Na perspectiva política, os responsáveis em última instância por decidir sobre a pertinência e desejabilidade das propostas são os próprios parlamentares que, por serem os representantes do povo, têm o mandato para tomar decisões em seu nome. Na perspectiva jurídica, os responsáveis em última instância por aferir a constitucionalidade de uma emenda e verificar se ela contraria alguma das cláusulas pétreas da Constituição são os Ministros do Supremo Tribunal Federal.

52

Na primeira perspectiva, exige-se que os decisores políticos de uma proposição avaliem se o seu conteúdo é desejável e se, de fato, é do intuito do *povo soberano* concretizar as medidas propugnadas. Na segunda perspectiva, os intérpretes da Constituição devem efetuar o juízo de constitucionalidade de propostas de emenda utilizando o texto normativo do artigo 60, § 4º da Carta Maior como limite jurídico material.

Considerando que o exame de constitucionalidade da PEC n. 33/11 envolve poderes constituídos diretamente interessados na solução jurídica, parece-nos claro que o confronto de posicionamentos acerca da constitucionalidade da referida medida, mais do que puramente uma questão hermenêutica e da ciência do direito, é também ontologicamente uma questão de disputa pelo poder.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ – RFD*, n. 21, v. 2, 2012.

³⁵ STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 213.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional*. Legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3. ed. Renovar. Rio de Janeiro, 2010.

BOBBIO, Norberto. La Crisis de la Democracia y la Lección de los Clásicos. In: BOBBIO, Norberto; PONTARA, Giuliano e VECA, Salvatore. *Crisis de la democracia*. Tradução de Jordi Mafrà. Barcelona: Editorial Ariel, 1985.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade: Leis ns. 9.868, de 10 de novembro e 9.982, de 3 de dezembro de 1999. In: *Anuario iberoamericano de derecho constitucional*, Madrid, v. 5, 2001.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. El derecho como argumentación y el derecho para la argumentación: consideraciones metateóricas en respuesta a Isabel Lifante. DOXA. *Cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, v. 24, 2001.

KELSEN, Hans. ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? In: *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional*: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución. Madrid: Editorial Tecnos, 2009.

LOMBARDI, Giorgio. Estudio Preliminar – La querela Schmitt/Kelsen: consideraciones sobre lo vivo e y lo muerto em la gran polémica sobre la justicia constitucional de siglo XX. In: *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional*: el defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución. Madrid: Editorial Tecnos, 2009.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional*. Garantia da constituição e controle da constitucionalidade. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, t. I, 2006.

OTERO, Paulo. *Instituições políticas e constitucionais*. Coimbra: Almedina, v. I, 2009.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, t. II, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 9. ed. Coimbra: Coimbra Editora, t. I, 2011.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito constitucional democrático*: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RANGEL, Paulo Castro. *Repensar o poder judicial*: fundamentos e fragmentos. Porto: Universidade Católica, 2001.

SCHMITT, Carl. El defensor de la constitución. In: *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional*: el defensor de la constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? Madrid: Editorial Tecnos, 2009.

Thiago Coelho Sacchetto

STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. Professor da USP fala sobre a PEC n. 33 e embate de poderes. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/virgilio-afonso-silva-professor-usp-comenta-pec-33-embate-poderes>>. Acesso em: 2 fev. 2015.

Data de envio: 19/02/2015

Data de aprovação: 21/09/2015

**A POSTURA DO PODER JUDICIÁRIO
PERANTE AS AÇÕES COLETIVAS: UMA
ABORDAGEM NEOCONSTITUCIONAL-PUBLICICISTA
À LUZ DA ATUAL REALIDADE BRASILEIRA**

**THE ATTITUDE OF THE JUDICIARY'S POWER
IN FRONT OF THE COLLECTIVE ACTIONS: AN
APPROACH NEOCONSTITUCIONAL-PUBLICICIST
IN THE LIGHT OF THE CURRENT
BRAZILIAN'S REALITY**

*Maria Charpinel Santos**

RESUMO

Este trabalho analisa a postura mais ativa assumida pelos magistrados, especialmente após a inclusão de leis que preveem a tutela dos interesses da coletividade e também com a promulgação da Constituição Federal de 1988, haja vista que esta trouxe consigo a inserção dos movimentos do neoconstitucionalismo, do publicismo e do constitucionalismo democrático no ordenamento jurídico. Diante de tal contexto, será sopesada a valorização dos direitos fundamentais, especialmente em relação às garantias da massa, pois a partir do tratamento mais atento de tais direitos, entende-se que há possibilidade de melhor satisfação dos objetivos constitucionais. Logo, concluir-se-á o presente estudo advogando-se pela plena harmonização entre a proatividade dos magistrados e o direito processual coletivo, uma vez que o “ativismo” proposto encontra-se determinado na própria Constituição Federal, não havendo por que tratá-lo de forma diversa ou vislumbrar qualquer outra transgressão ao sistema jurídico.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo; Democracia; Poderes do juiz; Processo coletivo.

* Mestranda em Direito na Universidade Federal do Espírito Santo – UFES. Cursa MBA em Direito Civil e Processual Civil na Fundação Getulio Vargas – FGV. Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Espírito Santo – FAPES. Currículo Lattes disponível em: <<http://lattes.cnpq.br/2543130134959395/>>.

ABSTRACT

This work analyzes the more active stance taken by magistrates, especially after the inclusion of laws providing for the protection of interests of a collectivity and soon after also with the promulgation of the Federal Constitution of 1988, because this one brought the movements of neoconstitutionalism, the publicism and democratic constitutionalism for insertion into the legal system. Faced with this context, will be measure the value of fundamental rights, especially in relation to mass's rights, because the more careful treatment of such rights means that there is a possibility of better satisfaction of the constitutional purposes. So will conclude this study advocating for full harmonization between the proactivity of the judiciary and the collective procedural law, since the "activism" proposed is given in the Federal Constitution itself, not existing, this way, reason to treat it differently or envision any other violation of the legal system.

Keywords: Neoconstitutionalism; Democracy; Judge's powers; Collective process.

INTRODUÇÃO

O direito, bem como ocorre com o processo, sofre modificações ao longo dos anos para adequar-se às alterações históricas. Em razão desse amoldamento, sucedem-se verdadeiras insurreições paradigmáticas na sua substância.

Desde a falência do Estado Liberal e a consequente ascensão do Estado Democrático de Direito, vislumbra-se a promoção de dois importantes movimentos contemporâneos denominados de publicismo e neoconstitucionalismo, que têm oferecido novas nuances para a jurisdição, vista agora como real fator social¹.

Indubitável o deslocamento que houve da função de processo como mero instrumento de solução de litígios bipolares para a condição de ferramenta que auxilia na busca por efetivos benefícios sociais. Sustenta a visão moderna que o escopo do processo é tão somente prestar-se de base jurídico-formal para uma resolução do conflito compatível com o ideal médio de justiça e com os ditames constitucionais².

Defende-se cada vez mais arduamente que o magistrado, entendido como a personificação do Estado na atividade jurisdicional, não pode omitir-se diante de injustiças, tendo, para tanto, seus poderes ampliados. O juiz deve possuir total consciência do seu dever-obrigação funcional de agir com a máxima efetividade possível para que haja a concretização dos fins almejados pela legislação.

¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.

² FACCHINI NETO, Eugênio Neto. *E o Juiz não é só de Direito. Aspectos psicológicos da atividade jurídica*. Campinas: Millennium, 2002.

Nesse diapasão de alteração da visão processual com alargamento dos poderes do magistrado para se priorizar a satisfação dos preceitos e fundamentos constitucionais, especialmente a concretização dos direitos fundamentais advindas com a promulgação da Constituição Federal de 1988, é de suma importância analisar mais detidamente o processo coletivo, “novo” ramo de direito processual que teve seu surgimento embalado pela segunda onda renovatória do acesso à justiça, em que se estenderam aos direitos coletivos *lato sensu* os mesmos direitos assegurados aos direitos individuais³.

A importância de se estudar mais atentamente esse recente ramo do direito reside no fato de que ele lida com interesses que extrapolam a individualidade e o bipolarismo liberais costumeiros, tratando diretamente do enfrentamento e do julgamento das grandes causas sociais, como as relativas ao patrimônio público, ao meio ambiente, aos direitos consumeristas, entre outros, a fim de transformar efetivamente a realidade social com a justiça, conforme entende Gregório Assagra de Almeida⁴.

Optou-se, desse modo, por estudar mais profundamente a atuação do magistrado nos processos coletivos, uma vez que, nessas demandas, existem complexas ações coletivas que cuidam, conforme asseverou-se neste artigo, de interesses de toda uma coletividade, e a negligência na tutela de algum desses direitos poderia ser irreparável, tal como ocorre com o meio ambiente ou com o patrimônio público.

Nesse ínterim, caberia dizer que uma atuação mais proativa dos magistrados na condução de demandas com tamanho grau de importância e de alcance como as demandas coletivas violaria algum outro preceito do ordenamento, tal como a imparcialidade do magistrado ou a tripartição dos Poderes?

A fim de esclarecer o tema, foram analisados detidamente os institutos sob a égide do Estado Democrático de Direito e dos movimentos contemporâneos, para que, ao fim, possa-se chegar a uma conclusão que esteja de acordo com os ditames do ordenamento jurídico brasileiro.

Com intuito de realizar o estudo proposto, foi utilizado o método de revisão bibliográfica a partir da consulta doutrinária, haja vista tratar-se de um tema que se aproxima mais do campo teórico-dogmático.

OS PODERES DO MAGISTRADO SOB A PERSPECTIVA DO MOVIMENTO NEOCONSTITUCIONALISTA-PUBLICISTA

Pacificou-se o entendimento na atualidade de que a conceituação de processo, em linhas gerais, remete a um método de exercício da função jurisdicional.

³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

⁴ *Ibidem*.

Tem-se uma relação processual em que o vínculo que une as pessoas é justamente a busca pela atividade jurisdicional prestada pelo Estado para que se resolva uma situação da vida social⁵.

Porquanto, levando-se em consideração que as lides baseiam-se em bens abrigados pelo ordenamento, é fácil concluir que, com a evolução social, as inúmeras transformações tecnológicas e descobertas científicas, o direito e, por consequência, o processo, também se modificam sobremaneira para que continuem atualizados e aptos a resolver os conflitos apresentados pela sociedade de maneira efetiva⁶.

Nesse ínterim, pode-se observar com clareza, nas mudanças nos modelos estatais, esse acompanhamento do direito e das instituições às mudanças ideológicas ocorridas nas sociedades ao longo dos tempos: desde os séculos finais da Idade Média, quando se iniciaram o agrupamento social e a centralização do poder, houve uma evolução para alcançar a plena concentração do poder nas mãos do monarca no período conhecido como absolutismo, especialmente em razão da necessidade de fortalecimento da atividade comercial⁷.

Alguns séculos mais tarde, com o crescimento das interações sociais e discussões intelectuais que acarretaram nova emolduração na ordem social mundial, surgiu a necessidade de reenquadrar o Estado na peculiaridade da sociedade de então: a busca pela liberdade. Adveio, então, o Estado Liberal, baseado no liberalismo clássico que pregava a abstenção estatal em prol do livre-arbítrio do homem. Todavia, após alguns eventos como a Quebra da Bolsa de Nova York e a ascensão das ideias socialistas de Marx, a população passou a amargar a liberdade concedida pelo sistema estatal em vigor, fazendo surgir nova necessidade de mudança para acompanhamento da mentalidade social.

Ascendeu-se, então, o Estado Democrático de Direito, constituído pelo conjunto de regras jurídicas, democrática e discursivamente escolhidas que primam pela união de esforços na efetivação de direitos. Esse modelo inspira-se no conceito do indivíduo, na dignidade de sua pessoa e na respeitabilidade de seus direitos, conforme aduz José Néri da Silveira⁸.

Em meio à busca pela consubstanciação de pretensões democráticas, isto é, satisfação dos anseios e das necessidades coletivas e do próprio respeito às garantias positivadas e à dignidade da pessoa humana, o processo passa a deter uma

⁵ KLIPPEL, Rodrigo. *Teoria geral do processo civil*. 2. ed. rev. e ampl. Niterói: Impetus, 2009.

⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. A reforma da Constituição. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 36, 1 nov. 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/141>>. Acesso em: 01 de maio 2015.

⁸ GALUPPO, Marcelo Campos. A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: v. 1, n. 3, p. 195-206, 2005.

missão social a ser cumprida que, nas palavras do mestre italiano Calamandrei⁹, advém do caráter humanístico assumido pelas instituições a partir do Estado Democrático de Direito.

Assim, no momento de reconstitucionalização pós-guerra, iniciou-se uma redefinição do lugar ocupado pela Constituição e também da sua influência na sociedade¹⁰. A aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia fez nascer uma nova forma de organização política e um novo olhar sobre o direito: o neoconstitucionalismo.

O movimento denominado neoconstitucionalismo tem sido entendido como um conjunto de ideias e de transformações ocorridas especialmente no âmbito do direito constitucional, que apresentam a Constituição Federal como ponto central de todo o ordenamento jurídico, oferecendo uma nova hermenêutica guiada por uma gama de princípios e valores¹¹.

Tal movimento defende que a Constituição deve ter a pretensão de regular concretamente a realidade, imprimindo ordem e conformação à realidade política e social. Barroso¹² chama a atenção ainda para o fato de que, no neoconstitucionalismo, a Constituição deixa de ser vista apenas como um documento essencialmente político, passando a ter *status* de norma jurídica. Posto isso, originou-se o fenômeno da constitucionalização do direito, acerca do qual o mesmo autor¹³ faz importantes apontamentos:

[...] importa na irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, notadamente por via da jurisdição constitucional, em seus diferentes níveis. Dela resulta a aplicabilidade direta da Constituição a diversas situações, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e, sobretudo, a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, circunstância que irá conformar-lhes o sentido e o alcance.

Infere-se que os operadores do direito não mais poderão fixar-se somente na legalidade estrita. Não se despreza o direito posto no ordenamento, mas o ato de dirimir um conflito deve levar em consideração muito mais do que tão somente a letra fria da lei, mas também a vontade constitucional que exprimirá, por sua vez, a teoria da justiça fundada na dignidade humana.

⁹ CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandes Barbery. Campinas: Bookseller, 1999, v. 1.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Themis, Revista da ESMEC*, Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 13-100, jul./dez. 2006.

¹¹ OLIVEIRA, Luis Fernando de. O neoconstitucionalismo no Brasil. *Revista Jurídica*, Ano IX, n. 14, 2008-2009, p. 63-68.

¹² BARROSO, 2006, nota 13.

¹³ *Ibidem*.

Nesse diapasão, em consonância ao postulado de que toda a aplicação do direito deverá basear-se primordialmente nas orientações constitucionais, é possível depreender que, sobre a figura do aplicador da lei, pesa grande responsabilidade de aplicar o enunciado normativo segundo o entendimento constitucional. A respeito dessa mudança na interpretação conforme a Carta Magna, ensina com brilhantismo o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso¹⁴:

A interpretação jurídica tradicional desenvolveu-se sobre duas grandes premissas: (i) quanto ao papel da norma, cabe a ela oferecer, no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos; (ii) quanto ao papel do juiz, cabe a ele identificar, no ordenamento jurídico, a norma aplicável ao problema a ser resolvido, revelando a solução nela contida. Vale dizer: a resposta para os problemas está integralmente no sistema jurídico e o intérprete desempenha uma função técnica de conhecimento, de formulação de juízos de fato. No modelo convencional, as normas são percebidas como regras, enunciados descritivos de condutas a serem seguidas, aplicáveis mediante subsunção.

Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes, só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se coparticipante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.

Inquestionável torna-se, desse modo, a expressiva extensão dos poderes do intérprete do direito para com a resolução dos casos concretos. O magistrado deverá analisar todas as normas constitucionais que se aplicam à situação específica e não mais somente subsumir a lei ao fato apresentado, tornando-se, nas palavras de Barroso, coparticipante do processo de criação do Direito ao conjugar espécies normativas aplicáveis ao caso com os escopos constitucionais.

Em um momento anterior às ideias contemporâneas que deram ênfase à Constituição no ordenamento, o operador do direito atuava em um ambiente de separação estanque do papel das funções estatais (Judiciário, Legislativo e Exe-

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Themis, Revista da ESMEC*, Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 13-100, jul./dez. 2006.

cutivo), em que o processo civil e a jurisdição se prestavam a compor conflitos de índole privada notadamente bipolares, reduzindo o horizonte interpretativo do jurista à discussão processual sob uma perspectiva técnica de aplicação da letra fria da lei.

Destarte, é possível vislumbrar a grandiosa mudança nas concepções a partir dos ideais do Estado Democrático de Direito: a preocupação com a satisfação das necessidades e com o bem-estar coletivo – sufocada até então pelas pretensões individuais e que deu origem ao movimento neoconstitucionalista-publicista – fixa que todo o sistema jurídico deverá sofrer alterações com a imposição desse novo paradigma sobre a Constituição e o direito constitucional.

Percebe-se, assim, que a constitucionalização do direito atribui relevante destaque para o Poder Judiciário, que acaba obtendo uma maior autonomia dentro de suas competências do poder uno do Estado¹⁵, haja vista ter o dever funcional de atuar com vistas a satisfazer o que está expresso na Constituição Federal em prol da justa organização da sociedade e na busca pelo bem-estar social, razão pela qual não há que se falar em desrespeito à imparcialidade ou à tripartição de Poderes, mas somente em cumprimento dos fundamentos e preceitos maiores do ordenamento jurídico.

Em consonância ao esposado, destaca-se que, em um momento pretérito, a separação dos Poderes existia no sentido de limitar o poder do Estado; hoje, ela se preza à busca pela concretização dos direitos fundamentais¹⁶, pois os poderes estatais estão constitucionalmente obrigados na busca pela concretização dos ditames constitucionais e, de forma mais especial, no perfazimento dos direitos fundamentais e sociais, cada qual na sua esfera de competências, mas sempre no sentido de obter a maior eficácia e efetividade possível dos direitos e deveres fundamentais. Não obstante a necessidade de respeito à separação dos poderes, a realidade atual exige um Poder Judiciário muito mais envolvido, participativo e criativo, que permita o resguardo das instituições democráticas e dos princípios constitucionais.

Nesse contexto, imperioso chamar a atenção para a relevância dos citados movimentos, uma vez que a compreensão maior a respeito do papel que a Constituição Federal deve desempenhar e, por via de consequência, a ampliação dos poderes dos magistrados na condução das lides com vistas a satisfazer os objetivos constitucionais, representou grande avanço na persecução do bem-estar da coletividade por meio do reconhecimento dos seus direitos e posterior garantia de gozo.

¹⁵ VIGO, Luís Rodolfo. GOMES, Luiz Flávio. *Do estado de direito constitucional e transnacional*. São Paulo: Premier, 2008.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 25. ed. atual., São Paulo: Malheiros, 2010.

A ideia publicista, incrustada no movimento neoconstitucionalista, oportunizou essa revolucionária passagem dinâmica do paradigma liberal ao paradigma do Estado Democrático de Direito, de uma postura individualista/privada para uma postura coletiva/pública do Direito e do processo, em consonância com o que inferem Hermes Zanetti Jr. e Fredie Didier Jr.¹⁷.

Baracho¹⁸ destaca que, após a Segunda Guerra Mundial, de forma paulatina, foi-se abrindo a ciência jurídica aos reais problemas e anseios da sociedade coletivamente considerada, buscando-se meios efetivos para solucioná-los. A significativa mudança implementada deu-se especialmente com a diminuição da importância do Poder Legislativo e potencialização do papel da magistratura.

Importante trazer aqui que a atenuação do Estado Legislativo já era apontada desde a década de 1930 por Carl Schmitt¹⁹ ao afirmar que o *ethos* do Estado Jurisdicional garantia ao juiz decidir imediatamente em nome do direito e da Justiça, sem interferências ou determinações de outros poderes que não judiciais, ideia esta que, inquestionavelmente, foi absorvida pelos movimentos contemporâneos citados.

Nesse ínterim, é de suma relevância trazer aqui o envolvimento de todo o sistema jurídico brasileiro para com os escopos exarados na Carta Maior, sendo importante tecer alguns apontamentos acerca da adoção das premissas publicistas e neoconstitucionalistas pelo mais novo ordenamento processualista pátrio com vistas a melhor atender aos objetivos da Constituição Federal.

Já na exposição de motivos do Novo Código de Processo Civil²⁰, pode-se vislumbrar a máxima ambição na adequação do sistema processual pátrio aos postulados paradigmáticos do Estado Democrático de Direito preconizados na Constituição:

(...) Poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; [...]

A necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República fez com que se incluíssem

¹⁷ DIDIER Jr., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2014, v. 4.

¹⁸ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral dos procedimentos de exercício da cidadania perante a administração pública. *Revista de Direito Administrativo*, 207. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 1997, p. 39-78.

¹⁹ SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad*. Tradução de José Díaz Gracia. Madrid: Aguilar, 1971.

²⁰ *Exposição de motivos do projeto do novo Código Civil*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojecto.pdf>>. Acesso em: 06 ago. 2015.

A postura do Poder Judiciário perante as ações coletivas: uma abordagem...

no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual.

Verifica-se que as justificações principais expostas à elaboração do novel diploma residem justamente na necessidade de sintonia e compatibilização com a Carta Magna na busca pela satisfação de seus preceitos e, para tornar essa busca praticável, a ampliação dos poderes dos magistrados na condução das lides.

Já nos últimos instantes, na versão levada à sanção presidencial, O Novo Código de Processo Civil trazia, desde aquela aprovada pela Câmara dos Deputados, a possibilidade da conversão de uma ação individual em coletiva pelo juiz, esposada no artigo 333 vetado pela presidente Dilma Rousseff a pedido da Advocacia Geral da União (AGU) com apoio da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) por apreensão em ferir o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição às lesões individuais.

Embora vetado – o que evidencia os resquícios ainda existentes do individualismo e do bipolarismo característicos do sistema processual liberal –, a previsão da possibilidade de conversão de uma ação individual em coletiva demonstra grande avanço da legislação processual brasileira na busca pela satisfação dos ditames constitucionais, haja vista a concessão de considerável poder discricionário ao magistrado – dentro dos limites impostos pelo dispositivo – para que ele pudesse concluir pela conversão com vistas a melhor cumprir os objetivos do Estado.

Nessa seara, para que restem bem demonstradas a absorção e a sedimentação dos novos movimentos no ordenamento jurídico pátrio, é absolutamente indispensável trazer o dispositivo inaugural do sancionado Código de Código Processo Civil Brasileiro – Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015, que se encontra no estrear do título “Das normas fundamentais e da aplicação das normas processuais”:

Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

O artigo primeiro do novo diploma fora posto para que não houvesse quaisquer dúvidas quanto à interpretação de todo o processo pátrio à luz da Constituição Federal. Institui a premissa de que não existem ramos do direito afastados da Carta Maior, devendo todas as áreas banhar-se da fonte constitucional na aplicação de suas regras. Desse modo, estabelece-se definitivamente um modelo constitucional de processo.

Umbilicalmente ligado à norma em apreço, deve ser analisado o artigo 8º do mesmo diploma processual, o qual traz expressamente a ideia nascedoura dos movimentos contemporâneos do publicismo e do neoconstitucionalismo: o bem-estar comum e os fins sociais fundados na dignidade humana.

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Esse dispositivo, que pode ser entendido como complementação à norma já esposada no artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (art. 5º: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”), consagra o reconhecimento dos direitos e interesses da coletividade entendida como tal além da promoção e do resguardo da pessoa.

No que tange à dita expansão dos poderes dos juízes, pode-se trazer os artigos 371 e 372 (“O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento” e “O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório”, respectivamente), os quais referem-se ao livre convencimento motivado do juiz na apreciação das provas atinentes à lide, bem como o artigo 370, o qual estabelece que caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento das partes, determinar quais provas são necessárias ao julgamento do mérito da causa.

Tais dispositivos revelam a importância do magistrado na condução justa e efetiva do processo conectada com os mandamentos constitucionais, a qual será mais realçada pelo artigo 139 que trata especificamente das incumbências do juiz na direção do processo:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

- I – assegurar às partes igualdade de tratamento;
- II – velar pela duração razoável do processo;
- III – prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias;
- IV – determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;
- V – promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;
- VI – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;
- VII – exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais;
- VIII – determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso;

A postura do Poder Judiciário perante as ações coletivas: uma abordagem...

IX – determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais;

X – quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva. Parágrafo único. A dilação de prazos prevista no inciso VI somente pode ser determinada antes de encerrado o prazo regular.

Vislumbra-se aqui a ampliação das possibilidades de atuação do juiz em relação ao Código moribundo de 1973, reforçando sua função de conduzir o processo e também de assegurar tratamento isonômico às partes, velando pela rápida solução do litígio e adequando as fases e atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico na situação de, inquestionavelmente, conferir maior efetividade às regras processuais na busca pelo perfazimento dos ditames constitucionais.

Após o exposto, pode-se inferir que o novel diploma processualista brasileiro, ao positivar expressões mais genéricas como “medidas adequadas”, “medidas necessárias” e “entre outras medidas” para conceder fluidez ao texto legal, abre consideravelmente as possibilidades e confere maior liberdade ao magistrado na satisfação do conflito. Para melhor ilustrar, seguem os dispositivos:

87

Art. 297. O juiz poderá determinar as *medidas que considerar adequadas* para efetivação da tutela provisória.

Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as *medidas necessárias* à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, *entre outras medidas*, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

Inegável, dessa maneira, que foram criadas condições imprescindíveis – tal como a expansão dos poderes dos juízes – para que todas as normas jurídicas possam dar efetividade às normas constitucionais, isto é, que os ideários do Estado Democrático de Direito sirvam de norte e fonte para o novo diploma processualista.

À vista disso, é possível reconhecer que o Novo Código de Processo Civil avança de forma notável ao firmar expressamente o “modelo constitucional de processo” e, com muito mais acerto, concedendo-lhe concretude ao prever possibilidades de ampliação da atuação do juiz.

Cimenta-se, assim, a concepção da Jurisdição como figura possuidora de uma face garantista implementadora de direitos fundamentais comprometida com os ideais de justiça, razão pela qual adotou-se a possibilidade de o juiz, independentemente da esfera legislativa, buscar a eficácia do direito, com a consequente efetividade da jurisdição.

Nesse diapasão de persecução dos fins constitucionais nas mais diversas situações levadas à apreciação do Poder Judiciário com a consequente ampliação dos poderes do juiz, surge grande entusiasmo aos estudiosos na seara do direito coletivo, conforme será melhor estudado no capítulo seguinte.

O DIREITO PROCESSUAL COLETIVO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Historicamente, verifica-se que os interesses transindividuais não foram facilmente identificados e agrupados de maneira que pudessem ser assegurados pelo ordenamento jurídico. Escondidos nas entrelinhas de uma sociedade eminentemente marcada pela individualidade e pelo bipolarismo, os direitos coletivos somente vieram à tona após largas transformações sociais, impulsionadas pela Revolução Industrial e pelo advento do Estado Democrático de Direito.

Em verdade, a coletividade somente pôde presenciar a aparição dos interesses da massa após esta sofrer o limite de suas violações, fazendo esses direitos, até então extremamente tímidos e encobertos, emergirem com força total no plano social, evidenciando sua aflição por proteção jurisdicional e reconhecimento no ordenamento jurídico e nas sociedades.

Diante desse quadro social, juristas de todo o mundo passaram a dedicar esforços ao estudo dos direitos que nasciam das “sociedades de massa”, podendo este estudo dos novos direitos ser considerado um primeiro momento de maior apreciação do processo coletivo, qual seja, a identificação da existência da transindividualidade de alguns direitos²¹. Sobre o reconhecimento dessas garantias cujas titularidades são pertencentes, de maneira simultânea, a diversos sujeitos, o voto do Min. Néri da Silveira proferido no Supremo Tribunal Federal em 2002 destaca:

[...] valores cuja titularidade transcende a esfera meramente subjetiva, vale dizer, a dimensão puramente individual das pessoas e das instituições. São direitos que pertencem a todos, considerados em perspectiva global. Deles, ninguém, isoladamente, é o titular exclusivo. Não se concentram num titular único, simplesmente porque concernem a todos, e a cada um de nós, enquanto membros integrantes da coletividade (STF- 2ª T. – RE 213.015-0/DF – j. 08/04/2002 – Rel. Min. Néri da Silveira – DJU 24/05/2002).

²¹ GIDI, Antônio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: RT, 2007.

Com o reconhecimento da múltipla titularidade, o direito processual civil emanado do liberalismo clássico não mais poderia ser aplicado, haja vista que ele já havia cristalizado a ideia de propriedade individual, da autonomia da vontade e, especialmente, do direito de agir como atributos exclusivos do titular daquele direito privado específico, sendo este o único soberano sobre o próprio destino do direito subjetivo individual. Este, por sua vez, configurava a base de todo o sistema até então existente²².

Desse modo, a partir de uma premente necessidade de tutela de novos direitos surgidos, fez-se imprescindível também a necessidade da mudança da mentalidade dos operadores do direito, juristas e doutrinadores: o ramo do direito processual coletivo, considerado um “novo direito”²³, constitui meio imprescindível à consecução dos fins exarados na Carta Magna da República de 1988, haja vista que esse diploma concede inquestionável relevância ao interesse social no ordenamento jurídico pátrio.

Em consonância ao que se infere, com a promulgação da Constituição Federal Brasileira o interesse público na seara coletiva encontra-se mais a florado do que nunca. As ondas de acesso à justiça de Cappelletti e Garth²⁴ que invadiram os ordenamentos jurídicos ao redor do mundo no século passado impuseram o pensamento de que o acesso à justiça deve ser pleno e irrestrito, isto é, qualquer que seja o direito tutelado pelo sistema jurídico deve ser assegurado pelo Estado. Essa é, pois, uma das razões pelas quais o direito processual coletivo adquiriu tanta visibilidade e importância nas últimas décadas.

No que tange a essa relação existente entre os direitos coletivos *lato sensu* e a Constituição Federal, esclarecem Hermes Zaneti Jr. e Fredie Didier Jr.²⁵:

A Constituição Brasileira de 1988 potencializou e implementou ao máximo o papel do Judiciário e do Direito, fundando um novo paradigma: o do Estado Democrático de Direito. Criou, outrossim, para além de ter reconhecido expressamente uma dimensão coletiva de direitos fundamentais, institutos para a efetivação destes direitos [...].

Assim, os sistemas jurídicos estão sendo compelidos a deixarem de ter uma postura eminentemente individualista e técnica na percepção e no tratamento dos conflitos, tendendo mais à publicização do direito, preocupada com o de-

²² DIDIER Jr., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2014, v. 4.

²³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A tutela coletiva no Brasil e a sistemática dos novos direitos. *JurisPoiesis*, ano 8, n. 8. Rio de Janeiro, 2005.

²⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfle-et. Porto Alegre: Fabris, 1988, reimpresso em 2002.

²⁵ DIDIER Jr., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2014, v. 4.

envolvimento da pessoa humana, com a cidadania e com os direitos sociais e coletivos. Isso ocorre porque esses ditos “novos direitos”, como são os chamados interesses difusos e coletivos²⁶, caracterizam-se por serem a mais perfeita demonstração de respeito às garantias e aos direitos fundamentais e do escopo de pacificação da justiça na busca pela efetivação dos valores democráticos²⁷.

A dimensão social e política alcançada pelos processos coletivos existe, pois estes são palco de conflitos internos de grande estatura da sociedade, relacionados, muitas vezes, com políticas públicas e questões econômicas de enorme relevância, podendo ter, até mesmo, complexidade científica. Esses processos não podem ser tratados como os milhares de processos individuais, exibindo na prática forense idêntico valor e sendo-lhes atribuídos os mesmos recursos²⁸.

Deve-se perceber, segundo Aluísio Mendes, que os diversos recursos aliados ao tempo despendido aos processos coletivos representam um investimento em favor da própria saúde e da boa caminhada do Poder Judiciário, que tão somente poderá dar o escoamento necessário aos conflitos advindos da massificação que chegam ao seu conhecimento se enfrentados e processados de modo coletivo, molecularizado e conjuntamente, e não de modo disperso, fluido e absolutamente contraproducente.

Seguindo a mesma linha de pensamento, dispõe Gregório Assagra de Almeida²⁹ que o Poder Judiciário deve possuir extremado interesse em enfrentar o mérito do processo coletivo, de forma que possa cumprir a sua mais importante finalidade: a consecução dos fins exarados na Constituição Federal. Para tanto, deve-se, necessariamente, conceder mais poderes aos magistrados na condução da demanda, seja para eles dilatarem prazos pré-fixados nos códigos, seja para determinarem a produção de alguma prova que considerem imprescindível para a busca pela verdade dentro do processo.

Importa frisar aqui que existem, no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, algumas iniciativas que concedem ao juiz poder para proceder ao estímulo do legitimado para o ajuizamento da ação coletiva, mediante a ciência aos legitimados legais daquela determinada ação acerca da existência de inúmeros processos individuais versando sobre o mesmo bem jurídico³⁰.

²⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011.

²⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

²⁸ MENDES, A.G.C. O direito processual coletivo e as propostas de código brasileiro de processos coletivos. *Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar*. Umuarama. v. 11, n. 2, p. 645-675, jul./dez. 2008.

²⁹ ALMEIDA, 2003, nota 27.

³⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito Processual Coletivo*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord). *Tutela coletiva*. São Paulo: Atlas, 2006.

A postura do Poder Judiciário perante as ações coletivas: uma abordagem...

Verifica-se aqui, inegavelmente, a magnitude da preocupação com a resolução justa do mérito da causa de cunho coletivo.

Na mesma vertente temática, Ada Pellegrini Grinover³¹ asseverou:

O processo, que se inicia por impulso da parte, segue sua caminhada por impulso oficial. Esse princípio, que permite que o procedimento seja levado para frente até seu final, rege, de igual maneira, o processo individual e o coletivo. Mas a soma de poderes atribuídos ao juiz é questão intimamente ligada ao modo pelo qual se exerce o princípio do impulso oficial. Embora o aumento dos poderes do juiz seja, atualmente, visto como ponto alto do processo individual, a soma de poderes atribuídos ao juiz do processo coletivo é incomensuravelmente maior. Trata-se da *defining function* do juiz, de que fala o direito norte-americano para as *class actions*. Pelo Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos coletivos, caberão ao juiz medidas como desmembrar um processo coletivo em dois – sendo um voltado à tutela de interesses ou direitos difusos ou coletivos, outro voltado à proteção dos individuais homogêneos, se houver conveniência para a tramitação do processo; certificar a ação como coletiva; dirigir como gestor do processo a audiência preliminar, decidindo desde logo as questões processuais e fixando os pontos controvertidos, quando falharem os meios alternativos de solução de controvérsias; flexibilizar a técnica processual, como, por exemplo na interpretação do pedido e da causa de pedir. E caberá ao tribunal determinar a suspensão de processos individuais, em determinadas circunstâncias, até o trânsito em julgado da sentença coletiva. Todos esses poderes, alheios ao Código de Processo Civil, dão uma nova dimensão ao princípio do impulso oficial.

Importante destacar aqui que a expansão dos poderes dos juízes ocorre em toda seara do direito em razão da necessidade de concretização dos direitos e garantias fundamentais, mas deve dar-se com muito mais força no âmbito coletivo, devido à abrangência dos mesmos e sua importância na persecução dos objetivos da Constituição da República.

No sistema jurídico brasileiro, a coletividade passou a ganhar espaço especialmente a partir da década de 1965, com a promulgação da Lei de Ação Popular (Lei n. 4.717/1965), influenciada pelas *class actions* norte-americanas. Verifica-se aqui que mesmo sob um regime ditatorial, já era possível observar a iminente preocupação com a tutela dos direitos que extrapolavam a esfera da individualidade. Posteriormente, ampliou-se essa tutela, já sob a égide da redemocratização, com a aprovação da aguardada Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347), em 1985 e, depois, sobreveio a Constituição da República de 1988, que

³¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito Processual Coletivo. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord). *Tutela coletiva*. São Paulo: Atlas, 2006.

afirmou acentuadamente a necessidade de proteção dos direitos de cunho coletivo pelo ordenamento pátrio.

Ao importante marco de proteção trazido em 1988, seguiu-se a tutela coletiva com o Código de Defesa do Consumidor em 1990 (Lei n. 8.078), considerado por muitos um germe de codificação do direito processual coletivo. Por conseguinte, vieram outras legislações especiais esparsas, tais como o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso, a Lei de Improbidade Administrativa, a Política Nacional de Meio Ambiente, entre outros, que passaram a integrar e, acima de tudo, complementar o sistema recém-criado com o escopo de conferir a máxima proteção aos interesses que ultrapassassem a individualidade.

Nesse diapasão, considerável ressaltar ainda que as citadas integração e complementação das legislações que tratam de tutela coletiva (*lato sensu*) visam unicamente conferir o grau máximo de efetividade possível à proteção dos interesses sociais. Destarte, há a possibilidade de utilização conjunta de diversos diplomas legais (códigos e legislações especiais), destinados a tutelar interesses comuns, contribuindo, desse modo, para a conferência de maior plenitude à proteção de direitos sociais fragmentados e espalhados na sociedade.

Da mesma maneira, respeitáveis doutrinadores da área como Antonio Gidi³² entendem que essa técnica jurisdicional de análise sob a estrutura de um compêndio de legislações também é benéfica no sentido de buscar a realização não somente de objetivos do processo coletivo, mas também do próprio sistema jurídico brasileiro, ou seja, visa-se a promoção de valores constantes não apenas no direito processual, mas em toda a seara jurídica. Observam-se, todavia, com maior visibilidade os seguintes ditames no domínio coletivo, tais como primazia do conhecimento do mérito coletivo, não taxatividade desse processo e máximo benefício da tutela metaindividual.

Nesse sentido, é nítido que a visão neoconstitucionalista-publicista apresenta clara superação de paradigmas irradiados no sistema jurídico brasileiro, haja vista que os ideários do liberalismo clássico cedem lugar aos movimentos contemporâneos do garantismo, publicismo e do constitucionalismo democrático, advindos com a ascensão do Estado Democrático de Direito e com a persecução aos direitos fundamentais exarados na Constituição Federal de 1988, observados de maneira especial na tutela dos direitos coletivos *lato sensu*.

Faz-se necessário destacar, por fim, que a seara dos direitos coletivos será diretamente influenciada pelo Novo Diploma Processualista brasileiro, uma vez que ele representa a legislação-base do processo pátrio. Não se olvida, contudo, que em razão do reconhecimento da existência do microssistema coletivo, as

³² GIDI, Antônio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: RT, 2007.

ações integrantes deste são aplicadas preferencialmente até esgotarem-se, somente aplicando-se o Código de Processo Civil no caso de ausência de previsão no microsistema. Assim, se foram ampliados os poderes dos magistrados na condução das lides para melhor persecução dos objetivos constitucionais e sendo as ações de cunho coletivo a melhor representação dos objetivos constitucionais, os seus poderes deverão ser muito mais alargados com vistas a satisfazer as ambições constitucionalmente estabelecidas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após todo o exposto, é absolutamente inegável que o ordenamento jurídico brasileiro já incorporou os pensamentos publicistas, constitucionalistas-democráticos e neoconstitucionalistas sobretudo em razão de vir paulatinamente concedendo tamanho destaque aos direitos da coletividade.

Entretanto, para que haja a efetivação dos citados ditames perseguidos pelos movimentos em apreço, uma grande mudança é necessária em todo o sistema jurídico. Acerca dessa mutação vivida, Vigo³³ traz uma análise da mudança da postura dos juízes diante dos modelos jurídicos juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas:

[...] No modelo dogmático, o juiz ocupava um papel social decididamente sem transcendência, pois a capacidade transformadora ou configuradora social competia ao legislador, enquanto o juiz ascética e dogmaticamente repetiria a norma geral no caso. Em nossos dias, nas sociedades pertencentes ao modelo jurídico continental [...] comprova-se um protagonismo notável do intérprete jurídico oficial: o juiz. Com efeito, adverte-se uma espécie de permanente “judicialização” dos mais variados conflitos, como se o âmbito apropriado para a resolução dos problemas políticos econômicos ou culturais fossem os tribunais [...]

Depreende-se, assim, que já é amplamente aceito e difundido – inclusive nas legislações, tal como fez acertadamente o Novo Código de Processo Civil – que o juiz deve possuir maior protagonismo na condução da lide e na busca pela satisfação dos fins previstos pela Constituição Federal, Lei Maior de seu país, independentemente da área em que ocorrerá sua atuação, uma vez que a técnica processual deve ser colocada sempre a serviço dos escopos da jurisdição e ser flexibilizada de modo a servir à solução do litígio³⁴.

³³ VIGO, Luis Rodolfo. *Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*. Apresentação do Prof. Luiz Carlos de Azevedo. Tradução de Susana Elena Dalle Mura. Revisão e notas Alfredo de J. Flores. São Paulo: RT, 2005.

³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito Processual Coletivo*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord). *Tutela Coletiva*. São Paulo: Atlas, 2006.

Para com os direitos coletivos *lato sensu* não poderia ser diferente. Por encontrarem-se na categoria de direitos que extravasam a individualidade, eles requerem um exame mais atento da situação, uma vez que é justamente neste ponto que mais se observará a consecução dos direitos fundamentais e sociais estabelecidos na Carta Magna, sobretudo em razão da sua dimensão social e política.

Conclui-se, dessa maneira, que o ativismo proposto especialmente na seara dos direitos coletivos *lato sensu* e defendido pelos adeptos das correntes do publicismo, do constitucionalismo democrático e neoconstitucionalismo decorre da própria Constituição Federal, isto é, do comando normativo supremo de determinado Estado. Não precisamos, dessa maneira, intitular os juízes como ativistas, pois a proatividade advém do próprio texto constitucional, sendo nascedoura dele. Em virtude de tal fato, não há que se falar em violação da teoria da tripartição dos Poderes ou ainda qualquer outra transgressão ao ordenamento.

Logo, destaca-se que uma atuação mais efetiva dos juízes em casos de direitos coletivos *lato sensu* não significa, por si só, ativismo judicial, posto que, conforme assevera Jucosky³⁵, o juiz possui “uma tarefa de participação ativa e mais singular quanto ao princípio do impulso oficial”, por tratar-se de direito de inegável relevância social, indisponível e, muitas vezes, passível de danos irreparáveis.

À guisa de conclusão, apreende-se que deixa de existir para o juiz o papel de mero expectador de uma disputa entre as partes, passando o juiz a agir ativamente para a justa composição do litígio, mais ainda em se tratando de uma lide de direitos que extrapolam a individualidade/ bipolaridade da demanda em razão de sua abrangência e importância. A prevalência do conteúdo sobre a forma demonstra completa alteração dos paradigmas processuais, que afasta uma concepção do processo civil no liberalismo clássico, criando uma legislação sintonzada com a ideia de um Estado Democrático de Direito.

O magistrado deve ser visto por todos como o legítimo canal de comunicação entre os valores vigentes na sociedade onde vive, os quais encontram-se constantes na Carta Magna, e a aplicação da jurisdição por meio dos mais diversos textos legais que visam a traduzir a realidade local-temporal, extraindo da *mens legis* o comando razoável, compatível e necessário ao litígio.

Caso seja feita, desse modo, uma aplicação da legislação conforme os preceitos constitucionais, não restam lacunas palpáveis para permitir uma ditadura de juízes que golpeie quaisquer garantias constitucionais, processuais ou outras, uma vez que é exatamente este o comportamento que se aguarda em um ordenamento jurídico que tem como modelo estatal o Estado Democrático de Direito e segue premissas neoconstitucionalistas e publicistas.

³⁵ JUCOVSKY, Vera Lucia. R.S. O papel do Judiciário na proteção do meio ambiente. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral dos procedimentos de exercício da cidadania perante a administração pública. *Revista de Direito Administrativo* n. 207. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 1997, p. 39-78.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Themis, Revista da ESMEC*, Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 13-100, jul./dez. 2006.
- BASTOS, Celso Ribeiro. A reforma da Constituição. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 36, 1 nov. 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/141>>. Acesso em: 01 de maio 2015.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. atual., São Paulo: Malheiros, 2010.
- CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandes Barbery. Campinas: Bookseller, 1999, v. 1.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, reimpresso em 2002.
- CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Buenos Aires: De Palma, 1984.
- DIDIER Jr., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2014, v. 4.
- Exposição de motivos do projeto do novo Código Civil*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 06 ago 2015.
- FACCHINI NETO, Eugênio Neto. E o juiz não é só de direito. *Aspectos psicológicos da atividade jurídica*. Campinas: Millennium, 2002.
- GALUPPO, Marcelo Campos. A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: v. 1, n. 03, p. 195-206, 2005.
- GIDI, Antônio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: RT, 2007.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela coletiva*. São Paulo: Atlas, 2006.
- JUCOVSKY, Vera Lucia. R. S. O papel do Judiciário na proteção do meio ambiente. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005.
- KLIPPEL, Rodrigo. *Teoria geral do processo civil*. 2. ed. rev. e ampl. Niterói: Impetus, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.
- MENDES, A.G.C. O direito processual coletivo e as propostas de código brasileiro de processos coletivos. *Revista de Ciências Jurídica e Soc. da Unipar*. Umuarama. v. 11, n. 2, p. 645-675, jul./dez. 2008.

OLIVEIRA, Luis Fernando de. O neoconstitucionalismo no Brasil. *Revista Jurídica*, ano IX, n. 14, 2008-2009, p. 63-68.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A tutela coletiva no Brasil e a sistemática dos novos direitos. *JurisPoiesis*, ano 8, n. 8. Rio de Janeiro, 2005.

SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad*. Tradução de José Díaz Gracia. Madrid: Aguilar, 1971.

SILVEIRA, José Neri. Democracia e processo eleitoral. *Revista Paraná Eleitoral*, n. 36: 2000. Disponível em: <<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-pr-revista-parana-eleitoral-n036-2000-jose-neri-da-silveira>>. Acesso em: 07 jan. 2015.

VIGO, Luis Rodolfo. *Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*. Apresentação do Prof. Luiz Carlos de Azevedo. Tradução de Susana Elena Dalle Mura. Revisão e notas de Alfredo de J. Flores. São Paulo: RT, 2005.

VIGO, Luís Rodolfo; GOMES, Luiz Flávio. *Do estado de direito constitucional e transnacional*. São Paulo: Premier, 2008.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011.

Data de envio: 28/05/2015

Data de aprovação: 07/08/2015

A TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN COMO CONDIÇÃO PARA A POSITIVAÇÃO DO DIREITO

RONALD DWORKIN'S THEORY OF LAW AS INTEGRITY FOR THE POSITIVATION OF LAW

Adalberto Narciso Hommerding*

Cláudio Rogério Sousa Lira**

RESUMO

O artigo apresenta a Teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin, incorporando padrões de coerência e de integridade, como condição para a construção do direito legislado. O campo de estudo da pesquisa abrange: a Hermenêutica jurídica, a partir da Filosofia hermenêutica de Martin Heidegger e da Hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, além da Teoria da legislação e da Política legislativa, nos moldes fundamentados por Manuel Atienza. O objetivo do artigo é demonstrar que, assim como o juiz não pode dizer o direito de forma arbitrária e discricionária, o legislador também deve observar a integridade do direito durante o processo de produção das leis. Para melhor inteligência do texto, utiliza-se o método de abordagem dedutivo. Os métodos auxiliares na condução da pesquisa serão o histórico e o comparativo. A conclusão do texto é a de que a produção da legislação (também) deve ser vista como atividade hermenêutica.

* Pós-doutor em Direito, Professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, *campus* de Santo Ângelo (RS), e Juiz de Direito do Estado do Rio Grande do Sul. Áreas de interesse: Teorias do Direito e do Estado, Hermenêutica Filosófica, Direitos e garantias fundamentais e Processo constitucional. Correspondência para/*Correspondence to*: Rua Buenos Aires, 919, Santa Rosa/RS, CEP: 98900-000. E-mail: ANHommerding@tj.rs.gov.br. Telefones: (55) 3512-5837 e (55) 3512-5510.

** Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI-Santo Ângelo, professor do ensino superior da Fundação Educacional Machado de Assis de Santa Rosa – Fema e servidor do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Áreas de interesse: Teorias do Direito e do Estado, Hermenêutica Filosófica, Direitos e garantias fundamentais e Processo constitucional. Correspondência para/*Correspondence to*: Rua Missões, 66, Tucunduva/RS, CEP: 98930-000. E-mail: crlira@mprs.mp.br. Telefone: (55) 3542-2363.

Palavras-chave: Integridade; Integridade do direito; Positivização do direito; Hermenêutica.

ABSTRACT

The paper presents Ronald Dworkin's theory of Law as Integrity for the positivation of Law, incorporating consistency and integrity standards, as condition for the construction of statutory Law. The study fields of the research are: Martin Heidgger's Hermeneutics Philosophy and Hans-Georg Gadamer's Philosophical Hermeneutics, besides the Theory of Legislation and Legislative Policy, following the molds justified by Manuel Atienza. The main goal of this article is demonstrating that, such as the judge who can not tell the Law in an arbitrary and discretionary manner, the legislator must also observe the integrity of Law during the process of production of the laws. For a better intellection of the text, deductive method of approach is used. The methods that help the conduction of the research will be the historical and the comparative ones. The conclusion of the text is that the production of legislation must (also) be seen as an hermeneutic activity.

Keywords: Integrity; Law integrity; Law positivation; Hermeneutics.

INTRODUÇÃO

98

O objetivo deste texto é abordar a possibilidade de incorporação de padrões de coerência e integridade – Teoria do Direito como Integridade – no processo de produção da lei, que tem de seguir uma Teoria da Legislação. Como se sabe, o Estado concebido pelo modelo tripartite não atribuiu ao juiz a missão de criar o Direito. Essa tarefa foi conferida com (quase toda a) exclusividade ao legislador. Daí que ao juiz cabe(ria) tão somente interpretar/aplicar as leis produzidas pelo legislador. A doutrina sempre se ocupou primordialmente do problema das “decisões judiciais”, ou seja, do âmbito da chamada “adjudicação”, sem, contudo, perquirir, a fundo, a atividade legislativa de produção das leis. Assim, não é de hoje que autores do porte de Ronald Dworkin, Lenio Luiz Streck e tanto outros vêm defendendo, por exemplo, que, no âmbito de uma teoria da decisão, os juízes não podem julgar de maneira arbitrária e/ou discricionária.

Filiados a esse entendimento, queremos sustentar a necessidade de incorporação de padrões como coerência e integridade, justiça e devido processo legal, já no momento da geração dos comandos de “dever ser” destinados à regulação do “mundo da vida”, ou seja, no momento da produção legislativa. É que entendemos que tais padrões são necessários, não só no âmbito judicial, mas, de igual forma, no legislativo, se quisermos obter os avanços representados por uma atividade judicial menos discricionária e menos arbitrária, que apresente, portanto, uma “resposta adequada”.

O momento legislativo com que se ocupam a Teoria do Direito e a Hermenêutica – esta como condição de possibilidade da compreensão – tem sido o pós-legislativo. As preocupações com a produção da lei em suas fases pré-legislativa e legislativa (também a pós-legislativa, de certa forma), por sua vez, têm se baseado tão somente no emprego de níveis de racionalidade – preponderantemente, as racionalidades pragmática e teleológica –, sem considerar com isso os “fundamentos” do Direito como Integridade.

Ocorre que, ao não se levar em consideração, na produção da lei, padrões como justiça, equidade e integridade, além do devido processo legal, cresce o perigo de agigantamento da discricionariedade do legislador e, conseqüentemente, da discricionariedade do Estado-juiz quando da aplicação da lei. Daí por que a necessidade de se discutir a questão do “consenso” como “verdade” na produção legislativa. Afinal, legislar é obter consenso? Mais do que isso: legisla-se de acordo com a consciência do legislador? A resposta a essas perguntas implica a afirmação de que a atividade legislativa não é apenas teleológica, mas deontológica. Esses são alguns dos questionamentos que queremos trazer ao leitor neste trabalho.

DIREITO E INTEGRIDADE: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DE RONALD DWORKIN

O que é a “integridade do Direito”?

Para podermos entender o que significa a integridade do Direito temos de chamar à fala Ronald Dworkin, filósofo do Direito, há pouco falecido. A ideia de Dworkin passa primeiro pela não aceitação da tese esposada pelo positivismo jurídico de Hart quando este sustenta que, para os casos não previstos em uma regra jurídica, “casos difíceis”, o juiz estaria legitimado a usar a discricionariedade para lhes dar a solução. Assim, o juiz agiria como uma espécie de “legislador” para o caso concreto. Pois bem. Como se deveria saber, o juiz não deve e não pode usurpar a função do legislador. A solução, então, para a inexistência de lei a se aplicar ao caso concreto está, segundo Dworkin, na utilização de um conjunto de princípios para a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica da comunidade.

Dworkin, assim, trabalhou com três concepções antagônicas acerca do direito: (1) convencionalismo; (2) pragmatismo; e (3) Direito como Integridade. Essas concepções foram trabalhadas por Dworkin a partir da resposta a três perguntas: a) justifica-se o suposto elo entre o direito e a coerção? Faz algum sentido exigir que a força pública seja usada somente em conformidade com os direitos e responsabilidades que “decorrem” de decisões políticas anteriores? b) se tal sentido existe, qual é ele? e; c) que leitura de “decorrer” é mais apropriada?¹ É preciso analisar por partes.

¹ DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 117.

O convencionalismo responde positivamente à primeira pergunta e, com relação à segunda, afirma que o sentido para que a força seja usada está na previsibilidade e equidade processual. Para a terceira pergunta, a resposta é a de que um direito só decorre de decisões anteriores se estiver explícito nessas decisões². O pragmatismo, que é uma concepção cética, responde negativamente à primeira pergunta, pois “os juízes tomam e devem tomar quaisquer decisões que lhes pareçam melhores para o futuro da comunidade, ignorando toda forma de coerência com o passado como algo que tenha valor por si mesmo”³.

O Direito como Integridade, por sua vez, tal como o convencionalismo, aceita sem reservas o direito e as pretensões juridicamente asseguradas. Mas a resposta da segunda pergunta é muito diferente, pois o sentido do uso da força está em assegurar, entre os cidadãos, um tipo de igualdade que torna sua comunidade mais genuína e aperfeiçoa sua justificativa moral para exercer o poder político tal como faz. Quanto à terceira pergunta, Dworkin sustenta que “direitos e responsabilidades decorrem de decisões anteriores e, por isso, têm valor legal, não só quando estão explícitos nessas decisões, mas também quando procedem dos princípios de moral pessoal e política que as decisões explícitas pressupõem a título de justificativa”⁴.

O Direito como Integridade, assim, é uma terceira opção entre o convencionalismo e o pragmatismo na interpretação, cuidando do passado sem esquecer a importância do presente e do futuro⁵. É por isso que é possível concordarmos com Dworkin quando este sustenta que a prática jurídica deve ser interpretada como uma política de desenvolvimento e que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que combinam o convencionalismo e o pragmatismo⁶. A integridade, pois, oferece um suporte de padrões para as decisões pelo julgador nos casos concretos. A integridade, então, é a chave da melhor interpretação construtiva das diferentes práticas judiciais, especialmente quando os julgadores estão diante de uma decisão para um caso difícil.

A integridade jurisdicional como condição de possibilidade para produção de respostas corretas no âmbito da jurisdição

Há muito tempo, Ronald Dworkin, nos Estados Unidos, e, em *Terrae Brasilis*, Lenio Luiz Streck e seus alunos⁷ vêm defendendo uma aplicação judicial do

² DWORKIN, 2007, p. 118-119

³ DWORKIN, 2007, p. 119.

⁴ DWORKIN, 2007, p. 119-120.

⁵ HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 111.

⁶ HOMMERDING, 2012, p. 112.

⁷ MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012; RAMIRES, Maurício. *Crí-*

Direito menos discricionária e menos arbitrária. É dizer: as decisões judiciais não podem ser caracterizadas pelo solipsismo subjetivista, sobretudo naquelas situações em que o caso concreto apresenta maior complexidade e reclama, à obviedade, uma “resposta correta”. Daí a sustentação de que a integridade possibilita uma produção de respostas adequadas à Constituição no âmbito da jurisdição.

A integridade no âmbito jurisdicional requer, assim, que o julgador “maximize” seu agir para tratar o sistema de normas públicas “como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios e, com esse fim, que interprete essas normas de forma a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas”, conforme ensina Dworkin⁸. É a partir dessa concepção que Dworkin – e os que se filiam ao pensamento dele – sustenta que o princípio da integridade é uma virtude (na mesma medida e sem subjugar) como são a justiça, a equidade e o devido processo legal. O primado da integridade na prestação jurisdicional não deve ser empregado como a última *ratio* no modo de o Estado usar o poder coercitivo, mas tem de ser a primeira *ratio*⁹. A integridade no Direito, essencialmente, cuida da preocupação em reafirmar os pilares do Estado Democrático, porquanto questiona o “modelo” da interferência do Estado na vida em sociedade pelo emprego de seu poder coercitivo.

A integridade na prestação jurisdicional não significa tão somente uma coerência (em sentido estrito), isto é, que os casos semelhantes recebam a mesma decisão. Pelo contrário! A prestação jurisdicional alicerçada na integridade utiliza um padrão de coerência, não na forma estrita, possibilitando ao juiz maior abrangência e imaginação para decidir corretamente em situações complexas¹⁰. Esse é um dos fundamentos maiores para que se negue o pragmatismo na atividade jurisdicional. É por isso que Dworkin afirma que a concepção do direito erigida sobre o princípio interpretativo da integridade deixa muito menos espaço para argumentos práticos¹¹.

O propósito de Dworkin é o de demonstrar que as decisões judiciais necessitam de um aspecto justificador¹². E esse “justificador” não pode ser encontrado apenas nas “regras” – o juiz não decide apenas com base nas regras¹³ –, mas,

tica à aplicação de precedentes no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in) determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

⁸ DWORKIN, 2007, p. 261.

⁹ DWORKIN, 2007, p. 263.

¹⁰ DWORKIN, 2007, p. 265.

¹¹ DWORKIN, 2007, p. 265-266.

¹² HOMMERDING, 2012, p. 101.

¹³ SAAVEDRA, Giovanni Agostini. *Jurisdição e democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann*. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2006, p. 70.

preponderantemente, no binômio regras-princípios. Sim, pois as regras são “porosas”, “abrindo”, então, a interpretação, ao passo que os princípios “fecham” a interpretação feita pelo julgador (Streck). O princípio da integridade, aliado aos primados da igualdade, da justiça e do devido processo legal, dá sustento à decisão com padrões de coerência, evitando, assim, o pragmatismo judicial.

É importante registrar, então, que a integridade é contrária à discricionariedade, pois aquela é um ideal e se vincula à interpretação do Direito que deve se aperfeiçoar constantemente. Portanto, a integridade é o alicerce para a orientação do julgador na busca pela “resposta adequada”. O Direito como Integridade, assim, usa o princípio da integridade como forma de limitar o campo discricionário/arbitrário nas decisões judiciais.

Mas afinal, o que é a “resposta adequada” no Direito? Para responder a essa indagação, Streck¹⁴, em *Verdade e consenso*, constrói uma “crítica hermenêutica do direito” para “alcançar aquilo que pode ser denominado ‘a resposta hermenêuticamente adequada à Constituição’, que, se assim se quiser, também pode ser chamada de ‘resposta correta’”. Essa busca por uma resposta hermenêuticamente adequada à Constituição, a resposta correta, encontra fundamento no fato de que o modelo de Estado Democrático de Direito não possibilita a adoção de interpretações procedimentalistas, uma vez que tal esquema acaba por “produzir” uma pluralidade de respostas, alimentando discricionariedades, arbitrariedades e decisionismos.

102

A integridade legislativa como condição de possibilidade da limitação da discricionariedade dos legisladores

Em *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, Streck, ao defender a necessidade do (rigoroso) controle das decisões judiciais, alerta que “esse mesmo controle dever ser feito em relação às atividades do Poder Legislativo”¹⁵. O próprio Dworkin, em *O império do direito*, admite a integridade legislativa como restrição àquilo “que nossos legisladores e outros partícipes de criação do direito podem fazer corretamente ao expandir ou alterar nossas normas públicas”¹⁶. Por isso, a afirmação do autor norte-americano de que a integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção¹⁷. Não é que

¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição e hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 327-328.

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 365.

¹⁶ DWORKIN, 2007, p. 261.

¹⁷ DWORKIN, 2007, p. 264.

se pretenda, em tempos de pós-positivismo, reafirmar (ressuscitar) o positivismo (exegético) dando importância à feitura da lei. O que se deseja é uma atuação legislativa orientada também pelo princípio da integridade como se quer na aplicação da legislação “pronta”.

A lei não é senão o resultado de um momento histórico recortado na forma de comando para os atores da vida em sociedade. Não levar em consideração os princípios por ocasião da produção da norma implica duplo problema: maior discricionariedade do legislador e, por consequência, possibilidade de maior dificuldade para o juiz aplicar o direito, sem falar na maior possibilidade de se ampliar ainda mais a discricionariedade judicial, o que leva, pois, a um terceiro problema. Aqui, há de se registrar que a integridade se presta para uma melhor interpretação construtiva das distintas práticas legais¹⁸.

A integridade, por meio da coerência, portanto, é uma das condições a permitir ao legislador produzir uma legislação que se harmonize com o sistema jurídico e com a história institucional da comunidade jurídica, evitando, assim, afronta aos distintos níveis de racionalidade da legislação (níveis comunicativo, jurídico-formal, pragmático, teleológico e ético)¹⁹. A coerência tem as funções de garantir segurança e previsibilidade, além de assegurar que tanto o legislador quanto o julgador apresentem a melhor decisão possível²⁰, coerente com a história moral comunitária. Nesse sentido, o Direito como Integridade mostra-se como uma alternativa ao convencionalismo²¹ – que rechaça a coerência de princípio como fonte do Direito – e ao pragmatismo²² – que também rechaça qualquer vínculo de moralidade política com o passado – na produção/interpretação/aplicação da norma jurídica.

A integridade, é verdade, surge como uma proposta interpretativa para os juízes na decisão dos casos concretos²³. Mas, antes, surge como um padrão a ser observado pelos legisladores. Com efeito, “la integridad es la clave para la mejor interpretación constructiva de las prácticas jurídicas distintas y, en particular,

¹⁸ Cf. HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 102.

¹⁹ Veja-se a *Teoria da legislação* de Manuel Atienza: ATIENZA, Manuel. *Contribución para una teoría de la legislación*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1997.

²⁰ Cf. HOMMERDING, 2012, p. 108.

²¹ O convencionalismo pode ser dividido em: estrito e moderado. A forma estrita de convencionalismo “restringe la ley de una comunidad a la ‘extensión explícita’ de sus convenciones jurídicas, tales como la legislación y el precedente. Para el convencionalismo moderado, al contrario, el Derecho de una comunidad incluye todo lo que esté dentro de la ‘extensión implícita’ de esas convenciones” (HOMMERDING, 2012, p. 107).

²² “el pragmatismo jurídico, por su vez, afirma que las personas nunca tienen derecho a nada, sino a la decisión judicial que, al fin, se revela la mejor para la comunidad como un todo, sin considerar ninguna decisión política elegida en el pasado.” (HOMMERDING, 2012, p. 109)

²³ Cf. HOMMERDING, 2012, p. 112.

del modo como los jueces deciden los casos (difíciles) en los tribunales”²⁴. Há, porém, como dito, uma viabilidade de aplicação da Teoria do Direito como Integridade também no âmbito legislativo, o que, aliás, é preconizado pela doutrina de Dworkin, como dito.

A doutrina tem trabalhado com propriedade a aplicação da integridade na prática judicial do Direito²⁵. O próprio Dworkin preocupa-se primordialmente com a integridade jurisdicional, uma vez que pouco ingressa no campo da integridade legislativa quando escreve sobre a temática. Nesse sentido, a pergunta que emerge é esta: é possível operar com o modelo de integridade no âmbito legislativo que se orienta pela política?²⁶. A resposta deve ser afirmativa, porquanto não apenas se deve exercer um controle “rigoroso” em relação às decisões judiciais, mas, também, em relação às atividades do Poder Legislativo²⁷. Isso porque o legislador, ao orientar o processo de produção de leis pela coerência e integridade, transmite ao cidadão e aos operadores (técnicos) do Direito os padrões fundamentais de equidade e justiça. Daí por que, lendo Dworkin²⁸, é possível sustentar que o legislador deve ser visto como um “agente moral” vinculado à integridade como ideal político. A integridade possibilita melhores argumentos a favor da legitimidade do Direito enquanto lei, pois uma lei que seja produzida a partir da observância de níveis de racionalidade e do Direito como Integridade tende a ser mais legítima do que aquela criada irracionalmente²⁹.

Uma lei, portanto, que obedece a uma boa Teoria da Legislação³⁰, incorporando padrões de coerência e integridade – em síntese, a Teoria do Direito como Integridade –, pode ser considerada mais legítima do que uma lei decorrente de mero consenso. A tomada de decisão pelo legislador na seleção do catálogo de condutas a serem positivadas nas leis deve se pautar por uma boa Teoria da Legislação e pelo Direito como Integridade. É dizer: a qualidade – material – das leis resulta de um processo racional da atividade legislativa o que, na linguagem

²⁴ Cfe. HOMMERDING, 2012, p. 115.

²⁵ Sobretudo os trabalhos de Lenio Luiz Streck em *Verdade e consenso e hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*; Francisco José Borges Motta em *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*; Rafael Thomas de Oliveira em *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito* e Maurício Ramires em *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro* e outros.

²⁶ Cf. HOMMERDING, 2012, p. 117.

²⁷ HOMMERDING, 2012, p. 11.

²⁸ DWORKIN, 2007, p. 201.

²⁹ HOMMERDING, 2012, p. 118-119.

³⁰ Vejam-se, por exemplo, as contribuições de ATIENZA, 1997; ATIENZA, Manuel. Contribución para una teoría de la legislación. In: CARBONELL, Miguel; PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía (Orgs.). *Elementos de técnica legislativa*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

do Direito como Integridade, significa a “moralização do Direito”. Tal moralização deve ser analisada em dois planos: (1) descritivo; e (2) prescritivo³¹.

No âmbito da análise descritiva, essa “leitura moral do Direito”, na linguagem dworkiana³², inicialmente, não significa aquela moral do legislador (na elaboração) ou a do juiz (na aplicação), mas uma “moral” que depende do “valor político” de suas propostas de elaboração e interpretação do Direito, restringindo as convicções políticas³³. Depois, ainda na esfera descritiva, a leitura moral do Direito deve ser compreendida sob o âmbito dos princípios jurídicos. E, quando se fala em leitura moral do direito, o sentido dado ao termo “princípio” deve ser aquele de “princípio jurídico”, que, para o Teoria do Direito como Integridade, serve como elemento restaurador do vínculo entre Direito e moral³⁴. Já no âmbito prescritivo, a leitura moral do Direito trata da possibilidade de um “acesso privilegiado” do legislador aos “valores morais sociais”. Isso porque as leis seriam elaboradas com base em discursos originados de várias formas e que dizem respeito a interesses e grupos distintos. A integridade e a coerência limitam, de certa forma, a impregnação de promessas políticas na forma de legislação. E limitam também a ideia desse acesso privilegiado a “valores”, coisa que até agora não se sabe muito bem o que significa, mas que termina, quase sempre, por ensinar a impregnação de juízos arbitrários nas decisões legislativas e judiciais³⁵.

Dessa forma, o processo de racionalidade legislativo conduzido sob os padrões de coerência e integridade contribuirá para a integridade do Direito em sua origem (material e formal). Dito de outra maneira, ao agir, o legislador, empregando os padrões de coerência e integridade, opera de forma a moralizar o Direito, reduzindo o espaço para, posteriormente, o julgador praticar arbitrariedades e discricionariedades em suas decisões.

Outra questão que emerge quando se apresenta a possibilidade de integrar o Direito no seu processo de criação diz respeito à identificação do(s) nível(is) de racionalidade atingidos por essa integridade. Isso falando em termos de Ciência da Legislação, especialmente a partir dos estudos de Manuel Atienza, professor espanhol que muito contribui(u) para uma Teoria da Legislação, que institui padrões ao processo legislativo, desde o momento que antecede a feitura das leis (pré-legislativo) até o instante em que a norma se integra ao “mundo jurídico” e passar a produzir eficácia nas relações privadas e públicas. Para isso, o professor Atienza considera o processo legislativo um processo cíclico, desenvolvido por cinco níveis de racionalidade: 1º) racionalidade linguística (R1); 2º)

³¹ HOMMERDING, 2012, p. 119.

³² HOMMERDING, 2012, p. 127.

³³ HOMMERDING, 2012, p. 121.

³⁴ HOMMERDING, 2012, p. 122.

³⁵ HOMMERDING, 2012, p. 126.

racionalidade jurídico-formal (R2); 3º) racionalidade pragmática (R3); 4º) racionalidade teleológica (R4); e 5º) racionalidade ética (R5). Em relação à R1, também chamada de racionalidade comunicativa, podemos sustentar a possibilidade de o legislador cumprir a ideia de integridade, desde que atingido o “valor comunicação”, situado na base do sistema do Direito. É possível afirmar, então, em termos analíticos, que, em tese, quando cumprida dita racionalidade, a lei não viola o princípio da igualdade, pois, por ser clara e precisa, pode se presumir que todas as pessoas, ou boa parte delas, compreenderão melhor o significado de seu alcance. Daí também se pode afirmar que o legislador igualmente aplica a integridade no nível de R5, que se entrecruza com o da R1, pois alcançam, ainda que não completamente, as pessoas igual consideração e respeito. Por sua vez, no que tange ao nível de R2, uma lei que se integra harmonicamente no sistema jurídico reflete a plenitude e a coerência de sua finalidade à medida que produz segurança jurídica e previsibilidade esperadas. O legislador também aplica a Teoria do Direito como Integridade no nível de R3, já que uma lei que é cumprida pelas pessoas e que influencia seus comportamentos, produzindo efeitos no mundo da vida, está em conformidade com o Direito como Integridade, uma vez que não se traduz em um mero instrumento ideal simbólico. Nesse tocante, a coerção do direito, ou *La Fuerza del Derecho*, como sustentam Bourdieu e Teubner³⁶, está diretamente ligada à R3, que tem por destinatários os “súditos” e cuja finalidade é o cumprimento do Direito. O nível de R3 opera como o “braço armado” do Direito como Integridade no âmbito legislativo. Dessa forma, é perfeitamente possível a adoção da integridade no campo da produção legislativa também no que respeita à R3. Em relação à R4, tal nível está ligado ao cumprimento dos objetivos sociais, como redução do desemprego, combate à pobreza etc. Isso tem a ver com a efetividade da lei. Esse nível de racionalidade interessa sobremaneira à Teoria do Direito como Integridade, pois apresenta uma particularidade em relação aos demais: os editores de lei estão pautados por determinados interesses pelos quais os destinatários são diretamente atingidos. Essa distinção justifica o fato de a lei, às vezes, ser marcada pelo tratamento desigual para que possa, assim, alcançar sua finalidade. O Direito como Integridade serve ao nível de racionalidade ética por que defende um compromisso do Direito com a moral e a ética, valores consagrados nos Estados Constitucionais, como é o caso do Estado brasileiro. Daí por que, para que uma lei possa ser considerada em conformidade com o Direito como Integridade, deve ela ser elaborada sob um discurso moral que preserve ao máximo os “valores” (com todos os problemas que a expressão possa vir a suscitar) que presidem o nível de racionalidade ética, principalmente em relação ao valor “igualdade”, pois, como já é

³⁶ BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. *La fuerza del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editora, 2000.

sabido, o Direito como Integridade determina que o legislador produza a lei com igual consideração e respeito a todos os cidadãos³⁷.

Em conclusão, analisando cada nível de racionalidade, é possível sustentar a compatibilização da Teoria da Legislação com o Direito como Integridade, uma vez que os fundamentos teóricos da legislação encampados por Manuel Atienza apresentam coerência e integridade, pois buscam a previsibilidade e segurança, sem esquecer da igualdade, como também o faz Ronald Dworkin em sua teoria. Isso porque, ao se reconhecer a necessidade de uma “correção moral” do Direito no processo legislativo, reafirma-se que a busca pela “resposta correta”, tanto para a hermenêutica quanto para as teorias da argumentação (que, por vezes, vão na contramão da hermenêutica), também é possível na atividade do legislador³⁸. É que “resposta adequada”, no âmbito da legislação, não tem o mesmo significado que no da adjudicação. É a resposta contrafática, política, mas orientada por princípios. Não é a “única” e nem a “definitiva” resposta. Daí a sustentação de que a Teoria do Direito como Integridade pode estabelecer uma ponte entre a Teoria do Direito e a Teoria (Ciência) da Legislação.

A PRODUÇÃO LEGISLATIVA ENTRE PROPOSTAS PROCEDIMENTAIS E SUBSTANCIAIS

A importância do debate procedimentalismo *versus* substancialismo no âmbito do Estado Democrático de Direito

107

O embate entre as teses procedimentalistas e substancialistas está diretamente ligado à função da Constituição, sua valorização e o seu grau de dirigismo no Estado Democrático de Direito. Isso implica a determinação do agir judicial em relação à efetividade da Constituição, mormente em países de “modernidade tardia”, como é o caso clássico do Brasil³⁹. Aliás, entender o que significa a Constituição requer entender a determinação (e limites) do agir de todos os poderes, e não só Judiciário. É que, segundo Lenio Luiz Streck, no “Estado Democrático de Direito, há uma transformação do *status quo*. Enquanto no Estado Liberal de Direito havia uma limitação da ação estatal, e no Estado Social de Direito havia as chamadas prestações positivas por parte do Estado, o Estado Democrático de Direito caracteriza-se pelo seu caráter transformador, pelo qual a lei (Constituição) é o instrumento desta transformação”. Pois bem.

A concepção procedimental do Direito tem origem no fato de que a positividade e a democracia são elementos basilares do Direito. Essa positividade do Direito, efetivada primeiramente com os códigos e, noutro momento, com a

³⁷ HOMMERDING, 2012, p. 127-138.

³⁸ HOMMERDING, 2012, p. 140-141.

³⁹ STRECK, 2011, p. 80.

promulgação da Constituição, no entanto, não garante, por si só, a democratização da política, pois esta carece de uma maior proteção do indivíduo e de seus direitos constitucionais. É daí que surge a necessidade do procedimento no Direito. O significado da concepção procedimental está no significado da Constituição como um aparato procedimental, e não como uma ordem de valores.

O que parece ficar evidente é que a tese procedimentalista, em especial a capitaneada por Jürgen Habermas, busca “esclarecer as condições necessárias para uma legitimação democrática do direito”⁴⁰, como forma de sustentar a afirmação de um Estado Democrático de Direito. Habermas, nesse aspecto, sustenta que o “paradigma procedimental do direito orienta o olhar do legislador para as condições de mobilização do direito”⁴¹. O autor alemão entende que o Direito deve ser apenas um “elo” entre os cidadãos e o Estado. Isso pode ser lido no sentido de que o Direito não pode(ria) figurar como agente transformador/efetivador da Constituição no mundo da vida. Esse paradigma proposto por Habermas “pretende ultrapassar a oposição entre os paradigmas liberal/formal/burguês e o Estado Social do Direito, utilizando, para tanto, a interpretação da distinção entre política e direito à luz da teoria do discurso”⁴². As posturas procedimentalistas, assim, têm visto a Constituição apenas como uma garantia para que o jogo político ocorra dentro da lei. Isso porque, no entender de Habermas, “a Constituição não pode mais ser entendida com uma ‘ordem’ que regula primariamente a relação entre o Estado e os Cidadãos”⁴³.

A tese substancialista, por sua vez, concebe o Direito como uma possibilidade de transformação da sociedade, pois, segundo Streck⁴⁴, a superação do positivismo – pós-positivismo – fez surgir o “Constitucionalismo Contemporâneo”, como um “processo de continuidade com novas conquistas, que passam a integrar a estrutura do Estado Constitucional no período posterior à Segunda Guerra Mundial”. Nesse sentido, Lenio vai dizer que “as teses materiais colocam ênfase na regra contramajoritária (freios às vontades de maiorias eventuais), o que, para os substancialistas, reforça a relação Constituição-democracia”⁴⁵. Isso não significa dizer que os argumentos conteudísticos produzam aquilo que os procedurais sugerem ser o “gigantismo” judicial. A tese substancialista, lembra Streck, opera na busca da “implementação dos direitos fundamentais-sociais” como um pressuposto lógico de “condição de possibilidade da validade da própria

⁴⁰ SAAVEDRA, 2006, p. 119.

⁴¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 185, V. II.

⁴² STRECK, 2011, p. 83.

⁴³ HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 28.

⁴⁴ STRECK, 2011, p. 37.

⁴⁵ STRECK, 2011, p. 81.

Constituição, naquilo que ela representa de elo conteudístico que une política e direito⁴⁶.

A questão é que, para o substancialismo – diferentemente do procedimentalismo, que defende a justificação pela legitimidade na democracia –, a Corte Constitucional não está limitada à “compreensão procedimental da Constituição”, isto é, não se limita a proteger “um processo de criação democrática do direito”, porquanto está compromissada conteudisticamente com o equilíbrio e a harmonia entre os demais Poderes⁴⁷. Daí exsurge a pretensão deste texto em sustentar que a atividade legislativa em tempos de constitucionalismo contemporâneo deve ser deontológica, muito mais do que teleológica. Sim, porque a orientação principiológica do legislador pela integridade na produção da lei, ainda que esta não tenha cunho constitucional, deve ser balizada pela busca da concretização de direitos e garantias fundamentais, respeitando, à evidência, a principiologia constitucional. Ou seja, a produção da lei deve ter por base políticas orientadas por princípios.

Jürgen Habermas e a formação da vontade discursiva no âmbito legislativo

Jürgen Habermas tem feito apropriadas críticas ao ativismo judicial. Como pressuposto da democracia, o teórico alemão propõe uma ocupação do espaço público pelo cidadão por meio do “agir comunicativo”. Segundo Habermas, essa participação do cidadão é possibilitada a partir da “ação comunicativa” e do “discurso”. Ao propósito deste trabalho interessa a questão da formação da vontade discursiva no âmbito legislativo. Em outras palavras: é possível a aplicação do discurso proposto por Habermas no âmbito do legislativo?

O processo legislativo é composto, nos termos da ação comunicativa habermasiana, por “atos de fala”. Esses atos de fala conduzem o processo de participação dos sujeitos envolvidos (membros do congresso, comunidade, juristas etc.) para, ao fim e ao cabo, produzir uma legislação possível de ser “compreendida” por seus destinatários – técnicos do Direito e comunidade em geral. Nesse tocante, o pensamento habermasiano é o de que somente as condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do Direito⁴⁸. A leitura de Habermas evidencia a defesa dos procedimentos como criação democrática do Direito. Por isso, afirma-se que a teoria do discurso pretende proteger o direito da participação de todos, de forma igualitária, nos discursos produtores dos sentidos jurídicos. Isso somente seria possível se ocorresse a institucionalização

⁴⁶ STRECK, 2011, p. 82.

⁴⁷ STRECK, 2011, p. 85-87.

⁴⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 326, v. I.

de espaços imparciais que viabilizem a conversação das pluralidades e a produção de consenso. Esse procedimento é o agente possibilitador da inclusão de todos os cidadãos nos entornos discursivos⁴⁹.

O que pretende a teoria discursiva habermasiana é justificar a defesa de fundamentos na “faticidade” por meio de discurso democrático no processo legislativo. Dessa forma, retoma-se a indagação: é possível a aplicação do discurso proposto por Habermas no âmbito do legislativo? Eis a questão. Noutra ocasião, tivemos a oportunidade de sustentar que o procedimento habermasiano “poderia” ser aplicado ao âmbito legislativo. Ressaltamos, porém, que a atividade legislativa não deixa de ser hermenêutica e que, portanto, os princípios polarizam as políticas⁵⁰. E isso não parece seja levado em consideração pela teoria de Habermas. É que o princípio democrático procedimental, segundo a linha habermasiana, revela que as normas jurídicas não são apenas fundamentadas na moral, mas, também, por meio de acordos e negociações que as tornam permitidas e necessárias quando somente os interesses particulares e não generalizados estão em jogo⁵¹. Nesse sentido, o importante é garantir os procedimentos democráticos para que as diferenças, a pluralidade dos interessados, as posições divergentes possam participar do diálogo e da tomada de decisões. E isso é que passa a ser fundamental para a justificação do Direito⁵². Daí por que a hermenêutica não parece ter importância alguma no procedimento.

110

Agora, o grande “drama”, digamos assim, ou a pergunta a ser feita é: como possibilitar a aplicação prática da teoria discursiva habermasiana no processo legislativo de países como o Brasil? Sim, porque em países de modernidade tardia não parece ser suficiente apenas o procedimento participativo democrático no discurso. Afinal, como expressar uma vontade legítima se o consenso (no sentido de “vontade da maioria”, e não de consenso “informado”) é que impera? Isso se torna mais problemático quando a sociedade, como ocorre no Brasil, é caracterizada pela polarização da economia (pobreza-riqueza), que notoriamente pode desequilibrar o processo legislativo. Além disso, não é novidade que as casas legislativas são compostas por (mini)grupos de parlamentares, agindo, muitas vezes, em defesa de interesses – econômicos, religiosos, sociais, jurídicos etc. – desvinculados da necessidade da maioria da população. Nesse sentido, parece, *a priori*, que a formação da vontade estaria prejudicada sob o aspecto pretendido por Habermas. E aí é que entra a necessidade de entendermos a produção da lei sob a Teoria do Direito como Integridade, pautada pela hermenêutica filosófica.

⁴⁹ HABERMAS, 1997, p. 24.

⁵⁰ HOMMERDING, 2007, p. 241.

⁵¹ HOMMERDING, 2007, p. 240.

⁵² HABERMAS, Jürgen. *Direito e moral*. Tradução de Sandra Lippert. São Paulo: Instituto Piaget, 2008, p. 57.

A Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Luiz Streck e o problema da verdade e do consenso no processo da produção da lei

Em *Direito e moral*, Habermas sustenta a tese de que “a legalidade pode, exclusivamente, receber a sua legitimidade de uma racionalidade de procedimento de grande valor moral”⁵³. O autor alemão refuta a ideia kantiana de que política e direito eram subjugados aos imperativos morais do direito racional⁵⁴. Para Habermas, “não é possível explicar os fundamentos morais do direito positivo na figura de um superior”, assim como também não é possível anular esses fundamentos morais, “sem substitutos, sem retirar ao direito a sua condição de inalterabilidade, na sua essência, inerente ao mesmo”⁵⁵. Então, para estabilizar no interior do direito o ponto de vista da moral, de formação imparcial do juízo e da vontade, Habermas defende que a “moralidade, instalada no direito positivo, possui a força transcendente de um procedimento autorregulador, o qual controla a sua própria racionalidade”⁵⁶.

Então, Habermas, em uma construção analógica, dirá que deve ser aplicado na esfera do legislador o que Puchta defendeu na esfera judicial, isto é, uma concepção de que a “produção do direito não deveria ser assunto exclusivo do legislador político, pois, assim, o estado não poderia estar baseado, no direito legítimo, isto é, ser um estado jurídico”⁵⁷. Essa interpretação análoga, conforme adverte Habermas, não estaria prejudicada no âmbito da discussão parlamentar, que é marcada por compromissos políticos, diferentemente da esfera judicial que se orienta por fundamentos científicos e recebe a tarefa de aplicação do direito vigente guiado por princípios⁵⁸.

Para que uma teoria procedimentalista democrática seja possível e, buscando evitar a ocorrência dos erros quando da revitalização dessa base teórica na Alemanha de 1920, Habermas adverte, primeiramente, que deveria ter sido mostrado, na linha de uma teoria da argumentação, como, na formação da vontade pelo legislador, que os discursos morais de fundamentação e os discursos políticos que giram em torno de objetivo dependem sempre de um controle por meio da norma jurídica⁵⁹. Em um segundo momento, também seria necessário esclarecer em que pontos um acordo obtido argumentativamente se distingue de compromisso de negociação, e como o ponto de vista moral se impõe indiretamente nas condições de equidade que orientam os compromissos⁶⁰. Por fim, a

⁵³ HABERMAS, 2007, p. 15.

⁵⁴ HABERMAS, 2007, p. 112.

⁵⁵ HABERMAS, 2007, p. 112.

⁵⁶ HABERMAS, 2007, p. 113.

⁵⁷ HABERMAS, 2007, p. 113.

⁵⁸ HABERMAS, 2007, p. 113-114.

⁵⁹ HABERMAS, 2007, p. 244.

⁶⁰ HABERMAS, 2007, p. 244-245.

última condição e a mais importante para uma teoria procedimentalista democrática seria a necessidade de “reconstruir o processo de institucionalização da imparcialidade da formação da vontade legisladora, começando pela regra da maioria e passando pelas regras da agenda parlamentar, até chegar ao direito de escolha e de formação da opinião, isto é, da seleção e distribuição dos temas e contribuições na esfera pública”⁶¹. Isso tudo orientado por um modelo capaz de representar os pressupostos de comunicação necessários para a formação discursiva da vontade e para o balanceamento equitativo de interesse em seu conjunto⁶².

Habermas refere que, no processo de produção legislativa, pode surgir uma moralidade trazida pelo positivismo, de tal modo que os discursos políticos se encontram sob as limitações do ponto de vista da moral, que temos de respeitar ao fundamentar *normas*⁶³. Em suma, a ideia de Habermas consiste na busca por um estado jurídico “separador de poderes, que obtém a legitimidade a partir de uma racionalidade de processo de jurisdição e de legislação, que garante imparcialidade”⁶⁴.

Então, pelo que se pode ver, Habermas concebe a formação das leis a partir de um discurso democrático legitimado pelo consenso no procedimento.

A partir do que Habermas defende, e agora “contra Habermas”, pensamos ser possível dar uma guinada na Teoria da Legislação, sugerindo a necessidade de racionalizar o processo de produção legislativa, aplicando, principalmente, os princípios da integridade e da coerência como limitação à discricionariedade e, por conseguinte, à arbitrariedade ao ofício legislativo. Isso nos conduz àquilo que Streck, incansavelmente, tem defendido como necessário no plano das decisões judiciais: uma proposta de hermenêutica filosófica. Por isso, queremos sugerir a invasão da hermenêutica filosófica – de viés gadameriano – no processo de produção da legislação. Daí a afirmação de que o ato de produção legislativo (também) é um ato hermenêutico⁶⁵. Mas não é apenas hermenêutico porque incorpora a integridade do Direito no instante da produção da lei; é hermenêutico porque há uma superação do modelo da formação da vontade pelo “consenso” habermasiano no processo legislativo.

Já referimos que, para Habermas, “una proposición es verdadera o correcta si puede verse como la conclusión a la que llegarían por consenso agentes racionales que siguieran ciertas reglas de discusión”⁶⁶. Ocorre que, quando se respeita a integridade do Direito no processo legislativo, o legislador não se vincula ao consenso, mas ao princípio – integridade, coerência e devido processo legal – que

⁶¹ HABERMAS, 2007, p. 245.

⁶² HABERMAS, 2007, p. 245.

⁶³ HABERMAS, 2007, p. 245-246.

⁶⁴ HABERMAS, 2007, p. 118.

⁶⁵ HOMMERDING, 2007, p. 269.

⁶⁶ HOMMERDING, 2007, p. 69.

não está desconectado da política. Nesse sentido, embora a lei seja produzida em um ambiente de influências de consensos, de interesses de grupos determinados, setorizados, o discurso jurídico no âmbito legislativo não pode ser considerado como um caso especial de discurso prático racional, devendo respeitar o Direito como Integridade⁶⁷. Partindo da concepção de que a legalidade pode gerar legitimidade no momento em que os discursos morais são institucionalizados, tais discursos não se “libertam” do princípio, ainda que se esteja falando de discussão pública gerada no âmbito do sistema político.

Sendo assim, embora se aceite a ideia procedimentalista de que a legalidade pode gerar legitimidade, ou de que o consenso se mostra como um modelo democrático de legitimidade no processo, o que queremos demonstrar, nos termos da Crítica Hermenêutica do Direito, é que não é possível produzir qualquer legislação com o sustentáculo no consenso.

Nesse cenário, emerge a tese que sustentamos: o legislador não pode institucionalizar qualquer consenso. Dito de outra maneira: nem toda legislação (“verdade legislativa”) pode ser produzida sobre um ideal de fala gerado pelo consenso.

A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E A ATIVIDADE DE PRODUÇÃO LEGISLATIVA

A contribuição da hermenêutica filosófica (ou filosofia hermenêutica) para o problema da cisão dos discursos de fundamentação/aplicação

113

Aristóteles sustentou a existência de duas filosofias: (1) uma teórica, baseada na observação da realidade pelo verdadeiro/falso; e (2) uma prática, que buscou no agir concreto uma resposta para o certo/errado. Aqui a razão humana (sujeito) “gravitava” em torno do objeto. Foi com Kant que essa metafísica dicotômica aristotélica se transformou. Kant concebia uma razão pura e uma razão prática, mas alterou significativamente o modelo teórico de Aristóteles, ao comparar a metafísica com a revolução produzida por Nicolau Copérnico, em relação à posição da Terra na astrofísica, que comprovou que o Planeta não era o centro, mas o entorno. Essa interdisciplinariedade adotada por Kant possibilitou enfrentar o “problema do conhecimento” e afirmar que (1) os sujeitos possuem as condições de possibilidade de conhecer qualquer coisa, bem como (2) os sujeitos possuem as regras pelas quais os objetos podem ser conhecidos. Na correta interpretação dada por Lenio Luiz Streck, Kant inverteu o modelo de Aristóteles ao sustentar que os objetos é que “gravitam” em torno do sujeito (sujeito-objeto). Contudo, no modelo kantiano ainda permanecia a separação entre razão teórica e razão prática, que só com Martin Heidegger foi afastada. A partir de Heidegger, a razão prática é aproximada da razão teórica e desloca o

⁶⁷ HOMMERDING, 2007, p. 83.

solipsismo subjetivista para o intersubjetivo de fundamentação (pré-compreensão). A concepção heideggeriana funda-se, pois, no “círculo hermenêutico”, interligando a razão prática à razão teórica. A contribuição de Heidegger na filosofia a partir da pré-compreensão é fundamental para, no Direito, se extrair a “resposta adequada” como resultado da institucionalização do mundo prático pelos princípios para, a partir daí, romper com a concepção de que o Direito (objeto) seria produto do próprio sujeito do conhecimento (solipsismo)⁶⁸.

É nesse cenário que Lenio Streck apresenta uma crítica à hermenêutica. O pensamento de Streck, com inspirações em Friedrich Müller e Ernildo Stein, este iluminado por Heidegger e Gadamer, é o de que a hermenêutica “introduz na relação texto-norma a diferença ontológica (*ontologische Differenz*), locus do mundo prático que é afastado pelas diversas teorias discursivas-procedurais”, buscando a superação da dicotomia “regra-princípio”, e, com isso, arredando a possibilidade de “repristinção da subsunção e da dedução para os assim denominados ‘casos simples’”, uma vez que, para “as teorias argumentativas, os casos simples são resolvidos dedutivamente”⁶⁹.

O mote da crítica – ou, ao menos, um dos pilares da sua crítica – apresentada ao Direito por Lenio Streck consiste na superação da “cisão/separação” entre texto e norma. O que Streck deixa bem claro em suas contribuições à hermenêutica do Direito é que “texto não é um enunciado linguístico; texto é evento; norma é produto da interpretação desse texto, portanto, é a condição de possibilidade de sentido do texto”⁷⁰. Isso porque, a partir dessa concepção hermenêutica, Lenio também supera o esquema sujeito-objeto ao afastar a subsunção e a dedução, fenômeno típico das teses procedurais. Lenio, assim, quer se adiantar nesta quadra da história para defender que o Direito deve concretizar direitos no mundo da vida.

A partir do círculo hermenêutico, Streck defende o rompimento do esquema sujeito-objeto com a introdução da pré-compreensão no mundo prático⁷¹. Quando sustenta que não se pode separar a interpretação da aplicação – sem reducionismos, portanto –, Lenio prepara as condições de possibilidades para a busca da “resposta adequada à Constituição”, arredando, assim, as “discricionariedades interpretativas” e, por conseguinte, o pano de fundo para a defesa das “múltiplas respostas”⁷².

⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas*. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz. (Orgs.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de “Verdade e método”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 153-156.

⁶⁹ STRECK, 2011, p. 439.

⁷⁰ STRECK, 2011, p. 439.

⁷¹ STRECK, 2011, p. 440.

⁷² STRECK, 2011, p. 441-442.

Assim, não é difícil compreender o esforço de Lenio que propugna uma crítica à hermenêutica que reside na busca da abertura do diálogo, sem apagar os procedimentos. A efetividade da Constituição, nesse aspecto, é uma resposta ao esgotamento dos modelos do positivismo jurídico e da dogmática. Daí o porquê da sustentação de Lenio e sua crítica hermenêutica do Direito de que não podemos separar a fundamentação da decisão. Nos dizeres de Lenio, o fundamento é condição de possibilidade para a aplicação. Para explicar tal proposição, o jurista gaúcho se apoia no teorema ontológico-fundamental do círculo hermenêutico de Heidegger e reafirma que “não é possível desdobrar o ato de aplicação em dois momentos: decisão e fundamentação”⁷³. Logo, a resposta adequada à Constituição (aplicação) dependerá dos argumentos de fundamentação.

Por que não há cisão dos discursos de fundamentação/aplicação no âmbito da produção da lei? (ou: por que a tese habermasiana não consegue limitar a discricionariedade dos legisladores?)

Do que se viu da apresentação mínima das bases da teoria de Habermas, é possível extrair que o procedimentalismo sugere a ocorrência de uma separação entre os discursos de fundamentação e de aplicação. Os discursos de fundamentação propostos por Habermas consistem no “suporte da validade do direito que será aplicada para cada ‘caso’”⁷⁴. Habermas assevera que, por um viés empírico, o sentido da validade do direito somente se explica por meio da sua referência simultânea à sua validade social ou fática (*Geltung*) e à sua legitimidade (*Gültigkeit*). De acordo com o autor alemão, a validade fática somente é determinada pelo grau de imposição perante os membros do direito, ao passo que a legitimidade das regras “se mede pela sua resgatabilidade discursiva pela sua pretensão de validade normativa”⁷⁵.

Streck, porém, sem colocar em questão a viabilidade da aplicação da teoria do discurso habermasiana, entende que esse discurso deve ser considerado “elemento formal, teórico e epistemológico”, e, ainda que a ele tenha sido agregada a ideia de cooriginaridade entre direito e moral, não consegue se elevar à condição de resolver os problemas concretos, ou, na linguagem habermasiana, do mundo da vida⁷⁶.

O que Streck capta com singularidade é uma característica fulcral em relação à teoria habermasiana acerca dos discursos de fundamentação, no que tange à impossibilidade fática de (co)existência da participação pelo procedimento

⁷³ STRECK, 2011, p. 443-449.

⁷⁴ STRECK, 2011, p. 147.

⁷⁵ HABERMAS, 2007, p. 25.

⁷⁶ STRECK, 2011, p. 147-153.

democrático-igualitário em países como o Brasil⁷⁷. É justamente nessa linha de argumentação que Lenio Streck entende não ser possível a cisão entre discursos de fundamentação e discursos de aplicação. Isso porque, conforme Streck, ao se separar os direitos conteudísticos dos procedurais, termina-se por incorrer em uma “cisão metafísica”⁷⁸.

Para antes do mister jurisdicional, de igual forma, não há cisão dos discursos de fundamentação/aplicação no âmbito da produção da lei. Em outras palavras: a tese habermasiana não consegue limitar a discricionariedade dos legisladores. Isso porque, nos moldes do que defende a escola inspirada por Streck⁷⁹, o Estado Democrático de Direito não permite ao legislador uma discricionariedade irrestrita na produção das leis. E, se considerarmos que o procedimento habermasiano exige um “ideal” de fala justificado pela participação democrática do “todo”, não há como se enxergar um processo legislativo com a participação (igualitária) popular na criação do Direito. Ainda que se conceba uma “iniciativa” legislativa popular ou até mesmo o plebiscito e o referendo, o discurso travado no procedimento de criação da norma, de fato, não contempla a participação do cidadão. De igual forma, também não podemos afirmar que a fundamentação legislativa pelo procedimento é “democrática” somente em razão da “representação” do povo no Poder Legislativo. Isso somente é verdade em relação ao procedimento. E para por aí. O conteúdo do Direito será objeto de regulação pela “democracia” legislativa representativa no “individualismo” de cada membro do Legislativo. Daí podem surgir as questões de interesses econômico, político etc. – diversas daquelas pretendidas pelo detentor original do poder –, afastando o pretenso ideal participativo de fala.

Essa é umas das razões por que o procedimentalismo, de fato, não obstaculiza a discricionariedade do legislador. Se ao juiz não é dado “dizer qualquer coisa sobre o direito”, nas palavras de Lenio Streck, com maior razão não pode o legislador dizer o que quiser sobre o direito, ou seja, legislar como bem pretender legislar. Os mesmos princípios de coerência e integridade que fundamentam a aplicação do direito para limitar a discricionariedade do juiz também devem ser incorporados no processo legislativo como freios à atividade do legislador. É nesse freio que podemos encontrar a “resposta adequada” à necessidade de legis-

⁷⁷ STRECK, 2011, p. 155-158.

⁷⁸ STRECK, 2011, p. 158.

⁷⁹ Veja-se: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição e hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011; STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba: Juruá, 2012; MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in) determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

lar (e o quê legislar). Isso porque essa resposta correta, no âmbito do Legislativo, é uma resposta cuja possibilidade está justamente na limitação de discricionariedade dos legisladores a ser feita pelos princípios⁸⁰, que introduzem a moralidade política no Direito, conforme o que vêm pregando a Teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin e a Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Luiz Streck, baseada nos alicerces gadamerianos e heideggerianos.

A produção da legislação (também) como atividade hermenêutica

Conceituar hermenêutica não é tarefa tão simples. As definições mais comuns a definem como um método de interpretar textos. Uma melhor compreensão do significado de hermenêutica, porém, é trazida por Streck⁸¹, com base em Heidegger e Gadamer. De acordo com o autor brasileiro, a “hermenêutica comporta, além desse caráter teórico-descritivo, uma dimensão prescritiva, na medida em que, deste processo descritivo, procura-se estabelecer um conjunto mais ou menos coerentes de regras e métodos para se interpretar e compreender corretamente os diversos textos que povoam o cenário cultural humano, seja no âmbito da arte (literatura, poesia etc.), seja no âmbito religioso (na interpretação dos textos sagrados), seja no âmbito jurídico (na interpretação dos textos de leis, decretos, jurisprudências, etc.”. Para Lenio, a hermenêutica é, como para Gadamer, um “modo-de-ser-no-mundo”.

Conforme Streck, as reflexões hermenêuticas se desenvolvem nas seguintes perspectivas: (1) teórica, que “busca descrever como o processo de interpretação e compreensão se desenvolve”; e (2) prática ou prescritiva, que visa a “atingir um resultado: procura estabelecer regras e métodos que conformem de tal modo o processo de interpretação e compreensão que tornem possível reduzir os erros e mal-entendidos que possam surgir da leitura dos textos”⁸². Daí porque Lenio afirma que “a hermenêutica não pretende apenas reunir um conjunto de conhecimentos teóricos acerca do problema *interpretativo-compreensivo*, mas, na trilha do iluminismo-racionalista, pretende também produzir critérios para afirmação de *certeza e objetividade* no processo de interpretação e compreensão”⁸³.

Compreendido o sentido da hermenêutica, emerge a questão proposta: é possível sustentar uma produção legislativa (também) como uma atividade hermenêutica? Mais: é possível falar em “ativismo legislativo” como produto de uma discricionariedade na produção da lei? A hermenêutica desenvolvida quando do processo de criação do Direito pode (rá) se mostrar eficaz no sentido de estabe-

⁸⁰ HOMMERDING, 2012, p. 140-143.

⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e (m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 233-234.

⁸² STRECK, 2011, p. 234.

⁸³ STRECK, 2011, p. 234.

lecer freios à discricionariedade do legislador? O que se compreende pela afirmação de que a atividade legislativa deve ser orientada por um processo deontológico? A resposta a tais questionamentos será buscada no Direito como Integridade proposto por Ronald Dworkin e na Crítica Hermenêutica de Lenio Streck, com suporte filosófico em Gadamer e Heidegger.

A questão inicial a ser enfrentada está na (im)possibilidade de positivação de direito(s). É consabido que o legislador está atrelado a limites formais no processo de produção do Direito. Também não é novidade que esse legislador, dada sua condição de derivação, não pode produzir textos legais tendentes a modificar “pontos sensíveis” da Constituição. Daí também não pode criar legislação infraconstitucional com tal propósito.

Streck, ao discordar de Luigi Ferrajoli sobre a possibilidade de uma teoria constitucional pós-positivista, afirma que “não é qualquer direito que pode ser positivado (o que contraria a tese da separação ‘direito-moral’)”. Isso porque, no dizer de Streck, a *Constituição é norma*⁸⁴. Nesse ponto, Lenio reconhece a cooriginariedade habermasiana como positiva para reforçar a autonomia do direito, à medida que Habermas institucionalizou a moral no direito, pois a moral não tem força jurídico-normativa, dado que a força coercitiva está no direito. A moral, conforme Lenio, está inserta no direito quando do processo legislativo. Isso interessa sobremaneira ao propósito desta investigação porque Lenio também defende que, no Estado Democrático de Direito, não há espaço (também) para a discricionariedade do legislador “porque ele está vinculado à Constituição”.

Daí a sustentação de Streck no sentido de que (também) o legislador “não pode fazer o que quer”⁸⁵. Bem por isso, a aplicação da Teoria do Direito como Integridade na produção legal serve como limite à atividade (racional?) do legislador.

A partir de uma concepção da filosofia hermenêutica de Heidegger, é possível sustentar que o legislador (não devemos esquecer) é *Ser-af*⁸⁶. O legislador, quando no ofício de produção legislativa, deve(ria) também operar no plano da faticidade para regular o *ter-que-ser*. Isso significa dizer que o *modo-de-ser* do ente, isto é, sua *existência*, receberá as cargas influenciadoras (Direito) produzidas pelo legislador.

Aproveitando o pensamento de Gadamer, podemos encontrar o “ponto de contato” da hermenêutica filosófica proposta por Lenio Luiz Streck com a atividade de produzir leis. Isso significa dizer que a atividade do legislador deve estar vinculada à compreensão. Streck, com base em Heidegger, Gadamer e Stein, dirá

⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 76.

⁸⁵ STRECK, 2012, p. 77

⁸⁶ STRECK, 2012, p. 239-242.

que “compreender é o caráter ôntico original da vida humana mesma”⁸⁷. Gadamer elege o princípio da linguagem como alicerce de sua hermenêutica filosófica, que desencadeia a “giro linguístico”⁸⁸. A partir daí, Gadamer se apoia na *faticidade* e na *historicidade* para defender a “pré-compreensão” como possibilidade para qualquer interpretação⁸⁹. Por isso que Streck dirá que só é possível a interpretação se se compreende; e somente se compreende se se possui a pré-compreensão, esta “constituída de uma estrutura prévia (*Vorhabe*), visão prévia (*Vorsicht*) e concepção prévia (*Vorgriff*), que já une todas as partes (textos) do ‘sistema’”⁹⁰. Logicamente, aplicando-se ao legislador, não se deve duvidar de que ele necessite compreender para interpretar e, para compreender, carece da pré-compreensão.

Segundo Streck, a maior contribuição de Gadamer foi a de sustentar que não se interpreta por partes, ou seja, a *applicatio* ocorre em um momento único. Além disso, Gadamer afirma que não se pode reproduzir o sentido, pois o processo hermenêutico é sempre produtivo, isto é, o intérprete não pode se equiparar ao leitor originário⁹¹. Logo, o legislador também é (deve ser) um intérprete. Para se produzirem leis é necessário primeiro compreender o “sentido da Constituição”, além do sentido das demais normas, já existente no mundo da vida. Por isso não é privilégio dos “operadores do direito” o “saber interpretar”. Longe disso. O legislador, com maior razão, deve assumir o papel de “intérprete” para “retirar” do(s) texto – em especial, da norma constitucional e dos contextos, do mundo da vida – o sentido (*Sinngebung*) que o texto “possui-em-si-mesmo”⁹². Em outras palavras: não há cisão na hermenêutica para atribuir a interpretação “A” aos operadores do Direito e a interpretação “B”, aos legisladores.

Afinal, o legislador não pode ser considerado um intérprete do Direito? Claro que sim.

O que parece ficar evidente é que não existe uma “pretensa” originalidade em texto.

Se o texto é um evento, para produzir o Direito, o legislador precisa compreender os eventos do mundo da vida para interpretar o seu sentido, o sentido do(s) texto(s) já existente(s), do(s) evento(s). É evidente que não temos como exigir um *expert* do direito para fazer leis, mas é necessária a pré-compreensão. Em outras palavras: não se escreve o que não se conhece. Mais do que isso: não basta o conhecimento do(s) “procedimento(s)”. Isso por si só é tarefa fácil. O desafio é dar um “sentido” ao novo texto a ser construído a partir de uma pré-compreensão holística do sistema jurídico.

⁸⁷ STRECK, 2012, p. 248.

⁸⁸ STRECK, 2012, p. 271.

⁸⁹ STRECK, 2012, p. 271.

⁹⁰ STRECK, 2012, p. 271.

⁹¹ STRECK, 2012, p. 272.

⁹² STRECK, 2012, p. 243.

CONCLUSÃO

O ofício de fazer leis não pode ser visto com algo formal. Afinal, é a partir desse agir do Estado-legislativo que se limitam os direitos e garantias e, ao mesmo tempo, se impõe ao particular ou ao próprio Estado o dever de fazer algo. Isso se traduz no viés negativo do princípio da legalidade. Contudo, são essas mesmas legislações que pautarão a conduta dos órgãos públicos. Por isso que tanto se ouve dizer que ao particular é permitido fazer tudo o que a lei não proíbe e, ao Estado, somente é permitido fazer algo que a lei autoriza. Isso é próprio do Estado (Democrático) de Direito. O sistema do direito, para falar em termos sistêmicos, é fundado nessa dicotomia legal/ilegal.

O que se tem notado há algum tempo é uma (pré)ocupação da doutrina com as decisões judiciais. Isso porque a decisão judicial é a “lei” para o caso concreto, podendo apenas produzir efeitos para as partes litigantes e, às vezes, estender sua eficácia para terceiro, naquilo que se classifica com efeitos *erga omnes*. Muitos dos estudos acerca das decisões judiciais buscam uma forma de tornar a prestação jurisdicional menos arbitrária e discricionária, a fim de evitar que o juiz seja solipsista e “dono” dos “sentidos da lei”. Todo esse esforço visa combater o ativismo judicial.

120

O que se pretendeu ao longo desse texto foi suscitar a possibilidade de se aplicar ao legislador – na medida do possível – os mesmos compromissos que o juiz deve ter na aplicação da lei. Isso significa dizer – embora se reconheça que o legislador aja estrategicamente por argumentos de política – que a produção da legislação deve ser realizada com base em padrões de coerência e integridade, na esteira da Teoria do Direito com Integridade, de Ronald Dworkin.

Dessa forma, nossa pretensão, aqui exposta, consistiu na sustentação da tese no sentido de que também se faz necessária uma integridade legislativa como condição de possibilidade da limitação da discricionariedade dos legisladores. Para tanto, analisando as premissas habermasianas, objetivou-se defender a aplicação da Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Luiz Streck e suscitar – ainda que se aceite a ideia procedimentalista de que a legalidade pode gerar legitimidade, ou de que o consenso se mostra como um modelo democrático de legitimidade no processo – que não é possível produzir nenhuma legislação com o sustentáculo no consenso. Daí por que apontamos um problema da verdade no consenso no processo legislativo pensado a partir do procedimentalismo.

O que queremos destacar é que o legislador não pode institucionalizar nenhum consenso, ou seja, que nem toda legislação (“verdade legislativa”) pode ser produzida sobre um ideal de fala gerado pelo consenso. Além disso, assim como ocorre na formação da decisão judicial, apoiamo-nos na hermenêutica filosófica (ou filosofia hermenêutica) para identificar o problema da cisão dos discursos de fundamentação/aplicação e sugerir que não pode existir cisão dos discursos

de fundamentação/aplicação no âmbito da produção da lei. Dito de outro modo, na medida em que se opera a partir desses dois níveis (fundamentação-aplicação), da mesma maneira que acontece nas decisões judiciais, não se consegue limitar a discricionariedade dos legisladores. Dessa forma, entendemos que é perfeitamente possível sustentar que a produção da legislação (também) deve ser vista como atividade hermenêutica.

REFERÊNCIAS

ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1997.

ATIENZA, Manuel. Contribución para una teoría de la legislación. In: CARBONELL, Miguel; PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía (Orgs.). *Elementos de técnica legislativa*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. *La fuerza del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editora, 2000.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo de Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e moral*. Tradução de Sandra Lippert. São Paulo: Instituto Piaget, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I.

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

HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba: Juruá, 2012.

HABERMAS, Jürgen. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SAAVEDRA, Giovanni Agostini. *Jurisdição e democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz. (Orgs.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

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

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição e hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Data de envio: 29/05/2015

Data de aprovação: 31/07/2015

**CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO:
AS MATÉRIAS CONSTITUCIONAIS
E INFRACONSTITUCIONAIS SÃO UMA HERANÇA
LIBERAL DE TÉCNICA DE DEFESA?**

**CONSTITUTIONALISM BRAZIL:
THE CONSTITUTIONAL MATTERS AND INFRA
ARE A DEFENSE TECHNIQUE LIBERAL HERITAGE?**

Pedro Henrique Savian Bottizini*
Letycia Spínola Fontes Roggero**

*Na verdade, duvido que haja, para o ser pensante,
minuto mais decisivo do que aquele em que, caindo-lhe
a venda dos olhos, descobre que não é um elemento perdido
nas oscilações cósmicas, mas que uma universal
vontade de viver nele converge e se hominiza.*

*O Homem, não centro estático do Mundo –
como ele se julgou durante muito tempo, mas
eixo e flecha da evolução – o que é muito mais belo.*

Teilhard de Chardin

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo explicar objetivamente as raízes da Constituição, adentrando na Constituição brasileira marcadamente

-
- * Professor de Direito, mestre em Direito pelo Centro Universitário Toledo, Araçatuba, São Paulo, Área de concentração: Prestação Jurisdicional no Estado Democrático de Direito; linha de pesquisa em Tutela Jurisdicional dos Direitos Sociais, Difusos e Coletivos. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho com formação para magistério superior pela Universidade Anhanguera – Uniderp. Correspondência para/Correspondence to: Rua Mato Grosso, 26, apto. 504, Bairro: Três Poderes, Imperatriz/MA, CEP: 65903-050. E-mail: pedrobottizini@hotmail.com. Telefone: (99) 99191-1133.
- ** Psicóloga formada pela Universidade de Cuiabá – UNIC e Advogada, formada pela Faculdade de Imperatriz – FACIMP. Correspondência para/Correspondence to: Rua Sergipe, 121, casa 3, Bairro: Três Poderes, Imperatriz/MA, CEP: 65903-000. E-mail: letyciarogger@gmail.com. Telefone: (99) 98115-9587.

por matérias infraconstitucionais em larga escala e a contribuição da democracia e do liberalismo que impregnou o pensamento constitucionalista. Examina a ideia de ordem como previsibilidade e o individualismo se tornaram premissas do Estado Brasileiro, historicamente, e que permanecem ainda hoje, em contraste com os ideais de um pretensão Constitucionalismo social moderno. Como conclusão, revela-se a necessidade de revisão do pensamento sobre Estado e Constituição para resolver contradições entre as velhas estruturas liberais e os novos conteúdos sociais. Para tanto, foi utilizado o método dedutivo com pesquisa bibliográfica exploratória e descritiva aliada a técnicas de investigação empírica na doutrina brasileira sob o enfoque da abrangência da Constituição.

Palavras-chave: Constituição; Liberalismo; Matéria infraconstitucional; Historicamente; Democracia.

ABSTRACT

This study aims to explain objectively the roots of the Constitution. Entering the Brazilian Constitution markedly by infra-scale materials and the contribution of democracy and liberalism that permeated the constitutionalist thought. Examines the idea of order and predictability and individualism have become premises of the Brazilian State, historically, and remain today, in contrast to the ideals of a modern Social Constitutionalism alleged. In conclusion, reveals the need for revision of thinking about state and Constitution, to resolve contradictions between the old liberal structures and new social content. Thus, the deductive method with exploratory and descriptive literature combined with techniques of empirical research in the Brazilian doctrine from the stand point Constitution scope was used.

Keywords: Constitution; Liberalism; Matter infra; Historically; Democracy.

INTRODUÇÃO

A metodologia a ser utilizada, será a do lógico dedutivo e a pesquisa doutrinária, legislativa e a on-line. Procurando oferecer uma sustentabilidade bibliográfica ao material produzido, com enfoque em constituições federais.

O trabalho realiza uma pesquisa das constituições anteriores à de 1988 para estudar a origem da atual Constituição Federal e entender o motivo de se não apenas não apenas encontrarem em matérias constitucionais, mas também as infraconstitucionais.

Em épocas mais remotas, por volta de (V a III a.C.) as Constituições eram maleáveis, havia uma estrutura de governo passível de ser modificada da maneira mais simples e rápida. As massas detinham poderes, manifestado através de si próprio como dono, e tudo sendo governado mediante votações por meio dos tribunais, nos quais o povo é soberano.

Nesse sentido, Gisela Maria Bester¹, alude ao constitucionalismo grego na Antiguidade Clássica, afirmando não se resumia a uma vontade natural, e sim a uma questão de alma. O presente trabalho, podemos constatar que naquela época, a Constituição apenas retratava a organização da sociedade como algo natural, não havendo um poder na sociedade que criasse deliberadamente uma Constituição, eis que não havia diferença entre Estado e sociedade civil. Os patriarcas eram livres, devendo obedecer apenas a lei de Deus. A democracia constitucional se constituía na plena identidade entre governantes e governados. Naquele contexto, os cargos públicos eram acessíveis a todos os cidadãos ativos, dado que não se exigia nenhuma qualificação especial, exceto para realização de atividades técnicas.

À democracia importa, prioritariamente, discutir o fundamento e o exercício do poder pelo povo, sendo a regra da maioria um dos instrumentos essenciais para a realização da vontade democrática, já o constitucionalismo se se preocupará á com os limites do poder, seja ele exercido pelo rei ou pelo povo. A democracia pode ser compreendida como um sistema político que leva em consideração a vontade de todos os cidadãos no processo de formação da vontade política, especialmente das normas jurídicas, que a todos vincularão.

Convém, no entanto, adentrar na ideia do grande mestre Kildare Gonçalves Carvalho², sobre a democracia grega com um pensamento constitucional do século XVIII. A ordem jurídica dispensava o mesmo tratamento a todos os cidadãos, conferindo-lhes iguais direitos. A Grécia abolia os títulos e funções hereditárias, possibilitando a todos os cidadãos o exercício das funções públicas, sem outros requisitos que não o merecimento, a honradez e a confiança depositada no administrador pelos cidadãos. Esse período clássico da civilização grega não se aproxima da concepção de democracia inserida no liberalismo dos modernos: falta-lhe o princípio da igualdade; inexistente o conceito de sufrágio universal, pois, do exercício das decisões políticas e das assembleias, eram excluídos os estrangeiros e os escravos, já que a liberdade e participação ficavam restritas aos cidadãos livres.

É impossível desmembrar o constitucionalismo de suas raízes valorativas tanto quanto neutralizá-la perante as correntes de ideias que fazem a eficácia, a vida e o significado de seus preceitos. Dessa forma, compreende-se se que o Poder Constituinte tem raízes na Antiguidade, pois, na medida em que as comunidades iam se formando, fazia-se necessário o estabelecimento de normas fundamentais de organização.

¹ BESTER, Gisela Maria. *Direitos constitucional: fundamentos teóricos*. São Paulo: Manole, 2005, p. 33.

² CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional didático*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 29.

Com base nessas considerações, Norberto Bobbio³, em sua obra *A era do direito*, destaca com exatidão a figura da relação de poderes por meio por meio de metáforas que iluminam bem outro ponto de vista.

Se o governante é o pai, a figuração do Estado se se assemelha a uma família ampliada e, portanto, do soberano como pai do seu povo; na literatura política, os súditos são comparados aos filhos que devem obedecer às ordens do pai porque ainda não alcançaram a idade da razão e não podem regular por si mesmos suas ações.

Enquanto os indivíduos eram considerados como originariamente membros de um grupo social natural como a família, eram um grupo organizado hierarquicamente; não nasciam livres, já que eram submetidos à autoridade paterna, nem iguais, já que a relação entre pai e filho é a de um superior com um inferior.

A ORIGEM E A FORMAÇÃO CONSTITUCIONAL

É de extrema importância fazer referência ao surgimento, no século XVI, alcançando maiores relevos no século XVIII, das doutrinas do Contrato Social. Não obstante as divergências entre os autores que tratavam do tema entre os autores que tratavam do tema quanto à fundamentação do contrato social, as suas consequências e o interesse que moveu os homens a se acordarem em sociedade, eles compartilhavam de compartilhavam de uma mesma ideia o perfeito entendimento de que a sociedade só lograria êxito se fosse entendida *a priori* como derivada de um acordo entre os homens, espontaneamente anuído entre eles, portanto, um contrato em que não haveria de se falar em cláusulas prejudiciais aos contratantes.

É de boa lembrança advertir que os seguidores do contrato social enxergavam o acordo de vontades como a fonte da sociedade. Já na doutrina Medieval, o acordo de vontades era visto como fonte do governo. Sendo a doutrina do Contrato Social a última etapa antes do surgimento da doutrina do Poder Constituinte, necessário se faz tecer algumas considerações a respeito.

Fica, pois, claro conforme Jean-Jacques Rousseau expôs em sua clássica obra *Do contrato social*:

Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja de toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual, cada um, unindo-se a todos, não obedeça, portanto, senão a si mesmo, e permaneça tão livre como anteriormente. Esse é o problema fundamental cuja solução é dada pelo contrato social. As cláusulas deste contrato são de

³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 76.

tal modo determinadas pela natureza do ato, que a menor modificação as tornaria vãs e sem nenhum feito; de sorte que conquanto jamais tenham sido formalmente enunciadas, são as mesmas em todas as partes tacitamente admitidas e reconhecidas, até que, violado o pacto social, reentra cada qual em seus primeiros direitos e retoma a liberdade natural, perdendo a liberdade convencional pela qual ele aqui renunciou⁴.

A liberdade natural difere da liberdade convencional a partir do contrato. Assim, o homem livre uniu suas forças às de outros homens livres e juntos superaram os obstáculos da natureza. Entretanto, o comprometimento da força e da liberdade de cada um com a união para salvar o homem não pode condenar o homem, ou melhor, os homens se uniram para se conservar, não podem “prejudicar e negligenciar” sua própria conservação. Em outros termos, o homem permanece tão livre quanto antes porque antes se limitava à natureza física e, depois, limita-se à natureza social.

O próprio Bobbio, já citado, descreve a crise instalada da participação popular na democracia:

Quando comparada à democracia de inspiração rousseauísta, com efeito, a participação popular nos Estados democráticos reais está em crise por pelo menos três razões: a) a participação culmina, na melhor das hipóteses, na formação da vontade da maioria parlamentar; mas o parlamento, na sociedade industrial avançada, não é mais o centro do poder real, mas apenas, frequentemente, uma câmara de ressonância de decisões tomadas em outro lugar; b) mesmo que o parlamento ainda fosse o órgão do poder real, a participação popular limita-se a legitimar, a intervalos mais ou menos longos, uma classe política restrita que tende à própria autoconservação e que é cada vez menos representativa; c) também no restrito âmbito de uma eleição una tantum sem responsabilidades políticas diretas, a participação é distorcida, ou manipulada, pela propaganda das poderosas organizações religiosas, partidárias, sindicais, etc. A participação democrática deveria ser eficiente, direta e livre: a participação popular, mesmo nas democracias mais evoluídas, não é nem eficiente, nem direta, nem livre⁵.

Dentro da inspiração rousseauísta a participação popular nos Estados democráticos está em crise porque a participação popular não é nem eficiente, nem direta, nem livre. A democracia, nessa concepção, ou é participativa ou não é nada.

É com Rousseau que a doutrina do contrato social chega ao seu clímax, sendo o seu pensamento considerado o mais próximo da doutrina do Poder

⁴ ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social*. 2. ed. Leme/SP: CL Edijur. Edição 2010, p. 21.

⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus: 1992, p. 101.

Constituinte. O filósofo, de pronto, já inicia sua obra, *Do contrato social*⁶ afirmando que: “o homem nasce livre, mas, em toda parte se encontra sob ferros”, para ele, a liberdade de um povo só será fato notório se houver igualdade na elaboração de suas leis, de tal modo que a sua observância seja encarada como uma submissão à deliberação de cada cidadão como parte do poder soberano. Dessa forma, sustenta que o contrato social estrutura a sociedade e cria o governo, este atuando em exercício representativo por força da vontade geral do povo, que vem a ser, exatamente, a vontade da maioria.

Aporta-se, neste momento, ao constitucionalismo moderno que surge entre os séculos XVI e XVIII por fruto de um movimento intelectual e político. Transporta a ideia de reivindicação por limites e garantias frente ao exercício do poder político que reaparece. O equilíbrio e a moderação do poder eram qualidades presentes nas constituições medievais, mas ruíram com o advento dos estados nacionais europeus e a afirmação resoluta da soberania centralizada. A aspiração desse movimento constitucionalista, após longo período de estados nacionais absolutos, começa a se insurgir contra o regime. O movimento assentou raízes na Inglaterra que, após a Revolução Gloriosa e a restauração monárquica, em 1689, instituiu a supremacia do Parlamento e impôs limites ao poder do rei.

Convém, no entanto, apresentar a ideia do professor Luís Roberto Barroso, que em sua obra *A nova interpretação constitucional*, elenca a ascensão e decadência do jusnaturalismo como importante corrente filosófica que ao longo dos séculos fundou-se na existência do direito natural fundado na razão:

A modernidade, que se iniciara no século XVI, com a reforma protestante, a formação dos Estados nacionais e a chegada dos Europeus à América, desenvolve-se em um ambiente cultural não mais submisso à teologia cristã. Cresce o ideal de conhecimento, fundado na razão, e o de liberdade, no início de seu confronto com o absolutismo. O jusnaturalismo passa a ser filosofia natural do Direito e associa-se ao iluminismo na crítica à tradição anterior, dando substrato jurídico-filosófico às duas grandes conquistas do mundo moderno: a tolerância religiosa e a limitação do poder do Estado. A burguesia articula sua chegada ao poder⁷.

Nessa perspectiva, o nobre autor orienta que a modernidade chega em um movimento cultural de transformações no modo de pensar e agir do homem, rompendo, nesse momento as doutrinas políticas de cunho individualista, superando o dogmatismo medieval escapando do ambiente teológico para alcançar

⁶ ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social*. 22. ed. Leme/São Paulo: CL Edijur. Edição 2010, p. 10.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional*: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 20.

a liberdade do pensamento intelectual de conscientização e emancipação. O Estado liberal se baseia na crença de que o homem possui direitos naturais. Estes implicam reforçar que o espaço de integridade e de liberdade a ser preservado e respeitado pelo próprio Estado foi o combustível das revoluções liberais no enfrentamento da monarquia absoluta. A filosofia iluminista defendia a causa burguesa contra o Antigo Regime. O liberalismo, filho do Iluminismo, foi uma reação burguesa ao Estado absolutista. O governante não devia estar acima da lei: como qualquer cidadão, tinha de estar preso às normas legais.

A modernidade política ocidental, a partir da Revolução Francesa, oscilou sob um pêndulo estrutural. Em um dos extremos de seu eixo, posiciona-se a soberania popular; em outro, a Constituição. O poder constituinte tentou combiná-los.

O constitucionalismo contemporâneo tem sido marcado por uma abrangência constitucional, no sentido da existência de textos constitucionais amplos, extensos e analíticos que encarceraram temas próprios da legislação ordinária. Se o constitucionalismo tem sido marcado pela limitação do poder, opondo-se ao governo arbitrário, o seu conteúdo mostra-se variável, desde as suas origens. Uma nova roupagem na história constitucional vem surgindo neste século XXI, com perspectivas de que ao constitucionalismo social seja incorporado o constitucionalismo fraterno e de solidariedade. A ideia central é marcada por um modelo constitucional-democrático, com mudança na natureza do direito positivo e de todo um instrumental teórico positivista como um modo antijuspositivista.

Nessa seara, contemplamos Kildare Gonçalves Carvalho:

No pós-positivismo, que leva ao neoconstitucionalismo, pode, então, identificar: (...) a onipresença da Constituição em vez da independência do legislador ordinário, o que resulta na centralidade da Constituição, que irradia seus princípios e é invasivo de todo o direito infraconstitucional, cuja interpretação ou aplicação se dará segundo uma filtragem constitucional⁸.

Esse novo conceito exige dos operadores, cada vez mais, a elaboração de juízos de adequação com fundamento na natureza ética. Largamente a Constituição abrange conteúdos da seara infraconstitucional cuja interpretação se dará conforme o sistema jurídico de uma nova dogmática. O neoconstitucionalismo atribui às Constituições atuais, além de uma força formal de validade, uma dimensão de fundamentação que qualifica aquela validade a partir de um mínimo

⁸ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. Teoria do estado e da Constituição. Direito constitucional positivo. 17. ed. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 211.

de justificação ética. Condução responsável pelos assuntos do Estado, ou seja, pressupõe gestão transparente e responsável dos recursos humanos, naturais, econômicos e financeiros, boa governação. Eis o maior desafio lançado pelo neoconstitucionalismo.

A TRAJETÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

A evolução histórica do constitucionalismo no Brasil coincide com as transformações substanciais do próprio Estado. Foram muitas constituições, somam oito até o presente momento, editadas em 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988. Grande parte das constituições que tivemos não conseguiu limitar de forma eficaz a ação dos governantes em favor dos direitos dos governados. Muitas foram pouco mais que fachadas, que visavam emprestar uma aparência de legitimidade ao regime, sem subordinar efetivamente o exercício do poder, efetuado quase sempre à margem do texto constitucional à margem do texto constitucional.

O autoritarismo, a confusão entre o público e o privado, a exclusão social e a violação dos direitos mais básicos de amplos segmentos da população são patologias da trajetória nacional que têm persistido reiteradamente a despeito da retórica das nossas constituições.

130

Tais problemas não devem ser debitados à qualidade dos textos constitucionais que tivemos cuja maioria estava em sintonia com as tendências do constitucionalismo da época em que vigoraram. A questão maior pareceu ser a falta de efetividade, cujos comandos não condicionavam, de fato, a ação dos detentores dos poderes político, econômico e social. Infelizmente, na trajetória institucional, entre a realidade e o texto constitucional, tem mediado quase sempre uma grande distância. É verdade que essa lacuna vem diminuindo desde a promulgação da Constituição de 1988. Desde então, o país tem vivido um período de estabilidade institucional e a Constituição tem começado a ser levada com mais efetividade. Estamos ainda muito distantes do Estado Democrático de Direito prometido pelo constituinte de 1988, pois a desigualdade e o patrimonialismo, a falta de limites do público e do privado, ainda contaminam profundamente as nossas instituições e relações sociais. O legado do patrimonialismo, do poder privado, ainda sobrevive no interior da máquina governamental com o uso e a presença do jeitinho brasileiro, quando a maioria dos políticos vê o cargo público que ocupa como uma propriedade privada sua, ou de sua família, em detrimento dos interesses da coletividade, mas os avanços em relação ao passado já são inquestionáveis.

Faremos uma abordagem panorâmica dos nossos diversos textos constitucionais, assim como de seu contexto sociopolítico e de sua interação com a realidade empírica subjacente.

Traços essenciais das Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969

Não se pode compreender a Constituição Imperial de 1824 senão à luz das ideias liberais, tão em voga à época. Foi marcada, sem dúvida, por um grande liberalismo que se retratava no rol dos direitos individuais, que era praticamente o que havia de mais moderno na época, como também na adoção da separação de Poderes que, além dos três clássicos, acrescentava um quarto: o Moderador.

A ideologia subjacente à Constituição do Império corresponde a uma fórmula de compromisso entre o liberalismo conservador e o semiabsolutismo. A sua principal influência foi a Constituição francesa de 1814, outorgada por Luís XVIII no contexto da Restauração. Os traços liberais da Carta de 1824 outorgada revelaram a garantia de um amplo elenco de direitos individuais⁹. A Constituição do Império caracteriza-se pela semirrigidez. Consagrava como forma de governo a monarquia hereditária¹⁰, atribuindo à dinastia de Pedro I a linhagem real da Coroa brasileira¹¹. A pessoa do Imperador era considerada sagrada e inviolável, e o monarca não estava sujeito a nenhum mecanismo de responsabilização¹².

A Constituição de 1891 foi marcada em seu texto legal pelo liberalismo republicano e moderado que havia se desenvolvido nos Estados Unidos Estados Unidos. Importaram-se -se destes as instituições e os valores do liberalismo para uma sociedade que nada tinha de liberal: o exemplo acabado do idealismo na Constituição. A influência norte-americana foi sentida até na mudança do nome do país, que passou a se chamar oficialmente de Estados Unidos do Brasil¹³. O texto aprovado em 1891 é o mais enxuto de todas as constituições que tivemos. O sistema de governo escolhido foi o presidencialista, mais uma vez decalcado do constitucionalismo americano. No plano dos direitos individuais, a Consti-

⁹ CF/1824, art. 179: A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte. I. Nenhum cidadão pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da Lei. II. Nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública. (...) IV. Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escritos, e publicar pela imprensa, sem dependência de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que cometerem no exercício deste Direito, nos casos, e pela forma, que a Lei determinar. V. Ninguém pode ser perseguido por motivo de religião, uma vez que respeite a do Estado, e não ofenda a moral pública (...).

¹⁰ CF/1824, art. 3º: O seu Governo é monarchio hereditario, constitucional e representativo.

¹¹ CF/1824, art. 4º: A Dynastia Imperante é a do Senhor Dom Pedro I actual Imperador, e Defensor Perpetuo do Brazil.

¹² CF/1824, art. 99: A Pessoa do Imperador é inviolável e Sagrada: Elle não está sujeito à responsabilidade alguma.

¹³ CF/1891, art. 1º: A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constituiu-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas províncias, em Estados Unidos do Brasil.

tuição revelou a sua inspiração liberal, incorporou um vasto elenco de liberdades públicas, como as de religião, de expressão, de associação, de reunião, de locomoção e profissional.

Foi constitucionalizado o *habeas corpus*, cabível “sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder”¹⁴. Em relação aos mecanismos de reforma, a Constituição de 1891 era rígida.

A Constituição de 1934 inaugurou o constitucionalismo social no Brasil. Rompendo com o modelo liberal anterior, ela incorporou uma série de temas que não eram objeto de atenção nas constituições pretéritas, voltando-se à disciplina da ordem econômica, das relações de trabalho, da família, da educação e da cultura. Tratava-se de uma Constituição extensa. Do ponto de vista institucional, ela manteve o federalismo, a separação de poderes e o regime presidencialista¹⁵.

Foi curtíssima a vida da Constituição de 1934, promulgada em julho de 1934, vigorou apenas até novembro de 1937, quando foi outorgada a Carta do Estado Novo. Os componentes liberais e democráticos da Constituição de 1934 não resistiram à radicalização do regime e do clima social da época.

A Constituição de 1937 previu um modelo de Estado autoritário e corporativista. As suas principais influências foram as Constituição da Polônia, fato que lhe valeu o apelido de “Polaca” e a Constituição portuguesa de 1933, que vigorou durante o Estado Novo português, de Salazar. A Carta de 191937 manteve nominalmente os três Poderes tradicionais: Executivo, Legislativo e Judiciário. Não havia, porém, a preocupação com o equilíbrio e a harmonia entre eles.

Essa constituição buscou conciliar liberalismo político e democracia com o Estado social. Desprovida de grandes pretensões inovadoras, ela se afastou do autoritarismo da Carta de 1937, acolhendo as fórmulas e instituições do liberalismo democrático como separação de poderes e pluripartidarismo sem, no entanto, abdicar dos direitos trabalhistas e da intervenção do Estado na ordem econômica. Tratava-se de uma Constituição analítica, como é da tradição brasileira.

Os militares que governavam o país não formavam um bloco monolítico, ideologicamente homogêneo. Havia, grosso modo, dois grupos principais. De um lado, os que queriam a radicalização do regime e a intensificação da perseguição aos opositores, não se importando em manter o poder indefinidamente

¹⁴ CF/1891, art. 72 § 22: Dar-se-há o *habeas-corpus* sempre que alguém soffrer ou se achar em iminente perigo de soffrer violencia por meio de prisão ou constrangimento illegal em sua liberdade de locomoção. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926).

¹⁵ CF/1934, art. 1º: A Nação brasileira, constituída pela união perpétua e indissolúvel dos estados, do Distrito Federal e dos territórios em Estados Unidos do Brasil, mantém como forma de Governo, sob o regime representativo, a República federativa proclamada em 15 de novembro de 1889.

com as Forças Armadas. Do outro, os moderados, que pretendiam devolver o poder mais rapidamente aos civis, depois de expurgarem da vida política os elementos considerados mais perigosos, e rechaçavam alguns excessos cometidos pelos primeiros no combate à oposição e à esquerda, como a tortura e o homicídio. Nenhum dos grupos demonstrava grande apreço pela democracia e pelos direitos humanos, mas o segundo era menos radical e mais preocupado em manter as aparências do regime. Durante todo o período militar, tais grupos disputariam a hegemonia.

A Constituição de 1969 foi outorgada pela Junta Militar que governava o Brasil, sob a forma de emenda constitucional: era a Emenda Constitucional n. 1. Invocou-se, como fundamento jurídico da outorga, o Ato Institucional n. 5, considerado o mais autoritário ato institucional baixado durante o regime militar e o Ato Institucional n. 16.

O primeiro (AI-5) estabelecia que, enquanto o Congresso estivesse em recesso, o Presidente poderia legislar sobre todas as matérias¹⁶; dava ao presidente o poder de cassar mandatos; intervir em estados e municípios; e suspender direitos políticos de qualquer pessoa¹⁷. Além disso, a tortura foi praticamente instituída. Jornais oposicionistas ao regime militar foram censurados, livros e obras considerados subversivos foram retirados de circulação e vários artistas e intelectuais tiveram de se exilar, foram proibidas manifestações e aglomerações nas ruas, ou seja, representou um significativo endurecimento do regime militar.

O segundo (AI-16) dispunha que até a posse do novo Presidente da República (cargo vago em razão da doença do então presidente, General Costa e Silva), a Chefia do Executivo seria exercida pelos Ministros militares¹⁸. Estes, no exercício da Presidência da República, poderão em caso de urgência ou de interesse público relevante, legislar, mediante decreto-lei, sobre todas as matérias de competência da União¹⁹.

¹⁶ Ato Institucional n. 5 de 1968: Art. 2º: O Presidente da República poderá decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, por Ato Complementar, em estado de sítio ou fora dele, só voltando os mesmos a funcionar quando convocados pelo Presidente da República. § 1º – Decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo correspondente fica autorizado a legislar em todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos Municípios.

¹⁷ Ato Institucional n. 5 de 1968: Art. 5º: A suspensão dos direitos políticos, com base neste Ato, importa, simultaneamente, em: I – cessação de privilégio de foro por prerrogativa de função; (...) III – proibição de atividades ou manifestação sobre assunto de natureza política; IV – aplicação, quando necessária, das seguintes medidas de segurança: a) liberdade vigiada; b) proibição de frequentar determinados lugares; c) domicílio determinado.

¹⁸ Ato Institucional n. 16 de 1968: Art. 3º: Enquanto não se realizarem a eleição e posse do Presidente da República, a Chefia do Poder Executivo continuará a ser exercida pelos Ministros militares.

¹⁹ Ato Institucional n. 16 de 1968: Art. 6º: Embora convocado o Congresso Nacional, os Ministros militares, no exercício da Presidência da República, poderão, até 30 do corrente mês de

Traços essenciais da Constituição de 1988

Do ponto de vista histórico, a Constituição de 1988 representa o coroamento do processo de transição do regime autoritário à democracia. Apesar da forte presença de forças que deram sustentação ao regime militar na arena constituinte, foi possível promulgar um texto que tem como marcas distintivas o profundo compromisso com os direitos fundamentais e com a democracia, bem como a preocupação com a mudança das relações políticas, sociais e econômicas no sentido da construção de uma sociedade mais inclusiva, fundada na dignidade da pessoa humana.

Na sua obra *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*, Daniel Sarmento tece observações quanto à extensão quanto à extensão da Constituição de 1988 abarcando matérias infraconstitucionais, o que a torna excessivamente analítica, muitas vezes representando um obstáculo ao seu processo de atualização:

A Constituição de 1988, quando promulgada, contava com 245 artigos no seu corpo permanente, acrescidos de outros 70 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Desde então, o seu tamanho só vem aumentando, pela inclusão de novos dispositivos no seu texto, com a edição de sucessivas emendas constitucionais. Trata-se, portanto, de uma Constituição longa e analítica, não apenas por incorporar ao seu texto um amplo elenco de matérias, como também por descer, em muitas delas, a um grau de detalhamento incomum em sede constitucional. Dentre as causas dessa expansão da matéria constitucional, pode-se citar a concepção social de constitucionalismo adotada pelo legislador constituinte; a fórmula de elaboração da Carta, que passou pelo trabalho das 24 subcomissões e 8 comissões temáticas, como acima relatado; a cumulação de funções legislativas ordinárias e constitucionais do Congresso em 87/88, que ensejou uma certa confusão entre tais esferas; e ainda as pressões dos mais variados segmentos sociais e lobbies durante a Constituinte, no afã de incluírem no texto constitucional as suas aspirações e demandas específicas. Quanto a esse último aspecto, os parlamentares e grupos de pressão que se articulavam na Constituinte não se contentavam com o mero reconhecimento principiológico das suas bandeiras e interesses. Preferiam a consagração de regras específicas e detalhadas, que os colocassem a salvo de incertezas quanto às concretizações legislativas ou interpretações judiciais futuras dos dispositivos que lhes favorecessem. Todos estes fatores contribuíram para que fossem incorporadas à Constituição normas de duvidosa estatura

outubro, em caso de urgência ou de interesse público relevante, legislar, mediante decreto-lei, sobre todas as matérias de competência da União.

constitucional, ora definindo políticas públicas que, do ponto de vista da teoria democrática, talvez devessem ser decididas no processo político majoritário, ora salvaguardando do alcance das maiorias interesses de caráter puramente corporativo, ora, ainda, adentrando em minúcias impróprias para um texto magno. Dentre as consequências dessa característica da nossa Carta, destaca-se a necessidade de edição muito frequente de emendas constitucionais, que enfraquecem a estabilidade e a força normativa da Constituição²⁰.

Atualmente, a Constituição Federal de 1988 conta com 348 artigos: 250 na parte permanente; e 98 no ato das disposições transitórias, superando em extensão normativa as Constituições brasileiras anteriores. Essa circunstância poderia contribuir para o agravamento de conflitos ou tensões normativas, não fosse a existência, no texto constitucional, de princípios fundamentais, harmonizando e dando coerência e consistência ao complexo normativo da Constituição, além de fixar as bases e os fundamentos da nova ordem constitucional.

A Constituição brasileira, como assinalado, consubstanciou-se em um em texto excessivamente detalhista e que, além disso, cuida de muitas matérias, que teriam melhor sede na legislação infraconstitucional. Ora a carta magna aborda amplamente matérias infraconstitucionais. De tais circunstâncias, há consequências práticas relevantes, uma é que a constitucionalização excessiva dificulta o exercício do poder político pelas maiorias, restringindo-se -se o espaço de atuação da legislação ordinária. Em razão disso, diferentes governos, para implementar seus programas, precisam reunir apoio das maiorias qualificadas de três quintos necessárias para emendar a Constituição²¹, não sendo suficientes as maiorias simples, próprias à aprovação da legislação ordinária. Outra consequência da Constituição excessiva e minuciosa é o número espantoso de emendas. Há risco de se perder o folego. Naturalmente, essa disfunção pode comprometer a vocação de permanência e o seu papel de simbolizar a prevalência dos valores duradouros sobre as contingências da política.

Paradoxalmente, a Constituição é encorpada de dispositivos, alongada, porque ela é uma Constituição principiológica, de modo inclusivo, elencado o

²⁰ SOUSA, Neto Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 240.

²¹ CF/1988, art. 60: A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I – de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II – do Presidente da República;

III – de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

(...) § 2º – A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

elemento conceitual destes. Ela é humanista, fazendo conciliar a mais avançada democracia com o mais depurado humanismo.

A Constituição de 1988 também foi um marco fundamental na trajetória do Poder Judiciário, em geral, e da Justiça Federal, em particular. Criou o Superior Tribunal de Justiça, substituiu o Tribunal Federal de Recursos por cinco tribunais regionais federais tribunais regionais federais espalhados pelo Brasil, concedeu maior independência e autonomia às instituições judiciais e diversificou instrumentos para que os cidadãos buscassem amparo a seus direitos. O objetivo era descentralizar os serviços para ampliar o acesso da população à Justiça.

VIOLAÇÕES AOS DIREITOS HUMANOS NO PERÍODO DE EXCEÇÃO: REGIME MILITAR

No espaço de tempo compreendido entre 1964 e 1985, o Brasil inseriu-se em um dos mais longos e obscuros períodos de exceção ocorridos no continente. O regime militar brasileiro instaurou uma ordem frontalmente diversa da democrática, agindo no sentido de tolher as liberdades fundamentais da população da população; fazendo uso de ampla censura aos meios de comunicação, às manifestações artísticas, políticas, intelectuais ou qualquer outro fato que desse vazão a um ideário diverso do considerado seguro à manutenção do regime ora instalado. Durante o regime autoritário, os mais básicos direitos e liberdades foram suprimidos, sob as marcas da tortura sistemática, das detenções arbitrárias, dos desaparecimentos forçados, da perseguição político-ideológica, da censura e da ditadura do Poder Executivo Federal em relação aos demais poderes.

136

O regime militar surgiu de evidentes rupturas na ordem constitucional: golpes de estado. Sob o pretexto de barrar a disseminação do comunismo, os governos ditatoriais suprimiram todas as instituições democráticas estabelecidas até então, criando mecanismos de legitimação de suas novas medidas. No Brasil isso se deu com a decretação dos Atos Institucionais, que aboliam os direitos individuais, alicerces do constitucionalismo e da própria democracia, bem como com a instauração da Doutrina de Segurança Nacional, que criava manobras para a consecução dos ideais ditatoriais e controlava toda a vida política do país, conforme exposto supra.

Para o fortalecimento dos objetivos estatais, procurava-se coibir qualquer antagonismo interno e, para isso, fora utilizada a violência de Estado como norma de conduta. Portanto, qualquer manifestação ideologicamente diferente da do Estado era considerada subversiva.

Após o longo período de 21 anos de regime militar ditatorial no país, de 1964 a 1985, deflagra-se o processo de democratização no Brasil. O ano de 1985 demarca o processo de transição lenta e gradual à democracia. Ainda que esse processo tenha se iniciado, originariamente, pela liberalização política do próprio regime

autoritário em face de dificuldades em solucionar problemas internos, as forças de oposição da sociedade civil aceleraram o processo de queda dos militares.

MATÉRIAS CONSTITUCIONAIS E MATÉRIAS INFRACONSTITUCIONAIS

No Brasil, por razões históricas e como forma protetiva e como forma protetiva, sempre se procurou elencar amplamente sua dimensão dispositiva na Constituição para dificultar a dimensão dispositiva na Constituição para dificultar que seja alterada pelo que seja alterada pelo legislador ordinário como forma protetiva.

Desse modo, a razão de existência de matérias infraconstitucionais na constituição consubstancia-se no fato de o de o legislador constituinte ter entendido que determinadas matérias, não obstante de evidente importância, deveriam ser regulamentadas pelo legislador de forma especial, sendo consolidada na própria Constituição Federal. Embora, sob pena, de engessamento de futuras alterações, ao mesmo tempo em que a constituição não poderia comportar constantes mudanças por meio do processo legislativo. O legislador constituinte pretendeu resguardar determinadas matérias de caráter infraconstitucional contra alterações volúveis e constantes, porém, auferindo rigidez que impedisse a modificação quando necessário.

Aqui, depara-se com a construção de texto normativo no entender de José Joaquim Gomes Canotilho:

Norma é o sentido ou significado adscrito a qualquer disposição (ou a um fragmento de disposição, combinação de disposições, combinações de fragmentos de disposições). Disposição é parte de um texto ainda a interpretar; norma é parte de um texto interpretado²².

137

A normatividade não se relaciona com o texto da norma, a disposição de um texto é o sentido atribuído a qualquer disposição. Disposição é parte de um texto ainda a interpretar. Norma é parte de um texto depois de sua interpretação. A constituição, como um organismo vivo, indica o modo pelo qual, embora escrita, é concretamente interpretada e praticada na realidade política. A interpretação dessas matérias é sempre uma atividade produtiva e criadora.

No que diz respeito à efetivação, a Constituição, como texto normativo, pode tornar-se inoperante quando não adquire eficácia por lhe faltar a intervenção de outras normas.

CONCLUSÃO

A Constituição arraigadamente democrática foi ideologia vitoriosa do século XXI. O imaginário social contemporâneo vislumbra nesse arranjo institu-

²² CANOTILHO, Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 203.

cional, que procura combinar Estado de Direito (supremacia da lei) com soberania popular, melhor forma de realizar os anseios da modernidade como poder limitado, dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais, justiça social, tolerância e – quem sabe? – afetividade. Para evitar ilusões, é bom lembrar que as grandes conquistas da Humanidade levam um tempo relativamente longo para passarem do plano das ideias vitoriosas para a plenitude do mundo real. O curso do processo civilizatório é bem mais lento do que a nossa ansiedade por progresso social. O rumo certo, porém, costuma ser mais importante do que a velocidade, às vésperas da virada dos 26 anos de vigência constitucional, representa não a vitória de uma Constituição específica, concreta, mas de uma ideia, de uma atitude diante da vida. O constitucionalismo democrático, que se consolidou entre a população, traduz não apenas um modo de ver o Estado e o Direito, mas de desejar o mundo, em busca de um tempo de justiça, fraternidade e delicadeza. Com as dificuldades inerentes aos processos históricos complexos e dialéticos, temos nos libertado, paulatinamente, de um passado autoritário, excludente, de horizonte estreito, e vivido as contradições inevitáveis da procura do equilíbrio entre o mercado e a política, entre o privado e o público, entre os interesses individuais e o bem coletivo.

138

A dinâmica social a todo instante cria novas situações, necessidades e exigências, acabando por impulsionar mudanças na interpretação constitucional, ainda que haja resistência, por meio das interpretações jurisprudenciais, costumes, atos revolucionários etc. O ordenamento constitucional e a conjuntura sociopolítica começam a trilhar caminhos diversos, gerando, desta forma, uma carta política totalmente superada, com vida sujeita a transformações.

Persiste na Constituição o atraso político e social, ainda há inúmeros débitos, subsiste no país um abismo de desigualdade, com concentração de renda e déficit dramático em moradia, educação, saúde e saneamento. Do ponto de vista do avanço do processo civilizatório, também estamos para trás, com índices inaceitáveis de corrupção, deficiências nos serviços públicos em geral, dos quais dependem, sobretudo, os mais necessitados.

Por outro lado, o regime de 1988 não foi capaz de conter a o crônico desequilíbrio fiscal do Estado brasileiro, um dos mais onerosos para o cidadão contribuinte.

Enfim, entender como algumas Constituições podem mudar via legislador ordinário de forma livre, sem maiores solenidades, e outras reclamam um processo legislativo mais solene e dificultoso, pode levar os mais desavisados a pensar que só as constituições rígidas é que têm estabilidade, o que é absolutamente equivocado.

Como grande beneficiária do processo de abertura, a sociedade civil se fortalece mediante formas de organização, mobilização e articulação que permitem importantes conquistas sociais e políticas. Surgem novos atores sociais e novos

movimentos sociais que reforçam a redemocratização do cenário brasileiro, com suas demandas e reivindicações. O Estado deverá ter como meta permanente a proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos.

Faz-se mister esclarecer que nem sempre mutabilidade e instabilidade apresentam pontos de contato. Insta ressaltar, que a estabilidade e mudança são componentes imprescindíveis do conceito de rigidez constitucional, perfeitamente conciliáveis na vida constitucional dos Estados, da qual se extrai como corolário o princípio basilar do Direito Constitucional Moderno: supremacia constitucional.

REFERÊNCIAS

A Constituição de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 7 jun. 2014.

A Constituição de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 7 jun. 2014.

A Constituição de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 7 jun. 2014.

Ato Institucional de n. 5 de 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm>. Acesso em: 8 jun. 2014.

Ato Institucional de n. 16 de 1968. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=16&tipo_norma=AIT&data=19691014&link=s>. Acesso em: 8 jun. 2014.

ALEXANDRINO, Vicente Paulo Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 8. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2012.

ANGHER, Anne Joyce (Org.). *Vade Mecum universitário de direito Rideel*. 18. ed. São Paulo: Rideel, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BESTER, Gisela Maria. *Direitos constitucional: fundamentos teóricos*. São Paulo: Manole, 2005.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *História constitucional brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CANOTILHO, Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. Teoria do estado e da Constituição. Direito constitucional positivo. 17. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional didático*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CASADO, Filho Napoleão. *Direitos humanos e fundamentais*. (Coleção saberes do direito) São Paulo: Saraiva, 2012.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 4. ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo. RT, 2013.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social*. 2. ed. Leme/SP: CL EDIJUR. Edição 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SOUSA, Neto Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte. Fórum, 2012.

Data de envio: 26/05/2015

Data de aprovação: 21/09/2015

ENTRE O NOMOLÓGICO, O MONOLÓGICO E O EMPÍRICO: POTENCIALIDADES E LIMITES DA PESQUISA SOCIOJURÍDICA

DEALING WITH THE NOMOLOGICAL, THE MONOLOGICAL AND THE EMPIRICAL: POTENTIAL AND LIMITS OF SOCIO-LEGAL RESEARCH

Igor Suzano Machado*
Fernanda Busanello Ferreira**

RESUMO

Qual a contribuição que a sociologia tem dado e ainda pode dar à análise empírica do direito ou aos chamados estudos sociojurídicos? Para responder a esse questionamento, o presente artigo fará uma incursão em questões teóricas e metodológicas das ciências sociais, para então refletir acerca das potencialidades e limites de uma análise sociológica do fenômeno jurídico. Do ponto de vista de suas potencialidades, será ressaltado os ganhos em termos de conhecimentos empíricos cientificamente balizados, sem perder de vista as peculiaridades das ciências humanas. Do ponto de vista de seus limites, será ressaltada a dificuldade da sociologia empírica em lidar com algumas questões normativas incontornáveis na prática jurídica. As indagações a respeito das possibilidades de superação do vão entre a perspectiva interna da pesquisa jurídica (normativa) e a perspectiva externa da sociologia do direito (analítica) conduzem, por fim, a uma crítica à abordagem dos estudos sociojurídicos.

Palavras-chaves: Pesquisa; Empírica; Jurídica; Sociológica.

ABSTRACT

What is the contribution Sociology has given and can even give to the empirical analysis of Law or to the so-called socio-legal studies? To answer

* Doutor em Sociologia pelo Instituto de Estudos Sociais e Políticos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (IESP-UERJ). Ex-Professor do Departamento de Ciências Sociais da Universidade Federal de Viçosa. Professor do Departamento de Ciências Sociais da Universidade Federal do Espírito Santo

** Pós-Doutora pelo Programa de Pós-graduação Interdisciplinar em Direitos Humanos da Universidade Federal de Goiás. Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professora do Curso de Direito da Universidade Federal de Goiás, Regional Jataí.

this question, this article will discuss theoretical and methodological issues in social sciences, to reflect on the potentialities and limits of a sociological analysis of legal phenomenon. From the point of view of its potentialities, it will be highlighted the gain of scientifically marked empirical knowledge, without neglect the peculiarities of human sciences. From the point of view of its limits, it will be highlighted the difficulties of empirical sociology to deal with some undeniable normative dimensions of legal practice. The questions concerning about the overcoming of the gap between, on the one hand, the internal perspective of legal research (normative) and, on the other hand, the external perspective of sociology of Law (analytical), directs the article to a final critique of the socio-legal studies approach.

Keywords: Research; Empirical; Legal; Sociological.

INTRODUÇÃO – DA (FALTA DE) PESQUISA EMPÍRICA NO DIREITO

Pode-se afirmar que há um predomínio exacerbado, no universo jurídico, das pesquisas exclusivamente teóricas ou dogmáticas, desconectadas de referências empíricas¹. Isso porque a produção dos juristas não costuma se fundar em levantamentos/sistematização de dados a partir dos quais se chega a conclusões, mas se apresenta preponderantemente como produto de reflexões pessoais², como um direito opinativo, despreocupado em conferir os fatos. Sendo opinativa, a produção intelectual no campo jurídico esvazia-se das características essenciais a uma autêntica pesquisa³.

As perdas significativas geradas ao campo jurídico são o não reconhecimento de suas investigações como científicas por outras áreas e pouco financiamento para a realização de pesquisas jurídicas tidas como “fracas”, algo que, para além de obstáculo, transforma-se em verdadeiro “círculo vicioso”, já que sem investimentos não se faz pesquisa empírica, cujos custos são bem mais elevados do que os derivados das pesquisas de índole teórica/jurisprudencial. Essa questão impacta na baixa formação de pesquisadores empíricos na pós-graduação em direito e, conseqüentemente, resulta em uma lacuna na formação da graduação

¹ Conforme João Maurício Adeodato: “Interessante observar que, nada obstante o direito constituir matéria eminentemente prática, os juristas pouco mencionam a ‘prática’ do direito quando escrevem seus trabalhos ‘teóricos’, eles dificilmente referem-se a seus ‘trabalhos de campo’, a suas experiências práticas enquanto operadores jurídicos, para confirmar empiricamente suas teses, o que, em outras áreas, constitui metodologia unânime dos pesquisadores”. In: ADEODATO, João Maurício. Bases para uma metodologia da pesquisa em Direito. *Anuário dos cursos de pós-graduação em direito*, n. 8, Recife, UFPE, 1997, p. 201-224.

² SUNDFELD, Carlos Auri. Parte 1.2. In: NOBRE, Marcos *et alii*. *O que é pesquisa em direito?* São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 50.

³ COSTA, Judith Martins. Debates. In: NOBRE, Marcos *et alii*. *O que é pesquisa em direito?* São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 61.

que depende dos quadros formados nos cursos de mestrado e doutorado⁴. O diagnóstico de área da Capes (1999) já indicava esse déficit⁵. Para superá-lo, aventa-se aproximar o jurídico do empírico.

O primeiro ganho com o implemento de métodos e técnicas da pesquisa empírica no direito seria a reaproximação deste com sua área por excelência, as ciências sociais aplicadas, e o reconhecimento de sua cientificidade (comprometida pelo diletantismo e pela doutrina meramente opinativa) não só no plano interno como externo. Consequentemente, a ampliação da qualidade das pesquisas as faria contar com um maior aporte/investimento financeiro e garantiria uma aproximação com aspectos da realidade empiricamente acessível.

Contudo, como o direito não se especializou nesse universo, deverá tomar de outras áreas os métodos e técnicas de pesquisa empírica. Com isso, fluirá um diálogo que, ao retirar o direito do isolamento, permitirá seu estudo interdisciplinar. Esse é o mote que motiva a defesa dos chamados estudos “sociojurídicos”⁶. Da mesma forma que, por exemplo, sociologia e psicologia foram reunidas para criar um novo campo, a psicologia social, e biologia e química foram reunidas para criar a bioquímica, direito e ciências sociais seriam reunidos para criar os estudos sociojurídicos⁷. Com isso, o direito complementaria aportes próprios do campo jurídico com aportes da sociologia, da antropologia, da ciência política ou mesmo da psicologia e da economia, robustecendo sua capacidade para pesquisas empíricas por meio de um refinamento teórico e metodológico já alcançado naqueles outros campos disciplinares, mas ainda pouco aprofundado no direito.

Para exemplificar o que foi dito, pode-se recorrer a um estudo realizado pelos professores Roberto Fragale Filho e Joaquim Rezende Alvim⁸ para diagnosticar a recepção do movimento da teoria crítica francesa no direito brasileiro. Percorrendo o trajeto de vida de alguns pesquisadores brasileiros, como Luis Alberto Warat, os autores puderam recontar as dificuldades de constituição de um movimento crítico uniforme no país. Tal pesquisa fez uso de um método qualitativo já bastante usual nas ciências sociais, a chamada história de vida, e é um exemplo de técnica empírica que pode auxiliar também no diagnóstico dos sincretismos metodológicos resultantes da importação “às avessas” de algumas

⁴ VERONESE, Alexandre. O papel da pesquisa empírica na formação do profissional do direito. *Revista OABRJ*, Rio de Janeiro, v. 27, Número Especial, p. 171-218, jan./jun. 2011, p. 177.

⁵ CAPES. Pós-graduação: enfrentando novos desafios. *Infocapes*, v. 9, n. 2-3, 1999.

⁶ Conforme OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurábi: a pesquisa sociojurídica na pós-graduação em direito. In: OLIVEIRA, Luciano. *Sua excelência o comissário e outros ensaios de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

⁷ BANAKAR, Reza; TRAVERS, Max. *Theory and method in socio-legal research*. Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing, 2005.p.5

⁸ FRAGALE FILHO, Roberto; ALVIM, Joaquim Leonel de Rezende. O movimento “critique d’udroit” e seu impacto no Brasil. *Revista Direito GV*, v. 3, n. 21, p. 139-164, jul.-dez., 2007.

teorias jurídicas em solo brasileiro, como na recente polêmica em torno da teoria do domínio dos fatos de Roxin ou da famosa teoria da ponderação de Alexy.

Não se quer afirmar com isso que o conhecimento científico-jurídico, mediado empiricamente, corresponderá à realidade, acessar a realidade tal como é⁹, pois se sabe que a análise dos dados (que, frise-se, são construídos por meio da pesquisa empírica e não se coletam, como se faz crer) será realizada por mediação de um marco teórico prévio do pesquisador. Contudo, parece muito mais prodcente, por exemplo, em uma pesquisa que queira perquirir sobre as vantagens e desvantagens da diminuição da maioridade penal, que ela não se limite a argumentos da pesquisa doutrinária, mas que produza hipóteses e variáveis empiricamente verificáveis. Assim, determinar quais crimes serão, de fato, acolhidos pela minoração, com base em dados diagnosticáveis, seria crucial para identificar quem realmente será atingido pela mudança legislativa, se ela ocorrer. Pode-se, portanto, verificar que uma pesquisa empírica e teoricamente fundamentada tem mais condições de orientar tanto políticas públicas, quanto reformas legislativas.

O presente artigo busca focar a contribuição que a sociologia tem dado e ainda pode dar à análise empírica do direito ou aos chamados estudos sociojurídicos¹⁰. Para isso, o trabalho fará uma incursão em questões teóricas e metodológicas das ciências sociais para tentar deixar mais claro como a sociologia contribuiria para o conhecimento do direito, especialmente no que tange à sua dimensão empírica. Não obstante, esse debate servirá ainda para estabelecer algumas posições críticas no que tange às chamadas pesquisas sociojurídicas, inclusive pela incapacidade de a sociologia empírica lidar com algumas questões fundamentais para a prática jurídica, que não são empíricas, mas normativas, de forma que a superação do vão entre a perspectiva interna da pesquisa jurídica e a perspectiva externa da sociologia do direito é bem mais complexa do que o clamor pela interdisciplinaridade, por vezes, leva a crer.

144

SUPERANDO AS LÓGICAS “MONOLÓGICA” E “NOMOLÓGICA” NA PESQUISA JURÍDICA

Por mais que seja perfeitamente possível que uma pesquisa sobre o direito, tendo como base aportes da sociologia, seja meramente teórica, fazendo uso da teoria social para refletir acerca do “lugar” do direito na sociedade, uma vantagem de trazer à análise do direito uma perspectiva sociológica reside em sua possibi-

⁹ Embora toda ciência objetive encontrar verdades, tem-se que ela mesma falsifica suas verdades ao longo do tempo. O sistema científico opera com o código verdadeiro/falso e tudo que se tem são verdades provisórias. Conforme LUHMANN, Niklas. *La ciencia de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate (Coord.). México: Iberoamericana, 1996.

¹⁰ Apesar do foco na sociologia, postulamos que a maioria dos pontos levantados pelo artigo serviria também para contribuições da antropologia e da ciência política.

lidade de estudos empíricos. Tais estudos seriam capazes de superar duas características da pesquisa propriamente jurídica, centrada na dogmática, que concernem ao fato de se tratarem, tais pesquisas, do tipo eminentemente “monológicas” –, isto é, que pensam o direito e diversos aspectos de sua realização de uma forma não relacional, como se a realidade jurídica fosse pautada unicamente por regras intrínsecas, em um monólogo sem conexão com o entorno moral, político etc. – e “nomológicas” –, isto é, que pensam o direito apenas em termos de normas, sem se preocuparem com como essas normas se tornam efetivas ou não na prática de seus operadores. A título de exemplo, citamos uma experiência de um dos autores, em uma pesquisa realizada por um grupo multidisciplinar, que envolvia sociólogos, antropólogos, estatísticos e juristas. Diante do relato de um pesquisador de campo que descrevia a “cena” jurídica no fórum, falando a respeito do crucifixo presente na sala de audiência, a reação do jurista da equipe foi dizer que o relato estava errado, pois o tribunal local teria emitido uma portaria que exigia a retirada dos crucifixos das salas de audiência, em respeito à laicidade do Estado. Sem compreender que há uma distância entre a norma e sua efetivação e que o direito não opera completamente isolado de outras esferas da realidade social, como a religião, isto é, entendendo o direito de maneira nomológica e monológica, o jurista deixava escapar aspectos do direito pensado por um prisma mais amplo, que poderiam ser essenciais à compreensão do fenômeno jurídico posto em movimento por seus operadores e pelos cidadãos a que se dirige. A compreensão sociológica do direito permitiria superar esses déficits, entendendo o fenômeno jurídico em relação com outros aspectos da vida social e, para além de sua postulação normativa, em sua (in)efetividade prática.

Logo, se se almeja essa compreensão mais ampla do que é o direito, para além do “dever-ser” e do como decidir casos práticos, os métodos e técnicas de pesquisa das ciências sociais podem ser de grande valia, como fora, no exemplo anterior, o método etnográfico, capaz de observar uma realidade empírica que escapava à postulação normativa. Com tais métodos e técnicas, tem-se a possibilidade de análise factual dessas outras dimensões do direito, tão importantes para a sua compreensão global. E isso com a vantagem da mediação por uma série de precauções que validam o conhecimento produzido diante da comunidade científica como conhecimento científico para além da mera opinião, do senso comum, ou da intuição solipsista. Afinal, apenas observar o empírico, sem uma mediação teórica e metodológica rigorosa, pode projetar na realidade pré-noções do pesquisador, que poderia escolher casos que confirmassem seu ponto de vista, ou derivar conclusões inadequadas dos fatos que observa. Para tornar esse ponto mais claro, discorreremos acerca das peculiaridades da epistemologia e dos métodos de pesquisa nas ciências sociais que poderiam se prestar à análise do direito, fazendo uso de exemplos para a ilustração do ponto, centrado no auxílio que as técnicas de pesquisa empírica podem proporcionar ao estudo do direito.

ALGUMAS OBSERVAÇÕES EPISTEMOLÓGICAS ACERCA DA PESQUISA EM CIÊNCIAS SOCIAIS

A epistemologia se interessa por questões relacionadas à possibilidade de conhecimento – o que se pode conhecer e como – recorrendo a teorias da verdade e realizando distinções entre diferentes tipos de conhecimento ou distinguindo o conhecimento, por exemplo, da crença e da opinião –, apesar de essa distinção nem sempre ser considerada uma diferença de natureza, mas sim de graus. A diferenciação entre conhecimento (*episteme*) e opinião (*doxa*) é uma questão importante para a epistemologia geral, mas é especialmente dramática para a epistemologia das ciências sociais em específico. Isso porque a relação entre o sujeito que conhece e o objeto que é conhecido – outro tema fundamental para a epistemologia – se dá de maneira muito singular nas ciências sociais, de forma que sua diferença com relação às ciências naturais não se restringe a questões metodológicas ou de acumulação de conhecimento, mas consiste em uma diferença de natureza de seus objetos de estudo e, por conseguinte, da relação que se estabelece entre sujeito cognoscente e objeto cognoscível.

146

Jeffrey Alexander¹¹ argumenta que a natureza peculiar dos objetos de estudo das ciências sociais distingue profundamente a prática de explicação científica do cientista social perante a prática de explicação do pesquisador das ciências naturais. Isso porque os objetos de estudo do cientista social não seriam exatamente objetos, mas sujeitos, e não estariam em relação de exterioridade em face desse pesquisador, haja vista que tal pesquisador também faz parte do seu objeto de estudo, isto é, também faz parte da sociedade. Como consequência, a explicação científica, nas ciências sociais, dependeria não apenas de demonstração, mas também de argumentação e, por conseguinte, de uma construção discursiva que tem para as ciências sociais uma função que não desempenha nas ciências naturais. E isso não por problemas de análise empírica enfrentados pelas ciências sociais que já estariam superados nas ciências naturais, mas pela precariedade dos consensos pré-empíricos necessários à prática científica de qualquer ciência¹².

Como o cientista social está inserido no seu próprio objeto de estudos, é endêmica nas ciências sociais a sobreposição entre explicação e avaliação, de maneira que os pressupostos teóricos da pesquisa empírica também sejam questionados em virtude da contaminação da questão “o que é a sociedade?” pela questão “como a sociedade seria melhor?”. Exemplificando, não faria sentido um biólogo analisar um gato imaginando o quanto o animal seria melhor se tivesse seis patas

¹¹ ALEXANDER, Jeffrey C. A importância dos clássicos. In: GIDDENS, Anthony; TURNER, Jonathan. *Teoria social hoje*. Tradução de Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: Unesp, 1996.

¹² ALEXANDER, 1996, p. 31.

em vez de quatro, em quanto poderia fazer diferença a análise sociológica, para ficar em um exemplo bastante abstrato, do ordenamento jurídico de uma sociedade capitalista, por sociólogo ou jurista que preferisse uma ordem socialista, ou, em um exemplo mais concreto, em análise do famigerado “julgamento do mensalão” – ação penal 470 – por um pesquisador mais inclinado politicamente a favor do governo ou da oposição ao. Diante desse quadro, como manter a distinção entre o conhecimento científico e a mera opinião? Como manter separados *episteme* e *doxa* nas ciências sociais, cujo objeto de estudos, ao contrário do objeto de estudos das ciências naturais, não pode ser mantido no meio asséptico de um laboratório de pesquisas que permite submeter o objeto pesquisado a experimentos que o mantêm à distância de um pesquisador externo a ele?

Em primeiro lugar, essa separação se dá na construção do discurso de explicação das ciências sociais com referência a postulados teóricos, tal como referenciado anteriormente. O embasamento teórico consistente é o primeiro requisito para efetivar o que Bourdieu e colaboradores¹³ chamam de ruptura com o saber espontâneo e com o senso comum, de forma a diferenciar o conhecimento sociológico da mera opinião daquele sociólogo específico ou da opinião daqueles estudados em sua pesquisa. Antes de fazer a pergunta que dará origem à sua pesquisa, o sociólogo precisa ter exata consciência das motivações de seu estudo para sobre elas ter maior controle. E uma forma de garantir isso é por vinculações teóricas consistentes. Isto é, por meio de seu posicionamento no debate pré-empírico, aludido por Alexander quando fala dos pressupostos não empíricos colocados em maior evidência e discussão nas ciências sociais do que nas ciências naturais, nas quais tais debates só afloram nas chamadas “crises de paradigmas”, não tão rotineiras do dia-a-dia dos laboratórios de pesquisa.

Quando toca este ponto, inclusive, Alexander está defendendo a importância dos clássicos nas ciências sociais, algo aparentemente contraditório para uma ciência que se pretende empírica e cumulativa. Por que ainda recorrer aos ensinamentos e pesquisas de autores como Marx, Weber e Durkheim, em obras de mais de cem anos, para compreender a sociedade de hoje? Essa referência – por mais que não possa ser desprovida de crítica, sob o risco de apenas substituir as pré-noções do senso comum pelas pré-noções consolidadas no campo sociológico – serviria a esse embasamento discursivo, tão caro às ciências sociais. Por exemplo, a sociedade moderna é industrial, como postulara Durkheim, ou capitalista, como postulara Marx? O objeto da sociologia deve se concentrar nas representações coletivas, como na sociologia durkheimiana, ou na ação dos indivíduos como na sociologia weberiana? Enquanto físicos e biólogos procedem

¹³ BOURDIEU, Pierre; CHAMBOREDON, Jean-Claude; PASSERON, Jean-Claude. *El oficio de sociólogo: presupuestos epistemológicos*. Tradução de Fernando Hugo Azcura; José Szabón e Victor Goldstein. 2. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2008.

a estudos empíricos com relativo consenso acerca do que são objetos físicos e organismos vivos, esse mesmo consenso pré-empírico não se observa no que tange ao objeto empírico das ciências sociais, isto é, a sociedade.

Não que o cientista social não possa, em sua pesquisa, angariar elementos de diferentes tradições. Contudo, uma dimensão de coerência, para além do mero ecletismo, passa a ser exigida pela filiação teórica de uma maneira que não se exige quanto a opiniões dispersas e quanto ao senso comum, já diferenciando, assim, o conhecimento científico sociológico. Não é incomum, por exemplo, que uma pessoa tenha opiniões contrastantes e incoerentes sobre dimensões diversas da sua vida, como pode ser o caso, inclusive, do próprio sociólogo no seu saber pragmático. Confrontado com a exigência de coerência argumentativa em torno de teorias sociais específicas, no entanto, é possível que ele passe a controlar seu próprio saber espontâneo e o risco de projeção de suas próprias pré-noções e das pré-noções daqueles que pesquisa como se fossem conhecimento sociológico cientificamente construído.

Mas há ainda outras precauções que a recorrência aos clássicos também nos ajuda a compreender, no que diz respeito a orientações metodológicas úteis ao controle da subjetividade na construção do conhecimento científico. Por exemplo, a recomendação de Durkheim de que se trate os fatos sociais como se fossem coisas. Trata-se de recomendação metodológica que exige que o cientista social se ponha em condição de exterioridade analítica e estranhamento perante seu objeto de estudo para que não confunda sua construção científica com a representação particular do que seja o fenômeno. Para fazer uso de um exemplo caro a Durkheim¹⁴, não confundir sua ideia do que seja o suicídio, com a construção do suicídio enquanto um objeto de estudo, delineado por critérios rígidos de classificação.

Contudo, é em Weber que talvez encontremos a orientação metodológica que mais explicitamente leva a sério e a consequências mais específicas o pressuposto epistemológico de que o vetor do conhecimento vai do sujeito em direção ao objeto, e não o contrário, como poderia levar a crer um empirismo ingênuo. O reflexo disso, na sociologia weberiana, é sua metodologia dos tipos ideais, que tem como consequência, em consonância com o postulado fenomenológico de que toda consciência é intencional, a assunção da impossibilidade de total neutralidade na pesquisa científica, cujo objeto é construído pelo pesquisador e não dado pela realidade. Os tipos ideais¹⁵ são um exemplo nítido da operacionalização de tais postulados na sociologia weberiana, que serviriam à orientação de pesquisas sociológicas em geral.

¹⁴ DURKHEIM, Émile. *O suicídio*. 2. ed. Tradução de Monica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

¹⁵ Trata-se de uma construção racional do pesquisador, tendo em vista traços do fenômeno a ser analisado, que são radicalizados pelo intelecto e formam modelos que não existem no mundo, mas apenas na construção intelectual do pesquisador a ser comparada posteriormente ao mundo.

Contudo, deve-se adicionar que a negação de Weber à possibilidade de uma neutralidade epistemológica é acompanhada por uma prescrição, igualmente importante para a separação entre *episteme* e *doxa*: ainda que não haja neutralidade na delimitação da pesquisa, deve, contudo, haver, em sua realização, neutralidade axiológica, isto é, neutralidade quanto a valores, de forma que devam permanecer distintas as funções do cientista das de outros intérpretes da realidade comprometidos com avaliações valorativas do mundo, como políticos e profetas¹⁶. Tal postulado deriva da compreensão de Weber acerca dos limites da racionalidade quanto à sua capacidade de ditar melhores valores, ou melhores fins, para além de determinar melhores meios para se atingir fins cuja escolha reside além das delimitações racionais. Claro que esse pressuposto, quanto aos limites da racionalidade, não é igualmente aceito por todas as teorias sociológicas. Mas nesse caso, será o recurso a essas outras teorias e tradições – em Marx ou Habermas, por exemplo – que orientará a definição dos pressupostos metodológicos diferenciados da pesquisa, que nos leva novamente à importância da teoria como arcabouço de controle para a produção de um conhecimento sociológico que, por mais que plural, tendo em vista a pluralidade de filiações teóricas possíveis, não se confunde com a mera opinião de cada pesquisador.

MÉTODOS E TÉCNICAS DE PESQUISA EM CIÊNCIAS SOCIAIS

Mesmo assim, uma ciência que se almeje empírica, como a sociologia, por mais que profundamente dependente que seja da teoria, também precisa escorar seus argumentos na empiria e se proteger da mera opinião por meio de técnica de pesquisa rigorosa. Isso permite que a dependência da teoria não se torne uma submissão irrestrita, permitindo que a própria teoria possa ser apreciada criticamente, quando confrontada com os dados empíricos que ajudou a criar. Por exemplo, já que estamos falando dos clássicos da sociologia, apesar do valor inestimável de suas contribuições, não se pode ignorar que se trata de autores de outra época, cujas ideias não necessariamente se coadunam com a realidade atual. Dessa forma, não adianta recorrer ao argumento de autoridade¹⁷ de mobilização de um clássico, como Marx, para dizer que há um gradual empobrecimento da classe trabalhadora e uma radicalização na separação entre burguesia e proletariado se o recolhimento de informações estatísticas acerca da renda dos trabalhadores ao longo do tempo e da ocupação de cargos do setor de serviços

¹⁶ WEBER, Max. A ciência como vocação. In: WEBER, Max. *Ensaio de sociologia*. 5. ed. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC, 2002, p. 101.

¹⁷ Neste sentido, recomenda-se a leitura do texto “Quem sou eu para discordar de um ministro do STF?”. SILVA, Virgílio Afonso da; WANG, Daniel Wei Lang. Quem sou eu para discordar de um ministro do STF? O ensino do direito entre argumento de autoridade e livre debate de ideias. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 95-118, jan.-jun., 2010.

não permitirem confirmar tal hipótese. Assim, os requerimentos metodológicos relativos às técnicas de pesquisa também constituem importante instrumento de controle sobre a opinião do sociólogo e sobre pontos controversos das teorias que fundamentam sua pesquisa. De forma que regras de inferência estatística, seleção da amostra, dentre outras, por exemplo, em pesquisas sociológicas quantitativas, também seriam responsáveis por garantir a diferenciação entre o trabalho do sociólogo e a mera opinião.

Por exemplo, digamos que o senso comum postule que um programa como o programa Bolsa Família, do governo federal brasileiro, gere parasitas sociais e uma espécie de curral eleitoral para o partido no governo. Se análises estatísticas verificarem que não há correlação entre o recebimento do benefício atrelado ao programa e a não procura de emprego ou a preferência eleitoral pelo partido do governo, tem-se que o rigor metodológico também ajuda na ruptura do conhecimento sociológico, enquanto *episteme*, perante o senso comum (que pode ser mesmo compartilhado pelo sociólogo no início de sua pesquisa) enquanto *doxa*. Utilizamos um exemplo de pesquisa quantitativa, mas o mesmo é válido para pesquisas qualitativas e suas respectivas formas de assegurar rigor metodológico. Inclusive, quanto ao mesmo exemplo, interessadas em outros tipos de evidências, pesquisas qualitativas com as famílias beneficiárias da política pública em questão poderiam gerar outros conhecimentos, aprofundando alguns pontos ou, mesmo, destacando aspectos negligenciados por pesquisas de cunho quantitativo. Mergulhemos, portanto, um pouco mais a fundo na discussão acerca do uso de métodos quantitativos e qualitativos de pesquisa empírica em ciências sociais e suas possíveis contribuições para o estudo do direito.

Por mais plurais que sejam, os métodos de pesquisa empírica das ciências sociais podem ser divididos em dois grandes grupos: métodos quantitativos e métodos qualitativos¹⁸. Por mais que muitas pesquisas recorram a triangulações que envolvem métodos dos dois tipos, tal divisão ainda é válida, tendo em vista a natureza distinta dos dois tipos de estudos: enquanto métodos quantitativos analisam poucas características de muitos casos, os métodos qualitativos analisam muitas características de poucos casos. Enquanto o primeiro grupo deixa escapar nuances mais específicas de cada caso, podendo, no entanto, realizar generalizações com mais segurança, o segundo traz informações mais aprofundadas sobre os casos estudados, mas sob o risco de não poder generalizar suas conclusões. Não existem métodos e técnicas de pesquisa melhores ou piores, apenas métodos e técnicas de pesquisa mais ou menos adequados para a aferição daquilo que o pesquisador deseja descobrir em sua pesquisa.

¹⁸ FONSECA, Maria Guadalupe Piragibeda. *Iniciação à pesquisa no direito: pelos caminhos do conhecimento e da invenção*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 49.

Quanto às pesquisas baseadas em metodologias quantitativas, trata-se de estudos que se apoiam em técnicas estatísticas para aferir relações entre variáveis de interesse do pesquisador. São especialmente interessantes para análise de dados facilmente quantificáveis, como renda, tempo etc. Apesar de não fazerem uso apenas de variáveis numéricas, apresentam resultados de natureza quantitativa, com frequências e índices de correlação e têm sua validade pautada por critérios utilizados na adequação da seleção da amostra – aleatória ou por “clusters”, por exemplo – e das técnicas estatísticas utilizadas – regressão, análise de sobrevivência, etc. Mais uma vez, tais escolhas derivam do interesse do pesquisador, sendo sua qualidade dependente da adequação de tais escolhas ao problema de pesquisa.

Exemplos de como tais técnicas poderiam enriquecer a compreensão acerca do direito são diversos. Digamos que o pesquisador esteja interessado em saber se há uma popularização ou uma elitização no ingresso nos cursos de direito. Não basta olhar para o curso que ele realizou ou perguntar a alguns alunos o que eles acham disso. Deve-se ter uma amostra significativa da composição dos cursos ao longo do tempo e verificar qual hipótese melhor descreve o que tem acontecido. Ou então, digamos que o pesquisador esteja interessado em averiguar o preconceito social no judiciário, associando renda dos acusados e anos de sentença da justiça criminal. Não lhe seria útil perguntar aos juízes se eles acham que discriminam – provavelmente eles dirão que não –, mas pode ser interessante correlacionar o quantitativo da renda dos apenados com o quantitativo ponderado dos anos de pena recebidos na sentença. Para terminar, pensemos na análise de duração dos processos. Sendo o tempo uma grandeza facilmente quantificável, uma análise de sobrevivência aplicada aos processos ofereceria um bom quadro do funcionamento do nosso judiciário – quadro que uma observação relegada meramente à análise do arcabouço legal sobre o tema não seria capaz de mostrar, haja vista que os prazos previstos em lei não costumam ser respeitados na prática.

Já no que diz respeito às pesquisas baseadas em metodologias qualitativas, encontramos aí uma pluralidade de técnicas capazes de fazer emergir dados importantes para a compreensão do direito, como representações sociais adquiridas por seus operadores, ou os comportamentos desses operadores de acordo com o cenário de atuação em que se encontram – por exemplo, as relações entre advogados e juízes e advogados e clientes ou membros de uma mesma carreira em situação de desigualdade hierárquica. Tais técnicas incluem entrevistas, grupos focais, observação participante, análises de discursos etc. Novamente, a escolha da técnica tem relação direta com os objetivos do pesquisador, e sua adequação deve ser avaliada caso a caso.

Por exemplo, se o interesse do pesquisador é pela posição oficial do grupo analisado quanto a determinado tema, a análise de discurso de documentos

oficiais pode ser útil, enquanto para a verificação justamente daquilo que ocorre à margem da postura oficial, uma observação participante, durante longo período de convivência com o grupo, que assim “naturalizaria” a presença do pesquisador, seria um caminho mais proveitoso. O mesmo pode-se dizer da análise de uma decisão judicial se o que interessa é a seleção dos argumentos presentes em um acórdão, ou as interações entre os diversos desembargadores e ministros e seus enfrentamentos, apoios mútuos, exibição para o público etc. Voltando aos exemplos das aplicações de sentenças e do decurso do tempo no julgamento dos processos, se a intenção do pesquisador é menos em seus aspectos objetivos e mais em questões subjetivas – representações que magistrado têm sobre o criminoso, ou a percepção subjetiva da passagem do tempo pelas partes envolvidas no processo – já seria o caso de recorrer a métodos qualitativos e não quantitativos.

LIMITES DOS ESTUDOS EMPÍRICOS PARA A COMPREENSÃO DO FENÔMENO JURÍDICO

152 Cremos que os exemplos citados demonstram como o conhecimento sobre o direito pode ser enriquecido mediante pesquisas empíricas pautadas por métodos e técnicas importados das ciências sociais. Tais métodos evitariam uma compreensão solipsista do pesquisador acerca da atuação dos operadores do direito e do funcionamento das instituições da justiça, levando esse pesquisador além dos limites nomológicos e monológicos, característicos da pesquisa dogmática, que apontamos anteriormente. Contudo, deve-se ter em mente peculiaridades do campo jurídico que chamam nossa atenção, igualmente, para os limites da pesquisa empírica no que tange a dimensões fundamentais da prática jurídica. Isso porque as questões jurídicas não dizem respeito apenas a questões factuais, mas também a questões de correção normativa. Apesar de existirem teorias jurídicas céticas com relação à possibilidade de uma correção normativa das decisões judiciais que apele a algo mais que dados empíricos – como o pragmatismo jurídico de Richard Posner¹⁹ e muitas das teorias vinculadas ao realismo jurídico, estudos jurídicos críticos e à teoria jurídica sociológica²⁰ – há outras teorias que chamam atenção para a famosa “guilhotina de Hume”, destacando que não há como derivar um “dever-ser” do “ser”, de forma que dados empíricos em nada contribuiriam para a correção normativa de um argumento. Ronald

¹⁹ POSNER, Richard. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

²⁰ “Sociological jurisprudence”, em inglês. Classificação usada por Banakar para se referir à obra de teóricos do direito como Ehrlich, Gurvich e Roscoe Pound. In: BANAKAR, Reza. Law through Sociology’s lookingglass: conflict and competition in sociological studies of law. In: DENIS, Ann; KELEKIN-FISHMAN, Devorah (Eds.) *The New ISA handbook in contemporary international sociology: conflict, competition, cooperation*. London: Sage, 2009, p. 67.

Dworkin²¹, por exemplo, considera que verdades morais não são demonstráveis e que, portanto, a correção moral de que necessitam as decisões jurídicas, não teria como se apoiar em demonstrações empíricas. Por exemplo, a maioria da população brasileira ser católica pode “explicar” a proibição do aborto no Brasil, mas não “justificar” essa proibição, que depende de argumentos de outra ordem – argumentos morais, no caso. E muitas questões jurídicas dizem respeito à justificação, e não à explicação, o que, sob esse ponto de vista, limita o auxílio que os resultados de uma pesquisa empírica pode prestar à prática judicial.

Não precisamos voltar aqui à distinção entre a pesquisa do prático jurídico no seu dia a dia e a pesquisa feita por pesquisador científico e a forma como o primeiro tipo de pesquisa contamina de maneira prejudicial o segundo, seja por sua função iminentemente estratégica e não de conhecimento, seja por seu foco em casos destoantes e não em padrões regulares de acontecimentos²². Os requisitos teóricos e metodológicos apontados anteriormente servem a corrigir tais problemas. Chamamos atenção neste ponto para algo que tem mais a ver com a distinção entre pesquisa empírica sociológica sobre o direito e reflexões teóricas e geração de conhecimentos dentro da dogmática jurídica. De fato, o segundo tipo de conhecimento gerado tem sérias limitações com relação a aspectos importantes do direito. Por exemplo, se se observa apenas a previsão legal no que tange ao tempo que deve durar um processo, tem-se um diagnóstico falso acerca de nosso judiciário, o que, por conseguinte, impede reformulações mais úteis em sua estrutura. Sem dúvida, esse déficit de conhecimento acerca do que o judiciário realmente pode ser superado por pesquisas de cunho sociológico e caráter empírico. Contudo, as pesquisas sociológicas também têm limites de outra ordem, por exemplo, quanto à sua capacidade de orientar a atuação do prático no que tange a produzir e reproduzir um direito normativamente correto – afinal descobrir que o prazo previsto nos códigos não é cumprido pelos tribunais não diz nada a respeito de ele dever ser cumprido ou não.

Para usar um exemplo atual, tomemos em conta a infeliz decisão da justiça federal que desconsiderou as religiões de matriz africana como verdadeiras religiões, com base em um conceito de religião completamente destoante das pesquisas sociológicas sobre o tema²³. Essas pesquisas sociológicas podem acusar o erro e explicá-lo por uma série de fatores estruturais da sociedade brasileira que nada têm a ver com as prescrições legais envolvidas no caso – como nossa disci-

²¹ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press of Harvard University, 2011.

²² OLIVEIRA, Luciano. *Sua excelência o comissário e outros ensaios de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

²³ O caso foi amplamente noticiado na imprensa nacional. Como exemplo, há a notícia disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/05/1455758-umbanda-e-candomble-nao-sao-religoes-diz-juiz-federal.shtml>>. Acesso em: 23 jan. 2015.

minação racial e cultural de origens seculares. Mas não têm muito a dizer a respeito de outro ponto discutido na sentença: a liberdade de pensamento e de credo, que poderia apoiar a manutenção dos vídeos discriminatórios que a ação judicial em análise buscava tirar de circulação. A pergunta: “a liberdade de expressão engloba discursos de uma religião que denigre outra religião diferente?” é fundamental para o direito, cuja resposta é pouco tributária de questões factuais, como as investigadas em pesquisas sociológicas de caráter empírico. Se não fosse assim, como insistir na normatividade do princípio da igualdade, se a empiria só mostra desigualdade por todos os lados? Se a contradição perante os fatos, em uma abordagem sociológica empírica, indica que a teoria está errada, em uma abordagem normativa, pelo contrário, pode significar que quem está errado, na verdade, são os fatos.

Logo, quando se diz que, assim como sociologia e psicologia se juntaram para formar a psicologia social e a química e a biologia se juntaram para formar a bioquímica, deveria o direito e a sociologia se juntarem para formar o campo de estudos sociojurídicos, esquece-se que, devido aos diferentes objetivos epistemológicos envolvidos nas perspectiva interna e externa de compreensão do direito, o vácuo entre pesquisas estritamente jurídicas e pesquisas estritamente sociológicas é muito mais profundo do que o existente entre a sociologia e a psicologia e a química e a biologia. Talvez, apresente mesmo a impossibilidade de conciliação dessas perspectivas, condenando os estudos sociojurídicos à multidisciplinaridade – isto é, complementação entre estudos dogmáticos e sociológicos do direito, sem formulação de um campo de intersecção entre os dois – sem poderem alcançar uma verdadeira interdisciplinaridade – que consistiria na combinação de diferentes abordagens em uma abordagem nova, diferente daquelas em que se baseou²⁴.

154

CONCLUSÃO

O pensamento cientificizado das ciências sociais desenvolve-se com referência às ciências naturais. Como nas ciências naturais, os pressupostos das ciências sociais serão factuais, sendo calcados na observação dos fatos desenvolvida por um olhar externo²⁵ do analista que deverá evitar contaminações valorativas. Evoca-se, assim, um sujeito que conhece o objeto sem nele interferir. O objetivo é determinar leis gerais sociais, identificando os nexos de causalidade entre os fatos sociais, sob a forma causa-consequência. Durkheim também cor-

²⁴ FAZENDA, Ivani Caratina Arantes. *Integração e interdisciplinaridade no ensino brasileiro: efetividade ou ideologia*. 6. ed. São Paulo: Loyola, 2011, p. 70-71.

²⁵ PIRES, Álvaro P. Sobre algumas questões epistemológicas de uma metodologia geral para as ciências sociais. In: POULPART, Jean *et alii*. *A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 48.

roborará a tese neutral da pesquisa social ao determinar a necessidade de estudar os fatos sociais como “coisas”. Em suma, o conhecimento científico, no período, afirma a sua superioridade e verdade em razão do método racional, desmistificador do senso comum, de uma realidade conhecida agora como mera opinião.

Weber, contudo, assume uma posição diferenciada ao constatar que a imersão do homem no contexto social implica sua “contaminação” inafastável pelo objeto cognoscível. Se isso, por um lado, revela que o olhar particular do pesquisador interfere na pesquisa, por outro, aponta o método como único controle possível do acesso racional ao conhecimento. A construção dos tipos-ideais, por exemplo, é um método através do qual o pesquisador pode confrontar dados da realidade sem que as avaliações pessoais determinem a pesquisa. A opinião do pesquisador é, portanto, controlada por um método determinado que pode ser utilizado como critério para que se saiba como os resultados da pesquisa foram construídos de forma que os demais cientistas possam confrontar e aceitar ou refutar a pesquisa realizada.

Os métodos são, assim, cruciais para delimitar os caminhos e externalizar como se chegou aos resultados, tornando evidentes os aspectos de construção do conhecimento. A pesquisa deve orientar-se a reformular o senso comum, o que, muitas vezes, se faz de modo doloroso, já que os resultados das pesquisas abalam, por vezes, as certezas vulgarmente estabelecidas. A pesquisa torna invisibilidades visíveis e o controle metódico é fundamental para evitar a sacralização da ciência como novo mito. Assim como o movimento artístico determina os métodos e técnicas de que pode lançar mão o pintor, as teorias condicionam o objeto construído. O resultado não é a pintura da realidade tal como é, mas um determinado olhar sobre ela, que permite inferências sobre como se chegou àquele resultado. A pesquisa exposta ao público, como a pesquisa tornada pública, repercute no todo social e o controle metódico permite o posicionamento não dogmático das construções realizadas. Assim como Magritte advertiu ao pintar cachimbo que aquilo não era um cachimbo, toda pesquisa deveria alertar que ela “não é a realidade”. Esse rompimento de dogmatismos por meio do controle metódico, preconizado já por Weber, dá um condão de ética da responsabilidade às pesquisas realizadas e atrela-se a uma “ciência da solidariedade”²⁶ em que o real é referente de pesquisa, em que os resultados são metodicamente alcançados e em que a pesquisa retorna ao mundo podendo se cristalizar como novo senso comum.

Assim, pode-se afirmar, com base em Álvaro Pires, que o caminhar epistemológico desenvolveu-se pelo enfoque de três olhares: o olhar externo; o olhar

²⁶ PIRES, Álvaro P. Sobre algumas questões epistemológicas de uma metodologia geral para as ciências sociais. In: POULPART, Jean *et alii*. *A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 43.

interno; e o olhar de baixo²⁷. Se, em um primeiro momento, a ênfase é na tentativa de colocar o pesquisador no alto, observando de forma neutra o objeto (olhar externo), na sequência passa-se a considerar que toda observação apresenta uma inevitável conexão com as pré-compreensões do analista, o que remonta à importância da teoria e do método como meio de controle dos resultados (olhar interno). Particularmente no direito, essas questões tornam-se bastante profícuas para identificar os déficits da e na pesquisa jurídica. Há um inegável diletantismo, um uso obsessivo do método da resenha bibliográfica e uma projeção da pesquisa teórica em detrimento da pesquisa empírica e até mesmo jurisprudencial. O que se evidencia é, sobretudo, que as pesquisas jurídicas são bastante opinativas e se constroem sobre substratos retóricos-lógicos em que “vence” a teoria mais bem construída argumentativamente. Esconde-se, por assim dizer, o caráter quase de *doxa*, endossada, no entanto, por argumentos de autoridade²⁸.

Daí a importância da abertura do direito a outras disciplinas, absorvendo os debates teóricos e metodológicos das ciências sociais, como forma de enriquecer as pesquisas jurídicas, superando seu caráter dogmático, monológico e nomológico. O que o presente artigo buscou demonstrar foi a importância da absorção dos ensinamentos teóricos e metodológicos da sociologia para a qualificação da pesquisa empírica realizada sobre o direito. Isso deve ser feito, no entanto, sem esquecer que muitas questões importantes do direito não dizem respeito a fatos empíricos, mas sim a questões normativas, e que o raciocínio normativo pode ser feito de forma contrafática. Assim sendo, os estudos empíricos sobre o direito, não obstante suas infindáveis contribuições, teriam pouco a dizer sobre algumas dessas questões normativas, pois não é possível simplesmente se partir de um achado empírico para um postulado normativo, como já nos ensinara, há muito tempo, David Hume. Como resultado, perdura um desafio talvez insuperável para a formulação de um campo propriamente interdisciplinar nos chamados estudos sociojurídicos, que acumulariam, sem interpenetração, estudos empíricos e dogmáticos, em que diferentes perspectivas enriqueceriam a compreensão de um mesmo objeto, sem, contudo, serem capazes de gerar uma “terceira via” de estudos em que as duas perspectivas estariam integradas e gerando conhecimentos em um campo de estudos diferente, que não se confundiria nem com a sociologia do direito, nem com a teoria jurídica sociológica ou a dogmática jurídica.

A passagem de achados empíricos para postulados normativos seria até possível, dependendo da mediação teórica utilizada pelo pesquisador, pois há

²⁷ O olhar de baixo é o olhar dos dominados, trata-se de uma pesquisa comprometida em revelar um olhar partidário e que se comprometa com aqueles que estão em uma posição desvantajosa. Conforme PIRES, 2010, p. 74.

²⁸ OLIVEIRA, Luciano. *Sua excelência o comissário e outros ensaios de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, p. 144.

teorias sociológicas com implicações político-normativas claras, como é o caso da teoria de Habermas e das teorias sociológicas de matriz marxista, orientadas para a transformação da sociedade capitalista. Contudo, isso não poderia ser exigido do campo como um todo, pois implica um talento que nem todo pesquisador possui e também um nível de discussão teórica bastante avançada, além de uma vinculação a teorias específicas que reduziriam de maneira forçada o pluralismo teórico existente na reflexão sociológica. É bom lembrar, inclusive, que pensar os estudos sociojurídicos como dependentes dessa articulação entre o empírico e o normativo poderia levar a uma série de confusões, pois há autores que defendem a ideia de estudos sociojurídicos, ao menos na tradição inglesa, como um ramo aplicado da sociologia do direito, criticado por seu caráter empíricista e ateorico, cujas pesquisas se revezam entre análises positivistas do sucesso de políticas públicas e análises do “direito em contexto”, sem maiores preocupações com a teorização acerca de uma realidade social mais ampla²⁹.

No Brasil, a ideia de um campo de estudos “sociojurídicos” também é tributária de uma visão instrumental das ciências sociais, que evita os debates mais aprofundados sobre teoria e método. Em seu já clássico artigo *Não fale do Código de Hamurábi!*, Luciano Oliveira³⁰, endossa a tese prescrevendo que os pesquisadores da área jurídica, sem poder contar com um amplo treinamento em ciências sociais ou com um grupo de pesquisa multidisciplinar, deveriam fazer o que ele chama de estudos sociojurídicos, que não seriam mais do que a aludida instrumentalização das ciências sociais para a realização de pesquisas propriamente jurídicas. O resultado seriam pesquisas que se diferenciam da dogmática jurídica, mas que não resultam em verdadeira sociologia do direito, justamente por entender o direito como definido pelo próprio campo, e não de acordo com os pressupostos teóricos e epistemológicos da sociologia.

Depois de toda a discussão travada anteriormente acerca da importância das discussões epistemológicas, teóricas e metodológicas para a pesquisa em ciências sociais, seria temerário aceitar este tipo de interdisciplinaridade por instrumentalização da sociologia, como uma espécie de licença do jurista para realizar pesquisas empíricas de segunda categoria, agrupadas sob o rótulo de estudos sociojurídicos. Concordamos com Banakar e Travers³¹, ao afirmarem que a separação entre sociologia do direito e estudos sociojurídicos é um obstáculo para o desenvolvimento do estudo científico do direito na sociedade. Mas questionamos se há mesmo utilidade em se falar em estudos sociojurídicos ou se

²⁹ BANAKAR, Reza. Law through Sociology's lookingglass: conflict and competition in sociological studies of law. In: DENIS, Ann; KELEKIN-FISHMAN, Devorah (Eds.) *The new ISA handbook in contemporary international sociology: conflict, competition, cooperation*. London: Sage, 2009, p. 69.

³⁰ OLIVEIRA, 2004.

³¹ BANAKAR; TRAVERS, 2009, p. xii.

não seria preferível se falar apenas em sociologia do direito. E, à crítica feita à impossibilidade dos juristas realizarem pesquisas de sociologia do direito sem um treinamento adequado em sociologia, respondemos que as mudanças devem se dar por modificações no próprio ensino jurídico, e não pela criação artificial de um novo campo de conhecimento.

Insta ressaltar também, que, do outro lado, isto é, entre os sociólogos que fazem pesquisas de sociologia do direito, também existem problemas decorrentes de sua falta de conhecimento dos debates internos ao mundo jurídico. Por exemplo, sem saber que, no estupro de menor de quatorze anos, a violência é presumida, uma pesquisa de sociologia do direito empreendida por socióloga pode explicar o fato da maior celeridade dos processos de estupro de menores de quatorze anos devido à maior comoção social gerada pelo crime e não devido a regras internas do sistema jurídico que simplificam o processo probatório. Ressaltamos também que, em experiência pessoal, um dos autores já avaliou trabalho de uma pesquisadora das ciências sociais que pesquisava o direito sem saber que existia diferença entre Código Civil e Código de Processo Civil. Nesse caso, ficariam os juristas impedidos de fazer sociologia do direito por ignorarem os debates teóricos e metodológicos da sociologia e os sociólogos impedidos de estudarem o direito por ignorarem os debates internos da dogmática?

Entendemos mais proveitoso considerar a sociologia do direito um campo aberto a diferentes profissionais que devem buscar realizar a melhor pesquisa possível, independentemente de suas limitações, haja vista que qualquer pesquisa contará com limitações. Da mesma forma que uma pesquisa de sociologia dos meios de comunicação poderia ser feita tanto por profissionais da sociologia quanto da comunicação, e uma pesquisa sobre sociologia da saúde ser feita tanto por profissionais da sociologia, quanto da saúde, também a sociologia do direito poderia ser feita tanto por sociólogos quanto por juristas. Desde que empreendam o esforço de conhecer a fundo seu objeto de estudo – em que os juristas levam vantagem e os sociólogos têm muito a aprender com eles – e levem a sério o rigor conceitual e metodológico da pesquisa científica – em que os sociólogos é que saem na frente e os juristas é que ainda têm muito a aprender.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. Bases para uma metodologia da pesquisa em direito. *Anuário dos cursos de pós-graduação em direito*, n. 8, Recife, UFPE, 1997.

ALEXANDER, Jeffrey C. A importância dos clássicos. In: GIDDENS, Anthony; TURNER, Jonathan. *Teoria social hoje*. Tradução de Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: Unesp, 1996.

BANAKAR, Reza. Law through sociology's lookingglass: conflict and competition in sociological studies of law. In: DENIS, Ann; KELEKIN-FISHMAN, Devorah (Eds.) *The new ISA handbook in contemporary international sociology: conflict, competition, cooperation*. London: Sage, 2009.

Entre o nomológico, o monológico e o empírico: potencialidades e limites...

- BANAKAR, Reza; TRAVERS, Max. *Theory and method in socio-legal research*. Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing, 2005.
- BOURDIEU, Pierre; CHAMBOREDON, Jean-Claude; PASSERON, Jean-Claude. *El oficio de sociólogo: presupuestos epistemológicos*. Tradução de Fernando Hugo Azcura; José Sazbón e Victor Goldstein. 2. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2008.
- CAPES. Pós-graduação: enfrentando novos desafios. *Infocapes*, v. 9, n. 2-3, 1999.
- COSTA, Judith Martins. Debates. In: NOBRE, Marcos *et alii*. *O que é pesquisa em direito?* São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press of Harvard University, 2011.
- DURKHEIM, Émile. *O suicídio*. 2. ed. Tradução de Monica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- FRAGALE FILHO, Roberto; ALVIM, Joaquim Leonel de Rezende. O movimento “critique dudoit” e seu impacto no Brasil. *Revista Direito GV*, v. 3, n. 21, p. 139-164, jul.-dez., 2007.
- FAZENDA, Ivani Caratina Arantes. *Integração e interdisciplinaridade no ensino brasileiro: efetividade ou ideologia*. 6. ed. São Paulo: Loyola, 2011.
- FONSECA, Maria Guadalupe Piragibeda. *Iniciação à pesquisa no direito: pelos caminhos do conhecimento e da invenção*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- LUHMANN, Niklas. *La ciencia de lasociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate (Coord.). México: Iberoamericana, 1996.
- OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurábi: a pesquisa sociojurídica na pós-graduação em direito. In: OLIVEIRA, Luciano. *Sua excelência o comissário e outros ensaios de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.
- PIRES, Álvaro P. Sobre algumas questões epistemológicas de uma metodologia geral para as ciências sociais. In: POULPART, Jean *et alii*. *A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.
- POSNER, Richard. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- SILVA, Virgílio Afonso da; WANG, Daniel Wei Lang. Quem sou eu para discordar de um ministro do STF? O ensino do direito entre argumento de autoridade e livre debate de ideias. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 95-118, jan./jun., 2010.
- SUNDFELD, Carlos Auri. Parte 1.2. In: NOBRE, Marcos *et alii*. *O que é pesquisa em direito?* São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- VERONESE, Alexandre. O papel da pesquisa empírica na formação do profissional do direito. *Revista OABRJ*, Rio de Janeiro, v. 27, Número Especial, p. 171-218, jan./jun. 2011.
- WEBER, Max. A ciência como vocação. In: WEBER, Max. *Ensaios de sociologia*. 5. ed. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC, 2002.

Autores convidados

EVIDÊNCIAS DE ATIVISMO JUDICIAL NA MODULAÇÃO DE EFEITOS

JUDICIAL ACTIVISM IN EVIDENCE OF EFFECTS MODULATION

*Bruno Ortigara Dellagerisi**

RESUMO

Com base na decisão do Recurso Extraordinário 600.885/RS, este trabalho busca discutir o problema do ativismo judicial a partir da modulação dos efeitos relativa ao controle de constitucionalidade. Assim, tomando a discricionariedade como conceito inicial e elemento comum entre o ativismo e a modulação, assume a premissa de que a politização do Poder Judiciário é fator determinante para a adoção de uma postura ativista. Para tanto, metodologicamente, propõe o estudo de caso no qual o Supremo Tribunal Federal modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade para o futuro. Desse modo, considerando as limitações do recorte formulado, conclui, sem esgotar o tema, que é possível observar no caso examinado evidências do ativismo judicial, associando este conceito à discricionariedade judicial.

Palavras-chave: Ativismo judicial; Discricionariedade; Modulação de efeitos.

ABSTRACT

Based on the Extraordinary Appeal 600.885/RS decision, this task seeks to discuss the judicial activism problem from the effects modulation concerning to the constitutionality control. Thereby, taking the judgment discretion as an initial concept and common element between the activism and the modulation, assume the premise that the politicization of the Judiciary is a determinant factor for the adoption of an activist stance. Thereunto, methodologically, proposes the study of a case whereupon the Supremo Tribunal Federal modulated the effects of the unconstitutionality declaration for the future. Thereby, considering the limitations of the

* Mestrando em Direito, Democracia e Sustentabilidade da Escola de Direito da Faculdade Meridional – IMED. Advogado. Correspondência para/Correspondence to: Rua dos Andradas, 186, Bairro: Operária, Passo Fundo/RS, CEP: 99025-020. E-mails: bruno_dellagerisi@hotmail.com e bruno@beltramechaves.com.br. Telefone: (54) 9944-3790.

formulated cut, concludes, without exhausting the theme, that is possible to observe, at the examined case, evidences of the judicial activism, associating this concept to the judicial discretion.

Keywords: Judicial activism; Judgment discretion; Effects modulation.

INTRODUÇÃO

Partindo da decisão do Supremo Tribunal Federal que modulou os efeitos da decisão *pro futuro*, em recurso extraordinário, construiu-se este ensaio na condição de um estudo de caso. Para tanto, explora a decisão aludida a partir de três temáticas teóricas: a modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade; o ativismo judicial; e os seus limites. Quanto a este último, ou seja, os limites da atuação do Poder Judiciário, elege-se como desafio o enfrentamento da discricionariedade judicial.

Dessa forma, o problema da pesquisa consiste em investigar se o Supremo Tribunal Federal atua de maneira ativista e, conseqüentemente, discricionária, ao modular os efeitos de sua decisão no controle de constitucionalidade. Isso porque a hipótese da pesquisa é que os conceitos jurídicos indeterminados que definem quando a modulação pode ser feita – segurança jurídica e interesse social – seriam um *álibi* teórico para a atuação ativista da Corte Suprema.

Na tentativa de resolver o problema de pesquisa, o artigo foi desenvolvido sobre os seguintes objetivos específicos: a) dentro do controle de constitucionalidade misto – no Brasil, tem-se o controle difuso e concentrado –, apresentar a modulação dos efeitos da decisão que declara a (in)constitucionalidade, em que será exposto que os efeitos temporais podem ser *ex tunc*, *ex nunc* ou *pro futuro*; b) apresentar a abstrativização do controle difuso – características próprias do controle abstrato estão sendo utilizadas no controle difuso; c) relacionar o ativismo judicial e a discricionariedade – essa tarefa não é das mais fáceis em virtude da imprecisão semântica sobre o conceito de ativismo, o que também será abordado por este trabalho; d) demonstrar, por meio da construção teórica realizada, que o Supremo Tribunal Federal é ativista e discricionário no momento em que modula os efeitos da sua decisão.

Para tanto, o artigo foi desenvolvido em três principais eixos temáticos: inicialmente, a decisão judicial escolhida é apresentada, servindo de ponto de apoio no estudo de caso; em seguida, introduz-se o instituto jurídico da modulação dos efeitos no controle de constitucionalidade; por fim, correlacionam-se o caso concreto e a modulação de efeitos ao ativismo e à discricionariedade judicial.

O trabalho encontra justificativa à medida que empresta contribuições teóricas à resolução das atuais controvérsias jurídicas na concretude e realização do controle de constitucionalidade. Para fins metodológicos, o trabalho está

orientado e organizado conforme os aportes da fenomenologia hermenêutica¹, sistematizando os conceitos e as críticas mediante a pesquisa bibliográfica, em especial os ensinamentos de Lenio Streck e Elival da Silva Ramos, e pela jurisprudência pátria.

ESTUDO DE CASO

A decisão que serve de estudo de caso foi extraída do julgamento do Recurso Extraordinário 600.885/RS², interposto pela União contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que considerou contrária à CF/88 regra de edital que limitou em 24 anos a idade para ingresso nas Forças Armadas. Por unanimidade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a exigência constitucional de uma lei que fixe o limite de idade para ingresso nas Forças Armadas. Assim, a decisão não recepcionou a expressão contida no art. 10 da Lei 6.880/80: “nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica”.

Entendendo o caso: o recorrido, que na época do concurso tinha idade maior que a fixada no edital, ajuizou ação ordinária de nulidade de cláusula editalícia, com intuito de assegurar sua inscrição em um concurso para as forças armadas (sargento). Alegou que somente a lei pode impor limite de idade para as vagas. Alegou a inconstitucionalidade do ato. Foi deferida antecipação de tutela e confirmada em sentença, sob o argumento de que a Constituição Federal não deixou espaço para que a regulamentação fosse feita por outro tipo normativo, que não seja a lei. A União interpôs apelação, que foi desprovida. Opôs embargos de declaração. E estes foram rejeitados. Interpôs recurso especial, que foi rejeitado.

No recurso extraordinário, por sua vez, a União apresentou preliminar de repercussão geral. Disse que a decisão afetaria vários candidatos interessados na carreira militar, mas que estariam fora do limite de idade. Destaca que, por os militares estarem na categoria de “especial sujeição estatal”, o poder regulamentar do Estado mitigaria o princípio da legalidade estrita. Ao proferir sua decisão, os ministros se posicionaram no sentido de que o critério de limite de idade é determinado constitucionalmente e deve ser especificado por lei. Logo, a lei não pode desertar de seu papel constitucional e delegar sua função. A Constituição de 1988 é taxativa ao dispor que os elementos de ingresso às Forças Armadas se darão por lei.

Todavia, a decisão efetuou a chamada modulação de efeitos, conforme autoriza o art. 27 da Lei 9.868/99, sob o argumento da necessidade de respeito ao

¹ O método fenomenológico hermenêutico permite explorar o objeto da pesquisa por meio de constante revisão. Assim, uma premissa que, no início da pesquisa se apresentava como essencial, pode perder importância com o aprofundamento teórico.

² O Supremo Tribunal Federal veiculou notícia apresentando o caso em discussões, conforme disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=171591>>.

princípio da segurança jurídica, uma vez que inúmeros concursos foram realizados sob a égide da norma agora tida como não recepcionada. Os efeitos da decisão foram modulados a fim de conferir validade aos certames realizados pelas forças armadas e cujos editais fixaram limites de idade conforme a Lei n. 6.880/80, art. 10, até 31 de dezembro de 2011, ressaltando o direito do recorrido, por força dessa decisão.

A decisão do Supremo foi proferida em 9 de fevereiro de 2011, rejeitando a proposta da relatora, a Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, no sentido de estender, até o seu trânsito em julgado, a validade dos regulamentos e editais que disciplinaram os concursos de acesso à carreira militar até essa decisão. Na verdade, acatando a proposta do Ministro José Antonio Dias Toffoli, a Corte modulou sua decisão, validando os certames realizados até 31 de dezembro de 2011, ou seja, em momento posterior à prolação da sentença, utilizando como justificativa o fato de que, até esta data, o Congresso Nacional deveria regulamentar a matéria.

A partir do caso descrito, discutem-se os critérios utilizados para operar a modulação dos efeitos das decisões que envolvam controle de constitucionalidade, relacionando essa decisão com uma postura ativista dos ministros do Supremo Tribunal Federal, que cada vez mais se utilizam da noção de discricionariedade judicial para proferir seus julgados. Essa postura ativista, discricionária por natureza, decorre de fatores como a subjetividade e a vagueza da legislação, a judicialização da política e o aumento da função atípica do judiciário, que serão abordados ao longo do texto.

MODULAÇÃO E SEUS EFEITOS

Cabe esclarecer, preliminarmente, que a Lei n. 9.868/99 dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Em seu art. 27, prevê a possibilidade de a Corte modular os efeitos do julgado, desde que fundada nos critérios de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Reproduz-se, logo a seguir, o referido dispositivo:

Artigo 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Uma vez reconhecido o desrespeito ao texto constitucional de uma lei ou de um ato de governo, a inconstitucionalidade pode ser declarada total ou parcialmente, isso porque os efeitos dessa declaração podem ser restringidos no tempo,

já que o ordenamento jurídico brasileiro consagra as hipóteses de fixação de efeitos *ex tunc*, *ex nunc* e *pro futuro*³.

A partir desse instituto, busca-se, na jurisprudência, a forma como ele é aplicado e, conseqüentemente, verificar sobre quais critérios sua interpretação é pautada. Na opinião do Ministro Gilmar Mendes, a aplicação do art. 27 da Lei n. 9.868/99 se fundamenta na interpretação dos aplicadores, desde que sejam utilizados a segurança jurídica e o excepcional interesse social, e os princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro, tais quais o princípio da proporcionalidade e da nulidade, para fundamentar suas decisões. Entretanto, para o citado Ministro, é indispensável que esses conceitos sejam revestidos de caráter constitucional⁴.

Como bem destaca Barroso, a modulação pode ser declarada em quatro cenários diferentes, pelos quais o Poder Judiciário é provocado a agir. São eles: a) a declaração de inconstitucionalidade em ação direta; b) a declaração de inconstitucionalidade em controle incidental; c) a declaração de constitucionalidade em abstrato; e d) a mudança de jurisprudência consolidada acerca de determinada matéria⁵. Sabendo quando a modulação pode ser aplicada, resta entender quais são os critérios temporais utilizados para restringir os efeitos da decisão judicial.

A partir da redação do art. 27, última parte, *in verbis* “restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”, surge a preocupação em saber quais são os critérios temporais utilizados para o Supremo Tribunal Federal estabelecer o início da modulação, definindo a partir de quando a norma discutida se tornará (in)constitucional.

Para Ramos⁶, cabe ao próprio sistema (poder judiciário) disciplinar a eficácia temporal que se projetará sobre o ato fiscalizado, pois a (in)validação de lei resulta de decisão do judiciário. Como se vê na análise do caso trazido, os ministros do Supremo Tribunal Federal (sistema) decidiram modular a decisão para que ela tenha efeitos *pro futuro*, o que é recepcionado de maneira indireta pela legislação brasileira, como se observa na última parte do art. 27, da Lei n. 9.868/99.

Ainda, percebe-se na jurisprudência pesquisada que o sistema acaba por definir a vigência do novo entendimento, fundamentando a decisão em critérios temporais e jurídicos, dando suporte fático à ideia de Ramos. Entre os critérios

³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1.215.

⁴ Conforme voto na decisão da ADI 875; ADI 1.987; ADI 2.727, voto do rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 24/02/2010, Plenário, DJE 30/04/2010.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 99.

⁶ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 200.

utilizados para modular os efeitos da decisão, destaca-se o respeito à coisa julgada, como fundamentou o Ministro Celso de Mello no julgado a seguir:

A sentença de mérito transitada em julgado só pode ser desconstituída mediante ajuizamento de específica ação autônoma de impugnação (ação rescisória) que haja sido proposta na fluência do prazo decadencial previsto em lei, pois, com o exaurimento de referido lapso temporal, estar-se-á diante da coisa soberanamente julgada, insuscetível de ulterior modificação, ainda que o ato sentencial encontre fundamento em legislação que, em momento posterior, tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quer em sede de controle abstrato, quer no âmbito de fiscalização incidental de constitucionalidade. A decisão do Supremo Tribunal Federal que haja declarado inconstitucional determinado diploma legislativo em que se apoie o título judicial, ainda que impregnada de eficácia *ex tunc*, como sucede com os julgamentos proferidos em sede de fiscalização concentrada (RTJ 87/758 – RTJ 164/506-509 – RTJ 201/765), detém-se ante a autoridade da coisa julgada, que traduz, nesse contexto, limite insuperável à força retroativa resultante dos pronunciamentos que emanam, *in abstracto*, da Suprema Corte⁷.

166 Extrai-se dessa fundamentação que o Supremo Tribunal Federal, órgão maior do Poder Judiciário brasileiro, deve respeitar a coisa julgada, mesmo que fundada em lei agora tida como inconstitucional, pois, no momento da prolação da decisão transitada em julgado, o dispositivo que foi declarado inconstitucional estava coberto de eficácia jurídica, ou seja, estava apto a produzir efeitos⁸ e, portanto, a sua aplicação foi válida e legítima.

Como anteriormente mencionado, o critério da segurança jurídica deve ser obedecido na hora de modular os efeitos da decisão. A importância desse critério pode ser percebida quando da definição dos efeitos a serem aplicados – *ex tunc* ou *ex nunc* – da norma tida como (in)constitucional. Logo a seguir apresentar-se-ão dois julgados em que a segurança jurídica serviu de fundamento para a modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade. O primeiro caso é representado pela ementa que segue e diz respeito à declaração de efeito *ex nunc* para salvar o direito de todos os servidores aposentados até a data da decisão.

É inconstitucional, por afronta ao art. 61, §1º, II, c, da Constituição, o art. 176 da Lei Complementar/PR 14/82, com a redação dada pelo art. 1º da Lei Complementar/PR 93/02, de iniciativa parlamentar, que dispôs sobre regras especiais de aposentadoria do policial civil. Aplicação ao

⁷ RE 594.892, rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 21/06/2010, DJe 04/08/2010.

⁸ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 66.

Evidências de ativismo judicial na modulação de efeitos judicial

caso do art. 27 da Lei 9.868/99 para dar eficácia *ex-nunc* à declaração de inconstitucionalidade do art. 1º da Lei Complementar/PR 93/02, de modo a preservar a situação jurídica de todos os servidores aposentados até a data da sessão deste julgamento⁹.

Nesse caso, para proteger os policiais civis aposentados na vigência da lei declarada inconstitucional, a decisão modulou os efeitos de maneira *ex nunc*, ou seja, a decisão só é válida a partir da publicação, não atingindo os casos pretéritos a ela. Assim, mesmo declarada inconstitucional a lei, os atos dela derivados se revestem de eficácia até a decisão do Supremo. No segundo julgado, transcrito na sequência, a regra foi afastada em razão da impossibilidade fática de se aplicarem efeitos *ex tunc*:

Ação direta de inconstitucionalidade. Embargos de declaração. Acolhimento parcial dos embargos manejados pela mesa da Câmara do Distrito Federal. No julgamento da ADI 3.756, o Supremo Tribunal Federal deu pela improcedência do pedido. Decisão que, no campo teórico, somente comporta eficácia *ex tunc* ou retroativa. No plano dos fatos, porém, não há como se exigir que o Poder Legislativo do Distrito Federal se amolde, de modo retroativo, ao julgado da ADI 3.756, porquanto as despesas com pessoal já foram efetivamente realizadas, tudo com base na Decisão 9.475/00, do TCDF, e em sucessivas leis de diretrizes orçamentárias. Embargos de declaração parcialmente acolhidos para esclarecer que o fiel cumprimento da decisão plenária na ADI 3.756 se dará na forma do art. 23 da LC 101/2000, a partir da data de publicação da ata de julgamento de mérito da ADI 3.756, e com estrita observância das demais diretrizes da própria Lei de Responsabilidade Fiscal¹⁰.

A *ratio decidendi* da Corte se baseou na argumentação que, mesmo sendo regra a declaração de efeitos *ex tunc* nas ações que julgam a inconstitucionalidade de lei ou de ato, nem sempre o mundo dos fatos é capaz de suportar tal efeito. Pode ocorrer que a situação fática esteja tão arraigada na norma inconstitucional que seja impossível desfazer os atos, de maneira que o efeito *ex tunc* não terá eficácia alguma.

Nesse sentido, o Ministro Relator Carlos Ayres Britto fundamentou seu voto sobre a modulação: “Como se sabe, a modulação de efeito tem por pressuposto lógico a existência de alternativas, possibilidades, escolhas, opções; opta-se entre modular ou não, entre escolher uma data ou não”¹¹. Este é outro ponto que se

⁹ ADI 2.904, rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 15/04/2009, Plenário, DJe 25/09/2009.

¹⁰ ADI 3.756-ED, rel. Min. Carlos Ayres Britto, julgamento em 24/10/2007, DJ 23/11/2007.

¹¹ Conforme voto do rel. Min. Carlos Ayres Britto na ADI 3.756-ED, julgamento em 24/10/2007, DJ 23.11.2007.

abre para a discricionariedade do ato jurídico, pois existem situações que não comportam efeitos *ex tunc*, e essa escolha será feita pelo ‘sentido’ dos Ministros.

Não bastasse a discussão sobre efeitos *ex tunc* e *ex nunc* da decisão, o ordenamento jurídico brasileiro prevê a possibilidade de se aplicarem efeitos *pro futuro* da decisão exarada. Como bem destaca Ramos¹², “não há divergência de monta na doutrina brasileira quanto ao embasamento legal da eficácia *pro futuro* da declaração de inconstitucionalidade, diante do enunciado da parte final do art. 27 da Lei n. 9.868/99”.

Aqui, observa-se o permissionário legal para que os efeitos da decisão só comecem em momento posterior a ela, a ser definido pelo Supremo Tribunal Federal. Conforme Blanco Morais¹³, existe a possibilidade, “mesmo implicitamente, de fixar a eficácia da decisão para momento posterior ao respectivo trânsito em julgado, em data a determinar pelo mesmo Tribunal”.

No caso adotado como premissa deste estudo, o Supremo Tribunal Federal decidiu por modular – *pro futuro* – os efeitos da decisão que declarou inconstitucional a expressão contida no art. 10, da Lei n. 6.880/80, “nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica”, pelo simples fato de, no Congresso Nacional, estar tramitando um projeto de lei para regulamentar a matéria. Assim decidindo, o Supremo Tribunal Federal abriu espaço para que, até o dia 31 de dezembro de 2011 – data a partir da qual iniciaria a eficácia da decisão – novos concursos sejam realizados sob a égide da lei futuramente tida como inconstitucional.

Por iminente mudança na legislação processual cível (Projeto de Lei n. 166/10 – Novo Código de Processo Civil), haveria uma outra possibilidade de se exercer a modulação dos efeitos da jurisprudência. O Novo Código de Processo Civil prevê expressamente a possibilidade de modulação, porém o faz buscando a uniformização da jurisprudência, pois a previsão é para casos nos quais ocorre a alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou dos tribunais superiores. Conforme o art. 847, inc. V, do NCPC:

V – na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda do julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

Percebe-se que esta modulação continua fundada nos critérios da segurança jurídica e do interesse social, bem como da falta de definição de quando estes critérios estão presentes. O que o Novo Código de Processo Civil não estabelece é, precisamente, de que forma se pode chegar à modulação por mudança da juris-

¹² RAMOS, 2010, p. 205.

¹³ MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. v. 2, p. 277..

prudência. Em outras palavras, isso pode vir a servir de álibi para que os aplicadores do direito adotem uma postura ativista na hora de declararem a modulação.

Além das hipóteses até aqui tratadas, o controle difuso apresenta, no Brasil, uma outra forma de modulação dos efeitos da decisão. Com origens na tradição do *judicial review*, sistema que adotou a Teoria da Nulidade em que o ato inconstitucional é considerado nulo e, por isso mesmo, os efeitos que produziu devem ser desconstituídos desde a origem¹⁴, o controle de constitucionalidade difuso consagra, via de regra, a declaração de efeitos retroativos *ex tunc*.

Diz-se via de regra, pois, no Brasil, vem ocorrendo aquilo que está sendo chamado de abstrativização do controle difuso, o que segundo Streck, pode acarretar “uma nova concepção, não somente do controle da constitucionalidade no Brasil, mas também de poder constituinte, de equilíbrio entre os Poderes da República e de sistema federativo”¹⁵. O que se quer dizer com a expressão “abstrativização do controle difuso” é que características próprias do controle abstrato estão sendo aplicadas ao controle difuso.

O Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, ao fundamentar seu voto no Recurso Extraordinário 197.917/SP, acena com a possibilidade de aplicação de efeitos *ex nunc* ou *pro futuro*, em via de controle concreto, se a situação fática assim o exigir, pois entende que “o controle difuso não se mostra incompatível com a doutrina da limitação dos efeitos”¹⁶. Para tanto, argumenta que nos Estados Unidos, sistema difuso mais tradicional do mundo, admite-se a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, conforme trecho a seguir,

A jurisprudência americana evoluiu para admitir, ao lado da decisão de inconstitucionalidade com efeitos retroativos amplos ou limitados (*limited retrospectivity*), a superação prospectiva (*prospective overruling*), que tanto pode ser limitada (*limited prospectivity*), aplicável aos processos iniciados após a decisão, inclusive ao processo originário, como ilimitada (*pure prospectivity*), que sequer se aplica ao processo que lhe deu origem¹⁷.

¹⁴ AVILLA, Ana Paula. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade*. Ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 47.

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Revista Argumenta*, Jacarezinho – PR, 7, p. 45-68, fev. 2013, p. 46.

¹⁶ Conforme voto na decisão do RE 197.971/SP, voto do Ministro Gilmar Mendes, rel. Min. Maurício Corrêa. Julgamento em 06/06/2012, Plenário, *DJe* 07/05/2014.

¹⁷ Conforme voto na decisão do RE 197.971/SP, voto do Ministro Gilmar Mendes, rel. Min. Maurício Corrêa. Julgamento em 06/06/2012, Plenário, *DJe* 07/05/2014.

O Ministro utiliza da técnica da ponderação de princípios (princípio da nulidade *versus* princípio da segurança jurídica) para justificar a restrição de efeitos no controle concreto,

Não se nega, pois, o caráter de princípio constitucional ao princípio da nulidade da lei inconstitucional. Entende-se, porém, que tal princípio não poderá ser aplicado nos casos em que se revelar absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida (casos de omissão; exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade), bem como nas hipóteses em que a sua aplicação pudesse trazer danos para o próprio sistema jurídico constitucional (grave ameaça à segurança jurídica).

(...)

Desse modo, em muitos casos, há de se preferir a declaração de inconstitucionalidade com efeitos restritos à insegurança jurídica de uma declaração de nulidade.

(...)

O que importa assinalar é que, consoante a interpretação aqui preconizada, o princípio da nulidade somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social¹⁸.

170

Porém, conforme leciona Streck, “atribuir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade significa ferir os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa”¹⁹, pois aqueles que não fazem parte do processo sofrerão os efeitos da decisão.

Esse movimento vem ganhando corpo com a ideia de tornar o Senado Federal um mero órgão de imprensa, responsável apenas por publicar a decisão do Supremo Tribunal Federal, contrariando o art. 52, inciso X da Constituição, que delega privativamente ao Senado Federal a função de suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Compete ao Supremo Tribunal Federal julgar em sede de recurso extraordinário “as causas decididas em única ou última instância”, ou seja, julgam-se as aplicações dadas à Constituição Federal em casos concretos, em que há, necessariamente, a existência de uma lide tradicional, e não em ações direitas, em que existe a discussão sobre teses acerca da (in)constitucionalidade de leis ou de atos

¹⁸ Conforme voto na decisão do RE 197.971/SP, voto do Ministro Gilmar Mendes, rel. Min. Maurício Corrêa. Julgamento em 06/06/2012, Plenário, *DJe* 07/05/2014.

¹⁹ STRECK; LIMA; OLIVEIRA, 2013, p. 50.

do governo. A decisão deste recurso extraordinário produzirá efeitos *ex tunc* e *inter partes*. Declarada a inconstitucionalidade da lei, a decisão deve ser remetida ao Senado Federal para, se assim entender, suspender a execução da lei e, com isso, atribuir efeitos *ex nunc* e eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade.

Streck ensina a importância da função do Senado Federal ao diferenciar a retirada da eficácia da lei via controle concentrado e a sua suspensão por esta casa do Legislativo, isso porque a suspensão não equivale à retirada de eficácia, haja vista as diferenças existentes entre o controle concentrado e difuso. Uma vez que “suspender a vigência ou a execução da lei é como revogar a lei”²⁰. Ademais, estando suspensa a lei, aguardando a retirada de sua eficácia, a suspensão só pode gerar efeitos *ex nunc*. Nesse ponto reside a diferença entre suspensão/revogação e retirada da eficácia. Sem eficácia, a lei torna-se nula. Sendo nula a lei, é como se nunca tivesse existido²¹.

Assim, fica claro que a abstrativização do controle difuso pode ser prejudicial a toda sociedade, uma vez que quem não faz parte da lide pode sofrer os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal sem ter tido a oportunidade de se defender. Percebe-se que a aplicação da modulação abre espaço para a discricionariedade judicial. Porém, não está se querendo dizer que os ministros são livres para julgar a modulação da maneira que bem entenderem, mas sim que a subjetividade dos critérios pode servir como álibi retórico para utilizarem-se da discricionariedade.

Afinal, vale a pena apostar no protagonismo dos juízes, para, nos casos concretos, buscarem em suas consciências as respostas que melhor solucionam o caso? Uma vez que, sendo a modulação fundada sobre conceitos jurídicos indeterminados – como a “segurança jurídica” e o “excepcional interesse social” –, a decisão de quando esses critérios estão presentes e de quando não estão, ou seja, quando cabe e quando não cabe a modulação pelo Supremo Tribunal Federal passa a ser um “ato de vontade”, tal qual sustentava Kelsen²².

Na próxima seção do trabalho, abordar-se-á a postura ativista do judiciário decorrente em grande parte da discricionariedade dos aplicadores do direito, com a finalidade de compreender quais são os limites e os critérios utilizados pelos magistrados para não atuarem de maneira discricionária, sendo-lhes vedado proferir decisões à revelia do texto da lei, da jurisprudência e demais fontes do direito.

²⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Forense, 2004, p. 479.

²¹ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 479.

²² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 394.

ATIVISMO JUDICIAL E DISCRICIONARIEDADE – EM BUSCA DOS LIMITES DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Primeiramente, é interessante esclarecer que “decidir” e “concluir” são duas formas diferentes de resolver um caso. Se, no final de um processo, um juiz chega a uma conclusão, está-se diante do uso “amplo” do poder discricionário por parte do magistrado, visto que ele recorre ao seu conhecimento para encontrar uma determinada solução sobre o caso. Assim, aquilo que Posner atribui à conclusão como um processo de “voltas” no pensamento do julgador, especula-se como um necessário amadurecimento, em que a resposta do problema se dá por conclusão a um conhecimento do juiz. Já a decisão, para Posner²³, corresponde a uma ação do juiz, o que seria o resultado prático da aplicação do direito pelo juiz.

Mesmo reconhecendo a distinção entre “conclusão” e “decisão”, entende-se que aquilo que venha a dar maior legitimidade à atuação judicial seja a vinculação do juízo ao direito como a existência de critérios para orientar a decisão. Nesse sentido, o juízo não poderia simplesmente decidir, mas se orientar pela legislação, jurisprudência e princípios jurídicos, o que determinaria um limite à atuação judicial naquele caso. Associando o pensamento de Posner com a ideia de Trindade sobre o Pêndulo de Foucault²⁴, introduz-se a ideia de discricionariedade na hora da decisão judicial.

172

Essa indagação sobre o poder de decidir do juízo é o cerne da discussão sobre o poder discricionário. Em poucas palavras: quais são os limites de atuação do Poder Judiciário?²⁵ Todavia, embora se proponha a preocupação com o exercício do poder discricionário, entende Posner que quanto maior for a hierarquia e quanto mais experiente for o juiz, maior será sua capacidade de compreensão e reconhecimento do direito e, conseqüentemente, maior será o seu poder discricionário. O autor utiliza a expressão “zona de razoabilidade” para indicar a área em que o juiz tem discricionariedade para decidir o caso de uma forma ou outra, sem desacreditar-se.

Segundo Posner²⁶, “la contidad de actividad legislativa llevada a cabo por um juez depende de lo amplia que considere que es su ‘zona de razonabilidad’, i.e. el área em la cual tiene discrecionalidad para decidir um caso de uma forma

²³ POSNER, Richard. *Cómo deciden los jueces*. Tradução de Victoria Roca Pérez. Madrid: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, 2011, p. 97.

²⁴ TRINDADE, André Karam. O Supremo Tribunal Federal e o pêndulo de Foucault. In: TRINDADE, André Karam; ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira (Orgs.). *Direitos fundamentais e espaço público II*. Florianópolis e Passo Fundo: Conceito Editorial e IMED, 2011, v. 2, p. 134.

²⁵ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 85.

²⁶ POSNER, 2011, p. 103-104.

u outra sin llegar a desacreditarse”²⁷. Contudo, parece que o autor não quer justificar o exercício da discricionariedade do Poder Judiciário. Interpreta-se o raciocínio do autor no sentido de que a “zona de razoabilidade” existe e é maior na medida em que os juízes estão mais preparados para decidir um caso.

Nesse sentido, o autor segue explicando por que a discricionariedade aumenta com a hierarquia e com a experiência. Em relação à hierarquia, diz que, quanto mais alto o tribunal, maior será o poder do juiz, porém esse poder estará compartilhado com os outros juízes que decidirão o caso, limitando, assim, o poder de cada um deles. Quanto à experiência, afirma que, quanto mais experiente for o juiz, mais informação adquiriu e, conseqüentemente, mais preparado estará para julgar um caso.

Ainda, o autor diz que a “zona de razoabilidade” aumenta nos casos de direito constitucional, em que os juízes devem julgar envoltos em suas emoções, porque “el texto constitucional no aporta apenas guias y porque los sentimientos pueden invalidar aquellos factores sistêmicos que habrían de inducirles a frenar su próprio ejercicio de discrecionalidad”^{28,29}. *A contrario sensu*, essa zona diminui quando o caso em questão envolve uma na qual já exista um consenso ideológico, por exemplo, o Direito dos Contratos, pois nesses âmbitos, premissas comuns são compartilhadas pelos juízes, o que acaba influenciando as decisões³⁰.

Assim, partindo do pressuposto apresentado por Posner acerca do exercício do poder discricionário do juiz, mostra-se necessário indagar pelos seus limites. Geralmente, a pergunta sobre esse tipo de questão está associada ao ativismo judicial, isto é, ao limite de sua atuação e, portanto, interpretação praticada no exercício de sua competência jurisdicional.

Todavia, conceber o ativismo judicial não vem sendo tarefa fácil. Isso porque a doutrina, especialmente no Brasil, ainda não conseguiu delimitá-lo e tampouco elencar seus possíveis sentidos, levando em conta as particularidades verificadas no sistema da *civil law*. Assim, sem estabelecer um conceito prévio sobre o ativismo judicial, entende não ser possível discutir a relação entre ativismo judicial e discricionariedade judicial. Para tanto, recorreu-se aos conceitos de ativismo judicial esboçados na doutrina nacional, na tentativa, mesmo que de forma incipiente, de definir os limites significativos dessa expressão.

²⁷ Tradução livre: a quantidade de atividade legislativa realizada por um juiz depende do que ele considera ser a sua “zona da razoabilidade”, ou seja, a área em que tem discricionariedade para decidir um caso de uma forma ou outra sem ser desacreditado.

²⁸ POSNER, 2011, p. 105.

²⁹ Tradução livre: o texto constitucional não fornece apenas orientações porque os sentimentos podem invalidar aqueles fatores sistêmicos que o induziriam a frear seu próprio exercício de discricionariedade.

³⁰ POSNER, 2011, p. 104.

Elival da Silva Ramos ensina que “por ativismo judicial deve-se entender o 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 e controvérsias jurídicas de natureza objetiva”³¹.

Para ele, o problema do ativismo envolve, pelo menos, três questões: (1) o exercício do controle de constitucionalidade; (2) a existência de omissões legislativas; e (3) o caráter de vagueza e ambiguidade do Direito. Na ideia de Ramos, o ativismo judicial acaba fazendo o judiciário ultrapassar seus limites de atuação impostos pela tripartição de poderes³².

André Karan Trindade acredita que, no Brasil, ocorre a institucionalização de um ativismo judicial às avessas, em que os juízes interferem na esfera legislativa, buscando “soluções que atendam aos fins da justiça social, autorizando-os tanto à criação do direito quanto ao gerenciamento processual, o que implica uma intervenção indevida na esfera legislativa”³³.

Para Ramos, não estamos diante de um desvio completo de funções, o que, segundo o autor “em circunstâncias bem delimitadas, pode ser deferido pela própria constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário”³⁴, mas sim se vivencia a “descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes”.

174

Em certo ponto, o autor questiona se “o modelo de Estado Constitucional de Direito escolhido pelo constituinte seria o mais adequado para implantar uma democracia”³⁵. Ou seja, para o professor da USP, o ativismo judicial traz como pano de fundo “a questão da legitimidade do controle jurisdicional de constitucionalidade, que é externa à argumentação estritamente dogmática (juízo de validade formal e de eficácia jurídica), passa ter por foco não a jurisdição constitucional em si, e sim a própria Constituição que a consagra”³⁶.

Segundo afirma, “há, apenas no que tange à jurisdição, uma relação íntima entre discricionariedade e interpretação, podendo-se dizer que aquela é parte integrante desta”³⁷. Admitindo-se a correlação entre discricionariedade e ativismo judicial, seria possível concluir que o exercício da jurisdição poderia dotar a autoridade competente do poder de exercer a sua discricionariedade de maneira ampla, o que, em última análise, corresponderia à liberdade para o ativismo judicial.

³¹ RAMOS, 2010, p. 129.

³² RAMOS, 2010, p. 126.

³³ TRINDADE, 2011, p. 135.

³⁴ RAMOS, 2010, p. 116.

³⁵ RAMOS, 2010, p. 125.

³⁶ RAMOS, 2010, p. 125.

³⁷ RAMOS, 2010, p. 127.

Assumir esse posicionamento, todavia, parece corresponder ao reconhecimento da tese de Kelsen sobre a aplicação do direito. Como se sabe, para Kelsen, quando a aplicação do direito é feita por um órgão jurídico, “a interpretação cognoscitiva do direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva”³⁸. Ou seja, a aplicação do direito corresponde ao exercício de um ato de vontade.

Daí surge a ideia de que, quando se trata de interpretar a lei, a discricionariedade dos aplicadores do direito aumenta na medida que se deixam tomar por preconceitos, ou seja, quanto mais influenciados por suas emoções, maior é a discricionariedade do ato³⁹. Seguindo a linha de Ramos⁴⁰, seria possível associar o pensamento de Kelsen e Hart com a essencialidade da discricionariedade no ato de aplicação do direito. Não é a toa que, para Kelsen, a discricionariedade é da essência da função jurisdicional. E é justamente essa a crítica feita por Streck aos juristas contemporâneos, pois estes não conseguiram superar o antigo positivismo normativista de Kelsen, que admitia a discricionariedade⁴¹.

Parece que o exercício da discricionariedade judicial, em Kelsen, estaria vinculado à previsão mediante uma norma de competência. Ou seja, tendo determinado órgão competência para decidir, teria ele um poder de livre apreciação, pois a norma de escalão superior não vincula em todas as direções, e, sempre deixa uma margem, ora maior, ora menor, de livre apreciação. Esse “espaço” de livre apreciação deixado pela norma de escalão superior é o que Kelsen denomina de quadro ou moldura⁴².

Essa livre apreciação, quando exercida pelo Poder Judiciário, acaba correspondendo à noção de ativismo judicial, aqui entendido, genericamente, como poder de intervenção indevida e independente de qualquer critério anterior.

Ainda na mesma linha, Hart é outro autor explorado por Ramos⁴³, no qual se encontra a conexão entre a formulação aberta da lei e a discricionariedade do aplicador do direito. Nesse sentido, afirma Hart que “a textura aberta do direito significa que existem áreas nas quais muita coisa deve ser decidida por autoridades administrativas ou judiciais que busquem obter um equilíbrio entre interesses conflitantes, cujo peso varia de caso para caso”⁴⁴.

³⁸ KELSEN, 2003, p. 394.

³⁹ POSNER, 2011, p. 86-87.

⁴⁰ RAMOS, 2010, p. 122.

⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 31.

⁴² KELSEN, 2003, p. 388.

⁴³ RAMOS, 2010, p. 121.

⁴⁴ HART, Herbert. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 175.

Clarissa Tassinari entende que é difícil conceituar o chamado ativismo judicial, pois, segundo a autora, existem vários enfoques sobre esse mesmo tema, mas, como pode ser observado no trecho a seguir, Tassinari compactua com o pensamento de Ramos, pois a discricionariedade tem papel fundamental na conceituação dessa expressão. Assim, diante da dificuldade de definir o que é o ativismo, a autora destaca algumas perspectivas de abordagem, ressaltando que, na prática, esses enfoques se misturam: “a) decorrência do exercício do poder de controlar a constitucionalidade dos atos dos demais poderes; b) sinônimo de maior interferência do Judiciário; c) como abertura à discricionariedade no ato decisório; d) aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador”⁴⁵.

A autora traz a para a discussão a conceituação de Veríssimo⁴⁶ sobre o problema do ativismo, que, segundo ele, o atual contexto jurídico consolidou o “ativismo judicial (‘à brasileira’)”. Para esse autor, o perfil ativista do Judiciário, que apresenta peculiaridades em relação às demais tradições jurídicas, foi engendrado em um ambiente marcado por duas principais transformações pelas quais passa o Supremo Tribunal Federal: o incremento de seu papel político; e a sobrecarga no volume de trabalho.

A questão acaba remetendo ao objeto principal desta pesquisa, qual seja, apreciar o ativismo judicial na fixação dos efeitos do controle de constitucionalidade. A pergunta que se põe é: nesses casos, o Supremo Tribunal Federal assume uma posição ativista, exercendo a sua discricionariedade na fixação dos efeitos da inconstitucionalidade?

Diante do exposto, crê-se que o Supremo Tribunal Federal age de maneira discricionária quando da fixação dos efeitos da decisão do controle de constitucionalidade, principalmente pelo caráter aberto da legislação que permite aos aplicadores do direito declararem que a decisão modulada somente vigorará em “outro momento que venha a ser fixado”, conforme parte final do art. 27 da Lei n. 9.868/99.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entende-se que o presente trabalho cumpriu sua função, qual seja, apresentar, baseado na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e a partir da análise de um caso concreto, a modulação, o ativismo judicial e a discricionariedade.

⁴⁵ TASSARINI, Clarissa. *Ativismo judicial: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana*. Dissertação de Mestrado. São Leopoldo, Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2012, p. 23.

⁴⁶ VERÍSSIMO, Marcus Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”. *Revista Direito GV*, São Paulo, 4 (2), p. 407-440, jul./dez. 2008.

Fundado em Ramos, o ativismo judicial concentra, como principais enfoques, o exercício do controle de constitucionalidade, a existência de omissões legislativas e o caráter de vagueza e ambiguidade do direito. Desses pontos, percebe-se claramente a possibilidade de atuação discricionária por parte dos aplicadores do direito, que, principalmente em relação aos dois últimos (omissões legislativas e o caráter de vagueza e ambiguidade do direito), se veem “obrigados” a legislar, e, assim agindo, ampliar sua função jurisdicional em detrimento do poder Legislativo, desconfigurando o modelo de Estado fundado na tripartição de poderes.

A política ativista do judiciário acaba remetendo ao objeto principal desta pesquisa, qual seja, apreciar o ativismo judicial, e, consequentemente, a discricionariedade na fixação dos efeitos do controle de constitucionalidade concreto. Buscou-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal os critérios utilizados pelos ministros para declararem a modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e percebeu-se que tal declaração é fundada em critérios subjetivos (segurança jurídica e interesse social), abrindo espaço para eles atuarem de maneira discricionária.

Também, descobriu-se que, em que pese a declaração da modulação no controle de constitucionalidade ter como regra a fixação de efeitos *ex tunc*, o judiciário pode declarar efeitos *ex nunc* ou até mesmo *pro futuro*, como é o exemplo do estudo de caso realizado. A preocupação que fica é: qual o critério jurídico utilizado? Ele será respeitado no futuro?

Ainda, certo é que muitas questões atinentes ao tema foram deixadas de lado, contudo, servirão para novos questionamentos. Entre elas: o ativismo judicial no direito comparado; a evolução do ativismo e o ativismo no Brasil; a origem histórica da modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade; a (in)segurança jurídica dos efeitos *pro futuro*.

Mesmo assim, o trabalho cumpriu sua proposta de, a partir de um estudo de caso, colocar em pauta a contemporânea discussão relativa ao ativismo judicial na modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade, bem como relacionar a postura ativista à discricionariedade judicial.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Ana Paula. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade*. Ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei n. 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário/RS. Recorrente: União. Recorrido: Leonardo Cristian Mello Machado. Relatora Cármen Lúcia, julgamento em

09/02/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624857>>. Acesso em: 13 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário/RS. Recorrente: União. Recorrido: Eduardo Xavier da Costa. Relator: Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 21/06/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=594892&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 13 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade/PR. Reque-rente: Governador do Estado do Paraná. Requerido: Governador do Estado do Paraná e Assembleia Legislativa do Estado do Paraná. Relator: Menezes Direito, julgamento em 15.04.09, Plenário, *DJe* 25/09/2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=603019>>. Acesso em: 13 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade/SC. Reque-rente: Mesa Diretora da Câmara Legislativa do Distrito Federal. Requerido: Congresso Nacional e Presidente da República. Relator: Carlos Ayres Britto, julgamento em 24/10/2007, *DJ* 23/11/2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/pagi-nador.jsp?docTP=AC&docID=495518>>. Acesso em: 13 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário/SP. Recorrente: Ministério Público Estadual. Recorrido: Câmara Municipal de Mira Estrela e outros. Relator: Mau-rício Corrêa. Julgamento em 06/06/2012, Plenário, *DJe* 07/05/2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>> Acesso em: 13 jul. 2015.

HART, Herbert. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. v. 2.

NOTÍCIAS. Idade para ingresso na carreira militar, a partir de 2012, deverá ser fixada por lei. STF, 09 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticia-Detalhe.asp?idConteudo=171591>>. Acesso em: 05 ju 2012.

POSNER, Richard. *Cómo deciden los jueces*. Tradução de Victoria Roca Pérez. Madrid: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, 2011.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Ma-lheiros, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle*

Evidências de ativismo judicial na modulação de efeitos judicial

difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Revista Argumenta*, Jacarezinho – PR, 7, p. 45-68, fev. 2013. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72/72>>. Acesso em: 13 jul. 2015.

TASSINARI, Clarissa. *Ativismo judicial: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana*. Dissertação de Mestrado. São Leopoldo, Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2012.

TRINDADE, André Karam. Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 231-253.

TRINDADE, André Karam. O Supremo Tribunal Federal e o Pêndulo de Foucault. In: TRINDADE, André Karam; ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira (Orgs.). *Direitos fundamentais e espaço público II*. Florianópolis e Passo Fundo: Conceito Editorial e IMED, 2011, v. 2, p. 127-142.

VERISSIMO, Marcus Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”. *Revista Direito GV*, São Paulo, 4 (2), p. 407-440, jul./dez. 2008.

Data de envio: 18/12/2014

Data de aprovação: 22/07/2015

FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NA TEORIA GERAL DO DIREITO

THE COMPANY SOCIAL FUNCTION IN GENERAL THEORY OF LAW

Carolina Iwancow Ferreira*

Jean Carlos de Moraes**

RESUMO

Com o objetivo de compreender as novas diretrizes do direito empresarial e o novo papel da empresa na economia contemporânea, realizamos um breve estudo acerca da mitigação da divisão entre direito público e direito privado, da hermenêutica jurídica e sua evolução, da estrutura das normas e, por fim, dos métodos para a resolução de conflitos principiológicos. Também analisamos a história da economia e sua regulação, bem como o fenômeno conhecido como “dirigismo constitucional”, ressaltando a importância da atividade empresarial nas políticas públicas. Dessa forma, constatamos que o cerne da discussão a despeito da aplicação ou não do princípio da função social da empresa deixou de trilhar caminhos sobre seu caráter judicante, passando a discussão ao plano da colisão entre os princípios da dignidade da pessoa humana e da livre iniciativa.

Palavras-chave: Função Social da Empresa; Sopesamento; Colisão de Princípios.

ABSTRACT

In order to comprehend the new guidelines of business law and the new role of business in today's economy, we briefly studied the mitigation of the

* Pós-doutoranda em Direito Empresarial pela Universidade de Coimbra – Portugal. Doutora e mestre em Direito das Relações Econômicas Internacionais pela PUC-SP. Advogada no Brasil e em Portugal. Pesquisadora e professora universitária. Autora de diversas obras e artigos jurídicos. www.iwancow.adv.br <http://lattes.cnpq.br/4914009242076080>. Instituição: PUC-SP (Pesquisadora-colaboradora: “Direito Internacional e Globalização Econômica”). Endereço comercial: Rua Maria Encarnação Duarte, 484, Bairro: Chácara da Barra, CEP 13090-766, Campinas/SP. Endereço Postal: Rua Ministro Oscar Saraiva, 130, 72-B, Bairro: Jardim das Paineiras, CEP: 13092-342, Campinas/SP. E-mail: caroliwancow@hotmail.com. Telefones: (19) 98109-0177 ou (11) 98361-9435 ou (19) 2517-6097.

** Bacharelado em Direito, 10º semestre, pela PUC-Campinas. E-mail: jeancm10@hotmail.com. Correspondência para/Correspondence to: Rua José Antonio Pinheiro Mariano, 100, casa 2, Bairro: Centro, Nazaré Paulista/SP, CEP: 12960-000. Telefones: (11) 97191-9361 ou (11) 4597-2018.

division between public law and private law, the legal hermeneutics and its evolution, the rule structure and, finally, the methods for conflict resolution between principles. We analyzed economics history and its regulation, besides the phenomenon known as “constitutional dirigisme”, as well as the importance of enterprise activity in public policy. Thereof, we found out that the main discussion is related to the application or not of the company social function principle that has no longer its judicial character, towards to principles collision between human dignity and free enterprise activity.

Keywords: Company Social Function; Balancing; Principles Collision.

INTRODUÇÃO

O Direito, enquanto instrumento de controle social que ora transforma a sociedade e ora é por ela transformado, evidentemente, possui tênue relação com a história da humanidade.

Partindo-se dessa premissa, cumpre entender o modo como evoluiu a concepção do direito privado e do direito público no decorrer da história, divisão que remonta ao direito romano clássico, que atribuía ao primeiro a regulação dos interesses privados e, ao segundo, as normas que regem a relação do indivíduo em face do Estado para que, enfim, possamos entender o surgimento e aplicação da denominada tese da “função social da empresa”.

56

Nessa toada, a linha temporal teve como marco precursor as Cruzadas do século XV, que romperam com o sistema econômico feudal e criaram as cidades e, por consequente, as grandes feiras para as trocas de mercadorias¹.

Tais mudanças foram chamadas pelos historiadores de mercantilismo, um sistema que alavancou o consumo e a utilização do ouro que à época simbolizava a moeda referencial do mercado.

Cumpre mencionar que a estrutura burguesa era baseada no sistema do liberalismo econômico e, em virtude deste, prevalecia o interesse da classe dominante, no qual os burgueses entendiam desnecessária a intervenção estatal na regulação do mercado, sendo este regido pelas suas próprias forças semelhante a uma “mão invisível”² que controla e manipula as relações sociais e econômicas.

Por conseguinte, com o crescimento da burguesia e a Revolução Industrial, o poder foi, então, concentrado nas mãos dos proprietários dos meios de produção, ocorrendo a despersonalização do trabalho humano e a semiescravidão.

¹ Para maior aprofundamento do fenômeno histórico das Cruzadas, consultar o livro de Joseph-François Michaud, *História das cruzadas*, com tradução brasileira do Padre Vicente Pedroso. Livro Sexto. São Paulo: Editora das Américas, 1956, v. 2, p. 312-316.

² Segundo afirma Adam Smith, o comerciante, embora movido pelo seu próprio interesse egoísta, é levado por “mão invisível” a promover algo que nunca fez parte do interesse dele: o bem-estar da sociedade.

Posteriormente, a busca pela acumulação de capital, ou “acumulação primitiva”, deu origem à compra e venda do trabalho enquanto mero objeto.

A evolução das indústrias resultou na especialização do trabalho e em métodos de racionalização, como o *taylorismo*³ e o *fordismo*⁴, que, basicamente, incentivavam a política do estoque de mercadorias.

Sob a perspectiva dos trabalhadores, os problemas eram ainda mais críticos; relatos históricos trazem a angústia à qual o trabalhador era submetido, tendo, muitas vezes, jornadas de mais de vinte horas diárias, em condições precárias. Saliente-se que não somente homens trabalhavam, mas mulheres e crianças eram exploradas à exaustão, os salários eram insuficientes para uma vida digna e a alimentação era bastante precária⁵.

Nesse contexto social, não demorou muito para os empregados se organizarem em sindicatos e lutarem por seus direitos; sendo a origem do sindicalismo encontrada na Inglaterra. Os primeiros sindicatos eram formados por pequenos clubes locais, cujo principal objetivo era assegurar a vigência das leis trabalhistas.

Em 1824, na Inglaterra, o Partido Radical da Câmara dos Comuns conseguiu a aprovação de projeto dando existência legal aos sindicatos. Contudo, a medida foi revogada em 1825⁶.

Em 1834, no mesmo país, foi fundada a *União dos Grandes Sindicatos Nacionais Consolidados*, composta por meio milhão de trabalhadores. Porém, o reconhecimento oficial dos sindicatos ingleses deu-se apenas em 1871, com a promulgação da Lei dos Sindicatos⁷.

No Brasil, as duas primeiras normas sindicais foram o Decreto n. 979 de 1903 e o Decreto Legislativo n. 1.637 de 1907 – o primeiro, sobre sindicatos rurais; e o segundo, sobre sindicatos urbanos –, dispondo que a constituição de sindicatos visava ao espírito de harmonia entre patrões e operários, por meio de conselhos permanentes de conciliação e arbitragem destinados a dirimir as di-

³ O *taylorismo* é um modelo de administração desenvolvido pelo engenheiro norte-americano Frederick Taylor. Este é considerado o pai da administração científica e um dos primeiros sistematizadores da disciplina científica na administração de empresas. O sistema de *taylorismo* tem como base a execução de tarefas de forma a aumentar a eficiência operacional do resultado. Trata-se de encontrar formas de trabalhar melhor para potencializar o resultado.

⁴ Henry Ford foi o inventor do primeiro carro comercial e também o criador de um sistema de produção moderno chamada de produção em massa. Na produção de Henry Ford, cada pessoa deveria fazer uma parte do produto. Uma pessoa apenas colocava os botões; outra, apenas as calotas; outra, apenas as rodas; e assim por diante. Esse sistema de produção é usado até hoje não apenas na fabricação de carros, mas em todos os outros itens fabricados no mundo.

⁵ Para maiores relatos das relações trabalhistas da época, consultar a obra *Curso de direito do trabalho* do eminente jurista Amaury Mascaro Nascimento.

⁶ NASCIMENTO, Amaury Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 52.

⁷ NASCIMENTO, 2011, p. 53.

vergências e buscar a harmonia entre patrões e empregados, conforme artigo 8º do aludido decreto⁸. A mudança que o mencionado decreto provocou tratou-se de um incentivo à arbitragem trabalhista entre empresa e empregado, derivada de experiências de outros países, em especial a Nova Zelândia.

A origem do sindicalismo e a luta de trabalhadores serviram, portanto, de pilar fático para a futura construção da chamada *Teoria da Função Social da Empresa*.

Enfim, é latente que a função social da empresa tem características implícitas e explícitas na sociedade, haja vista que incentiva o melhor tratamento de trabalhadores em geral, bem como influencia na relação social e na transformação dela como um todo.

DIREITO UNITÁRIO

A distinção entre direito público e direito privado remonta ao direito romano clássico como é perceptível no Código de Ulpiano que, em seu Livro I, Título I, § 4º, dispõe: *ius publicum est quod ad statum rei romanae spectat privatum, quod ad singulorum utilitatem*⁹. Também, nas Institutas de Justiniano, Livro I, Título I, § 4º: “O estudo do direito é dividido em dois ramos, público e privado”. Direito público é o que diz respeito ao governo do Império Romano; direito privado o que concerne aos interesses individuais.

58

Logo, o direito privado foi permeado pelos princípios da livre iniciativa e da autonomia da vontade, claramente consagrados pelo Código Napoleônico de 1804¹⁰. Já o regime de direito público foi fundado na soberania estatal e na supremacia do interesse público¹¹.

Ocorre que, ao longo do século XX, hecatombes mundiais, como o holocausto e o genocídio provocados pela Segunda Guerra Mundial¹², trouxeram à tona a crise da hermenêutica jurídica e da divisão estanque entre direito público e direito privado.

Nesse contexto, os princípios passaram a preencher importante papel no ordenamento jurídico, deixando de representar meras orientações sem caráter cogente para, enfim, terem força vinculante.

⁸ NASCIMENTO, 2011, p. 96.

⁹ O trecho de Ulpiano supracitado significa que o direito público diz respeito ao estado da coisa romana, à *polis* ou *civitas*, o privado à utilidade dos particulares; o que mostra como era a cultura da Antiguidade.

¹⁰ Inicialmente, o Código Napoleônico de 1804 abordava somente questões de direito civil, demonstrando a persistente divisão romana entre direito privado e direito público.

¹¹ Adotando a teoria do eminente jurista Celso Antonio Bandeira de Mello, a supremacia do interesse público sobre o privado é uma das “pedras de toque” do direito público, resultando no modo como a norma será interpretada.

¹² Dados da ONU revelam que aproximadamente 60 (sessenta) milhões de pessoas em todo o globo faleceram em virtude da Segunda Guerra Mundial.

Então, o liberalismo puro resultou superado pelo intervencionismo estatal em virtude da força normativa dos chamados princípios de ordem pública.

No Brasil, essa nova forma de enxergar o direito ficou conhecida como “constitucionalização do direito privado”, operando fenômenos como o dirigismo contratual e a relativização do direito à propriedade¹³.

Os pós-positivistas argumentam que o ordenamento jurídico é um sistema orgânico que tem como núcleo o princípio da dignidade da pessoa humana e, ao seu redor, gravitam os demais princípios e regras¹⁴.

Assim, a Constituição Federal permeada pelo princípio da dignidade da pessoa humana é entendida como o cerne do ordenamento jurídico, irradiando seus valores e dando-lhes unidade.

O mencionado pensamento promoveu novas técnicas de hermenêutica, entre as quais os princípios da concordância-prática, da interpretação conforme a Constituição e o da unidade.

Por consequência, a distinção entre direito público e direito privado passou a ter efeitos didáticos, simplesmente, visto que a interpretação deve ser sistêmica, na qual a Constituição traça as regras gerais de ordem pública que limitam a autonomia das partes no direito privado com o fito de razoabilidade.

Nesse propósito, dispõe o constitucionalista Afonso Arinos Melo Franco¹⁵:

Mesmo para o jurista a distinção é irrelevante se ele se colocar na observação da gênese do Direito porque, provindo sempre para ele o direito do Estado, pouca diferença faz que se trate de direito privado ou público. Por outro lado, (...) o Estado, como qualquer outra instituição social, e até a própria sociedade, existe, em última análise, para tornar possível o convívio humano e, por conseguinte, para atender (...) os interesses dos indivíduos.

Portanto, normas gerais de ordem pública, em virtude de seu alto grau de exigência, deverão condicionar atividades privadas aos interesses do bem comum, o que, por óbvio e ululante, é perceptível na aplicação da *Teoria da Função Social da Empresa* que, por sua vez, regula a livre iniciativa do empresariado.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 82.

¹⁴ Parafrazeando Miguel Reale, a expressão unidade orgânica no ramo do Direito se refere a uma unidade de fins. Assim, alguns biólogos afirmam que a ideia de fim é útil à compreensão dos organismos vivos, o que esclarece a metáfora feita pelos pós-positivistas no estudo do ordenamento jurídico, haja vista que o fim da teoria é inovar a aplicação do Direito ao utilizar o princípio da dignidade humana como núcleo do sistema. In: REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 7.

¹⁵ FRANCO, Afonso Arinos Melo. *Curso de direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1968, v. 1, p. 20.

FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

O cerne do princípio da função social da empresa tem como sustentáculo o princípio da função social da propriedade. Assim, para a compreensão do notável princípio, deve-se entender o conceito de função social da propriedade que lhe deu origem.

No direito romano, a propriedade se revestia de caráter absoluto e exclusivo, ou seja, o direito adquirido à propriedade era intocável. Em razão da importância da propriedade, esta é inerente à natureza humana sendo uma dádiva de Deus aos homens para que possam prover suas necessidades e suas famílias¹⁶.

Em contrapartida ao conceito de propriedade como direito absoluto, o jus filósofo francês *León Duguit* trouxe relevantes debates para a compreensão do tema.

Em seu magistério, *Duguit* pregou a transformação da natureza jurídica da propriedade. Para o saudoso jurista, o proprietário tem a incumbência de empregá-la no incremento do bem comum.

Nessa esteira, percebe-se a irradiação da solidariedade no conceito de propriedade visto que a norma jurídica deve ser interpretada no interesse da sociedade, e não apenas no interesse do indivíduo como ser excluído da coletividade.

Logo, o tema da função social da propriedade concorre com a eliminação da rígida dicotomia entre o direito público e o direito privado.

60

Cumprir mencionar que o vocábulo “função” vem do latim *functio*, que significa trabalho, exercício, cumprimento. Remonta ao verbo “fungi”, isto é, cumprir uma função.

Saliente-se que a função social da propriedade corresponde a limitações fixadas no interesse público e tem por finalidade instituir um conceito dinâmico de propriedade em substituição ao conceito estático, representando uma projeção anti-individualista¹⁷.

No plano fático, a Constituição de *Weimar*¹⁸, em 1919, inovou ao elevar a função social ao nível de princípio jurídico. O diploma também foi pioneiro em reconhecer e positivar a ordem econômica e social com implicações para a questão da propriedade, de forma a construir uma nova etapa frente ao já superado *laissez faire, laissez passer*¹⁹.

¹⁶ Segundo a *Teoria da natureza humana da propriedade*, tal direito é inerente ao homem, sendo, portanto, um direito natural independente de positivação.

¹⁷ FACHIN, Luiz Edison. *A função social da posse e a propriedade contemporânea*. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 20.

¹⁸ A Constituição de *Weimar*, na Alemanha, representa a ascensão do Estado Social, em contrapartida ao declínio do Estado Liberal, trazendo ao mundo fático a necessidade de regulação e proteção dos direitos sociais.

¹⁹ “Deixai fazer, deixai passar”. *Ibid*, p. 17.

No Brasil, o artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal de 1988, dispõe que “a propriedade atenderá a sua função social”. Ademais, o § 1º do artigo 1.228 do Código Civil vigente preconiza que:

O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Segundo Pietro Perlingieri²⁰:

O conteúdo da função social assume um papel do tipo promocional. No sentido de que a disciplina das formas de propriedade e suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento. E isso não se realiza somente finalizando a disciplina dos limites à função social. Esta deve ser entendida não como intervenção ‘em ódio’ à propriedade privada, mas torna-se ‘a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a um determinado sujeito’, um critério de ação para o legislador, e um critério de individuação da normativa a ser aplicada para o intérprete chamado a avaliar as situações conexas à realização de atos e de atividades do titular.

Ademais, o princípio da função social da propriedade serviu de alicerce para a futura extensão de sua interpretação à dimensão da administração de empresas.

FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

A teoria da função social da empresa é uma das ramificações do basilar princípio da função social da propriedade. Conforme Fábio Konder Comparato²¹, o poder de controle empresarial, que não pode ser qualificado enquanto *ius in re*²², há de ser incluído na abrangência do conceito constitucional de propriedade.

No Direito Comparado, a função social da empresa foi definida pelo *Livro Verde da Comissão Europeia*²³ como conceito segundo o qual as empresas decidem, em uma base voluntária, contribuir para uma sociedade mais justa e para um ambiente mais limpo.

²⁰ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 226.

²¹ COMPARATO, Fábio Konder. Anais do XII Congresso Nacional de Procuradores do Estado. Salvador: PGE-BA, 1986, p. 43-44.

²² Direito real.

²³ Comissão das Comunidades Europeias – CCE. *Livro verde: promover um quadro europeu para a responsabilidade social das empresas*. Bruxelas: 2001, p. 4.

No Brasil, o *Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social*²⁴ conceitua a responsabilidade social das empresas enquanto:

Forma de gestão que se define pela relação ética e transparente da empresa com todos os públicos com os quais ela se relaciona e pelo estabelecimento de metas empresariais que impulsionem o desenvolvimento sustentável da sociedade, preservando recursos ambientais e culturais para as gerações futuras, respeitando a diversidade e promovendo a redução das desigualdades sociais.

Portanto, duas teorias se destacaram quanto ao conceito de função social da empresa, quais sejam, a teoria dos *shareholders* (acionistas) e a teoria dos *stakeholders* (partes interessadas).

Quanto à primeira, Milton Friedman²⁵ ensina que a responsabilidade social está relacionada ao compromisso dos indivíduos e não exatamente das empresas, já que essas organizações existem para obter lucro e remunerar seus funcionários.

Quanto à segunda teoria, Robert Edward Freeman e David L. Reed²⁶ conceituam *stakeholder* como “qualquer grupo ou indivíduo identificável, que pode influenciar uma organização ou por ela ser influenciado, pela qual a corporação está organizada para o benefício da sociedade em geral”.

Para melhor compreensão, vejamos o entendimento de Alexandre Husni²⁷:

Ao avaliarmos a questão da interação da empresa socialmente responsável com os *stakeholders*, aqui vistos como o universo de agentes e entes que se relacionam com a empresa de forma interna e externa, propusemos uma divisão de categorias, partindo da premissa de que no gênero função social existe, entre as espécies, a empresa societariamente responsável que, na nossa ótica, é aquela que cumpre estritamente com todas as obrigações impostas pelo exercício da atividade empresarial e para com as leis e regulamentos concernentes, atendendo as reivindicações dos poderes públicos, mantendo, em alguns casos, sistemas de governança corporativa, pagando seus tributos, bem atendendo aos seus consumidores e fornecedores e mantendo as suas obrigações sociais de âmbito tra-

²⁴ Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social. *O que é ser?* Disponível em: <http://www1.ethos.org.br/EthosWeb/pt/29/o_que_e_rse/o_que_e_rse.aspx>. Acesso em: dez. 2014.

²⁵ FRIEDMAN, Milton. *The social responsibility of business is to increase its profits*. In: The New York Times Magazine. New York: The New York Times Company, 13/09/1970. Disponível em: <<http://www.colorado.edu/studentgroups/libertarians/issues/friedman-soc-respbusiness.html>>. Acesso em: ago. 2014.

²⁶ FREEMAN, Robert Edward; REED, David L. Stockholders and Stakeholders: a new perspective on corporate governance. In: *California Management Review*. Berkeley: The Regents of the University of California, v. 25, n. 3, p. 88-106, 1983.

²⁷ HUSNI, Alexandre. *Empresa socialmente responsável: uma abordagem jurídica e multidisciplinar*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 175-176.

balhista sempre em dia. A empresa nesta condição cumpre a sua função social. Mas há também, no gênero função social, a espécie da empresa socialmente responsável que vai além dos ditames legais e contratuais, na busca de ideais comunitários e sociais, implementando programas mais sofisticados de governança corporativa, preocupando-se ativamente com o meio ambiente, inclusive o de trabalho, participando de atividades que se relacionam ao social, desenvolvendo políticas de relacionamentos com *stakeholders* através de códigos de melhores práticas e colaborando ativamente no que lhe concerne para um desenvolvimento sustentável, para a inclusão social, digital ou outra de qualquer natureza.

Por todas as considerações expostas, alerta a autora Carolina Iwancow Ferreira que “a análise pormenorizada da Governança Corporativa sob a ótica do Direito é medida impositiva, enquanto mecanismo de eficiência, eficácia e efetividade dos comandos jurídicos²⁸”.

Tais ideias trazem à tona a importância da empresa para a economia que, como consequência, deve ser responsabilizada juntamente com o Estado pelo bem-estar social. “A função social da empresa representa um conjunto de fenômenos importantes para coletividade e é indispensável para a satisfação dos interesses inerentes à atividade econômica²⁹”.

Em completude ao direito privado, a Constituição deixou de ser “mero papel e tinta³⁰” sem poder vinculante, passando a ter características de norma cogente que irradia seus efeitos para todo o ordenamento jurídico, inclusive para o moderno direito empresarial. Assim, a dicotomia público-privado torna-se cada vez mais obsoleta na resolução dos conflitos.

Vejam os artigos 170 da Constituição Federal Brasileira de 1988:

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, observados os seguintes princípios: (...)
III – função social da propriedade.

O aludido dispositivo reflete seus efeitos não só na relação entre o Estado e os indivíduos, mas também entre os particulares.

Portanto, utilizando-se de interpretação lógica, se a função social da empresa é espécie do gênero função social da propriedade, por óbvio a mencionada

²⁸ FERREIRA, Carolina Iwancow. *Manual de governança corporativa: nacional e internacional*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014, p. 24.

²⁹ ALMEIDA, Maria Christina de. *A função social da empresa na sociedade contemporânea: perspectivas e prospectivas*. Marília: Unimar, 2003, v. 3, p. 141-151.

³⁰ Expressão usada pelo reconhecido constitucionalista Ferdinand Lassale nos livros *Essência de uma constituição* e *O que é uma constituição?* ambos de sua autoria.

norma será aplicada ao direito privado, em especial na forma de organização das empresas e sua administração.

Nas palavras de Calixto Salomão Filho³¹:

No Brasil, a ideia da função social da empresa também deriva da previsão constitucional sobre a função social da propriedade (art. 170, III). Estendida à empresa, a ideia de função social da empresa é uma das noções de talvez mais relevante influência prática na transformação do direito empresarial brasileiro. É o princípio norteador da 'regulamentação externa' dos interesses envolvidos pela grande empresa. Sua influência pode ser sentida em campos tão díspares como direito antitruste, direito do consumidor e direito ambiental. Em todos eles, é da convicção da influência da grande empresa sobre o meio em que atua que deriva o reconhecimento da necessidade de impor obrigações positivas à empresa. Exatamente na imposição de deveres positivos está o seu traço característico, a distingui-la da aplicação do princípio geral *neminem laedere*. Aí está a concepção social intervencionista, de influência reequilibradora de relações sociais desiguais.

Todavia, muitos doutrinadores argumentam pela ausência de imperatividade do supracitado princípio, visto que o não cumprimento da função social da empresa não acarretará sanções ao empresário. Jorge Manuel Coutinho de Abreu³² assevera que, sob a perspectiva dos trabalhadores, a norma é de conteúdo quase nulo.

Ora, se o legislador constitucional enumerou a função social da propriedade como um dos princípios gerais da ordem econômica e financeira, não se pode dizer que ela não tem caráter cogente.

Como visto anteriormente, entendendo o ordenamento jurídico enquanto sistema orgânico que tem como núcleo a Constituição da República, resta claro que as normas consubstanciadas na Carta Magna deverão completar as omissões deixadas pelas normas de cunho meramente privatista.

Ainda, os contemporâneos estudos da *Teoria Geral do Direito* trazem, aos meandros da discussão, a força normativa dos princípios de modo a equipará-los a qualquer regra escrita, o que demonstra que eles terão imperatividade.

Diante do exposto, ainda que se negue a força normativa da Constituição e a consequente falta de coercibilidade de seu artigo 170, o princípio da função social da empresa está regulamentado, igualmente, no âmbito infraconstitucional ou legal.

³¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano XLII, n. 132, out.-dez./2003, p. 8.

³² ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Da empresarialidade: as empresas no direito*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 231.

Tal prerrogativa está prevista no parágrafo único do artigo 116 da Lei 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações):

O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir a sua função social, e tem os deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Mais adiante, reza o artigo 154 do mesmo diploma legal: “O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa”.

Destarte, independentemente da posição que o intérprete adote quanto ao dirigismo constitucional e seu caráter nuclear no ordenamento jurídico, é indubitável que os mais ferrenhos defensores da lei em sentido estrito não concordam que a função social da empresa tem resquício em lei, não podendo ser denegada sua presença no ordenamento jurídico brasileiro.

Ademais, o presente dispositivo legal foi plenamente *recepção* pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 170, o que resultou na repercussão de seus efeitos em todo o ordenamento jurídico nacional, no qual a função social da empresa assumiu importante *status* jurídico. Então, o supracitado princípio teve repercussão direta no âmbito contratual, assim como nas relações de consumo.

Conforme o Código Civil, o nascimento da empresa decorre da *affectio societatis* que se origina do chamado contrato em sociedade. Nesse sentido, dispõe o artigo 981 do Código Civil de 2002: “celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens e serviços, para o exercício da atividade econômica e a partilhar, entre si, os resultados”.

Portanto, se o nascimento da empresa é uma relação contratual, seus limites são definidos pelo princípio da função social, conforme preconiza o artigo 421 do Código Civil em vigor: “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

É clarividente, como anteriormente narrado, que a função social da empresa decorre essencialmente do nascimento de cláusulas gerais e dirigentes nos contratos civis, o que demonstra que a função social da empresa é uma das mutações da função social do contrato.

Já na esfera consumerista, verifica-se que o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 51, reconheceu o aludido princípio ao estabelecer finalidades sociais como a obrigação de promover a proteção ao meio ambiente, bem como a responsabilidade da empresa no que tange à violação da boa fé na relação de consumo e a nulidade da elaboração de cláusulas abusivas.

A título informativo, parafraseando Robert Alexy³³, o ordenamento jurídico é composto por normas e estas são divididas em princípios e regras. A partir dessa premissa, percebe-se que a norma jurídica da função social da empresa tem caráter *dúplice*, visto que pode ser tratada tanto como regra quanto como princípio.

O princípio da função social da empresa previsto na Constituição Federal pode ser realizado em diversas medidas conforme uma precedência condicionada ao caso específico, haja vista que, em determinadas situações, há razões jurídico-constitucionais praticamente inafastáveis para uma relação de prevalência. Já a regra prevista na Lei das Sociedades por Ações (LSA) que invoca a função social da empresa se restringe à dimensão da validade, ou seja, conforme preleciona *Ronald Dworkin* como “tudo ou nada”.

Então, a menos que haja uma regra revogatória do mencionado dispositivo, a função social da empresa tem validade e, seguramente, eficácia jurídica. Resta claro que, independentemente da posição que se adote, seja a função social da empresa como mera regra ou como mero princípio, em ambos os casos gerará efeitos jurídicos.

Posteriormente, a discussão da aplicação ou não da teoria da função social da empresa deve caminhar não em relação ao seu caráter judicante, mas na análise do conflito entre os princípios da livre iniciativa e da dignidade da pessoa humana.

66

COLISÃO DE PRINCÍPIOS

O principal dilema quanto à aplicação prática do princípio da função social da empresa pertence ao conflito entre a liberdade de iniciativa e a dignidade da pessoa humana, haja vista que, em razão de sua estrutura principiológica, a colisão dos mencionados princípios deriva primeiramente do mundo axiológico e, como consequência, *abstrato*.

Ocorre que, por se tratar de valores (livre iniciativa e dignidade da pessoa humana), são considerados de mesma hierarquia por parte da doutrina, pois foram ambos explicitados no mesmo dispositivo constitucional, qual seja, o artigo 170 da CF/88.

Pergunta-se: qual princípio deve prevalecer? O empresário poderá administrar sua empresa de maneira ilimitada, pois caso contrário fere o princípio da livre iniciativa? Ou sua atividade será limitada pelo interesse da coletividade?

Pois bem, princípio é toda proposição ou pressuposto de um sistema que lhe garante a validade, legitimando-o; significa, antes de tudo, ponto de partida³⁴.

³³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 85.

³⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 6.

Contudo, a partir do século XX, os princípios se tornaram mais do que ponto de partida ou sugestão para o ordenamento jurídico, visto que a doutrina contemporânea entende o princípio enquanto norma³⁵:

O ponto decisivo na distinção entre regra e princípio é que 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 e que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato que a medida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas.

Nesse sentido, a diferença entre princípios e regras quanto a seu caráter estrutural é importante para se entender a solução da colisão entre princípios.

É sabido que o conflito entre regras somente será solucionado se, no caso específico, há uma regra de exceção ou se uma das regras é considerada inválida. Assim, não havendo regra de exceção, a regra deverá ser eliminada do ordenamento jurídico. Tal conflito, portanto, está restrito ao campo da validade³⁶.

Entretanto, há casos em que a colisão não pertence ao plano das regras, mas aos dos princípios, devendo ser solucionada de forma diversa, o que dificulta a solução dos chamados *hard cases*³⁷.

Ocorrendo a colisão entre princípios, algum deles terão de ceder, isto é, não será declarada a invalidade de um deles, mas a procedência de um em face do outro sob determinadas condições que somente o caso fático dirá.

Parafrazeando Robert Alexy³⁸, o conflito entre regras surge na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios ocorrem para além dessa dimensão, na dimensão do peso.

Para determinar qual princípio deverá prevalecer sobre o outro, utilizamos a Lei da Colisão, ou seja, o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base no caso concreto. Fica clara a inexistência de relação absoluta entre princípios e sua não quantificação.

³⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 90.

³⁶ Conforme o renomado jurista Pontes de Miranda, o ato jurídico é dividido em três planos, a saber: plano da existência; plano da validade; e plano da eficácia. Insta salientar que a divisão ficou conhecida como *Escada ponteana*.

³⁷ Expressão usada na hermenêutica jurídica para designar os casos de difícil solução, no qual importa que o simples mecanismo de *subsunção* do fato à norma é insuficiente para a resolução do conflito.

³⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 94.

Nesse diapasão, os princípios contêm mandamentos *prima facie*; enquanto as regras, um mandamento definitivo, caso não haja nenhuma regra de exceção.

Por todo o exposto, a colisão entre o princípio da livre iniciativa e o da função social da empresa deverá ser resolvida pela teoria da máxima proporcionalidade e pela citada Lei da Colisão.

Sabendo que os princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas, a máxima da proporcionalidade exige o sopesamento entre ambos, que decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas.

A aplicação da teoria da máxima proporcionalidade deve adotar caracteres de adequação e razoabilidade, ou seja, exige-se que o objetivo não possa ser igualmente realizado por meio de outra medida menos gravosa ao indivíduo.

A ponderação dos princípios será fundamentada, pois, caso contrário, corre-se o risco de ser arbitrária. Nessa esteira, quanto maior o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá de ser a importância da satisfação do outro³⁹.

Em vista disso, para se justificar a escolha, será necessária a fundamentação racional⁴⁰. Dessa forma, não há uma liberdade de empresa que seja limitada por sua função social; o que ocorre é a necessidade de balancear o princípio da livre iniciativa em virtude da importância do princípio da dignidade da pessoa humana que, como demonstrado, integra o centro do ordenamento jurídico⁴¹.

Não se pode falar em hierarquia de valores, mas sim de aplicação da Lei de Colisão e da máxima proporcionalidade. A função social da empresa não pode ser interpretada de forma isolada, mas em harmonia com os demais princípios, não privilegiando valores individuais sobre os coletivos.

Por conseguinte, conforme a Lei de Sopesamento, quanto mais se restringir a livre iniciativa maior deverá ser a importância do princípio da função social da

³⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 167.

⁴⁰ Para aprofundamento do tema sobre a fundamentação racional, recomenda-se a obra *Teoria da argumentação*, escrita pelo jurista alemão Robert Alexy.

⁴¹ A jurisprudência também se utiliza do método da ponderação para a solução da colisão entre os princípios citados: TRT/PR-01-10-2004. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E DA EMPRESA. VALOR SOCIAL DO TRABALHO. LIVRE INICIATIVA. A liberdade de iniciativa deve ser compreendida a partir da locução do caput do art. 170 da Constituição Federal, em que o legislador constituinte acentuou que a ordem econômica é fundada, prioritariamente, na valorização do trabalho humana. Da mesma forma, a função social da empresa não pode desprezar que o valor social do trabalho é princípio conformador e fundamento da própria República Federativa do Brasil. Assim, não pairam dúvidas sobre o que seja prioritário no confronto entre a liberdade empresarial de prover o quadro funcional como bem entenda e o direito do trabalhador a manter o emprego e, com ele, obter existência digna. (TRT-9 1699820023904/PR 16998-2002-3-9-0-4, Relator: Marlene T. Fuverki Suguiumatsu, Data de Publicação: 01/10/2004).

empresa. Trata-se da relativização da aplicação de determinado princípio a condições concretas e fáticas.

Sob o argumento da precedência da função social da empresa em face da livre iniciativa, ressalta Maria Christina de Almeida⁴²:

A função social da empresa deve ser entendida como o respeito aos direitos e interesses que se situam em torno da empresa, a atividade econômica não pode estar voltada somente para o bem-estar econômico de poucos, do empresário e seus acionistas, sem importar-se com as condições dos trabalhadores.

Já a corrente contrária afirma que a teoria da função social da empresa apresenta o sério risco de servir como mero disfarce retórico para o abandono do Estado de toda a política pública⁴³.

No mais, não se pode erroneamente acreditar que a discussão se limita aos muros da academia, pois trata-se de fenômeno com repercussão prática indubitável, principalmente nas relações entre as empresas e seus empregados, assim como se extrai do julgado do TRT:

TERCEIRIZAÇÃO – LIMITES DA LIVRE INICIATIVA. Embora a livre iniciativa empresarial encontre amparo na Constituição Federal e na lei civil, inexistindo norma que vede a contratação de empresas prestadoras de serviços, essa não pode fazer-se com desconsideração dos direitos constitucionalmente assegurados aos trabalhadores e tão só na intenção de reduzir custos e responsabilidades. O Direito do Trabalho visa, sempre, à melhoria das condições de vida dos trabalhadores (art. 7º, parte final, da Constituição Federal) e o tomador de serviços deve ter em mente não apenas o lado econômico da contratação, mas também os aspectos sociais a ela relacionados, jamais podendo olvidar-se de que a liberdade de contratar deve sempre ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato (art. 421 do Código Civil). É injustificável a intermediação de mão-de-obra, se o trabalhador vai desenvolver atividade típica e permanente do processo industrial normal da empresa. (TRT-3 – RO: 01432200904203000 0143200-18.2009.5.03.0042, Relator: Sebastião Geraldo de Oliveira, Segunda Turma, Data de Publicação: 19/05/2010 18/05/2010. DEJT. Página 60. Boletim: Não.)

O que se busca no presente artigo não é trazer uma resposta definitiva ao problema, mas oferecer mecanismos para a solução conforme o caso concreto.

⁴² ALMEIDA, Maria Christina de. *A função social da empresa na sociedade contemporânea: perspectivas e prospectivas*. Marília: Unimar, v2003, 3, p. 141-151.

⁴³ COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo: RT, 1976, p. 46.

Nessa seara, o instrumento apropriado para a resolução do conflito é a aplicação da ponderação mediante as Leis de Colisão e Sopesamento, nas quais o aplicador da norma consubstanciará sua escolha em argumentos racionais que melhor se apliquem ao caso concreto.

Logo, a ponderação como método de solução de conflitos ocasionados entre a colisão dos princípios da livre iniciativa e da dignidade da pessoa humana é de enorme utilidade prática, haja vista que delimitará um método que evitará decisões irrazoáveis e desproporcionais que poderiam ser tomadas ao se atribuir enorme discricionariedade ao aplicador da norma.

A título ilustrativo, vejamos mais um relevante julgado do TRT:

RECURSO ORDINÁRIO. AUSÊNCIA DO EMPREGADO PARA ACOMPANHAMENTO DE FILHO ENFERMO. DIREITO FUNDAMENTAL DO MENOR RESGUARDADO NO PODER-DEVER DO PAI. APLICAÇÃO CONJUNTA DAS NORMAS DO ART. 227 DA CF/88 E DO ART. 4º DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO INTEGRAL DO MENOR, DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. NEGATIVA POR PARTE DO EMPREGADOR. ATO ILÍCITO. DANO MORAL CONFIGURADO. O empregado tem direito a ausentar-se do trabalho para acompanhar filho ou dependente previdenciário em consulta médica, internação hospitalar ou em domicílio, sempre que assim o recomendar um profissional da medicina por meio do respectivo atestado médico. Trata-se de dar máxima efetividade aos Princípios da Proteção Integral do Menor, da Função Social da Empresa e da Dignidade da Pessoa Humana. A conduta do empregador que nega o direito do menor (resguardado na pessoa do pai-empregado), além de violar as normas principiológicas em questão, malfez os textos dos arts. 227 da CF/88 e 4º da lei 8.069/90 sendo, pois, ilícita. O dano moral decorre da própria angústia do pai que se vê impedido de atender ao filho enfermo (dano in re ipsa). Recurso ordinário conhecido e, no ponto, provido para condenar o empregador ao pagamento de indenização por dano moral. (TRT-4 – RO: 00010102120125040811 RS 0001010-21.2012.5.04.0811, Relator: Gilberto Souza dos Santos, Data de Julgamento: 09/09/2014, 1ª Vara do Trabalho de Bagé).

70

Por fim, ainda que muitos doutrinadores aceitem a tese de que o princípio da função social da empresa deve prevalecer em face da livre iniciativa, conforme determinadas situações fáticas e jurídicas, há dificuldade em convencê-los que para tanto não é necessária a direta intervenção no lucro.

FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E COMUNICABILIDADE COM O LUCRO

Muitos doutrinadores afirmam a incomunicabilidade da função social da empresa e sua principal finalidade, ou seja, o lucro.

Nessa conjectura, tais estudiosos apontam que se as empresas fazem parte da base do regime capitalista, não se pode esperar qualquer outro objetivo delas que não seja a procura pela eficiência lucrativa, pois tal mecanismo é importante para o funcionamento do ciclo capitalista por meio do mercado concorrencial.

Percebe-se que os adeptos dessa tese entendem que o mercado é organizado em função da análise das características do consumidor, em virtude da busca pelo controle da oferta e da procura, o que se projeta em um sistema concorrencial entre empresas.

Todavia, atualmente é evidente que o mercado não se molda apenas pela análise da clientela, mas inclusive pelas decisões do complexo de empresas com poderio financeiro, submetendo as empresas menos capacitadas economicamente a opções residuais de localização e estratégias de mercado.

Nessa esteira, preleciona Fábio Konder Comparato⁴⁴:

O poder econômico, portanto, é a regra e não a exceção. Ora, a finalidade última desse poder, do qual todos nós dependemos, não pode ser apenas, nem principalmente, a produção e partilha de lucros entre proprietários ou capitalistas; não deve ser, tampouco, assegurar ao empresário um nível de elevada retribuição econômica e social. O poder econômico é uma função social, de serviço à coletividade.

Dessa forma, o poder econômico pode e deve ser utilizado como mecanismo de proteção à sociedade na esfera privada, pois a empresa de grande porte é a mais capacitada em parâmetros financeiros a servir de paradigma social para as demais empresas. Assim como ocorre na esfera pública em que o abuso do poder e o desvio de finalidade maculam o ato administrativo, na esfera privada o uso do poder econômico certamente carregará o ato do particular em ilegalidade.

Ainda, para aqueles que persistem no entendimento de que o fim lucrativo da empresa sofre vertiginosa redução ao se amparar em fins sociais, basta sopesar ambos os fins para se concluir qual deles detém maior relevância em cada caso concreto. Segundo Carlos Alberto Faracha de Castro⁴⁵:

Não se pode olvidar, também, que há quem argumente que a função social da empresa é gerar lucros, como é o pensamento de *Alfredo Assis Gonçalves Neto*, que escrevendo sobre a sociedade por ações, aduz que 'não é constituída para atender o interesse público, mas para buscar o lucro no exercício de uma atividade econômica de interesse do conjunto de seus acionistas'.

⁴⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo: RT, 1976, p. 419.

⁴⁵ CASTRO, Carlos Alberto Faracha de. *Preservação da empresa no Código Civil*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 139.

Simplificando o entendimento do nobre jurista, a obtenção do lucro é um favor legal concedido à empresa e que não pode ser afastado ou prejudicado por prerrogativas que garantam o interesse público.

Porém, na posição de Modesto Carvalhosa⁴⁶:

Na composição dos diversos interesses imbricados na atividade societária encontram-se os coletivos. Cabe ao administrador proporcionar meios de maximização dos lucros sociais, desde que atendidas as exigências do bem público. Não se trata, pois, de superar o aspecto contratual de lucratividade para levar em conta outros interesses. O que deve nortear a conduta do administrador é a harmonização dos fins sociais com os demais interesses da comunidade.

Por derradeiro, informam Paulo Roberto Arnoldi e Taís Cristina de Camargo Michelin⁴⁷:

Podemos afirmar que atribuir alguns deveres a essas entidades não significa esquivar o Estado de funções que lhe são próprias. Na economia moderna, ambos devem trabalhar juntos, pois é notório que a atividade empresarial assumiu dimensões extraordinárias que cada vez mais vêm se acentuando nesta época de globalização. A crescente concentração de riquezas que estamos presenciando com os grandes conglomerados empresariais tornará, em não muito tempo, insustentável o ciclo produtivo, caso permaneça essa visão antiquada da empresa capitalista. Importante ressaltar que sua contribuição à sociedade não significa uma diminuição dos lucros. Pelo contrário, podemos felizmente constatar uma sensível melhora nas condições econômico-financeiras das instituições que têm adotado medidas de caráter social. São alternativas viáveis e necessárias a esse novo contexto mundial. A sociedade está cobrando cada vez mais essa atuação.

Então, mesmo que aceita a tese de que a função social da empresa restringe a obtenção do lucro (o que na realidade não acontece), não se pode argumentar que a restrição se dá em virtude de uma hierarquia de valores ou princípios, isto é, uma prevalência absoluta do princípio da função social da empresa em face da autonomia da vontade, visto que a proposta é que a empresa atue livremente, contudo, obedecendo às normas de proteção ao bem comum e ao interesse coletivo.

⁴⁶ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 281.

⁴⁷ ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELAN, Taís Cristina de Camargo. Novos enfoques da função social da empresa numa economia globalizada. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano XXXIX, n. 117, p. 161, jan.-mar./2000.

Finalmente, entendemos que a função social da empresa, ainda que limite em certo grau o lucro bruto da empresa, deve superá-la em virtude de uma precedência condicionada a cada caso concreto e solucionada pela Lei da Colisão⁴⁸.

CONCLUSÃO

A temática da função social da empresa representa uma única vertente dos inúmeros exemplos que trazem à tona a ultrapassada divisão dicotômica entre direito público e direito privado.

Em virtude dos ricos argumentos pós-positivistas que, em decorrência do movimento conhecido como dirigismo constitucional, entendem a Constituição Federal como lei suprema e unificam o direito público e o direito privado, seu número de adeptos tem crescido gradativamente, o que nos leva a crer que, ao longo do tempo, a dicotomia entre os dois grupos do direito somente terá importância didática.

Nessa seara, se a função social da propriedade e sua extensão dirigida à empresa foram expressamente previstas no indispensável artigo 170 da Constituição Federal Brasileira e, ademais, entendendo-a enquanto núcleo do ordenamento jurídico, torna-se evidente o caráter coercitivo desse princípio.

Em verdade, a raiz do problema está, justamente, na colisão de princípios, isto é, entre a livre iniciativa e a dignidade da pessoa humana.

De maneira geral, é clarividente que a empresa capitalista visa o lucro, enquanto a função social da empresa visa sua limitação em face do privilégio do interesse coletivo, o que evidentemente gera contradições.

Portanto, o fulcro da discussão está enraizado na solução do conflito entre princípios.

⁴⁸ Nesse sentido, dispõe a jurisprudência do TRT: DANO MORAL COLETIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRABALHO EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. TERCEIRIZAÇÃO. FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. RESPONSABILIZAÇÃO DA EMPRESA TOMADORA DOS SERVIÇOS. CONDUTA RELEVANTEMENTE OFENSIVA A DIREITOS DA COLETIVIDADE. INDENIZAÇÃO DEVIDA. 1) A livre iniciativa é fundamento do Estado Democrático de Direito, e sua coexistência com o valor social do trabalho, no inciso IV, do art. 1º, da Constituição, revela que a atuação da empresa deve ser norteada pela finalidade social, pois o lucro não é um fim em si mesmo ou bem que se possa alcançar abstratamente, uma vez que, como todas as coisas humanas, deve retirar a sua matéria da sociedade, que institui a convivência entre os homens e orienta-se pela realização do progresso e bem estar da coletividade. 2) O contrato de terceirização não ocasiona a isenção da responsabilidade da empresa que transfere a atividade de que necessita para expandir a sua prestação de serviços, pois se a redução de custos permite a ampliação de seus investimentos, ela não pode excluir a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nem retirar a obrigação constitucional de cumprir com a sua destinação social. (TRT-1 – RO: 00679007620045010302 RJ, Relator: Rogerio Lucas Martins, Data de Julgamento: 08/07/2015, Sétima Turma, Data de Publicação: 16/07/2015).

Diante de todo o exposto, aplicam-se técnicas de ponderação e da máxima proporcionalidade pelas Leis da Colisão e do Sopesamento para o desfecho da lide.

Ademais, a ponderação dos mencionados princípios será realizada com certa relativização diante das possibilidades jurídicas, devendo-se adotar o que melhor se aplicar ao caso concreto.

Insta salientar que o procedimento narrado, como muitos afirmam não é subjetivo, deixado ao imprevisível “vento” da escolha do aplicador, mas sim a um critério racional que deve ser fundamentado, segundo o qual o melhor argumento prevalecerá para determinada condição.

Então, atribuir características sociais à empresa não diminui em nada a função assistencial do Estado, visto que a crescente concentração de riquezas e o número elevado da política de estoque, certamente em pouco tempo, acarretarão no colapso do ciclo produtivo caso persista a essência da empresa capitalista que apenas visa o lucro. Logo, no mercado moderno, a empresa desvincula-se da visão absoluta de lucro e passa a ter caracteres também sociais e solidários.

A globalização tem atenuado a ideia da empresa de raiz puramente nacional, elevando-a a níveis globais, o que deixa claro que caso esta não adote funções sociais futuramente, o próprio mercado internacional se autodestruirá.

74

Importante mencionar que, em uma análise mais aprofundada, a contribuição da empresa perante a sociedade não importa necessariamente em uma redução dos lucros, mas tão somente em uma ligeira restrição à autonomia da vontade. Nesse contexto, a empresa, investindo em políticas sociais, tanto no auxílio de seus próprios empregados como no auxílio de terceiros, importa em retorno futuro do investimento, haja vista que haverá profissionais melhor qualificados no mercado e muito mais produtivos.

Resta claro que, há muito tempo, a função social deixou de ser alternativa às empresas, passando a ser obrigatória, tanto por se tratar de norma cogente como norma econômica necessária na busca do lucro em potencial.

Destarte, nossa proposta é estender, por analogia, a aplicação do direito fundamental da boa administração pública à esfera da administração privada.

Nessa esteira, o empresário deverá ater-se a regras mínimas que beneficiem o bem comum, pois isso não importa dizer que transformará a empresa privada em só mais um ente público.

O que se pretende, apenas, é trazer ao centro da vida em sociedade o tão importante princípio da dignidade da pessoa humana, ainda que isso signifique ponderar a livre iniciativa de empresas.

Por fim, no plano econômico, os estudos contemporâneos do mercado tendem a erradicar a concepção tradicional de *Adam Smith*, cuja estrutura se baseia na oferta e na demanda, haja vista que, embora se reconheçam o poder do

mercado econômico e sua importância nas relações sociais, não poderá esse poder apenas manipular a busca e o acúmulo do lucro.

Portanto, o poder econômico é função social, a serviço da coletividade e, como tal, disciplinará todo relacionamento corporativo daqui em diante rumo à prosperidade.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Da empresarialidade: as empresas no direito*. Coimbra: Almedina, 1999.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALMEIDA, Maria Christina de. *A função social da empresa na sociedade contemporânea: perspectivas e prospectivas*. Marília: Unimar, 2003, v. 3, p. 141-151.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELAN, Taís Cristina de Camargo. Novos enfoques da função social da empresa numa economia globalizada. *In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano XXXIX, n. 117, p. 161, jan.-mar./2000.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CASTRO, Carlos Alberto Faracha de. *Preservação da empresa no Código Civil*. Curitiba: Juruá, 2007.

CASTRO JÚNIOR, Armindo de. *A (ir)relevância jurídica da responsabilidade social das empresas*. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3711, 29/08/2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25175>>. Acesso em: ago. 2014.

Comissão das Comunidades Europeias – CCE. *Livro verde: promover um quadro europeu para a responsabilidade social das empresas*. Bruxelas: 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. *Anais do XII Congresso Nacional de Procuradores do Estado*. Salvador: PGE-BA, 1986.

COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo: RT, 1976.

COSTA, Moacir Lobo da. *A propriedade na doutrina de Duguit*. RF 153, ano 51. Rio de Janeiro: Forense, 1954.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

FACHIN, Luiz Edison. *A função social da posse e a propriedade contemporânea*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

FERREIRA, Carolina Iwancow. *Manual de governança corporativa: nacional e internacional*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

FRANCO, Afonso Arinos Melo. *Curso de direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1968, v. 1.

FREEMAN, Robert Edward; REED, David L. Stockholders and Stakeholders: a new perspective on corporate governance. In: *California Management Review*. Berkeley: The Regents of the University of California, v. 25, n. 3, p. 88-106, 1983.

FRIEDMAN, Milton. *The social responsibility of business is to increase its profits*. In: The New York Times Magazine. New York: The New York Times Company, 13/09/1970. Disponível em: <<http://www.colorado.edu/studentgroups/libertarians/issues/friedman-soc-respbusiness.html>>. Acesso em: ago. 2014.

HUSNI, Alexandre. *Empresa socialmente responsável: uma abordagem jurídica e multidisciplinar*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social. *O que é ser?* Disponível em: <http://www1.ethos.org.br/EthosWeb/pt/29/o_que_e_rse/o_que_e_rse.aspx>. Acesso em: dez. 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

NASCIMENTO, Amaury Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano XLII, n. 132, p. 5-24, out.-dez./2003.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. São Paulo: Nova Cultural, Coleção Os Economistas, 1988, v. 1.

Data de envio: 28/05/2015

Data de aprovação: 21/09/2015

MULTIDÃO: GENEALOGIA, ONTOLOGIA E RECONTEXTUALIZAÇÃO DO CONCEITO NA PROPOSTA DE UMA DEMOCRACIA RADICAL

MULTITUDE: GENEALOGY, ONTOLOGY AND RECONTEXTUALIZATION OF THE CONCEPT ON THE RADICAL DEMOCRACY PROPOSAL¹

Lorena Martoni de Freitas*

RESUMO

A proposta de uma democracia radical é um tema que comumente incita questionamentos sobre sua natureza. Os autores contemporâneos Michael Hardt e Antonio Negri têm se destacado no debate político-filosófico – entre outros motivos de maior profundidade – pela controversa carga semântica utilizada para comunicar o diagnóstico político apresentado em suas obras, tanto no que concerne à democracia radical, quanto à multidão, seu agente político por excelência. O primeiro passo para a leitura de seus livros consiste, portanto, em compreender a dimensão teórica de seus conceitos-chave, situando-os no espectro filosófico formado pela tradição dos pensamentos ontológico-políticos.

Palavras-chave: Multidão; Democracia radical; Filosofia política; Hardt e Negri.

ABSTRACT

The proposal for a radical democracy is a topic that often prompts questions about its nature. The contemporary authors Michael Hardt and Antonio Negri have been distinguished in the political and philosophical debate – among other reasons of greater depth – due to the controversial semantic load used to communicate the political diagnosis presented in

* Advogada e Bacharel em Direito. Mestranda em Filosofia do Direito. Pesquisadora no CAO-DH (Centro de Apoio Operacional de Direitos Humanos do Ministério Público de Minas Gerais), no projeto Grupo de Apoio ao Ministério Público no Sistema Prisional – GAMPSP. Mestranda no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito e Ciências do Estado da UFMG. Filosofia Política e Teoria do Estado. Correspondência para/Correspondence to: Rua Professor Aníbal de Mattos, 410, apto. 302, Bairro: Santo Antônio, Belo Horizonte/MG, CEP 30350-220. E-mail: lorenamartonifreitas@gmail.com. Telefone: (31) 9793-2628.

his works, both with regard to radical democracy, as the multitude, his political agent par excellence. The first step in reading his books is, therefore, to understand the theoretical dimension of its key concepts, placing them in the philosophical spectrum formed by the tradition of ontological and political thoughts.

Keywords: Multitude; radical democracy; political philosophy; Hardt and Negri.

*O todo sem a parte não é todo,
A parte sem o todo não é parte,
Mas se a parte o faz todo, sendo parte,
Não se diga, que é parte, sendo todo.*
Gregório de Matos

INTRODUÇÃO

Os autores contemporâneos Michael Hardt e Antonio Negri têm se destacado no debate político-filosófico – entre outros motivos de maior profundidade – pela controversa carga semântica utilizada para comunicar o diagnóstico político apresentado em suas obras. O primeiro passo para a leitura de seus livros consiste, portanto, em compreender a dimensão teórica de seus conceitos-chave, situando-os no espectro filosófico formado pela tradição dos pensamentos ontológico-políticos.

Os autores se inserem no que chamamos de “filosofia radical”, um trabalho prático-teórico investigativo, cujo ponto de partida é a busca pelas raízes da própria existência, na tentativa de se compreender e mudar a realidade. Por meio de um engajamento profundo nas práticas sociais, consciente de sua inerente mutabilidade e carência de determinismo ontológico, trata-se de um fazer filosófico pautado eminentemente na aposta, ou seja, aberto ao caráter inesperado da história. Assim, ao assumir esse compromisso ético-político, insere-se na matriz de um pensamento constituinte, ou seja, aquele sempre crítico quanto às relações de poder continuamente garantidas pelo pensamento constituído¹.

Nesse viés, tem-se como primeira tarefa a aniquilação do princípio da consistência (*Ibid*, p. 43), frente a uma realidade indeterminada e marcada pela fluidez de sentidos comunicativos. Consequentemente, no campo da política, investe na possibilidade de realização de uma democracia radical, ou seja, uma dinâmica de organização desatrelada da ideia de representação, que aposta na capacidade de autodeterminação dos sujeitos e na possibilidade de estes trabalharem conjuntamente na produção do comum. Por sua vez, o projeto político

¹ MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *Filosofia radical e utopia: inapropriabilidade, anarquia, anomia*. Belo Horizonte: Viavérita, 2014, p. 27-32.

de uma democracia radical configura-se, necessariamente em torno do conceito de “multidão”, tanto enquanto denominação ontológica do humano como potência produtiva aberta e indeterminada, como também enquanto agente político a se realizar. No entanto, em sua pluralidade, o termo traz consigo uma forte carga de sentido histórico, a ser desconstruído de forma coerente com um pensamento que questiona os fundamentos da tradição constituída, tão arraigada no ideal metafísico da unidade.

Publicado em 2000, o livro “Império” apresenta uma percepção pós-moderna da estrutura organizativa dos poderes em escala mundial, não ligadas ao conceito de imperialismo, mas sim de império. Trata-se da indentificação de um modelo concebido em rede, no qual não se encontra estabelecido um centro territorial de força, nem de fronteiras ou barreiras fixas, mas de focos de poder marcados pela hibridização e flexibilização de hierarquias, que se comunicam por permutas plurais, e estruturas de comando reguladoras supra-nacionais². É um conceito pautado na ideia de expansividade do controle e de constante apropriação e modulação do mundo, uma maneira paradigmática de biopoder que dá nova forma à soberania.

Em contraposição ao império, os autores apresentam a “multidão”, traçando uma dinâmica entre dominação e desejo de libertação, explicitada em detalhes no livro “Multidão” de 2004. Esse conceito está diretamente ligado a um repúdio das ideias de transcendência e soberania, cunhando-se no cerne de uma filosofia da imanência, que reconhece e assume a multiplicidade do real, ou seja, que combate radicalmente uma tradição política metafísica pautada no princípio de que apenas o uno pode governar, seja ele concebido na figura do monarca, do Estado, da nação, do povo, do partido...

Nesse sentido, o livro “Multidão” traz consigo a tarefa de retomar o conceito de democracia em suas raízes, libertando-o das ideias de representação e de soberania, que restringem o processo de decisão a uma unidade, separando o social do político. Traça o objetivo de se pensar na possibilidade de um processo autorganizativo endógeno, sem um comando central, no qual as singularidades se põem em movimento em um processo aberto e participativo.

No entanto, constata-se que a atual carga que o termo “multidão” traz consigo cria barreiras à compreensão aprofundada da tese dos autores, contribuindo para formulações críticas incongruentes com suas propostas teóricas. Análises superficiais tomam como ponto de partida noções vulgares ligadas à palavra “multidão”: desordem; caos; irracionalidade ou opinião pública rasa e manipulável. Trata-se, de deturpações – ou, em formulações menos parciais, “ressignificações históricas” – do termo, relacionadas tanto a uma dinâmica linguística

² HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Império*. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002, p.12-15.

(na qual diferentes noções perceptivas são igualadas sob a égide de um mesmo símbolo, por meio de uma prática expressiva reiterada), quanto a uma racionalidade que altera suas figuras isomórficas nas chamadas descontinuidades históricas, momento em que as formações sociais sofrem rupturas drásticas.

Nesse viés, o presente trabalho tem como objetivo compreender o conceito de “multidão”, na obra de Michael Hardt e Antonio Negri, como agente político, bem como traçar a genealogia do termo no contexto político-filosófico, no intuito de identificar momentos cruciais de sua corrupção. Para tanto, lançou-se mão dos trabalhos publicados pelos referidos autores e de suas raízes na história da filosofia política, marcadas principalmente pelos cânones Nicolau Maquiavel, Thomas Hobbes e Bauruch Spinoza, nas quais acreditamos residir as origens do conceito de multidão, no que tange às reflexões acerca do poder político, sua potência e sua legitimidade. Assim, acredita-se que por meio desta pesquisa será possível recontextualizar o conceito de multidão adequadamente no pensamento político contemporâneo no lugar que lhe cabe, ou seja, em um reduto democrático e libertário, de forma que esta pesquisa, enquanto subsídio teórico, desdobre-se futuramente em outras investigações afins.

DEMOCRACIA RADICAL

184

Quando a democracia é um dos objetos mais enaltecidos e protegidos no campo da política pós-moderna, especialmente em um Ocidente que se percebe à frente de uma evolução histórica, linear e unidirecional, falar em democracia radical por vezes incita certa desconfiança. A detração do senso comum do termo “radical”, comumente assimilado à violência e ao terrorismo, tornou-se referência no exterior constitutivo do conceito nas práticas comunicativas atuais, dificultando o debate em torno do que consistiria a proposta de uma democracia radical.

Observa-se que, historicamente, o termo democracia tem sido cada vez mais esvaziado do seu conteúdo de caráter revolucionário, tão explorado nos movimentos franceses de 1789, 1830 e 1840. Tornou-se uma palavra extremamente maleável e cooptada pela tradição conservadora³, à qual se recorre como *slogan* para justificar a ação política dos ditos “civilizados” e caracterizar um governo como bom, ideal, palatável ao povo.

La democracia se ha convertido hoy en el slogan de casi todos los dirigentes del planeta (y los que aún no lo utilizan se verán obligados, antes o después, a unirse al carro). Lo que diferencia nuestra época del extraordinario momento que vivió Rimbaud es lo que se ha llamado la guerra

³ ROSS, Kristin. Se vende democracia. *Democracia en suspenso*. Madrid: Casus Belli, 2010, p. 103-125.

fría y su final. En materia de difusión de la “democracia”, resulta difícil sobrevalorar la enorme ventaja que los gobiernos occidentales han logrado acuñar al presentar la “democracia” como contrapeso del “comunismo”. Con ello han conseguido de hecho controlar por entero la palabra, no dejando rastro alguno de su anterior resonancia emancipadora. En realidad, la democracia se ha transformado en una ideología de clase que viene a servir de justificación a un conjunto de sistemas que permiten que un número muy reducido de personas gobiernen, y que lo hagan, por así decir, prescindiendo de la gente; sistemas que parecen excluir cualquier otra posibilidad que no sea la de la reproducción al infinito de su propio modo de operar. Haber conseguido imponer una economía de libre mercado desenfrenada y carente de regulación, un derecho a intervenir, sea por medios militares o de otro tipo, en el territorio de innumerables naciones soberanas y en sus asuntos internos, y lograr dar a todo esto el nombre de “democracia”: ha sido una proeza increíble. Y supone un éxito asombroso habérselas ingeniado para hacer que el mercado pase por ser un evidente prerrequisito de la democracia, obteniendo además que se juzgue que la democracia pide inexorablemente la implantación de ese mismo mercado⁴.

Na mesma linha da autora, Hardt e Negri observam que parte da deturpação da ideia de democracia diz respeito ao período pós-guerra fria, quando o conceito foi definido estritamente como oposição ao comunismo e ao totalitarismo, como sinônimo de liberdade, estabilidade e segurança⁵, descolando-se de sua relação originária com a natureza de um governo. Depois disso, a democracia passou a ser uma condição para efetivação da globalização, principalmente no

⁴ ROSS, 2010, p. 122-123. [A democracia tornou-se hoje o *slogan* de quase todos os líderes mundiais (e aqueles que ainda não o utilizam serão forçados, mais cedo ou mais tarde, a aderir a esse movimento). O que diferencia nossa época do extraordinário momento em que viveu Rimbaud é o que foi chamado de Guerra Fria e o seu fim. Em matéria de divulgação da “democracia”, é difícil estimar a enorme vantagem que os governos ocidentais obtiveram ao contraporem a “democracia” ao “comunismo”. Com isso eles conseguiram de fato controlar a palavra inteira, sem deixar vestígios de sua antiga ressonância emancipatória. Na realidade, a democracia tornou-se uma ideologia de classe que serve como justificativa para um conjunto de sistemas que permitem que um número muito pequeno de pessoas governe, e que o faça, por assim dizer, de forma apartada dos cidadãos; sistemas que parecem excluir qualquer outra possibilidade que não seja aquela que reproduza infinitamente sua própria maneira de operar. Ter conseguido impor uma economia de mercado livre desenfreada e não regulamentada, um direito de intervir, seja por meios militares ou de outro tipo, no território de inúmeras nações soberanas e em seus assuntos internos, e chamar tudo isso de “democracia”, foi um feito incrível. Representa um sucesso assombroso conseguir fazer com que o mercado passe a ser um pré-requisito óbvio da democracia, além de convencer que a democracia exige, inevitavelmente, a implementação desse mesmo mercado (Tradução livre).]

⁵ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Multitude: war and democracy in the age of empire*. New York: Penguin, 2004, p. 232.

que tange à regulação do mercado mundial, sendo reiteradamente imposta às diversas nações que ameaçariam esta hegemonia.

O que os autores realçam, portanto, é que a questão da democracia deve ser analisada para além de sua relação entre o governo e o mercado mundial, ou seja, a partir das práticas de autogoverno, que devem ser construídas de baixo para cima no campo político, e não impostas por forças externas.

Democracy is neither simply the political face of capitalism nor the rule of bureaucratic elites. And democracy does not result from either military intervention and regime change or from the various current models of “transition to democracy”, which are generally based on some form of Latin American caudillismo that have proved better at creating new oligarchies than any democratic systems. All of the radical social movements since 1968 have challenged these corruptions of the concept of democracy that transform it into a form of rule imposed and controlled from above. Democracy, instead, they insist, can only arise from below. Perhaps the present crisis of the concept of democracy due to its new global scale can provide the occasion to return it to its older meaning as the rule of everyone by everyone, a democracy without qualifiers, without ifs or buts⁶.

186

Assim, falar em democracia radical consiste em retomar a origem do termo, não enquanto forma de governo, mas de autogoverno. A noção moderna de democracia está relacionada à formalização de um governo por sufrágio, e a capacidade de se decidir questões políticas pela regra da maioria, por meio de uma bipartição entre aqueles que possuem capacidade de intervir e tomar decisões concernentes à coletividade (os melhores) e aqueles que não a possuem⁷. A crítica a essa noção de democracia, que mais se aproxima da ideia de aristocracia (a ordem dos melhores), e que é muito recente na história, principia-se na sua redução a um simples conjunto de procedimentos, equivalente a um ritual político-religioso, no qual os fictícios “sujeitos de direito”, dogmática e autoritariamente

⁶ HARDT; NEGRI, 2004, p. 237. [Democracia não é nem simplesmente a face política do capitalismo, nem a regra das elites burocráticas. E a democracia não resulta nem da intervenção militar e mudança de regime, nem dos vários modelos comuns de “transição para a democracia”, que são geralmente baseados em alguma forma de *caudillismo* latino-americano, que provou ser melhor para a criação de novas oligarquias do que de qualquer sistema democrático. Todos os movimentos sociais radicais desde 1968 têm contestado essas corrupções do conceito de democracia que a transformaram em uma regra formalizada, imposta e controlada de cima para baixo. Eles insistem que a democracia, em vez disso, só pode surgir a partir de baixo. Talvez a crise atual do conceito de democracia, em virtude de sua nova escala global, possa criar a ocasião que lhe devolva seu significado antigo, enquanto regra de todos por todos, uma democracia sem qualificadores, sem “se” ou “mas”. (Tradução livre)]

⁷ ROSS, 2010, p. 112-113.

construídos, atuam acriticamente no processo de votar, seguir leis, legislar e governar.

Esta dinâmica de “democracia representativa”, que legitimaria a ação dos governos (corrompidos, diga-se de passagem, de uma oligarquia vitoriosa cujos interesses estão ligados a um governo mundial, movido pelo acúmulo de grandes fortunas), está diretamente associada a agentes políticos concebidos a partir da ideia de um indivíduo substancial essencial. Ou seja, aquele dotado de uma razão transcendental anterior à vida social⁸, a ser representado em um processo de mediação limitado de opções, que se perfaz entre o campo político e a ação política.

Paradójicamente, las pseudo-”democracias” occidentales contemporáneas, de hecho, han transformado, en gran medida, la esfera pública en privada: las decisiones verdaderamente importantes se toman en secreto y tras los bastidores (del Gobierno, del Parlamento, de los aparatos de los partidos). Se puede dar una definición de democracia tan buena como cualquier otra: la democracia es el régimen en el que la esfera pública se hace verdadera y efectivamente pública, pertenece a todos, está efectivamente abierta a la participación de todos (...) Ya que nadie en posesión de sus facultades mentales podría rechazar estas constataciones, la duplicidad del punto de vista procedimental se hace clara: no se trata de negar que las decisiones que implican cuestiones de sustancia deban ser tomadas, sea cual sea el tipo de régimen considerado, sino de afirmar que, en un régimen “democrático”, solamente son relevantes la “forma” o el “procedimiento” para la tomada de esas decisiones, es decir, que esta “forma” o este “procedimiento” por sí mismos caracterizan un régimen “democrático”.

Con todo, admitamos que las cosas sean así. Pero todo “procedimiento” debe ser aplicado por seres humanos. Seres humanos que deben poder, deber y estar obligados a aplicar este procedimiento según su “espíritu”. ¿Pero quiénes son estos seres humanos, de dónde vienen? Esta pregunta sólo se podría eludir desde la ilusión metafísica del individuo-sustancia, preformado en sus determinaciones esenciales, para el que su pertenencia a un ambiente histórico-social definido sería accidental⁹.

⁸ CASTORIADIS, Cornelius. 1996. La democracia como procedimiento y como régimen. *Iniciativa Socialista*, n. 38, fev. Disponível em: <<http://www.inisoc.org/Castor.htm>>. Acesso em: 25 maio 2015.

⁹ CASTORIADIS, 1996. [Paradoxalmente, as pseudo-”democracias” ocidentais contemporâneas, de fato, têm transformado, em grande parte, a esfera pública em particular: as decisões realmente importantes são feitas em segredo e por trás dos bastidores (do governo, do parlamento, dos dispositivos dos partidos). É possível dar uma definição de democracia tão boa como qualquer outra: a democracia é o regime em que a esfera pública se perfaz verdadeira e efetivamente pública, pertence a todos, está aberta de modo efetivo à participação de todos (...) Ainda que ninguém em posse de suas facultades mentais seja capaz de rejeitar essas constatações, a duplicidade do ponto de vista processual é clara: não se trata de negar que decisões que envolvam questões subs-

Ao perceber o sujeito enquanto ser humanizado pela sociedade, a partir das relações políticas, percebe-se que as instituições sociais não passam de criações e significações imaginárias que surgem no seio da própria sociedade. Castoriadis afirma, então, que, nesse imaginário coletivo instituinte, campo histórico-social que coage os sujeitos dentro de um sentido fechado, cabe à filosofia, enquanto reflexão, e à democracia, enquanto regime de excelência da política, de autoinstituição explícita e lúcida, questionar e romper este campo de sentidos que se fecha, por meio da atividade explicitamente coletiva¹⁰.

A democracia radical refere-se, portanto, à atividade política por excelência. Consolida-se a partir da autonomia, enquanto capacidade deliberativa e reflexiva, além de ação efetiva no sentido de questionar constantemente as instituições consolidadas, no intuito de mantê-las abertas à criatividade inata aos sujeitos políticos livres. Assim, a democracia, em sua radicalidade, não se liga essencialmente a *archia*, ou seja, à ordem, e sim ao *cratos*, ao poder, não se restringindo meramente a questões numéricas.

Como señala Josiah Ober en referencia a la antigua Grecia, de los tres principales términos empleados para categorizar el poder político – monarchia, oligarchia y democratia –, únicamente el de *démokratia* se desentiende del número. El *monos* de monarchia apunta a un gobierno en solitario; el *hoi oligoi* de oligarchia señala el poder de un grupo reducido. El término *demokratia* es el único que no ofrece ninguna respuesta a la pregunta por la cantidad. El poder del *demos* no es el poder de la población ni el de su mayoría, es más bien el poder de cualquiera. Todo el mundo tiene el mismo derecho a gobernar que a ser gobernado¹¹.

Por isso, diz-se que a democracia se perfaz enquanto regime de autolimitação e risco histórico, por apostar na abertura da sociedade para se autoreestruturar.

tanciais devam ser tomadas, qualquer que seja o tipo de regime considerado, mas sim de afirmar que, em um regime “democrático”, somente são importantes a “forma” ou o “processo” para a tomada dessas decisões, ou seja, que essa “forma” ou esse “processo” por si mesmos caracterizam um regime “democrático”. Contudo, admitamos que as coisas sejam assim. Mas todo “procedimento” deve ser aplicado por seres humanos. Seres humanos que devem poder, dever e estar obrigados a aplicar esse procedimento segundo seu “espírito”. Mas quem são esses seres humanos, de onde eles vêm? Essa questão só poderia ser evitada a partir da ilusão metafísica do indivíduo-substância, pré-formado em suas determinações essenciais, para quem a adesão a um ambiente histórico e social definido seria accidental. (Tradução livre)]

¹⁰ CASTORIADIS, 1996.

¹¹ ROSS, 2010, p. 113. [Como aponta Josiah Ober em referência à Grécia antiga, dos três principais termos usados para categorizar o poder político – *monarchia*, *oligarchia* e *democratia* – somente o de *démokratia* não está relacionado a uma questão numeral. O *monos* de *monarchia* aponta um governo solitário; o *hoi oligoi* de *oligarchia* assinala o poder de um grupo reduzido. O termo *demokratia* é o único que não oferece nenhuma resposta à pergunta da quantidade. O poder dos *demos* não é o poder da população, nem de sua maioria, é mais o poder do qualquer. Todo mundo tem o mesmo direito de governar e de ser governado. (Tradução livre)]

Trata-se mais de uma noção de potencialidade e capacitação, que permite às pessoas descobrirem por si mesmas, modos de atuação com os quais sejam materializados interesses comuns¹².

Nessa vertente, Hardt e Negri apresentam o conceito de multidão como agente político da democracia radical em oposição ao tradicional procedimento de unificação de vozes que se perfaz na figura do “povo”, que o regime dito democrático da atualidade assumiu, não sendo mais do que a configuração encoberta de uma monarquia, enquanto ordem do uno. O conceito de multidão atrelado ao de democracia radical vem, portanto, para romper a diáde política que tem se estabelecido no decorrer dos séculos: de que há apenas duas opções absolutas –soberania ou anarquia. Ao perceber a anarquia enquanto ausência de qualquer ordenação, a opção pela soberania se faz, desde Platão em sua filosofia política de verdades perfeitas, a partir da premissa de que apenas o uno pode decidir e governar¹³. Eminente, portanto, compreender no que consiste o conceito de multidão apresentado pelos autores.

GENEALOGIA DA MULTIDÃO

A palavra “multidão” deriva do latim *multitudo*, variação de *multus*, que significa “muitos”. Correntemente, o termo aparece nos mais variados campos como sinônimo de turba, plebe, povo, massa, etc., utilizado como referência aos movimentos populares de contestação da ordem dominadora e exploradora, sendo relacionado nesse contexto a uma carga negativa de disrupção social associada à desordem, baderna, violência e ao caos.

No âmbito das filosofia política, o termo *multitudo* se consolida no pensamento de Baruch Spinoza, principal referência para a concepção ontológica da multidão na obra de Hardt e Negri. No entanto, antecessores históricos como Maquiavel e Hobbes já lançavam mão do termo “multidão” em suas obras políticas, apartando-o dos usos correntes e servindo, para nós, como uma rica fonte de análise sobre a formulação do conceito.

Maquiavel foi o primeiro e, por muito tempo, o único a problematizar, no âmbito político, o conceito da “multidão”, despindo-o de sua negatividade formulada pelo senso comum. O termo aparece em seus *Discorsi*, ainda como sinônimo de “povo”, escritos entre 1513 e 1517. Tendo como ponto de partida os escritos de Tito Lívio¹⁴, a obra *Discorsi* de Maquiavel apresentam uma análise da

¹² ROSS, 2010, p. 112.

¹³ HARDT; NEGRI, 2004, p. 329.

¹⁴ Historiador romano nascido em 59 a.C. Sua história de Roma compreende 142 livros (dos quais somente 35 são conhecidos na íntegra), abrangendo o período desde a fundação da cidade até a morte de Druso em 9 a.C.

história romana no intuito de compreender os problemas da Itália renascentista. Trata-se de uma obra política que indica um curso de ação a ser seguido divergente daquele apresentado em “O Príncipe”, trabalhando sob uma perspectiva evidentemente republicana.

Maquiavel, refletindo sobre a força superior da multidão face aos indivíduos isolados, apresenta seu raciocínio filosófico no capítulo 58 do primeiro livro do *Discorsi*. Nele, apresenta o povo enquanto grupo mais sábio do que o príncipe, adotando correntemente o termo “multidão” como substitutivo semântico de “povo” no decorrer do texto e, assim, cunhando as bases para o pensamento político multitudinário na modernidade.

O argumento apresentado por Maquiavel tem como ponto de partida o reconhecimento de uma incongruência, quando Tito Lívio e todos os outros historiadores afirmam que não há nada de mais inconstante e ligeiro do que a multidão. Para o pensador renascentista, os defeitos atribuídos à multidão podem ser também imputados aos homens, de modo geral, e aos príncipes, em particular, pois “todos a quem faltem leis para regular sua conduta podem cometer os mesmos erros que a multidão sem freio”¹⁵. O autor nos apresenta, então, uma segunda imagem a ser ponderada sob o símbolo da multidão, a de uma multiplicidade de indivíduos não necessariamente desordenada, mas submetida às leis, com as mesmas boas qualidades que se requer em um bom governante.

190

O que diz nosso historiador sobre o caráter da multidão não se refere à massa regulada pela lei, como a romana, mas à que se abandona aos impulsos, como a de Siracusa – que se precipita em todos os excessos, qual homens furiosos e sem freio; como Alexandre e Herodes, nas circunstâncias que mencionei.

Não se tem, portanto, o direito de criticar o caráter da multidão, como o do príncipe; todos estão sujeitos aos mesmos erros quando não há freio que modere as paixões. E quantos exemplos mais poderia trazer aqui, além dos que já citei! Quantos imperadores romanos, reis e tiranos demonstraram mais inconstância e ligeireza na sua vida do que o povo mais frívolo! Minha conclusão contrária, assim, a opinião geral – de que os povos, quando têm poder, são sempre ligeiros, ingratos e inconstantes; sustento, de fato, que estes defeitos são tanto dos povos quanto dos príncipes. Acusar ao mesmo tempo uns e outros é dizer uma verdade: mas comete um equívoco quem executa estes últimos¹⁶.

Maquiavel enuncia em seguida que a multidão, sob o império de uma boa constituição, revela-se mais sábia do que o príncipe, pois seu respeito às leis é

¹⁵ MAQUIAVEL, Nicolau. *Discorsi*. 3. ed. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1994, p. 179.

¹⁶ MAQUIAVEL, 1994, p. 180.

mais profundo, bem como mais sagaz e prudente, uma vez que “parece haver nela uma potência oculta a prever o bem e o mal” (*Ibid*, p. 181), sendo raro que se engane. O autor reflete que seria mais difícil induzir uma multidão de pessoas ao erro, corrompê-las, do que a um único príncipe, e “se o povo se deixa às vezes seduzir por propostas que demonstram coragem, ou que parecem úteis, isto ocorre ainda com mais frequência com os príncipes, que se deixam arrastar pelas suas paixões, mais numerosas e irresistíveis do que as do povo”¹⁷.

Existe no pensamento de Maquiavel a identificação de uma virtude intrínseca à multiplicidade, independente da virtude de cada um dos cidadãos, o que garante mais constância a uma república do que a uma monarquia. O autor percebeu em seu tempo, de forma empírica, que, para corrigir a multidão é suficiente o diálogo, no entanto, para corrigir um príncipe é necessário recorrer à espada, e é exatamente nesse momento que o caos se instaura, abrindo-se oportunidade para a insurgência de um tirano. Ou seja, no raciocínio de Maquiavel, a desordem não é inerente à multidão, mas ao processo de libertação que provém na sequência de um governo unitário corrompido.

Quando o povo se entrega ao furor das grandes comoções, não são seus excessos que tememos; não se teme o mal presente, mas seus futuros resultados. Tem-se medo de que surja um tirano, trazido das desordens. Sob o governo de um mau príncipe, é o contrário: é o mal presente que faz tremer. A esperança se dirige para o futuro, e os homens esperam que dos excessos cometidos possa nascer a liberdade. A diferença entre um e outro, portanto, está marcada pela distinção entre o medo e a esperança.

A crueldade da multidão se dirige contra aqueles que se suspeita quere-rem usurpar o bem geral; a crueldade do príncipe persegue todos os que considera inimigos do seu bem particular. Mas a opinião desfavorável que se faz do povo tem sua raiz na liberdade com que se fala mal sem temor, quando é o povo que governa. Sobre os príncipes, ao contrário, só se pode falar correndo mil perigos, cercado-se de mil cuidados¹⁸.

Maquiavel concebe o governo da multidão, portanto, como dotado de estabilidade e passível de ordenação, o que não significa, determiná-la sob um sistema jurídico atemporal. Diogo Pires de Aurélio¹⁹ percebe que, já no *Príncipe*, Maquiavel apresenta como grande problema dos governos unitários a incapacidade que os reis têm de mudar e se adaptar à variedade dos tempos, concluindo, então, que, sustentar sua vantagem natural a partir de um argumento da

¹⁷ MAQUIAVEL, 1994, p. 181.

¹⁸ MAQUIAVEL, 1994, p. 182.

¹⁹ AURÉLIO, Diogo Pires. Introdução. *Tratado político*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. XXXVIII.

inconstância da multidão é ignorar a variedade da natureza humana e a contingência intrínseca ao político. Ou seja, ao contrário do pensamento que busca extirpar a contradição própria do campo da política, em Maquiavel, é exatamente a multiplicidade e a inconstância da multidão que garantem a durabilidade de seu governo e a manutenção da liberdade ao mesmo tempo.

Um século depois, Thomas Hobbes, pensador que seria reconhecido como marco da filosofia política moderna, retoma em seus trabalhos o termo “multidão”, traçando seus limites conceituais e contextualizando-o no pensamento contratualista.

Partindo do conflito como pressuposição do estado de natureza, Hobbes integra um contexto histórico de ideias iluministas e turbulências políticas, que questionavam a tradição do direito divino e romperam com a racionalidade de uma época – e, conseqüentemente, com suas instituições sociais. O pensador inglês concebe, então, um ideal político que visa a paz, rejeitando a faticidade de que o conflito e o embate de forças façam parte de sua constituição. Nesse viés, o termo “multidão” surge como a multiplicidade de sujeitos existentes no estado de natureza, incapazes de coordenarem seus desejos e interesse individuais, ligados, portanto, à tradicional concepção de desordem, já apontada de forma crítica por Maquiavel.

Mesmo que haja uma grande multidão, se as ações de cada um dos que a compõe forem determinadas segundo o juízo individual e os apetites individuais de cada um, não poderá esperar-se que ela seja capaz de dar defesa e proteção a ninguém, seja contra o inimigo comum, seja contra as injúrias feitas uns aos outros. Porque divergindo em opinião quanto ao melhor uso e aplicação de sua força, em vez de se ajudarem só se atrapalham uns aos outros e, devido a essa oposição mútua, reduzem a nada sua força. E, devido a tal, não apenas facilmente serão subjugados por um pequeno número que se haja posto de acordo, mas, além disso, mesmo sem haver inimigo comum, facilmente farão guerra uns aos outros por causa de seus interesses particulares. Pois, se fosse lícito supor uma grande multidão capaz de consentir na observância da justiça e das outras leis de natureza, sem um poder comum que mantivesse a todos em respeito, igualmente o seria supor a humanidade inteira capaz do mesmo. Nesse caso, não haveria, nem seria necessário, qualquer governo civil, ou qualquer Estado, pois haveria paz sem sujeição²⁰.

O determinismo pessimista do autor, em relação à natureza humana e à vida em sociedade, preleciona, então, que somente um contrato, no qual todos cedem

²⁰ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução de Abril Cultural, São Paulo, 1974, p. 108.

seus direitos naturais para um representante cujo poder artificialmente criado excederia o poder de todos os demais, seria capaz de garantir a segurança dos indivíduos, a igualdade de direitos e a estabilidade da ordem social.

Diz-se que um Estado foi instituído quando uma multidão de homens concordam e pactuam, cada um com cada um dos outros, que a qualquer homem ou assembleia de homens a quem seja atribuído pela maioria o direito de representar a pessoa de todos eles (ou seja, de ser seu representante), todos sem exceção, tanto os que votaram a favor dele como os que votaram contra ele, deverão autorizar todos os atos e decisões desse homem ou assembleia de homens, tal como se fossem seus próprios atos e decisões, a fim de viverem em paz uns com os outros e serem protegidos dos restantes homens²¹.

Logo, em Hobbes, o poder emana originariamente da multidão, mas se integra na unidade do povo para legitimar a sua cessão e estruturar-se em uma ordem estável. Eis que vem à tona a ideia de representação, uma ficção jurídica por meio da qual, de acordo com Hobbes, funda-se a política, que é percebida como estágio apartado do caótico estado de natureza. As vontades dispersas presentes na multidão são, então, metamorfoseadas em uma no processo de representação:

Uma multidão de homens é transformada em uma pessoa quando é representada por um só homem ou pessoa, de maneira a que tal seja feito com o consentimento de cada um dos que constituem essa multidão. Porque é a unidade do representante, e não a unidade do representado, que faz que a pessoa seja uma. E é o representante o portador da pessoa, e só de uma pessoa. Esta é a única maneira como é possível entender a unidade de uma multidão.

Dado que a multidão naturalmente não é uma, mas muitos, eles não podem ser entendidos como um só, mas como muitos autores, de cada uma das coisas que o representante diz ou faz em seu nome. Cada homem confere a seu representante comum sua própria autoridade em particular, e a cada um pertencem todas as ações praticadas pelo representante, caso lhe haja conferido autoridade sem limites²².

Essa unidade é apresentada sob o símbolo abstrato do “povo”, como vontade encarnada na figura do soberano, mascarando o poder originariamente disperso na multidão, na sua multiplicidade, na qual, para Hobbes, é impossível produzir o político. À multidão cabe, então, apenas a fundação do poder no momento do contrato, restando ao povo a sua manutenção.

²¹ HOBBS, 1974, p. 111.

²² HOBBS, 1974, p. 100.

É aqui, portanto, que a cisão entre “povo” e “multidão”, antes tidos como sinônimos, se perfaz, separação já antes esclarecida em 1641 no *De Cive*²³, obra na qual discorre sobre a natureza humana e a necessidade de estabelecimento de um governo estável

8. *Desconhecer a diferença entre povo e multidão já predis põe à sedição*

Em último lugar, constitui um grande perigo para o governo civil, em especial o monárquico, que não se faça suficiente distinção entre o que é um povo e o que é uma multidão. O povo é uno, tendo uma só vontade, e a ele pode atribuir-se uma ação; mas nada disso se pode dizer de uma multidão. Em qualquer governo é o povo quem governa.

Pois até nas monarquias é o povo quem manda (porque, nesse caso, o povo diz sua vontade através da vontade de um homem), ao passo que a multidão é o mesmo que os cidadãos, isto é, que os súditos. Numa democracia e numa aristocracia, os cidadãos são a multidão, mas o povo é a assembleia governante (*the court*). E, numa monarquia, os súditos são a multidão, e (embora isso pareça um paradoxo) o rei é o povo²⁴.

Conclui-se, então, que em Hobbes a legitimidade do monarca está na vontade do povo, e não na vontade da multidão, o que implica uma autolegitimação do contrato por parte do monarca, revelando o processo de unificação e representação como uma dominação retoricamente velada.

194

Enquanto Maquiavel reconhece na multidão a possibilidade da virtude, Hobbes identifica somente inconvenientes, contribuindo para a atual concepção do termo que relaciona multidão à desordem. Revela-se, aqui, um *dir*curso consolidado pela tradição que produz uma verdade: da impossibilidade do múltiplo, a partir do embate de forças e contradições, se auto ordenar coerentemente em uma prática política.

A propagação do pensamento contratualista encontra na sequência da história um contraponto: as formulações de Spinoza. Apesar de ser constantemente associado à corrente inaugurada por Hobbes, o filósofo holandês formula em sua obra final, o *Tratado Político*, uma concepção totalmente apartada das ideias de hierarquia, cessão e representação, que marcam o pensamento contratualista. Trata-se das origens modernas de dois pensamentos políticos que se apartam completamente: se em Hobbes, a liberdade se curva ao poder; em Spinoza, o poder se curva à liberdade.

Nos textos anteriores ao *Tratado Político*, Spinoza utilizava a palavra *multitudo* em contextos e com significações bastante distintas daquele delimitado no

²³ Primeira parte de uma trilogia planejada durante o exílio de Hobbes na França por motivo de fuga da República de Cromwell.

²⁴ HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 189.

seu último trabalho. Geralmente, falava-se em multidão para indicar um certo número de indivíduos, ou como sinônimo de turba, povo ou plebe, com todas suas características negativas de praxe²⁵.

Já no *Tratado Político*, a *multitudo* aparece como sujeito da potência pela qual se define o Estado e, ao mesmo tempo, o desdobramento do estado de natureza, agora no formato social, sendo, portanto, a totalidade do ser em si. Não transmutada por um processo contratualista, a multidão manteria na íntegra sua carga de contradições entre razão e paixões, exato ponto de emergência da potência capaz de configurar uma sociedade politicamente organizada, produtora de segurança, paz e um direito comum. Como pontuado por Negri, o pensamento republicano de Spinoza se constrói em torno de uma concepção do Estado que nega sua origem na transcendência, desmitificando a ideia de autonomia do político em relação ao social. Ao falar em Estado, trata de uma determinação do poder subordinada à potência social da *multitudo* e que, por isso, é capaz de se organizar constitucionalmente. Tem-se aqui uma concepção da constituição, ou seja, da organização constitucional, necessariamente movida pelo antagonismo dos sujeitos²⁶.

Logo, assim como Maquiavel, e apartado de Hobbes, Spinoza percebe, no encontro das multiplicidades, um operador de estabilidade e racionalidade, muito mais eficaz do que a vontade de um só.

Além disso, ele (Maquiavel) quis talvez demonstrar quanto uma multidão livre deve precaver-se para não confiar absolutamente a sua salvação a um só, o qual, a não ser que seja vaidoso e julgue que pode agradar a todos, deve temer ciladas todos os dias, e, por isso, é obrigado antes a precaver-se a si mesmo e a armar ciladas à multidão do que a olhar por ela. E sou tanto mais levado a crer isto deste homem prudentíssimo quanto consta ele ter sido pela liberdade, para cuja defesa também deu conselhos muito salutareis²⁷.

O autor acompanha o pensador florentino ao perceber que uma organização política não pode se estruturar de forma absoluta. Despindo a negatividade do conceito de multidão, normalmente apresentada como “plebe”, como um sujeito incapaz de racionalizar a ordem política, Spinoza desenvolve sua teoria sobre a potência multitudinária, distinguindo-a da ignorância muitas vezes expressa pela opinião pública:

Finalmente, não é para admirar que não exista na plebe nenhuma verdade ou juízo, quando os principais assuntos de estado são tratados nas

²⁵ AURÉLIO, 2009, p. XXIV.

²⁶ NEGRI, Antonio. *Anomalia selvagem*. Rio de Janeiro: Editora 34, 1993, p. 258.

²⁷ SPINOZA, Baruch. *Tratado político*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 46.

suas costas e ela não faz conjecturas senão a partir das poucas coisas que não podem ser escondidas. Suspende o juízo é, com efeito, uma virtude rara. Querer, portanto, tratar de tudo nas costas dos cidadãos e que eles não façam sobre isso juízos errados nem interpretem tudo mal é o cúmulo da estupidez. Com efeito, se a plebe pudesse moderar-se e suspender o juízo sobre coisas que conhece mal, ou julgar corretamente a partir do pouco que conhece, seria sem dúvida mais digno ela governar em vez de ser governada. Mas, como dissemos, a natureza é a mesma em todos. Todos se enchem de soberba com a dominação, se não temem, são terríveis, e em toda parte a verdade é, a maioria das vezes, deformada pelos que lhe são hostis ou são culpados, principalmente onde domina um só, ou poucos, que não olham nos processos judiciais ao direito e à verdade, mas à extensão das riquezas²⁸.

Essa justificativa da rasa opinião pública, muitas vezes assumida pela multiplicidade de sujeitos, normalmente concebida como massa, grupo governável e manipulável, será retomada mais à frente quando analisarmos a deturpação do termo na obra de Le Bon. Por ora, o que se busca destacar é o quanto o pensamento de Spinoza, e o conceito de multidão nele apresentado, é essencial na filosofia de Hardt e Negri, sendo, por isso, trabalhado em mais detalhes na próxima seção, de forma a melhor compreender sua formulação ontológica.

A MULTIDÃO ONTOLÓGICA

O filósofo holandês Baruch Spinoza é retomado com esmero nos trabalhos de Antonio Negri, em especial no irascível *A anomalia selvagem*, fornecendo os fundamentos teóricos de um pensamento democrático multitudinário.

A multidão (*multitudo*) aparece como conceito primordial no último trabalho de Spinoza, o inacabado *Tratado Político* de 1676, como um derivativo tanto das reflexões ontológicas da potência, apresentadas anos antes em sua *Ética*, quanto da política libertária do *Tratado teológico-político*. Essa última obra é constituída de onze capítulos, que trabalham, como de costume, primeiramente os fundamentos organizativos do social e do político para, em seguida, explorar os tipos de governo monárquico, aristocrático e democrático. No entanto, o autor faleceu em 1677 sem iniciar suas reflexões sobre a democracia. É desse ponto que Antonio Negri retoma a filosofia de Spinoza, tendo-a como ponto de partida para pensar sobre a multidão enquanto agente político da democracia no contexto da pós-modernidade.

Em *A anomalia selvagem*, Negri renova muitos aspectos do spinozismo, em um traçado que parte desde as primeiras formulações ontológicas, até seu último

²⁸ SPINOZA, 2009, p. 80-81.

suspiro político. Focaliza na ideia fundamental de potência como um desdobramento espontâneo de forças que produz e que possibilita um desenvolvimento político sem mediações apelativas a um dever-ser. Trata-se de uma leitura que apresenta Spinoza como um materialista revolucionário²⁹, não apenas por romper com a ordem política, econômica e ideológica do seu tempo feudal, mas por ser anormalmente transponível ao tempo histórico, com uma teoria que, sendo ao mesmo tempo sintoma e agente de sua transformação, descobre em seu sistema a necessidade de transgredi-lo, questionando na contemporaneidade nossas raízes modernas. Desvela-se, pois, “uma filosofia do ser imanente e dado, do ateísmo como recusa de qualquer pressuposição de uma ordem anterior ao agir humano e à constituição do ser (...) que funda uma forma não misticada de democracia (...), analista das paixões, que não as define como padecer, mas como agir”³⁰.

Enquanto pensador renascentista integrado em um contexto histórico holandês de revolução capitalista/mercantilista, Spinoza desenvolve um pensamento no qual o imanentismo naturalista é levado aos limites para uma concepção racionalista. O entendimento do ser surge como “ser potente”, despido de hierarquias, que só conhece a sua própria força constitutiva, “uma concepção radicalmente ontológica, não finalizada, produtiva”³¹ que se revela na prática.

Negri nos apresenta, então, um Spinoza em seu estágio final teórico, que culmina em uma “metafísica da força produtiva”, apartado daquele apropriado por Hegel e relacionado às outras metafísicas clássicas, “metafísicas das relações de produção”, que subordinam a produtividade das coisas a uma ordem transcendente, e não à sua própria essência imanente³². Um Spinoza revelador de um absoluto denominado “natureza”, pensante e extensa ao mesmo tempo, infinita e inescotavelmente produtora e autoprodutora.

(Spinoza)... já não admite mais a menor transcendência da substância em relação a seus modos, sob qualquer forma que ela se apresente: a substância não é um fundo cujos modos seriam a superfície, nós não somos ondas na superfície do oceano divino, mas tudo é absorvido na superfície. A substância sem seus modos não passa de uma abstração, exatamente como são os modos sem a substância: a única realidade concreta são os seres naturais individuais, que se compõem uns com os outros para formar mais outros seres naturais individuais, etc., ao infinito (...) tudo que era atribuído a Deus está agora investido nas próprias

²⁹ DELEUZE, Gilles. Prefácio. *Anomalia selvagem*. Rio de Janeiro: Editora 34, 1993, p. 7-8.

³⁰ NEGRI, 1993, p. 23-28.

³¹ NEGRI, 1993, p. 38.

³² MATHERON, Alexandre. Prefácio. *Anomalia selvagem*. Rio de Janeiro: Editora 34, 1993, p. 16.

coisas; não é mais Deus quem produz as coisas na superfície de si mesmo, mas são as próprias coisas que se tornam autoprodutoras, pelo menos parcialmente, e produtoras de efeitos dentro do âmbito das estruturas que definem os limites de sua autoprodutividade³³.

Spinoza compreende o sujeito (seja ele individual ou coletivo) como modo da substância total, um ponto identitário da força produtiva do ser, força essa que constitui as próprias figuras singulares desse ser. O sujeito é, portanto, o lugar ontológico e emancipatório do ser³⁴, devendo ser concebido em um contexto de relações. Isso significa pensar esses seres individualizados, os homens, como seres de afeto³⁵, ou seja, submetido aos efeitos das paixões ou de seus interesses racionais, sendo isso que constitui sua potência e liberdade, e não a sua perda³⁶.

Consequentemente, o político em Spinoza é concebido como modo da natureza (do ser em sua totalidade), no qual a conflituosidade se encontra constantemente inscrita, como resultado das resistências individuais que buscam afirmar sua potência frente ao jugo dos outros. Um constante jogo de libertação, portanto. Esses indivíduos, ao mesmo tempo em que podem entrar em guerra – e, com isso, aumentar sua impotência, já que nenhuma potência se sustenta sem uma rede de cumplicidades –, podem também encontrar modos de cooperação ocasionais, mutuamente vantajosos, em situações ou desafios comuns que geram afetos igualmente comuns, anulando provisoriamente a instabilidade nas relações, sem o pesar da universalidade e do definitivo³⁷. Nas palavras do filósofo: “Se dois se põem de acordo e juntam forças, juntos podem mais e, conseqüentemente, têm mais direitos sobre a natureza do que cada um deles sozinho; e quantos mais assim estreitarem relações, mais direito terão todos juntos”³⁸.

³³ MATHERON, 1993.

³⁴ NEGRI, 1993, p. 286.

³⁵ “Afetos que jamais podem ser erradicados pela razão, mas que podem, porém, ser erradicados por outros afetos, mais contrários e mais potentes” (SPINOZA, 2009, p. 236).

³⁶ “Assim, não encarei os afetos humanos, como são o amor, o ódio, a ira, a inveja, a glória, a misericórdia e as restantes comoções do ânimo como vícios da natureza humana, mas como propriedades que lhe pertencem, tanto como o calor, o frio, a tempestade, o trovão e outros fenômenos do mesmo gênero pertencem à natureza do ar, aos quais, embora sejam incômodos, são, contudo, necessários e têm causas certas, mediante as quais tentamos entender a natureza” (SPINOZA, 2009, p. 8). Aqui, Negri identifica em Spinoza a selvageria que transcende a filosofia iluminista de seu tempo. Quando o holandês propõe como material de análise as próprias paixões, o mundo do delírio, a dimensão da opinião, revela uma vontade de saber, de conhecer, de “atravessar o mundo em sua totalidade, lançar-se para a grande exterioridade da aventura e da descoberta, lançar-se para a sublime interioridade da consciência” (NEGRI, 1993, p. 69).

³⁷ AURÉLIO, 2009, p. XX-XXII.

³⁸ SPINOZA, 2009, p. 18.

A ontologia spinozista impossibilita que se pense o político a partir do indivíduo isolado, donde se conclui que um regime político não pode se basear na virtude individual dos seus administradores. É necessária a compreensão do homem como elemento de uma totalidade, parte constituinte de uma mesma natureza, para que seu interesse coincida com o interesse do todo, na produção de um afeto comum superior aos afetos individuais. Por isso, “a prática humana coletiva, tornando-se política, supera e compreende as virtudes individuais em um processo constitutivo que se pretende geral”³⁹, único capaz de fazer a prudência prevalecer.

...o direito do Estado, ou dos poderes soberanos, não é senão o próprio direito de natureza, o qual se determina pela potência, não já de cada um, mas da multidão, que é conduzida como que por uma só mente; ou seja, da mesma forma que cada um no estado natural, o corpo e a mente de todo o Estado têm tanto direito quanto vale a sua potência⁴⁰.

O controle do Estado⁴¹ consiste na extensão e na continuidade infraestrutural do seu processo (essencialmente político) constituinte, que não é nada mais do que o próprio direito natural. Contrariamente ao que supõe o contratualismo, a que erroneamente muitas vezes Spinoza é associado, “o direito natural de cada indivíduo mantém-se integralmente na sociedade, pois o estado de natureza constitui em si o estado civil, pelo qual o estado é configuração ou modo, não negação da natureza”⁴².

Conclusivamente, o pensamento de Spinoza aparece como uma refutação das duas principais teses de Hobbes, o contrato e a representação, inconciliáveis com seu pensamento ontológico⁴³. A primeira, por ser contraditória à natureza inconstante do ser humano a observância de um contrato de forma atemporal, uma vez que este não pode subsistir concomitantemente à variabilidade da potência, dos afetos. A segunda, por ser inconcebível a cedência de um direito, pois isso implicaria abrir mão de sua potência, abandonando sua própria existência enquanto ser. Por fim, é a própria ideia de entificação individual que Spinoza rejeita, concebendo o Estado como permanente tensão da multiplicidade, sugerindo

... a impossibilidade de o indivíduo, já de si um corpo complexo, formado por uma infinita rede de partículas, se poder ainda assim pensar concretamente, isto é, a existir e sobreviver, isolado na solidão de um deserto,

³⁹ NEGRI, 1993, p. 246.

⁴⁰ SPINOZA, 2009, p. 26.

⁴¹ Ressaltando que o Estado em Spinoza é ao mesmo tempo sociedade civil, *multitudo*.

⁴² AURELIO, 2009, p. XLI.

⁴³ AURELIO, 2009, p. XII.

da mesma forma que o Estado, se o considerarmos à margem da real inter-relação dos indivíduos, se reduz por sua vez a uma outra abstração⁴⁴.

Isso significa que se a multidão for compreendida como um corpo, deve ser um corpo aberto e plural, cuja composição não se constitui de uma forma unitária, dividida em uma ordem hierárquica de corpos, e sim uma totalidade que se constitui na fluidez das ordenações, possibilitando sempre novos encontros, novos focos de tensão, e a produção de novas subjetividades. Afinal, o valor da potência de cada um varia em proporção direta aos encontros e confrontos que se realizam com outros seres e, por isso, a potência da multidão é maior do que a soma de suas potências individualizadas.

O justo é, então, um processo constituído pela potência, não um previsto anteriormente por uma normatividade já consolidada, por uma verdade essencial e metafísica, que pressupõe uma transcendência do valor da lei. O direito em Spinoza se exprime em *potentia* contra *potestas*. Nada de transferência, portanto. Nada de Hobbes ou Rousseau. Os limites são forças, os pontos de poder não passam de potência.

Isso culmina em um raciocínio político que se afasta da conclusão hobbesiana-burguesa, que “não coloca mais o problema do poder para a liberdade, mas sim o problema de uma constituição para a liberdade”⁴⁵, implantando uma filosofia revolucionária do porvir, que se afasta do modelo da individualidade para se fixar no horizonte da liberdade coletiva.

200

Essa liberdade coletiva é aquela proveniente da multidão, projeto que articula a constituição da consciência de um conjunto, de uma totalidade, resistente na multiplicidade. À multidão são inerentes a liberdade, a justiça, a segurança e a prudência, não constituindo uma situação de anarquia, por ser ontologicamente concebida como produtiva: produção que satisfaça as necessidades naturais, pois submetida a um pensamento político coletivo.

Agora, então, assistimos mais uma vez ao desenvolvimento constitutivo da *multitudo*: o móvel antagonístico específico que opera para o deslocamento é o “medo da solidão”. O estado de natureza é aspirado pela situação de medo e solidão: mas o medo de solidão é algo mais do que apenas medo, é “desejo” da *multitudo*, da segurança como *multitudo*, da absolutizade da *multitudo*. A passagem para a sociedade não é representada em nenhum ato de cessão de direito como acontece no pensamento absolutista contemporâneo, mas em um salto à frente, integrativo do ser, da solidão para a *multitudo*, para a sociedade que, em si e por si, elimina o medo⁴⁶.

⁴⁴ AURELIO, 2009, p. LII.

⁴⁵ NEGRI, 1993, p. 47.

⁴⁶ NEGRI, 1993, p. 261.

O *Tratado político* consiste, então, em descrever como é possível pensar o direito como “direito comum”, por meio do qual uma multidão se constitui em Estado, sendo este apenas um desdobramento de sua potência. Um dos caminhos apresentados pelo filósofo é sua construção a partir do debate e da participação política efetiva. Ao perceber que o governo da multidão garante a expressão de opiniões (liberdade, esta ferrenhamente defendida por Spinoza em seu *Tratado teológico-político*) e a multiplicidade de participações nas decisões, são multiplicadas as hipóteses de transparência e de uma decisão acertada, possibilidades que se veem reduzidas nos governos marcados pela unidade.

Os engenhos humanos são, com efeito, demasiado obtusos para que possam compreender tudo de imediato; mas consultando, ouvindo e discutindo, eles aguçam-se e, desde que tenham todos os meios, acabam por encontrar o que querem, que todos aprovam e em que ninguém havia pensado antes⁴⁷.

O conceito *multitudo* aparece, portanto, principalmente neste último trabalho de Spinoza, apesar de viver ao longo de toda sua obra. Revela sua materialidade e imanência, em consonância com a intensidade da herança do Renascimento (aquela do sentido de nova dignidade do sujeito) conjugada em extensão: “essa qualidade nova do sujeito se abre ao sentido da multiplicidade dos sujeitos e à potência construtiva que emana da dignidade deles, entendida como totalidade”⁴⁸.

A MULTIDÃO EMPÍRICA

Estabelecido o fundamento ontológico da concepção da multidão em Hardt e Negri, é necessário agora acrescê-la da carga empírica insurrecional que a história lhe trouxe posteriormente ao século XVII. O conceito de multidão, na obra desses autores, está intrinsecamente ligado à constatação fática de um desejo de liberdade, revelado na recorrência dos movimentos de contestação e subversão da ordem nos mais diversos períodos da história, que aparecem como confirmação da potência ontológica teorizada por Spinoza.

Os grandes marcos históricos revolucionários da época moderna, como a Revolução Francesa, a Revolução Industrial, além dos subsequentes períodos de agitações e lutas sociais no séc. XIX, provocaram um aumento nas reflexões sobre a multidão, contribuindo para o peso conceitual que o termo carrega hoje em dia, devendo, então, ser analisadas. Para tanto, foram selecionados dois trabalhos considerados marcos para a carga teórica que o termo traz consigo, “A

⁴⁷ SPINOZA, 2009, p. 126.

⁴⁸ SPINOZA, 2009, p. 34.

psicologia das multidões” e “A multidão na história”, que apresentam perspectivas contrárias no campo em que se discute a potencialidade da ação política da multidão.

A obra *Psicologia das multidões*, de Gustave Le Bon, publicada em 1895, teve grande repercussão no período de emergência das Ciências Sociais, inaugurando o campo da “psicologia social”, a ser desdobrado 26 anos depois por Freud em sua *Psicologia das massas*. Propõe um estudo dos comportamentos protagonizados pelas multidões como distinto dos de indivíduos isolados, em muito baseado neste conturbado período de transição – analisado sob uma perspectiva de crítica e temor –, o qual ele chamou “era das multidões”.

A ascensão das classes populares à vida política, a sua transformação progressiva em classes dirigentes, é uma das características mais salientes desta época de transição. Não foi o sufrágio universal, tão pouco influente durante tanto tempo e tão fácil de controlar no seu começo, que determinou essa ascensão. O poder das multidões desenvolveu-se a partir da propagação de certas ideias que, gradualmente, se apossaram dos espíritos, e, depois, graças à associação cada vez maior de indivíduos com o fim de pôr em prática concepções que, até então, apenas tinham sido formuladas teoricamente. Foi através dessa associação que as multidões começaram a formar ideias sobre os seus interesses, que, embora não fossem muito justas, eram decerto bastante firmes; começaram ao mesmo tempo a ter consciência da sua força⁴⁹.

202

Em seus estudos, Le Bon conceitua a multidão como um agrupamento de indivíduos que adquire caracteres novos, bem diversos dos caracteres de cada um dos indivíduos que o compõem. Pressupondo a formação de uma mente coletiva, poderosa, mas momentânea, desvinculada da atividade consciente dos indivíduos, o autor a caracteriza como pouca dada ao raciocínio, mostrando-se, em contrapartida, muito apta para ação⁵⁰.

O que há de mais impressionante numa multidão é o seguinte: quaisquer que sejam os indivíduos que a compõem, sejam quais forem as semelhanças ou diferenças no seu gênero de vida, nas suas ocupações, no seu caráter ou na sua inteligência, o simples fato de constituírem uma multidão concede-lhes uma alma coletiva. Esta alma fá-los sentir, pensar e agir de uma maneira diferente do modo como sentiriam, pensariam e agiriam cada um isoladamente. Certas ideias, certos sentimentos só surgem e se transformam em atos nos indivíduos em multidão. A

⁴⁹ LE BON, Gustave. *Psicologia das multidões*. E-book, 1980. p. 6. Disponível em: <https://pt.scribd.com/doc/69426621/Psicologia-das-multidoes>. Acesso em: 28/11/2014.

⁵⁰ LE BON, 1980, p. 7.

Multidão: genealogia, ontologia e recontextualização do conceito...

multidão psicológica é um ser provisório, composto de elementos heterogêneos que, por momentos, se uniram, tal como as células que se unem num corpo novo formam um ser que manifesta caracteres bem diferentes daqueles que cada uma das células possui.

Contrariamente à opinião de um filósofo tão arguto como Herbert Spencer, no agregado que constitui uma multidão não encontramos de modo algum uma soma ou uma média dos seus elementos, mas sim uma combinação e criação de caracteres novos⁵¹.

A princípio, o autor corrobora a tese central sobre o conceito de multidão, relativamente à possibilidade de conjugação das singularidades na produção do comum. No entanto, em razão do forte caráter racial na obra, esse comum, essa “unidade psicológica” da multidão é apresentada como irracional, brutal, bárbara e destrutiva, além de altamente sugestionável. Essa formação dar-se-ia em virtude da ocorrência do fenômeno que o autor chamou de “contágio mental”, constituindo-se a partir de um nivelamento no domínio dos instintos, âmbito mais primário dos seres,

Ora, são estas qualidades gerais do caráter, regidas pelo inconsciente e possuídas quase no mesmo grau pela maioria dos indivíduos normais de uma raça, que se encontram em comum nas multidões. Na alma coletiva desaparecem as aptidões intelectuais dos homens e, por consequência, as suas individualidades. O homogêneo absorve o heterogêneo e as qualidades inconscientes passam a dominar. É esta comunidade de qualidades vulgares que explica que as multidões não possam realizar atos que exijam uma inteligência elevada; (...) as multidões não podem acumular a inteligência, mas somente a mediocridade⁵².

A negatividade apresentada pelo autor à multidão difere-se em sua base daquela prelecionada por Hobbes. Enquanto este afirmava a impossibilidade da multidão se consubstanciar em um agente político, já que, em sua multiplicidade, careceria do elemento necessário ao governo que seria a unidade, Le Bon reconhece a multidão enquanto agente político, no entanto, afirma que o produto dessas associações de singularidades resultaria necessariamente em um comum medíocre. Ou seja, se Spinoza reconhece no comum o resultado da multiplicação entre as singularidades em conflito, algo que geraria uma ação política cuja qualidade excederia qualquer decisão individual, Le Bon enxerga somente a partir da perspectiva do denominador comum, de um consenso alcançado por meio da redução das capacidades intelectuais dos indivíduos.

⁵¹ LE BON, 1980, p. 12.

⁵² LE BON, 1980, p. 13.

A despeito da concepção apresentada por Le Bon sobre a formação da mente multitudinária, sua ligação entre multidão e movimentos revolucionários é, então, evidente, revelando a carga libertária que o conceito carrega, ainda que sob a ótica do conservadorismo. Um século depois, o historiador George Rudé, influenciado pela teoria marxista, analisa o contexto referenciado por Le Bon (mais especificamente, o período das décadas de 1730 a 1840, na França e na Inglaterra), apresentando uma nova perspectiva sobre a ação da multidão nesse período.

Em *A multidão na história*, tendo como multidão o grupo “frente-a-frente” ou de contato direto das manifestações políticas populares⁵³, George Rudé observa, a partir de um minucioso trabalho historiográfico, que o tom de irracionalidade atribuído aprioristicamente às ações das multidões daquele período por Le Bon foi altamente discricionário⁵⁴. Ignorou toda a evolução e contexto sócio-histórico do fenômeno, contribuindo para a geração do estereótipo que acompanha o termo até os dias de hoje. Rudé se propõe, então, a estudar o que “realmente aconteceu”, afastando-se de explicações puramente behavioristas e psicológicas, analisando a origem e consequências dos fatos, as finalidades, motivos e ideias subjacentes a essas atividades e sua significação histórica⁵⁵.

Mas, em geral, essa “mobilidade” de comportamento não era típica da multidão amotinada. Já citamos numerosos casos ilustrativos do oposto: a notável firmeza e discriminação de objetivos das multidões, mesmo daquelas cujos atos parecem os mais espontâneos. Vimos como os amotinados Gordon, em Londres, e os participantes do movimento “Igreja e rei”, em Birmingham, depois de escolhidas suas vítimas, tiveram o cuidado de evitar a destruição ou os danos às propriedades de vizinhos. Os destruidores de máquinas de 1830 parecem ter discriminado entre os tipos de agricultor; os amotinados de Réveillon, em Paris, saquearam lojas, mas só as de alimentos; Ned Ludd e Rebeca invariavelmente escolhiam seus alvos com cuidado; as multidões que incendiaram os postos alfandegários de Paris pouparam os que pertenciam ao duque de Orléans; os “massacradores” de setembro só liquidaram as vítimas que tribunais improvisados consideraram culpadas; e o leitor deve lembrar-se dos mineiros de Cleehill, de 1766, que, como escreveu o Annual Register, “entraram na cidade [de Ludlow] de maneira muito

⁵³ Ao que os sociólogos herdeiros de Le Bon têm chamado de “multidão agressiva” ou “explosão hostil”.

⁵⁴ Mesmo já sendo uma prática típica de intelectuais anteriores como Burke, Taine e até mesmo Robespierre denominar os “amotinados” e “outros perturbadores da paz”, as “multidões grosseiras” como indesejados sociais: “banditti”, “desperadoes”, “ralé”, “condenados”, “canaille”, “classes inferiores”.

⁵⁵ RUDÉ, George. *A multidão na história*: estudo dos movimentos populares na França e na Inglaterra 1730-1848. Tradução de Valtensir Dutra. Campus: Rio de Janeiro, 1991, p. 9-10.

ordenada, dirigiram-se à casa, derrubaram-na e voltaram sem praticar nenhuma outra violência contra qualquer pessoa”. De fato, o estudo da multidão pré-industrial sugere que ela se amotinou visando a objetivos precisos e raramente empenhou-se em ataques indiscriminados a propriedades ou pessoas.

[...]

Essas ilustrações mostram também que a multidão não era, de modo algum, “irracional”, no sentido mais amplo da palavra. Podia ser desviada ou provocada pelo pânico, como podia ser movida pelos sonhos ou pelas fantasias milenaristas; mas seus objetivos eram, em geral, bastante racionais e, com frequência, a levaram, como já vimos, a escolher não só os alvos como também os meios mais adequados à ocasião⁵⁶.

Apresentando uma imagem da multidão muito mais atrelada a um processo de ação lógica de lutas movidas por um desejo de liberdade, o historiador conclui que, a inconstância e irracionalidade das multidões cunhadas por Le Bon, não passam de mitos resultantes de uma visão arguta e imaginativa santificados pela repetição em virtude de uma exagerada e tendenciosa negligência dos fatos históricos. É esse viés interpretativo que Hardt e Negri assumirão ao longo de seus trabalhos, cunhando sua teoria multitudinária a partir de suas manifestações históricas, traçando um extenso panorama dos movimentos de subversão na pós-modernidade.

A MULTIDÃO CONTRA O IMPÉRIO

Traçado um breve contexto teórico da multidão, chegamos ao ponto crucial do trabalho que consiste em explorar o conceito de multidão na contemporaneidade, em específico no pensamento político-filosófico de Michael Hardt e Antonio Negri.

O primeiro passo desse processo é distinguir duas faces do conceito de multidão utilizado pelos autores: a ontológica e a política. A primeira, diretamente ligada à filosofia de Spinoza, concerne à multidão entendida sob a perspectiva da eternidade (ou do “eterno presente”). É aquela que por meio da razão e dos afetos, no complexo e contínuo embate de forças, gera uma liberdade absoluta, que se revela historicamente por meio da propensão dos homens a recusar a autoridade e a subjugação, liberdade esta construída nas insurreições, subversões, revoltas etc. Já a segunda representa a multidão sob uma perspectiva histórica, um projeto político do porvir, que requer a construção de condições ideais de práticas políticas para sua emergência como agente político⁵⁷.

⁵⁶ RUDÉ, 1991, p. 272-273.

⁵⁷ HARDT; NEGRI, 2004, p. 221.

Nesse viés, a multidão é ao mesmo tempo sujeito e produto de uma prática coletiva. Seu conceito parte do pressuposto de que todo corpo (biológico e político) é em si multitudinário, expressivo e cooperativo, pura potência criadora em constante metamorfose expansiva. Ilustrativamente (e em consonância com as intuições dos demais autores já apresentadas nos tópicos anteriores), Hardt e Negri recorrem aos mais recentes estudos neurocientíficos que desmistificam a noção cartesiana de um corpo material coordenado por um centro de comando autoconsciente, imaterial e suprassumido. Essas pesquisas mostram que corpo e mente são atributos de uma mesma substância e que interação igual e constantemente produzindo racionalidade, imaginação, desejos, emoções, afetos... O cérebro em si não funciona, portanto, de acordo com um modelo de inteligência unitária centralizada, estando mais próximo de um evento de coordenações em rede⁵⁸ que, a partir de um conjunto de narrativas que se organizam, fundam um ponto de equilíbrio autorreferenciado.

Assim, um pensamento multitudinário principia por rejeitar teorias metafísicas da individualidade, que assumem a existência de um sujeito primário às experiências e ao conhecimento, mistificando a multiplicidade natural dos corpos: “Quand on définit l’homme en tant qu’individu, quand on le considère en tant que source autonome de droits et de propriétés, on le rend seul. Mais le propre n’existe qu’en relation à l’autre”⁵⁹. Isso implica, portanto, rejeitar as teorias baseadas na ideia de soberania e transcendência do múltiplo ao uno. O corpo político, comumente apresentando nos tratados-políticos como espelho do corpo biológico, também deve ser capaz de se organizar a partir de uma estrutura múltipla e descentralizada. Isso apresenta uma nova perspectiva sobre as alternativas de estruturação política, não limitadas às opções de uma liderança central e soberana, ou anárquica⁶⁰.

The decision-making ability of the multitude, we should note, inverts the traditional relationship of obligation. For Thomas Hobbes, for example, and in different ways in the entire tradition of sovereign politics, the obligation to obey is the basis for all civil laws and must precede the laws. There is never in the multitude, however, any obligation in principle to power. On the contrary, in the multitude the right to disobedience and the right to difference are fundamental. The constitution of the multitude is based on the constant legitimate possibility of dis-

⁵⁸ HARDT; NEGRI, 2004, p. 330.

⁵⁹ NEGRI, 1993. Pour une définition ontologique de la multitude. *Multitudes*, n. 9, mai-juin/2002. Disponível em: <<http://www.multitudes.net/Pour-une-definition-ontologique-de/>>. Acesso em: 28 nov. 2014. [Quando definimos o homem como um indivíduo, quando o consideramos como fonte autônoma de direitos e propriedades, nós o abandonamos. Mas o um só existe em relação ao outro. (Tradução livre)]

⁶⁰ O termo “anarquismo” aparece na obra dos autores no sentido de descontrole, desgoverno, caos.

bedience. Obligation arises for the multitude only in the process of decision making, as the result of its active political will, and the obligation lasts as long as that political will continues⁶¹.

Nessa esteira genealógica do conceito, Hardt e Negri partem da cisão dos termos “multidão” e “povo”, realizada por Hobbes e reiterada tanto nas teorias contratualistas e hegelianas, quanto no pensamento de Spinoza. O povo, percebido como uma abstração identitária que reduz o múltiplo ao uno, no qual as diferenças são subsumidas e negatizadas, contrapõe-se à multidão, que presume a manutenção da pluralidade, uma multiplicidade de singularidades⁶² capazes de atuar conjuntamente na produção de algo comum.

The people has traditionally been a unitary conception. The population, of course, is characterized by all kinds of differences, but the people reduces that diversity to a unity and makes of the population a single identity: “the people” is one. The multitude, in contrast, is many. The multitude is composed of innumerable internal differences that can never be reduced to a unity or a single identity – different cultures, races, ethnicities, genders, and sexual orientations; different forms of labor; different ways of living; different views of the world; and different desires. The multitude is a multiplicity of these singular differences⁶³.

Também, distinta do conceito de massa, a ideia de multidão rompe com a noção de passividade e alienação, turba, fragmentação e incoerência que o termo traz consigo atualmente.

The masses are also contrasted with the people because they too cannot be reduced to a unity or an identity. The masses certainly are composed

⁶¹ HARDT; NEGRI, 2004, p. 340. [A capacidade de tomar decisões da multidão, devemos ressaltar, inverte a tradicional relação de obrigação. Para Thomas Hobbes, por exemplo, e de diferentes formas em toda a tradição da política de soberania, a obrigação de obedecer é a base para todas os direitos civis e deve preceder as leis. No entanto, não há na multidão nenhuma obrigação que preexista ao poder. Pelo contrário, na multidão o direito à desobediência e à diferença é fundamental. A constituição da multidão baseia-se na possibilidade legítima e constante de desobediência. A obrigação surge para a multidão apenas no processo de tomada de decisão, como resultado de sua vontade política ativa, e perdura apenas enquanto essa vontade política continuar. (Tradução livre)].

⁶² Por singularidade os autores querem dizer uma subjetividade social cuja diferença não pode ser reduzida ao “igual”.

⁶³ HARDT; NEGRI, 2004, p. xiv-xv. [O povo tem sido tradicionalmente uma concepção unitária. A população, claramente, é caracterizada por todos os tipos de diferenças, mas o povo reduz essa diversidade a uma unidade e faz da população uma única identidade: “o povo” é um. A multidão, em contraste, é muitos. A multidão é composta de inúmeras diferenças internas que não podem jamais ser reduzidas a uma unidade ou a uma identidade única – diferentes culturas, raças, etnias, gêneros e orientações sexuais; diferentes formas de trabalho; diferentes modos de vida; diferentes visões de mundo; e diferentes desejos. A multidão é uma multiplicidade dessas diferenças singulares. (Tradução livre)]

of all types and sorts, but really one should not say that different social subjects make up the masses. The essence of the masses is indifference: all differences are submerged and drowned in the masses. All the colors of the population fade to gray. These masses are able to move in unison only because they form an indistinct uniform conglomerate. In the multitude, social differences remain different. The multitude is many-colored, like Joseph's magical coat. Thus the challenge posed by the concept of the multitude is for a social multiplicity to manage to communicate and act in common while remaining internally different⁶⁴.

Trata-se, portanto, de um conceito de classe não necessariamente operária no sentido de trabalho material assalariado, mas sim no de um grupo que produz de forma contínua, constantemente em movimento e renovação, cuja produtividade nos processos colaborativos, que envolvem a própria vida dos sujeitos, é explorada pelos mecanismos do capital de modo permanente⁶⁵.

Finally, we should also distinguish the multitude from the working class. The concept of the working class has come to be used as an exclusive concept, not only distinguishing the workers from the owners who do not need to work to support themselves, but also separating the working class from others who work. In its most narrow usage the concept is employed to refer only to industrial workers, separating them from workers in agriculture, services, and other sectors; at its most broad, working class refers to all waged workers, separating them from the poor, unpaid domestic laborers, and all others who do not receive a wage. The multitude, in contrast, is an open, inclusive concept. It tries to capture the importance of the recent shifts of the global economy: on the one hand, the industrial working class no longer plays a hegemonic role in the global economy, although its numbers have not decreased worldwide; and on the other hand, production today has to be conceived not merely in economic terms but more generally as social production – not only the production of material goods but also the production of com-

⁶⁴ HARDT; NEGRI, 2004, p. xv. [As “massas” também contrastam com o “povo”, pois elas também não se reduzem a uma unidade ou a uma identidade. As massas certamente são compostas por todos os tipos, mas realmente não se deve dizer que diferentes sujeitos sociais constituem as massas. A essência das massas é a indiferença: todas as diferenças são submersas e afogadas nas massas. Todas as cores da população tornam-se cinzentas. Essas massas são capazes de mover-se em uníssono exatamente porque elas formam um conglomerado uniforme e indistinto. Na multidão, as diferenças sociais permanecem diferentes. A multidão é multicolorida, como o casaco mágico de Joseph. Assim, o desafio colocado pelo conceito de multidão reside na multiplicidade social conseguir se comunicar e agir em comum e, ainda assim, permanecer diferente internamente. (Tradução livre)]

⁶⁵ NEGRI, 1993. Pour une définition ontologique de la multitude. *Multitudes*, n. 9, mai-juin/2002. Disponível em: <<http://www.multitudes.net/Pour-une-definition-ontologique-de/>>. Acesso em: 28 nov. 2014

munications, relationships, and forms of life. The multitude is thus composed potentially of all the diverse figures of social production⁶⁶.

Dessa forma, o conceito da multidão oferece um modelo de inteligibilidade, no qual as singularidades não são reduzidas e homogeneizadas no conflito e na colaboração, muito pelo contrário, é sua manutenção que permite a formação de novos hábitos, práticas, condutas, desejos, na produção de algo comum. “Mas o comum não é unidade, nem quando envolve resistência contra o inimigo, nem quando implica construção coletiva de terreno para a existência da *polis*”⁶⁷, porém afirmação da diversidade em cada expressão criativa.

O cerne do conceito consiste, portanto, em compreender que não há contradição entre singularidades e aspectos em comum, afastando-se do binômio heteronormativo das diferenças que predomina na política atual, sendo necessário, para abstrai-lo, abandonar a crença de que inovações são frutos de um gênio individual. Toda produção e inovação acontece em rede, resultante do contato entre subjetividades. Toda genialidade é multitudinária⁶⁸.

A multidão aparece na obra de Michael Hardt e Antonio Negri, então, como alternativa viva que cresce junto ao império, em uma temporalidade contraditória: sempre pronta para emergir e, ao mesmo tempo, ainda não consolidada. É apresentada como outra face da globalização, que também se estrutura em uma rede, que cria novos circuitos de cooperação e colaboração estendidos a todos os continentes, possibilitando um número ilimitado de encontros entre subjetividades⁶⁹. A multidão é responsável pelo estado de crise contínua do sistema capitalista: pois este, ao mesmo tempo em que precisa da produtividade biopolítica

⁶⁶ HARDT; NEGRI, 2004, p. xv-xvi. [Finalmente, devemos também distinguir a multidão da classe trabalhadora. O conceito de classe trabalhadora tem sido usado como um conceito exclusivo, não só para distinguir os trabalhadores dos proprietários que não precisam trabalhar para se sustentar, mas também separando a classe trabalhadora de outras pessoas que trabalham. Em seu uso mais limitado, o conceito é utilizado para se referir apenas aos trabalhadores industriais, separando-os dos trabalhadores da agricultura, serviços e outros setores; em seu sentido mais amplo, a classe trabalhadora refere-se a todos os trabalhadores assalariados, separando-os dos pobres, trabalhadores domésticos não remunerados e todos os outros que não recebem um salário. A multidão, em contraste, é um conceito aberto e inclusivo. Tenta capturar a importância das recentes mudanças da economia global: por um lado, a classe operária industrial já não desempenha um papel hegemônico na economia global, embora quantitativamente ela não tenha sido reduzida mundialmente; e, por outro lado, a produção atualmente tem de ser concebida não apenas em termos econômicos, mas, de forma geral, como produção social – não só como produção de bens materiais, mas também produção de comunicação, relacionamentos e modos de vida. A multidão é, então, composta potencialmente por todas as diversas figuras da produção social. (Tradução livre)]

⁶⁷ NEGRI, Antonio. O que é a multidão? *Novos estudos*, n. 75, julho/2006. p. 99.

⁶⁸ HARDT; NEGRI, 2004, p. 338.

⁶⁹ HARDT; NEGRI, 2004, p. XIII.

da multidão (da sua liberdade, do seu trabalho imaterial), deve também limitá-la no intuito de controlar os processos de resistência que a acompanham⁷⁰.

Isso porque essa produção biopolítica de trabalho imaterial (ideias, conhecimentos, afetos, relações sociais, subjetividades, expressões linguísticas) não se limita à nossa atual concepção de produção, atrelada a um valor econômico. Uma vez que produzem essencialmente força política, das relações surgem tanto novas formas de autopercepção – no sentido existencial –, quanto de compreensão da vida social. São interações que produzem interações, subjetividades que produzem subjetividades, desligadas do pressuposto de hostilidade que ordena a vida sócio/política atual, revelando a condição plural da existência humana. A multidão é, portanto, a subjetividade que emerge da dinâmica sociocomunicativa entre as singularidades e o comum.

Subjectivity, in other words, is produced through cooperation and communication and, in turn, this produced subjectivity itself produces new forms of cooperation and communication, which in turn produce new subjectivity, and so forth. In this spiral each successive movement from the production of subjectivity to the production of the common is an innovation that results in a richer reality. Perhaps in this process of metamorphosis and constitution we should recognize the formation of the body of the multitude, a fundamentally new kind of body, a common body, a democratic body⁷¹.

210

Não se trata, como já vimos, de um “corpo político” no sentido moderno, já que não se pauta por uma organicidade unitária, e sim por uma “carne⁷² social comum”, uma substância viva elementar que é puro potencial, ou seja, uma força viva de conjunção de singularidades, sempre em formação. Essa é a perspectiva ontológica da multidão, um poder elementar do social em contínua expansão, excessiva produção biopolítica⁷³. Por isso, a multidão aparece por vezes monstruosa, por criar-se em uma contínua produção do “novo”, do “inesperado”,

⁷⁰ NEGRI, Antonio. *La multitude, nouveau sujet révolutionnaire*. Disponível em: <<http://www.multipitudes.net/La-multipitude-nouveau-sujet/>>. Acesso em: 28 nov. 2014.

⁷¹ HARDT; NEGRI, 2004, p. 189. [Subjetividade, em outras palavras, é produzida por meio de cooperação e comunicação e, por sua vez, essa mesma subjetividade produzida produz novas formas de cooperação e comunicação que, então, produzem nova subjetividade, e assim por diante. Nessa espiral, cada movimento sucessivo da produção de subjetividade para a produção do comum é uma inovação que resulta em uma realidade mais rica. Talvez nesse processo de metamorfose e constituição, devêssemos reconhecer a formação do corpo da multidão, fundamentalmente, um novo tipo de corpo, um corpo comum, um corpo democrático. (Tradução livre)]

⁷² Os autores retomam o termo da obra de Merleau-Ponty *The flesh*, designando-o como algo que não é matéria, nem mente, nem substância.

⁷³ HARDT; NEGRI, 2004, p. 192.

o que é tradicionalmente percebido como algo inseguro e caótico, uma ameaça à ordem social.

Our innovative and creative capacities are always greater than our productive labor -productive, that is, of capital. At this point we can recognize that this biopolitical production is on the one hand immeasurable, because it cannot be quantified in fixed units of time, and, on the other hand, always excessive with respect to the value that capital can extract from it because capital can never capture all of life⁷⁴.

Esse excesso produtivo, material e imaterial, é exatamente o que os autores chamam de “comum”, e que permite um afastamento da ideia de caos e desordem social. Surge como um resultado organizativo inalcançável por meio de uma perspectiva unitária e que constitui a base das relações político-sociais do projeto multitudinário. Isso significa que a emergência da multidão no sentido político não é espontânea, sendo necessário um projeto para trazê-la à tona (*Ibid*, p. 212). Isso a liga necessariamente à ideia de resistência, já que a multidão é um conceito determinado pela luta de uma coletividade. Os autores identificam a resistência como um dado originário, não uma reação ou resposta a um ato de poder⁷⁵, sendo, portanto, constitutiva da multidão ontológica como um pressuposto da natureza política da vida social. Resistir é, ao mesmo tempo, constituir.

Hardt e Negri apontam para a *possibilidade* de emergência de um projeto político multitudinário, organizado a partir da ideia de democracia radical, que significa liberta dos mecanismos de mediação, baseada na livre expressão do interesse comum⁷⁶. Analisando os movimentos contemporâneos percebidos como “lutas multitudinárias”, os autores identificam uma orientação política direcionada a uma prática de libertação. Ou seja, não apenas como lutas contra a pobreza e a miséria, mas essencialmente democráticas⁷⁷, que buscam destruir o regime de violência perpétua que sustenta o atual sistema de opressão, tomando para si o controle dos meios de produção biopolíticos, reapropriando-se do público para ressignificá-lo enquanto comum.

⁷⁴ HARDT; NEGRI, 2004, p. 146. [Nossas capacidades inovadoras e criativas são sempre maiores do que o nosso trabalho produtivo – produtivo, isto é, de capital. Nesse ponto, podemos reconhecer que essa produção biopolítica é, por um lado incomensurável, porque não pode ser quantificada em unidades fixas de tempo, e, por outro, sempre excessiva em relação ao valor que o capital pode extrair dela porque o capital nunca pode capturar a vida de forma integral. (Tradução livre)]

⁷⁵ HARDT; NEGRI, 2004, p. 64.

⁷⁶ Os autores diferenciam “interesse comum” de “interesse geral”, apontando este como uma abstração típica do dogma estado-nação manejado burocraticamente, enquanto aquele está ligado à produção biopolítica de atividades de cooperação social no âmbito da própria multidão.

⁷⁷ HARDT; NEGRI, 2004, p. 67

The global cycle of struggles develops in the form of a distributed network. Each local struggle functions as a node that communicates with all the other nodes without any hub or center of intelligence. Each struggle remains singular and tied to its local conditions but at the same time is immersed in the common web. This form of organization is the most fully realized political example we have of the concept of the multitude. The global extension of the common does not negate the singularity of each of those who participates in the network. The new global cycle of struggles organizes and mobilizes the multitude⁷⁸.

Essas lutas também ocorrem em rede, e é exatamente essa organização formal assimétrica, capaz de agir em conjunto sem nenhuma unificação, sem um ponto central de comando, e que preserva suas pluralidades, que aparece na obra dos autores como forma de evitar a instituição do poder e do domínio, bem como possibilitar a emergência política da multidão. Importante perceber que, nesse projeto político, resistência, êxodo – no sentido de livre circulação –, combate ao sistema imperial, fazem parte de um mesmo processo constitutivo, que se auto-organiza de forma inteligente, analogamente à ideia de enxame:

The swarms that we see emerging in the new network political organizations, in contrast, are composed of a multitude of different creative agents. This adds several more layers of complexity to the model. The members of the multitude do not have to become the same or renounce their creativity in order to communicate and cooperate with each other. They remain different in terms of race, sex, sexuality, and so forth. What we need to understand, then, is the collective intelligence that can emerge from the communication and cooperation of such a varied multiplicity⁷⁹.

Assim, o conceito de multidão desenvolvido pelos autores se apresenta de suma importância na atualidade por apontar, fundamentadamente, não só a

⁷⁸ HARDT; NEGRI, 2004, p. 217. [O ciclo global de lutas desenvolve-se na forma de uma rede distribuída. Cada luta local funciona como um nó que se comunica com todos os outros nós sem nenhum eixo ou centro de inteligência. Cada luta permanece singular e ligada às suas condições locais, mas, ao mesmo tempo, é imersa na teia comum. Essa forma de organização é o exemplo político mais plenamente realizado que temos do conceito de multidão. A extensão global do comum não nega a singularidade de cada um dos que participam na rede. O novo ciclo global de lutas organiza e mobiliza a multidão. (Tradução livre)]

⁷⁹ HARDT; NEGRI, 2004, p. 92. [Os enxames que vemos emergir nas novas redes de organizações políticas, por outro lado, são compostos por uma multidão de diferentes agentes criativos. Isso adiciona diversas outras camadas de complexidade ao modelo. Os membros da multidão não têm que se tornar iguais ou renunciar à sua criatividade a fim de comunicar e cooperar uns com os outros. Eles permanecem diferentes em termos de raça, sexo, sexualidade e assim por diante. O que precisamos entender, então, é a inteligência coletiva que pode emergir da comunicação e cooperação de uma multiplicidade assim tão variada. (Tradução livre)]

possibilidade, mas também a direção (sem a elaboração de fórmulas estritas, é claro) do combate às atuais formas estruturais de dominação que se estendem globalmente na pós-modernidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O método genealógico ao qual se recorreu neste trabalho consiste, exatamente, em desenvolver uma interrogação crítica do presente. Para tanto, busca desvelar na história aquilo que se pensava inexistente, mas que, na realidade, fora encoberto por uma narrativa muitas vezes imposta. Trata-se de uma análise dos limites estabelecidos, experimentando ir além deles, percebendo que, se na atualidade identifica-se a formação de um epicentro semântico destoante do corrente, inédito ou não convencional, este discurso presente, necessariamente, liga-se a um passado que vale a pena ser reconstruído, de forma a melhor compreender seus desdobramentos históricos.

Isso significa dizer que o pensamento de autores como Hardt e Negri não se consubstancia apenas enquanto reação a uma realidade inaugurada na pós-modernidade, mas antes se liga a uma tradição obscurecida no campo do pensamento político dos vencedores na luta da história. Não é de se estranhar, portanto, que as incompreensões que circundam de críticas tanto os defensores da democracia radical, quanto da multidão como seu agente político, comumente partem da mesma perspectiva conservadora, herdeira daquela mesma tradição questionada há séculos.

No intuito de melhor compreender o projeto político da multidão apresentado pelos autores, foi necessário primeiramente reconhecer à inexistência da democracia por eles referenciada, ou, ao menos, à efetiva mudança de seu significado, devendo-se, então, lutar pela conservação de seu sentido original. Democracia não enquanto forma de governo, alcunha dotada pelos conservacionistas, não como tipo de constituição ou instituição, mas exatamente como sistema de abertura contra a cristalização dessas instituições. Mais que uma forma, um momento, ou um projeto, que se constrói por meio da luta e embate de forças contra a privatização da vida pública⁸⁰.

Assim, a partir de uma busca por pensamentos políticos que marcaram a era das luzes, e que defendiam a instauração de uma democracia na corrente originária do termo, foi possível também encontrar a palavra “multidão” para designar seu agente político, ainda que, primeiramente, não apartada da ideia de povo. No entanto, foi exatamente a partir da cisão dos dois termos que o conceito de “multidão” começou a ser formado, como um elogio à multiplicidade e ao autogoverno, delimitando-se sua essência, e sendo concebido tanto no campo

⁸⁰ ROSS, 2010, p. 125.

ontológico quando no político. Nesse viés, definido o que se compreende por multidão, procurou-se identificar na história seus momentos de insurgência, bem como as ações contrarrevolucionárias que atuaram por desacreditá-la.

Feita essa genealogia, foi possível compreender o projeto político apresentado no papel por Hardt e Negri, tido como inconsistente e abstrato por seus críticos. Essa impressão de desamparo que os autores parecem lançar a seus leitores justifica-se, então, já que o conceito originário de democracia e multidão é essencialmente incoerente com a realização prévia de um programa de passos e/ou listas de demandas. Primeiramente, porque focar em mudanças de forma limitada obscurece o fato de que a mudança social deve atingir as atuais estruturas de poder como um todo, desde sua base até seu ápice. Em segundo lugar, porque somente a experiência democrática/multitudinária pode trazer à tona os meios, ferramentas e ideias para que esse combate se realize com sucesso. É preciso que a produção do comum, a partir da potência da multidão, encontre as fendas escondidas no sistema para a real efetivação da democracia.

REFERÊNCIAS

AURÉLIO, Diogo Pires. Introdução. *Tratado político*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. VIII-LXVIII

214

CASTORIADIS, Cornelius. 1996. La democracia como procedimiento y como régimen. *Iniciativa Socialista*, n. 38, fev. Disponível em: <<http://www.inisoc.org/Castor.htm>>. Acesso em: 25 maio 2015.

DELEUZE, Gilles. Prefácio. *In: Anomalia Selvagem*. Tradução de Raquel Ramalhete. Rio de Janeiro: Editora 34, 1993, p. 7-9.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Império*. Trad. Berilo Vargas. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Multitude: war and democracy in the age of empire*. New York: Penguin, 2004.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. 3. ed. Tradução de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LE BON, Gustave. *Psicologia das multidões*. Tradução de Ivone Moura Delraux. 1980. E-book. Disponível em: <https://pt.scribd.com/doc/69426621/Psicologia-das-multidoes>. Acesso em: 28 nov. 2014.

MAQUIAVEL, Nicolau. *Discorsi*. 3. ed. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1994.

MATHERON, Alexandre. Prefácio. *Anomalia selvagem*. Tradução de Raquel Ramalhete. Rio de Janeiro: Editora 34, 1993, p. 15-22.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *Filosofia radical e utopia: inapropriabilidade, anarquia, anomia*. Belo Horizonte: Viavérita, 2014.

Multidão: genealogia, ontologia e recontextualização do conceito...

NEGRI, Antonio. *Anomalia selvagem*. Tradução de Raquel Ramalhete. Rio de Janeiro: Editora 34, 1993.

NEGRI, Antonio. O que é a multidão? Tradução de Milton Ohata. *Novos estudos*, n. 75, julho/2006, p. 93-108.

NEGRI, Antonio. Pour une définition ontologique de la multitude. Tradução de François Matheron. *Multitudes*, n. 9, maio-jun./2002. Disponível em: <<http://www.multitudes.net/Pour-une-definition-ontologique-de/>>. Acesso em: 28 nov. 2014.

NEGRI, Antonio. La multitude, nouveau sujet révolutionnaire. Disponível em: <<http://www.multitudes.net/La-multitude-nouveau-sujet/>>. Acesso em: 28 nov. 2014.

ROSS, Kristin. Se vende democracia. *Democracia en suspenso*. Madrid: Casus Belli, 2010, p. 103-125.

RUDÉ, George. *A multidão na história: estudo dos movimentos populares na França e na Inglaterra 1730-1848*. Tradução de Valtensir Dutra. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

SPINOZA, Baruch. *Tratado político*. Tradução de Diogo Pires Aurélio. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

SPINOZA, Baruch. *Ética*. 3. ed. Tradução de Marilena de Souza Chauí. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

Data de envio: 25/05/2015

Data de aprovação: 13/08/2015

O ESTIGMA DO JOVEM MORADOR DA PERIFERIA: UM “ROLEZINHO” CRIMINÓLOGICO SOBRE PRECONCEITO

THE STIGMA OF THE SUBURBAN YOUNG PEOPLE: A CRIMINOLOGICAL “ROLEZINHO” OF THE PREJUDICE

*Ariane Floriano da Silva**
*Gustavo Noronha de Ávila***

RESUMO

O presente trabalho propõe uma análise criminológica do preconceito e de suas implicações jurídico-penais que circundam as relações sociais entre os jovens moradores dos bairros periféricos das grandes cidades e os residentes mais abastados dela, em especial quanto aos reflexos da sensação generalizada de insegurança causada pela pós-modernidade em seus encontros nos espaços urbanos e as consequências dos estigmas que afetam nossa percepção sobre a leitura dos acontecimentos cotidianos, ora enquadrando-os na roupagem de atos delituosos apesar de não o serem, ora omitindo-se frente a alguns crimes perpetrados, tudo em decorrência da atribuição de certas qualidades aos seus autores. A partir disso, pretende-se, sob uma ótica criminológica crítica e subcultural, além da sociológica, verificar o conflito gerado pelos “rolezinhos” protagonizados por adolescentes suburbanos em *shopping centers* das grandes metrópoles e a resposta estatal dada ao confronto, cujo teor é claramente mesclado entre o político e jurídico.

Palavras-chave: Jovem morador da periferia; Estigma; Criminalização.

* Graduada pela Universidade Estadual de Maringá. Pós-graduada em Ciências Penais pela mesma instituição. Pós-graduanda em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Uninter. Área de interesse: Criminologia. Correspondência para/*Correspondence to*: Rua Paranaguá, 565, apto. 33, bloco 14, Maringá/PR, CEP: 87020-190. E-mail: arianefloriano@uol.com.br. Telefone: (44) 3305-0146.

** Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professor da Especialização em Ciências Penais da Universidade Estadual de Maringá. Advogado. Área de interesse: Criminologia. Correspondência para/*Correspondence to*: Avenida Padre Cacique, 1900, apto. 302, Porto Alegre/RS, CEP: 90810-240. E-mail: gustavonoronha@viva.com.br. Telefone: (51) 3249-3954.

ABSTRACT

This work proposes a criminological analysis of the prejudice surrounding social relations among the young suburban's at the big cities and the rich central residents and the legal and criminal implications about that, in particular on the effects of the widespread feeling of insecurity caused by postmodernity in their meetings in neutral urban places and the consequences of the stigma's presence which affects our perception about the daily events, that we or sometimes label them as criminal acts despite their not being, or sometimes we omit some crimes, all caused to the attribution of some qualities of the authors. About this, it is intended to check the conflict generated by "rolezinhos" perpetrated by suburban teenagers in the metropolis shopping malls and the statal response to the confrontation, which content clearly is a mixed between the political and legal measures, from a critical criminological and subcultural perspective beyond the sociological view

Keywords: Stigma; Young suburban's; Criminalization.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

218

A massiva cobertura da mídia desde o fim do ano passado para os encontros dos jovens moradores da periferia em grandes e valorizados centros comerciais urbanos das metrópoles do país chamou a atenção para um problema cotidianamente escanteado nas pautas públicas: a segregação social.

Acompanhando-se as notícias televisivas ou pela internet, viu-se que uma torrente de opiniões jorrou sobre o caso, havendo uma divisão clara entre os defensores e promotores dessa prática juvenil, de um lado afirmando ser um grupo de vândalos que não tem respeito pelo espaço privado/público e, por outro lado, "levantando a bandeira" da convivência pacífica entre dois polos de uma mesma sociedade que devem coexistir. Dos mais radicais, logo houve a campanha pela criminalização dos atos, e a respeito disso um ponto mostrou-se inquietante: qual o crime por eles praticado?

Sob esse viés, viu-se que o estigma do jovem morador da periferia elevou os atos, a princípios idealizados como pacíficos passeios em busca de simples diversão, às pautas políticas de visibilidade social e estudo dos preconceitos. Assim, inicia-se o presente trabalho com uma rápida análise sobre o estudo dos estigmas e metarregras, em especial àqueles que envolvem o adolescente suburbano.

Por conseguinte, partiu-se da coligação das informações trazidas da breve conceituação preliminar e das teorias criminológicas da anomia, subcultura criminal e criminologia crítica para evidenciar duas reações ao fenômeno do "rolezinho", uma na visão dos moradores da elite e frequentadores desses centros de compras e o outra na visão dos jovens moradores da periferia.

O estigma do jovem morador da periferia: um “rolezinho” criminológico...

A esse respeito, importou-se, então, em identificar e compreender as implicações das relações sociais dos jovens moradores das periferias das grandes cidades com aqueles das áreas geográficas mais próximas dos centros urbanos, especialmente o choque de interesses entre esses diferentes grupos sociais e os reflexos jurídico-penais que esse contraste está causando no meio comunitário hoje. Partiu-se das obras essencialmente críticas de Zygmunt Bauman, Erving Goffman, Jock Young e Howard Becker, sem se deslembrar de Alessandro Baratta, Nilo Batista, Roberto da Matta e Gilberto Velho, e, atentando-se para a cultura do *funk* e *rap* brasileiros, tentou-se verificar as matizes encobertas por detrás do discurso do jovem perigoso da periferia.

Para os mais abastados, a quebra da manutenção e alimentação de um sistema que exclui e relega os jovens suburbanos a uma carreira informal para manter sua subsistência afastando-os dos locais “limpos” dos grandes centros, que foram invadidos pela subcultura e ideologia próprias desses púberes estigmatizados, deve ser encarada, por si, como ato criminoso.

ESTIGMAS E METARREGRAS

A atividade jurídica, em toda sua extensão e essência, é permeada pela interpretação, seja de regras e princípios que serão utilizadas como solução em um caso concreto, seja pela influência de conceitos e conhecimentos preexistentes em sua bagagem cultural e de sua formação latente. Negando a teoria cartesiana de isenção de ideologias e de uma ciência absolutamente neutra, diversos autores já pontuaram como critérios subjetivos de intuições pessoais, convicções, hábitos e tradições direcionam nossa maneira de nos posicionar frente a um fato jurídico ou a um texto legal.

A esse respeito, apesar de ainda certa parcela do meio jurídico negar a existência de diversas soluções para um mesmo fato, não se pode dizer que, no Direito, há um único caminho a ser traçado frente a um acontecimento que necessita da tutela jurídica. Contudo, de acordo com nossa bagagem cultural, muitas vezes vislumbramos somente uma saída, decorrente de nossa aplicação inconsciente de metarregras.

Dessa forma, tem-se que as “metarregras, pois, são mecanismos constituídos de regras, princípios e atitudes subjetivas que influenciam o operador do direito no momento de aplicação da regra jurídica”¹; conhecidas nos ordenamentos jurídicos estrangeiros pelos títulos de *Metaregeln* (alemão), *super-reglas* (espanhol) e *basic rules* (inglês). Embora a aplicação das metarregras pareça, à primeira

¹ BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas: um estudo sobre os preconceitos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 16.

vista, inofensiva ou até mesmo indiferente ao cotidiano forense, sua incidência no sistema, principalmente penal, tem consequências, muitas vezes, nefastas.

Uma das consequências negativas trazidas pela aplicação das metarregras, segundo Carlos Roberto Bacila e como expõe Howard Becker² em sua obra, é a eleição dos indivíduos que farão parte do sistema penal, haja vista que embora muitos (ou quase todos) cometam delitos, somente uma pequena parcela social é escolhida a serem autores de crimes:

Por outro lado, as metarregras são seguidas de forma consciente ou não e têm o condão de atribuir, no plano jurídico, responsabilidade penal e, na esfera social, estigma, demonstrando também o caráter de desigualdade do sistema penal. É como se fosse um bem negativo.

A consequência principal das metarregras é a seleção de certas pessoas para o sistema penal. Muitos praticam crimes (a maioria da população), mas somente alguns são escolhidos pelo sistema para responder³.

Sob esse viés, importante mencionar que a seleção dos indivíduos ao sistema penal dá-se pela aplicação de metarregras, por meio do mecanismo específico dos “estigmas”, haja vista que a escolha é realizada tendo em vista aqueles que partilhem de certo atributo em comum ao qual é conferida uma qualificação negativa.

Pode-se entender que “um estigma, é então, um tipo especial de relação entre atributo e estereótipo”⁴ e “baseando-nos nessas concepções, nós as transformamos em expectativas normativas, em exigências apresentadas de modo rigoroso”⁵. Dessa forma, ao se aglutinarem as condições objetivas e subjetivas que compõem o estigma, vê-se que ele rompe com o discurso idealizado da igualdade entre os cidadãos, circunstância basilar formalizada como garantia constitucional no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, interferindo diretamente na aplicação do Direito:

Contendo um aspecto objetivo, que é a marca (sexo, raça, condição social, necessidade especial, religião, etc.), e outro subjetivo (valoração negativa ou depreciativa), o estigma fere a igualdade entre as pessoas e a aplicação do Direito. Logo, os estigmas podem ser vistos como metarregras que afetam o exercício de toda a população a interpretação das regras penais⁶.

² BECKER, Howard Saul. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 28.

³ BECKER, 2008, p. 18.

⁴ GOFFMAN, Erving. *Estigma – notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1988, p. 7.

⁵ GOFFMAN, 1988, p. 5.

⁶ BACILA, 2014, p. 20-21.

O estigma do jovem morador da periferia: um “rolezinho” criminológico...

Assim, pode-se dizer que as *metarregras* são o *gênero* do qual os *estigmas* são *espécie*. O conhecimento dos estigmas como mecanismo de seleção social é datado de tempos antigos, com o registro de que os gregos antigos interpretavam a presença de sinais corporais nos indivíduos como um anúncio de algo extraordinário ou mau sobre a condição moral de quem os portava. De acordo com Erving Goffman, é evidente que o caráter negativo atribuído ao estigma foi incorporado com o avanço do tempo e da sociedade, alargando-se, também, as condições objetivas (registros) para além dos físicos (abominações do corpo), incorporando-se na classificação também os de ordem moral (as culpas de caráter individual) e os de agrupamento (estigmas tribais de raça, nação e religião)⁷.

Apesar de o estigma ter abrangido uma carga negativa muito superior à de sua original formulação, tendo sido ampliadas as abrangências de suas classificações para além do físico, o processo seletor sempre se mostrou presente, inclusive com a pontuação de ser a utilização dessas metarregras uma forma de manipulação do poder daqueles tidos como “normais”, assegurando, por meio das implicações desses processos, sua hegemonia de controle.

Os estigmas lançam ao estigmatizado a condição de desacreditado ou desacreditável⁸, variando a condição de acordo com a “visibilidade” e “percepção” de seu sinal exterior, tornando-o menos humano e fazendo senti-los dessa forma, a partir da identidade social virtual que é aplicada a ele, reduzindo-o a uma sub-classe, a uma pessoa menos capacitada.

A manutenção social de estigmatizados propicia, conforme será visto adiante, enorme poder de sustentação de classes privilegiadas ou de “normais” em detrimento dos primeiros (estigmatizados) que recebem tratamento desumano. Assim, pode-se afirmar que a estigmatização opera como neutralização institucional.

Afinal, o estigma não deixa de representar uma forma de neutralizar o inimigo, isto é, quando se estigmatiza alguém, diminui-se artificialmente o valor da pessoa⁹.

Essa diminuição do indivíduo estigmatizado deve ser entendida como mecanismo de sustentação de poder, visto que o sujeito é diminuído de seu valor até o ponto de ele mesmo ver-se como tal e ser facilmente manipulado.

Portanto, como visto até então, a aplicação de estigmas por parte dos empreendedores morais dá origem a uma seleção daqueles que farão parte do sistema penal, transformando essa visão em quase uma profecia autorrealizável¹⁰, formando um ciclo vicioso sob todos aqueles que tenham esse rótulo.

⁷ GOFFMAN, 1988, p. 7.

⁸ GOFFMAN, 1988, p. 7.

⁹ BACILA, 2014, p. 32-33.

¹⁰ BECKER, 2008, p. 28.

Sobre o jovem morador da periferia, sua identidade social virtual não lhe favorece. Sobre si recaem, ao menos, três tipos diferentes de estigmas, a saber: o da idade; o da pobreza; e do local da moradia. Portanto, quanto ao preconceito de sua idade, os jovens são tutelados por diversos dispositivos legais, em especial o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), contudo, na vivência diária, é percebido que a maioria dessa população não tem respeitados seus direitos, sendo tida como nova e imatura para desempenhar certas funções e responsabilidades, especialmente ante a visão de ser economicamente “inviável”.

Também, pela fase de desenvolvimento psicológico que enfrentam, na qual está formando seu caráter enquanto pessoa, identificando sua relação com o mundo e o papel no qual estão inseridos, com profusões de hormônios, medos e inseguranças, os conflitos pessoais são evidentes, transformando esse período de transição em um lapso gerador de tensão e tumultos. Logo, a fase que atravessam não é tranquila, fazendo sua pouca idade ser vista como fase inconsequente, geradora de tensão e de testes de limites, com inobservância de algumas regras, tornando a visão sobre si de alguém instável e sem credibilidade:

Eu vejo na TV o que eles falam sobre o jovem não é sério
O jovem no Brasil nunca é levado a sério
A polícia diz que já causei muito distúrbio
O repórter quer saber o porquê eu me drogo
O que é que eu uso
Eu também senti a dor
E disso tudo eu fiz a rima
Agora tô por conta
Pode crer que eu tô no clima
Eu tô no clima.... Segue a rima¹¹.

222

Não obstante, ainda recai sobre os adolescentes da periferia o estigma da pobreza, haja vista a concepção popular de inter-relação da residência em localidades afastadas dos grandes centros com hipossuficiência financeira. A esse respeito, importa mencionar que a pobreza traz em si diversas implicações, sendo deveras complexa para uma análise rápida como a aqui empreendida, porém restringe-se pela objetividade ao tema. Logo,

A questão que proponho do estigma do pobre é bem mais abrangente, pois trabalho com hipóteses, a partir da metarregra (estigma) da pobreza. O pobre acaba portando um estigma que lhe afeta de muitas outras

¹¹ ABRÃO, Alexandre Magno (CHORÃO); DUARTE JR, Luiz Carlos Leão (CHAMPIGNON); PELADO, Renato. Não é sério. In: CHARLIE BROWN Jr.; CARVALHO, Liliane de (NEGRA LI). *Nadando com os tubarões*. Rio de Janeiro: BMG, 2000. Faixa 3. [CD musical]. Extraído de: <<http://musica.com.br/artistas/negra-li/m/nao-e-serio/letra.html>>. Acessado em: 17/05/2014.

O estigma do jovem morador da periferia: um “rolezinho” criminológico...

maneiras, isto é, segundo estimo, em primeiro lugar, o pobre pode não ser criminoso, mas sempre será um suspeito potencial, é tratado com um inferior no sistema, como um suspeito de práticas futuras criminosas e por isso precisa ser punido por antecipação¹².

Dessa forma, o ponto fundamental para o debate é a associação do pobre ao criminoso, ao sujeito perigoso que pode, a qualquer tempo, causar um mal à “sociedade normal”, merecendo sempre uma sanção penal. Igualmente, a escolha dos empreendedores morais pelos pobres também resulta do risco maior de os últimos não conseguirem confrontar o sistema, de não apresentarem defesa e serem, então, sujeitos contra os quais o aparelho estatal se volta com maior facilidade.

Os empreendedores morais, principalmente os aplicadores, são aqueles que detêm dois poderes: o primeiro, o de selecionar quais leis entre as válidas e existentes serão escolhidas para serem postas em prática, muitas vezes por oportunidade ou conveniência; o segundo, o qual se ressalta agora, é a seleção sobre quais indivíduos recairão as sanções penais, motivada seja para reafirmarem a necessidade de seus cargos, seja para que pessoalmente sintam-se reconhecidos em sua autoridade¹³.

Por conseguinte, com este valor social negativo, a polícia (ainda como exemplo) também absorverá tal valoração negativamente, interpretando as normas jurídicas como se o pobre fosse o personagem principal para receber as sanções penais, ou então, que o pobre é merecedor da sanção penal, ou então, que ele é o mais suscetível e que reagirá menos com a perseguição policial, ou então, que é o lado mais fraco e que por isso deve sucumbir pela lei do mais forte, enfim, como aparece mais para a polícia, culmina-se com a aceitação do princípio de que ele, o pobre, é a ‘sujeira da sociedade’ e que deve estar, invariavelmente, envolvido com o crime¹⁴.

O estigma do pobre também lhe é associado pela percepção de ausência de sucesso, de ser ele uma pessoa infrutífera e, por esse motivo, deve ser marginalizado da sociedade. Tal visão remonta à Antiguidade com os Mesopotâmios; passando pela Idade Média com os plebeus e escravos; continuando na Idade Moderna com as revoluções burguesas; e chegando à Idade Contemporânea com as revoluções industriais.

Sendo o pobre alguém sem sucesso, sua criminalização não geraria revolta ou afronta, motivo pelo qual essa visão aduz que o tornar um cliente da perseguição policial não seria (tão) desonroso como se mostraria com os mais abas-

¹² BACILA, 2014, p. xviii.

¹³ BECKER, 2008, p. 56.

¹⁴ BACILA, 2014, p. 126.

tados, do mesmo modo como não seria humilhante para o pobre ser vítima de constantes buscas e investigações:

Por outro lado, a metarregra/estigma atua como uma excludente de perseguição do poderoso economicamente. Nesse sentido, ao ter a classe baixa o seu cliente preferencial, persegue com maior severidade os desfavorecidos economicamente, mas, ao contrário, atua de forma suave contra os integrantes da classe econômica mais elevada¹⁵.

De outro vértice, muito próximo ao estigma do pobre também estão os dos suburbanos, sendo que, muitas vezes, esses rótulos se confundem. O estigma do morador da periferia é entendido como aquele sujeito que não tem condições econômicas favoráveis, sendo relegado a viver em locais afastados dos centros urbanos, muitas vezes sem condições básicas de saneamento e infraestrutura, onde o poder público “fecha os olhos” para os problemas existentes.

Os residentes nessas localidades são tidos como uma subclasse perigosa, já que composta por uma massa heterogênea de cidadãos, com culturas e formações pessoais muito distintas, sem que se possa agrupá-los em uma unidade comum por ausência de uniformidade em desejos e aspirações. Ademais, também são domiciliados, geralmente, nesse meio social todos aqueles que desempenham funções à margem da sociedade, cujas atividades, embora algumas vezes lícitas, são tidas como não “glamorosas” ou mesmo imorais, tais como prostituição, comerciantes informais, “flanelinhas”, “drogaditos”, entre outras.

224

Por conseguinte, a produção milenar do estigma do pobre, pois, criou frases de efeito que não são refletidas, mas reproduzidas, culminando com atividade policial potencialmente ligada à realização de diligências nos setores desfavorecidos e vulneráveis: ‘as favelas são antros de criminosos’; ‘a polícia tem que invadir as favelas’; ‘é preciso remover as favelas para bem longe’; ‘os pobres são preguiçosos e ladrões’; ou então, cria-se o lugar comum de que ‘o empregado da empresa é o sequestrador ou o mordomo é o homicida’ e, efetivamente cria-se o culpado necessário para restabelecer a perda da paz que caminha desde a Antiguidade¹⁶.

Seu estigma fica claro quando se observa que sua cultura foi e é constantemente “criminalizada”, em uma emissão de leis sem bem jurídicos a se tutelar, porém com evidente caráter rotulador e embasados na justificativa de uma segurança pública claudicante e que projeta os preconceitos aos registros (sub)culturais diferentes. Nilo Batista afirma que, inicialmente, o gênero musical “samba” era estigmatizado e criminalizado até que foi bem aceito pela classe rica

¹⁵ BACILA, 2014, p. 154.

¹⁶ BACILA, 2014, p. 154.

e intelectual brasileira, passando a se emoldurar como cultura (dominante) e sendo amplamente acolhida: “As velhas perseguições aos batuques e ao samba encontraram no funk um novo alvo à altura da tradição: também uma arte popular, cultivada pelos estratos sociais mais pobres, irreverente e sensual”¹⁷. Dessa forma, o jovem morador da periferia encontrou nas letras e batidas do *funk* carioca e paulistano uma maneira irreverente e descontraída, embora muitas vezes chocante, de expressão de seus anseios e de seu modo de vida, de se fazer ouvir por uma camada da população que diariamente o segrega a pontos “além-muros” de áreas fechadas de seus condomínios, escritórios e lazeres e os reduz a invisíveis indivíduos indesejados. A cultura do funk expressa como essa sofrida camada da sociedade cotidianamente luta na contramão da profecia estigmatizante que lhe impuseram.

No entanto, viu-se, crescentemente, uma aceitação das classes média e alta brasileiras desse estilo musical quando ausentes ou com diminutas críticas sociais, no chamado movimento “*funk* ostentação”, originário da Baixada Santista e da periferia paulistana, em que, na maioria das vezes, o protagonista das letras é um jovem suburbano que lutou e conseguiu conquistar um padrão de vida da elite nacional, cercado por luxo e poder monetário¹⁸. Um coexistente na (sub)cultura do jovem morador da periferia é o *rap*, estilo musical mais agressivo e com forte cunho crítico, em que expõe a dura realidade da pobreza e miséria existentes nos bolsões. Este, por escandalizar a camada privilegiada da sociedade com seu ativismo, mostrando as mazelas sociais sem floreios ou maquiagens, fazendo lembrar a todos os indivíduos segregados massacrados pelo poder e as consequências das exclusões e rotulações dessa parte da população, não é acolhido como o outro estilo supramencionado.

Com o patente desconforto da classe privilegiada quanto à (sub)cultura da classe menos favorecida economicamente, vêm expressos, não somente o rótulo do estilo musical dos jovens da periferia como não música, mas também como uma tendência à baderna e aos crimes (de natureza de ultraje público ao pudor e apologia ao crime). Assim, com tal discurso, alguns estados brasileiros, em especial Rio de Janeiro e São Paulo, tentaram proibir por meio de projetos de leis municipais e resoluções a realização de bailes *funks* e outras manifestações artísticas em eventos de rua¹⁹, com claro escopo de evitar a promoção dos eventos

¹⁷ BATISTA, Nilo. *A criminalização do funk*. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/revista/773/a-criminalizacao-do-funk-1282.html>>. Acessado em: 04/02/2014.

¹⁸ GOMBATA, Marsílea. *Sem crítica social, funk de ostentação cai no gosto da classe média*. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/cultura/sem-critica-social-funk-de-ostentacao-cai-no-gosto-da-classe-media-1321.html>>. Acessado em: 04/02/2014.

¹⁹ Projeto de Lei 02/2013 de São Paulo e Resolução 013/2007 assinada pelo Secretário de Segurança do Rio de Janeiro José Mariano Beltrame.

culturais das camadas mais pobres da população, em uma adoção de postura eminentemente estigmatizante.

Portanto, vê-se que os estigmas do jovem morador da periferia fabricam nele a visão de um indivíduo perigoso, seja pela sua cultura, hipossuficiência financeira, idade ou localização de sua moradia.

“ROLEZINHO”: PRIMEIRA REAÇÃO AO ESTIGMA DO MORADOR DA PERIFERIA – O OLHAR DO “EU”

A mudança da sociedade pós-moderna, incitada pelas revoluções tecnológicas contemporâneas, guiadas pela sensação de insegurança generalizada causada pelo conflito ambivalente da supervalorização do indivíduo e de sua fragilidade, culminou em uma repaginação da classificação da “classe perigosa”. Houve uma considerável ampliação de sua configuração original, abarcando, atualmente, não só os desempregados e aqueles sem qualquer chance de ressocialização, mas também todos aqueles que são denominados “*underclass*”²⁰.

Como bem pontuou Alessandro Baratta:

Tanto para a maior quanto para a menor possibilidade de tornar-se criminoso, como para atingir os graus mais elevados da ‘pirâmide de instrução’, não são decisivas as características biopsicológicas dos indivíduos, mas sim a pertinência a um ou outro setor da sociedade²¹.

226

Atualmente, a denominação do membro do corpo social como indivíduo perigoso é bem mais incerta, uma vez que a sensação de insegurança que permeia toda a comunidade empurra a esse estigma todos aqueles que não desempenham funções reconhecidas como indispensáveis para o corpo social, além de também incidir na classificação a demarcação territorial, colocando como perigosos todos aqueles que vivem à margem da “vizinhança” segura dos intitulados “normais”.

Aponta Zygmunt Bauman²² que, depois de estigmatizado, o indivíduo sob o título de perigoso tem poucas chances, para não se declarar de plano a inviabilidade, de fugir a esse etiquetamento, da reintegração de seu *status quo*. Observamos que, sob o prisma do indivíduo tido como perigoso, estão os jovens moradores da periferia, que ousaram tacitamente, em uma atitude de afronta e revolta, romper com o acordo silencioso de suas marginalizações e ingressam em ambientes tipicamente vistos como “seguros”, causando nos abastados frequen-

²⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009, p. 13-51.

²¹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos e Instituto Carioca de Criminologia, 1999. p. 65.

²² BAUMAN, *Confiança e medo na cidade*, p. 13-51.

O estigma do jovem morador da periferia: um “rolezinho” criminológico...

tadores dos centros urbanos não só um desconforto pelo confronto de culturas que sempre tenderam a impedir, mas por um medo generalizado causado pela patente ausência de alteridade.

Os *Shopping Centers* são vistos como templos de consumo “limpos e seguros”, em que a classe privilegiada desfruta de momentos de lazer e descontração no interior das cidades sem que tenha de sair dos limites municipais, haja vista que os encontros sociais propiciam o anonimato de seus integrantes na segurança da hegemonia de suas características:

O templo do consumo (claramente distinto da “loja de esquina” de outrora) pode estar na cidade (se não construído, simbolicamente, fora dos limites da cidade, à beira de uma autoestrada), mas não faz parte dela; não é o mundo comum temporariamente transformado, mas um mundo “completamente outro”. (...) é também um espaço *purificado*. (...) Mas as diferenças dentro, ao contrário das diferenças fora, foram amansadas, higienizadas e garantidas contra ingredientes perigosos – e por isso não são ameaçadoras. (...) Os lugares de compra/consumo oferecem o que nenhuma “realidade real” externa pode dar: o equilíbrio quase perfeito entre liberdade e segurança²³.

Observa-se que, aliado à ideia do estigma do “indivíduo perigoso do jovem pobre”, há também imperando no incremento da sensação de “insegurança/medo” o critério topográfico (periferia), haja vista que as relações comunitárias foram reduzidas ou fragilizadas por meio do processo de *supervalorização do indivíduo*²⁴, causando um afastamento das pessoas residentes em suas vizinhanças não imediatas. Como consequência desse processo de afastamento, quanto mais distantes²⁵, mais a comunidade confia nos sistemas de vigilância do ambiente, representando-se, então, nesse panorama, a insegurança pelo medo da criminalidade e do criminoso.

O lugar [Shopping Center] é protegido contra aqueles que costumam quebrar essa regra – todo tipo intrómito, chato e outros que poderiam interferir no maravilhoso isolamento do consumidor ou comprador. O tempo do consumo bem supervisionado, apropriadamente vigiado e guardado é uma ilha de ordem, livre de mendigos, desocupados, assaltantes e traficantes – pelo menos é o que se espera e se supõe²⁶.

²³ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 115-116.

²⁴ BAUMAN, *Confiança e medo na cidade*, p. 13-51.

²⁵ A distância aqui deve ser entendida não só por critérios topográficos, mas, em especial, pelas afinidades sociais e econômicas, renegando à extraterritorialidade e ao abandono os espaços descartados de conexão por uma elite global, haja vista que muitos bairros pauperizados fazem fronteiras contíguas com áreas nobres das cidades, separados, muitas vezes, por apenas muros ou grades de segurança, mas ambos enfrentam abismos de realidade cotidiana.

²⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*, p. 114.

Gilberto Velho²⁷ afirma que o problema da violência urbana hoje não é causado somente pela desigualdade social, mas pelo esvaziamento dos conteúdos culturais nas relações sociais:

Sustento que uma das variáveis fundamentais para se compreender a crescente violência da sociedade brasileira é não apenas a desigualdade social, mas o fato de esta ser acompanhada de um esvaziamento de conteúdos culturais, particularmente éticos, no sistema de relações sociais. Ou seja, a pobreza tomada isoladamente não explica a perda de referenciais éticos que sustentam as interações entre grupos e indivíduos. Isto fica mais evidente nas grandes cidades, devido à exacerbação da iniquidade social gerada pelo contraste agudo dos modos de vida²⁸.

Diante desse panorama, pode-se dizer que o jovem morador da periferia é visto como um estrangeiro para a classe privilegiada e, no período da modernidade líquida, como aduz Zygmunt Bauman, essa condição é um importante fator de relevo das cidades hoje, já que a presença dos primeiros gera uma dose de inquietação, uma fonte de ansiedade e agressividade latentes.

Como pontuava Jock Young,

Tanto a distorção quanto a refração dos medos são constantemente prováveis e, num mundo de pluralidade e diferença, é sobre o outro desviante, seja ele criminoso real ou de culturas que, apesar de perfeitamente obedientes à lei, são de algum modo percebidas como alienígenas, que tais projeções são prováveis²⁹.

A falta/ausência de alteridade, de identificação entre os habitantes privilegiados e os jovens moradores da periferia, caracterizada pela dificuldade e ausência de intenção em entender seu modo de vida e anseios, o esvaziamento dos conteúdos e das próprias relações sociais fazem com que aqueles não consigam perceber a humanidade destes e, sobretudo, captar suas vontades e desejos. Isso torna os adolescentes suburbanos uma ameaça real, diante da falta de elementos concretos a se saber o que os definem e dirigem, alimentando ainda mais a sensação generalizada de insegurança. Dessa forma, os habitantes mais ‘nobres’ da cidade, imbuídos do medo do desconhecido, buscam alívio para essa situação e veem nos jovens moradores da periferia uma categoria para descarregar esses sentimentos, em especial quando os últimos já trazem consigo uma gigantesca carga estigmatizante que os elegem como elementos perigosos por si sós, independente de seu confron-

²⁷ VELHO, Gilberto (Org.). *Cidadania e violência*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ e Editora FGV, 1996. Capítulo n. 1, p. 10-23.

²⁸ VELHO, 1996, p. 15-16.

²⁹ YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 145.

O estigma do jovem morador da periferia: um “rolezinho” criminológico...

to com os primeiros. Logo, a hostilidade aos os adolescentes suburbanos é meio dos ‘cidadãos da alta classe’ exorcizarem as inseguranças do perigo.

Para tanto, os ricos cidadãos se trancam em condomínios fechados e apartamentos, alguns até se utilizam de carros blindados e helicópteros particulares, tornando as respectivas residências locais isolados, mas que fisicamente permaneçam dentro da cidade, apesar de social e idealmente estejam fora, com o intuito de afastar todos aqueles que são considerados socialmente inferiores. O fator-chave dos condomínios, cercas, muros, entre outros, é segurança, e ela significa manter longe os indesejados. Assim:

Para aqueles que vivem num gueto voluntário, os outros guetos são espaços ‘nos quais não entrarão jamais’. Para aqueles que estão nos guetos ‘involuntários’, a área a que estão confinados (excluídos de qualquer outro lugar) é um espaço ‘do qual não lhes é permitido sair’³⁰.

Com esse panorama, é observado o fenômeno da mixofobia, a qual pode ser definida como uma reação à variedade de tipos humanos e estilo de vidas encontrada nas ruas das cidades contemporâneas. As tensões decorrentes da convivência entre todos os “estrangeirismos” se tornam incômodas e desorientadoras, acabando por favorecer tendências segregacionistas como uma maneira de amenizar as situações de mixofobia por meio da criação de “ilhas” – espaços físicos separados – em que seria isento de mistura e ‘desordem’, havendo nesses locais apenas indivíduos semelhantes.

Entretanto, os jovens moradores da periferia, ao ingressar nos “*shoppings centers* de alto padrão”, ambientes esses tidos como seguros, quebram a silente ordem da classe mais abastada, impondo a ela sua presença que é tida como indesejada e insegura, gerando revolta pela comunhão do espaço e a obrigação de relações sociais que os mais ricos gostariam que fossem evitados, embora saibam – ainda que tentem – que não podem impedir.

Compartilhar espaços com os estrangeiros, viver com eles por perto, desagradáveis e invasivos como são, é uma condição da qual os cidadãos consideram difícil, se não impossível, escapar³¹.

Dessa forma, os moradores privilegiados, na tentativa de romper com a aproximação dos jovens moradores da periferia de seus locais “sagrados e seguros” lançam mão dos mecanismos que possuem para reverter a situação. Fala-se do bombardeio midiático de sua versão caótica do encontro e a gerência jurídico(-penal) da situação, ambos por meio da reafirmação dos estigmas.

³⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*, p. 29.

³¹ BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*, p. 29.

Ao clamar por uma cobertura da imprensa, os residentes da classe alta postularam em várias entrevistas a reafirmação do estigma do jovem morador da periferia: o criminoso ou potencial indivíduo perigoso. Muitos afirmavam que os adolescentes portavam armas, drogas ou realizavam pequenos delitos patrimoniais, embora notas tivessem sido emitidas pela direção desses centros comerciais afirmando que nenhum ato criminoso havia ocorrido³².

Consubstanciando o fenômeno mencionado, Zygmunt Bauman diz que

Se as “falsas vítimas” podem “gastar a credibilidade pública” é porque “assaltante” já se tornou um nome comum e popular para o medo ambiente que assola nossos contemporâneos; e assim a presença ubíqua dos assaltantes tornou-se crível e o temor de ser assaltado, amplamente compartilhado. E, se pessoas falsamente obcecadas pela ameaça de serem assaltadas podem “gastar o dinheiro público”, é porque o dinheiro público já foi destinado de antemão, em quantidades que crescem a cada ano, para o propósito de identificar e caçar os assaltantes, vagabundos e outras versões atualizadas daquele terror moderno, o *mobile vulgus* – os tipos inferiores de pessoas em movimento, surgindo e se espalhando em lugares onde só deveriam estar as pessoas certas³³.

230

Houve crescentes manifestações pela criminalização dos “rolezinhos” dos adolescentes suburbanos e intervenção policial nesses atos, inclusive com condução de diversos jovens moradores da periferia a Delegacias de Polícia da Grande São Paulo sem nenhuma justificativa legal. Ainda, as direções dos shoppings centers, temendo a diminuição do acesso do público abastado ao local, rapidamente se insurgiram judicialmente pela proibição dos atos, conseguindo liminares que culminavam multas diárias de até R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a cada adolescente que descumprisse as medidas de proibição de acesso a esses espaços “seguros”, questionando-se se ainda não seriam esses descumprimentos tidos como atos infracionais equiparados ao delito de desobediência.

É notório que os jovens moradores da periferia não possuíam condição financeira compatível, muitas vezes, com o padrão econômico dos locais que passaram a frequentar e por causarem mal-estar e insegurança nos consumidores daqueles espaços, sua presença foi extirpada, em uma clara posição segregacionista dos estigmas de uma potencial atitude criminosa que a esses adolescentes era imputada. Os adolescentes suburbanos, por se representarem à margem das relações de poder, sem que lhes fosse atribuída nenhuma relevância político-

³² CAPRIGLIONE, Laura. *Mesmo sem crimes “rolezinho” causou pânico e levou a polícia a shopping de Guarulhos*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/12/1386132-mesmo-sem-crimes-rolezinho-causou-panico-e-levou-policia-a-shopping-de-guarulhos.shtml>>. Acessado em: 20.12.2013.

³³ BAUMAN, *Modernidade líquida*, p. 109-110.

O estigma do jovem morador da periferia: um “rolezinho” criminológico...

-econômico-social, deveriam continuar em sua postura passiva segregada, uma vez que sua estrutura cultural não permitiria o acesso aos bens de consumo daquele “espaço seguro”, eles não fariam parte daquele sistema de signos e identidades, tendo que permanecer distantes de uma realidade que não lhes cabe.

A *underclass* significa estar definitivamente fora do sistema de classes; portanto, não é alguém de uma classe inferior, alguém que está lá embaixo, para quem – observem – ainda existe uma escada e podemos acreditar que conseguirá subi-la, se receber ajuda. Ser *underclass* significa estar fora, excluído, não servir para nada³⁴.

Portanto, a reação ao “rolezinho” é a clara evidência do estigma do jovem morador da periferia: um estrangeiro no “espaço seguro” da alta classe social, um indivíduo potencialmente perigoso que deve ser segregado e excluído dos locais de convivência com a classe abastada por trazerem ansiedade, agressividade e insegurança.

“ROLEZINHO”: SEGUNDA REAÇÃO AO ESTIGMA DO JOVEM MORADOR DA PERIFERIA – O OLHAR DO “OUTRO”

Do outro lado do discurso está a ótica dos jovens moradores da periferia que participaram dos movimentos ora intitulados “rolezinhos”. O movimento social desses adolescentes suburbanos ocorreu em busca de diversão, curiosidade, lazer.

Os adolescentes, reunidos em vultuosos grupos, ingressaram em grandes *shopping centers* das metrópoles brasileiras, frequentados pela classe rica das cidades, entoando músicas de *funk*, em coro, como hino de guerra em suas inocentes tentativas de diversão – mas vistos como movimentos sociais. Curiosamente, o que chamou a atenção desse movimento foi a tentativa – talvez até mesmo inconsciente – de visibilidade e aceitação desses jovens moradores da periferia, que imediatamente foram identificados e estigmatizados pelos critérios já expostos, apesar de trajarem roupas “de grife” e “ostentarem” um padrão de vida que não possuem.

As atuações dos adolescentes suburbanos eram no sentido de, na maior parte do tempo, fingir fazer parte de uma estrutura cultural que não os abarcava, com escolha de roupas, perfumes e acessórios que os denunciasses como integrantes das camadas mais privilegiadas da população, mesmo que esses bens de consumo lhes comprometessem grande parte do orçamento, isso quando não se tratava de réplicas vendidas no comércio clandestino.

³⁴ BAUMAN, *Modernidade líquida*, p. 57-58.

A escolha por critérios visuais como roupas e acessórios é facilmente explicada em uma artimanha em tentar minimizar ou esconder os efeitos de seu estigma. Isso facilitou sua aceitação como “normais” ao padrão imposto, como já foi colocado por Erving Goffman³⁵, além de que vestimentas, como bem colocado por Roberto da Matta, são símbolos de identidades sociais e poder:

As roupas, portanto, que servem na vida diária para marcar posições sociais e descontinuidade entre os sexos, reduzem-se no Carnaval a sua expressão mais simples. De modo que, nesta ocasião, vestir-se é frequentemente um despir-se (literal ou metaforicamente, no ato de colocar uma fantasia). Por outro lado, a liberação do corpo de seus deveres regulares de cabide de identidades sociais é também um ato simbólico que equivale a um voto de pobreza e humildade: um despojamento de tudo aquilo que marca as pessoas como ocupantes de certas posições sociais permanentes na vida cotidiana³⁶.

E esses jovens moradores da periferia estão cientes dos contornos simbólicos que as roupas e artigos de luxo – principalmente carros e motocicletas – significam em demarcar as posições sociais da vida cotidiana, haja vista que em letras de *funk*, gênero musical por eles adotado como porta-voz de seus anseios, colocam como “condição” a ostentação desses caros artigos, exemplificada nas letras do *MC Daleste*:

232

A vida que você sempre quis
Se amarra em gastar e ser feliz
Ter o cabelo mais lindo do baile
E um *piercing* de ouro no nariz

Que combina com os cordão
Onde o naipe é condição
O nome dela é novinha
Sobrenome é o cifrão

Bem trajada de Polo Play
Hollister Brookfield
Pras novinha cifrão
Que gosta de um funk
Fica aberto o convite³⁷.

³⁵ GOFFMAN, 1988, p. 55.

³⁶ DA MATTA, Roberto Augusto. *Ensaio de antropologia estrutural*. Petrópolis: Vozes, 1973, p. 33.

³⁷ PELLEGRINE, Daniel Pedreira Senna (Mc DALESTE). Novinha cifrão. In: Mc DALESTE. *Daleste heróis da favela*. DJ GA BHG, 2012. Extraído de: <<http://www.vagalume.com.br/mc-daleste/novinha-cifrao.html#ixzz2wnibtBaB>>. Acessado em: 18/03/2014.

O estigma do jovem morador da periferia: um “rolezinho” criminológico...

E ainda:

Balada fim de semana, é isso que nós curte
Gelo de vários sabor no uísque com Absolut
Carro do ano, relógio, de ouro, pulseira gringa
Cordão brilha no pescoço, invejoso até copia

Vamo curtir uma praia, pega a Captiva e desse pra baixada
Escutando Bob Marley, fazendo fumaça e dando risada
E pra disfarçar o olho, põem a Juliet que destaca
Bem loco de cheiro de erva, isso nós também disfarça

Abre o porta luvas, vários missão tu escolhe
Carolina Herrera, Ferrari ou Hugo Boss, Abercrombie
Polo Play, Brookfield, Sérgio K, reserva aleatória
Ralf Lauren pra nós usa³⁸.

A intenção de fazer parte da estrutura social que lhes foi renegada ainda existe, uma vez que, como bem colocou Howard Becker³⁹, o indivíduo estigmatizado antes de se entregar aos efeitos da carreira do desvio tenta manter-se nos padrões determinados como “normais” para aquela sociedade. Entretanto, considerando que os adolescentes suburbanos não conseguem fazer parte das estruturas sociais convencionais pela falta das mesmas oportunidades que os moradores das classes privilegiadas possuem, eles inauguram o segundo modelo da adequação individual da teoria da anomia: a inovação.

Nesse sentido, já havia Sérgio Salomão Schecaira manifestado:

Falando-se de Brasil, não é difícil entender como a teoria da anomia se aplica. Muitas das formas anômicas mostradas por Merton se consubstanciam em atos concretos. A falta de oportunidades, em um país de contrastes, favorece não só aparecimento da mendicância (retraimento), como o avanço do tráfico de entorpecentes (inovação)⁴⁰.

Os jovens moradores da periferia tentam fazer parte dos mesmos fins culturais ao trajar a roupa e acessórios de grife que os ricos utilizam, tentam possuir os mesmos meios de transporte, que são marcas registradas de poder e *status social*, além de começar a fazer uso de locais ícones da sociedade de consumo: os *shopping centers*. Concomitantemente, há o incremento de crimes cometidos por

³⁸ PELLEGRINE, Daniel Pedreira Senna (Mc DALESTE); [Mc LUCK]. Origem. In: Mc Daleste; Mc Luck. *O gigante acordou*. 2013. Faixa 22. [CD Musical]. Extraído de: <<http://www.vagalume.com.br/mc-daleste/origem.html#ixzz2wnhjrAe>>. Acessado em: 18/03/2014.

³⁹ BECKER, 2008, p. 221.

⁴⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: RT, 2004. p. 231.

esses jovens, já que alguns lançam mão de condutas ilícitas para conseguir a aceitação e ingresso nesse universo cultural. Uns passam a perpetrar delitos patrimoniais, outros aderem a crimes contra a propriedade intelectual ao consumir produtos replicados ou falsificados – tidos por muitos como irrelevantes penais de acordo com a teoria da adequação social. Há, ainda, aqueles que se endividam ou passam a comprometer boa parte de seu já escasso orçamento para ostentar uma realidade que não o abarca.

Independentemente de qualquer desses caminhos supramencionados, nenhum deles é hábil para mascarar os efeitos dos estigmas dos jovens da periferia, aos quais impregnam em suas condições os efeitos negativos dessa metarregra e não os deixam, ainda que por breves momentos, fazer parte de uma realidade que a todo o instante impõe sua segregação. Assim, o estigma está tão arraigado nos jovens moradores da periferia que essa metarregra ganhou aplicação no mundo jurídico quando os moradores das áreas privilegiadas conseguiram limitares para impedir a continuidade desses encontros, que foram realocados para parques das metrópoles, locais esses que são frequentados em número bem reduzido pela elite.

Importante mencionar que, ao segregarem ainda mais os jovens moradores da periferia, essa ação pode impeli-los a uma carreira desviante – não, contudo, necessariamente criminosa –, como meio de garantir sua sobrevivência, tal qual apontado por Howard Becker em sua obra acerca disso, exemplificado no nosso cotidiano a assimilação por eles das regras das comunidades:

Nesse caldo de cultura, historicamente propenso a negociações oportunistas de sobrevivência, essas pequenas quadrilhas encontram condições concretas para, através de um ‘assistencialismo’ que é a versão privada do ‘clientelismo’, obter reconhecimento comunitário, cujo conteúdo pode variar desde uma certa admiração (criadora do ‘bandido social’ no sentido de Hobsbawn) até um mudo horror, consoante seus chefes exerçam preferencialmente a ‘generosidade’ ou o terror⁴¹.

O jovem da periferia será conduzido a desenvolver rotinas ilegítimas, já que a classe abastada lhe nega os meios mais comuns para desenvolver a rotina cotidiana e a participar de grupos mais convencionais, de momentos de lazer e de se sentir inseridos na sociedade de consumo. Os “jovens desviantes” moradores das periferias são impelidos a participar de grupos organizados⁴² de seus desvios, nos quais eles se encontrarão pela similitude situacional (rotulados pelo mesmo

⁴¹ BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 167.

⁴² Termo utilizado no sentido de organização/agrupamento social, não como grupos criminosos organizados.

O estigma do jovem morador da periferia: um “rolezinho” criminológico...

desvio) e pela necessidade de enfrentarem os mesmos problemas, criando, então, a partir daí uma cultura desviante (subcultura do morador da periferia), com trejeitos, músicas, dialetos próprios.

E pode crer, mais de quinhentos mil manos
Pode crer também, o dialeto suburbano
Pode crer a fé em você que depositamos
E fia, eu odeio explicar gíria⁴³.

O problema de se chegar ao ponto de uma inserção desses jovens a carreiras desviantes é que, ao ter a visão de si mesmo como membro do grupo organizado, pode passar a ver e julgar a sociedade “privilegiada” como estrangeira, passando a contestar suas leis, códigos de conduta e instituições.

Cá pra nós
E se um de nós morrer
Pra você é uma beleza

Desigualdade faz tristeza
Na montanha dos sete abutres
Alguém enfeita sua mesa⁴⁴.

Tendo os jovens moradores da periferia a visão de si mesmo como não pertencedores da sociedade abastada, esse corpo comunitário pode vir a ser para eles uma instituição ultrajante, haja vista que, muitas vezes, se veem diferentes e até melhores do que os “moradores engomadinhos do asfalto”, já que estão inseridos e conformados com a sua subcultura, na qual possuem um *status* de poder ou destaque, e que é aniquilado ao passar à “sociedade convencional” que os vê como inferiores, estrangeiros, indivíduos perigosos:

Vinte e sete anos contrariando a estatística
Seu comercial de TV não me engana
Eu não preciso de status nem fama
Seu carro e sua grana já não me seduz
E nem a sua puta de olhos azuis
Eu sou apenas um rapaz latino americano
Apoiado por mais de cinquenta mil manos

⁴³ GOMES, Kleber Cavalcante (CRIOLO); DINUCCI, Kiko. Mariô. *In: Criolo. Nó na orelha*. Oloko Records, 2011. Faixa 4. [CD Musical]. CRIOLO. Extraído de: <<http://musica.com.br/artistas/criolo/m/mario/letra.html>>. Acessado em: 18/03/2014.

⁴⁴ GOMES, Kleber Cavalcante (CRIOLO), CAMPOS, Rodrigo; GANJAMAN, Daniel; CABRAL, Marcelo. *Duas de Cinco*. *In: Criolo. Duas de Cinco*. Oloko Records, 2013. [CD Musical]. Extraído de: <<http://musica.com.br/artistas/criolo/m/duas-de-cinco/letra.html>>. Acessado em: 18/03/2014.

Efeito colateral que o seu sistema fez
Racionais, Capítulo 4, versículo 3⁴⁵.

É preciso ter em mente que:

Discutir alternativas ao sistema penal não pode significar o afastamento da discussão acerca do seu próprio alicerce. Daí a necessidade de identificarmos teorias que possam propiciar meios viáveis de redução dos processos de criminalização a níveis drásticos. A redução de danos é insuficiente, na medida em que ela pressupõe o sistema e a sua atuação prévia. É necessário (re) pensarmos a atuação anterior e os processos de criminalização primária⁴⁶.

A continuidade de adoções de medidas segregacionistas baseadas no medo que se está pela sensação de insegurança gerada pela pós-modernidade, em especial aos jovens adolescentes, não trará nada mais do que uma reação contundente que terá contornos de guerra civil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A constante sensação de insegurança que recai sobre todos os moradores dos aglomerados urbanos de hoje é sintoma dos processos de estigmatização. Ela nos leva, também, a uma postura defensiva e segregacionista, com sérios danos sociais. A falta de diálogo e o medo global do desconhecido, a falta de habilidades em lidar com o outro e com o diferente está tornando a sociedade cada vez mais excludente e ilhada, traçando contornos de mundos diversos a pequenos passos de distância, diminuindo o sentimento de alteridade entre as pessoas e abolindo a condição de humanidade entre os habitantes das cidades. Com o ingresso dos jovens moradores da periferia em locais tidos como seguros, verdadeiros santuários das classes ricas, houve por parte destas uma sensação de revolta muito grande, já que a percepção geral ao ato foi a de uma invasão de uma classe inferior, significando o contato indesejado com “o outro” e da aproximação da classe perigosa da qual cotidianamente tentam se esquivar.

As escusas de barulho, agitação e enorme número de pessoas foram apresentadas como justificativas às constantes indignações das classes ricas aos “rolezi-

⁴⁵ ALVES, Edivaldo Pereira (EDI ROCK); PEREIRA, Pedro Paulo Soares (MANO BROWN); SALVADOR, Paulo Eduardo (ICE BLUE). Capítulo 4, Versículo 3. In: Racionais Mc's. *Sobrevivendo no inferno*. Cosa Nostra. 1997. Faixa 3. [CD Musical]. Extraído de: <<http://www.vagalume.com.br/racionais-mcs/capitulo-4-versiculo-3.html#ixzz2wnwAxqq7>>. Acessado em: 18.03.2014.

⁴⁶ ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 302.

nhos”. Contudo, percebe-se que se os protagonistas do ato fossem filhos de suas próprias camadas privilegiadas esses incômodos seriam relevados, entretanto, o estigma do adolescente suburbano transcende qualquer benevolência ao ato, manifestando os ricos pela criminalização da tentativa de lazer dos mais pobres.

A reação negativa ao “rolezinho” é vista como repulsa da classe rica aos anseios dos jovens da periferia a fazer parte de uma estrutura social que não lhes pertence. É a aversão a ter que dividir o “espaço higienizado” com aqueles tidos como inferiores e potencialmente perigosos, é o horror de ter de permitir que os adolescentes suburbanos rompam com o acordo segregacionista que lhes foi imposto.

Porém, o estigma, como metarregra, rege os contornos sociais e as instituições, em especial a Judiciária, que foi moldada com o objetivo de encontrar alternativas para manter isolados os “espaços seguros” da classe privilegiada do contato com os jovens moradores da periferia: liminares de proibição e realocação dos “rolezinhos”. Deve-se ter em mente que a continuidade de adoção de posturas essa terá um alto custo para o meio comunitário, culminando em uma profecia autorrealizável da imagem que os outros têm dos adolescentes suburbanos, o que impingirá a participação destes em grupos organizados de desvio, nos quais encontrarão apoio moral e material, gerando, a partir daí, uma cultura desviante.

Com o ingresso dos adolescentes suburbanos em uma subcultura e ideologia própria, eles passarão a contestar o sistema e, em contrapartida, os ricos moradores dos centros urbanos vão passar a lançar mão de todo o aparato que possuem, seja jurídico ou político-social, para resgatar e manter o seu *status*, comandando uma guerra particular. É necessário questionar se a melhoria do problema não seria alcançada com a revisão da postura ora adotada, passando a agir para integração e diálogo com os jovens moradores da periferia, a fim de que seja abarcada sua subcultura e presença na sociedade de consumo, em especial nos símbolos de comércio, de modo a que as instituições passem a ser vistas por aqueles jovens como parte de suas realidades, passando os reprodutores do senso comum a adotar posturas compatíveis com a alteridade.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Alexandre Magno (CHORÃO); DUARTE Jr., Luiz Carlos Leão (CHAMPIGNON); PELADO, Renato. Não é sério. In: CHARLIE Brown Jr.; CARVALHO, Liliane de (NEGRA LI). *Nadando com os tubarões*. Rio de Janeiro: BMG, 2000. Faixa 3. [CD musical]. Extraído de: <<http://musica.com.br/artistas/negra-li/m/nao-e-serio/letra.html>>. Acessado em: 17/05/2014.

ALVES, Edivaldo Pereira (EDI ROCK); PEREIRA, Pedro Paulo Soares (MANO BROWN); SALVADOR, Paulo Eduardo (ICE BLUE). Capítulo 4, Versículo 3. In: Racionais Mc's. *Sobrevivendo no Inferno*. Cosa Nostra. 1997. Faixa 3. [CD Musical]. Extraído de: <<http://www.vagalume.com.br/racionais-mcs/capitulo-4-versiculo-3.html#ixzz2wnwAxqq7>>. Acessado em: 18/03/2014.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas: um estudo sobre os preconceitos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990. BATISTA, Nilo. *A criminalização do funk*. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/revista/773/a-criminalizacao-do-funk-1282.html>>.

BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BECKER, Howard Saul. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

CAPRIGLIONE, Laura. *Mesmo sem crimes “rolezinho” causou pânico e levou a polícia a Shopping de Guarulhos*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/12/1386132-mesmo-sem-crimes-rolezinho-causou-panico-e-levou-policia-a-shopping-de-guarulhos.shtml>>.

GOFFMAN, Erving. *Estigma – notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1988.

GOMBATA, Marsílea. *Sem crítica social, funk de ostentação cai no gosto da classe média*. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/cultura/sem-critica-social-funk-de-ostentacao-cai-no-gosto-da-classe-media-1321.html>>.

GOMES, Kleber Cavalcante (CRIOLO); DINUCCI, Kiko. Mariô. In: Criolo. *Nó na orelha*. Oloko Records, 2011. Faixa 4. [CD Musical]. CRIOLO. Extraído de: <<http://musica.com.br/artistas/criolo/m/mario/letra.html>>. Acessado em: 18/03/2014.

GOMES, Kleber Cavalcante (CRIOLO), CAMPOS, Rodrigo; GANJAMAN, Daniel; CABRAL, Marcelo. Duas de Cinco. In: Criolo. *Duas de Cinco*. Oloko Records, 2013. [CD Musical]. Extraído de: <<http://musica.com.br/artistas/criolo/m/duas-de-cinco/letra.html>>. Acessado em: 18/03/2014.

O estigma do jovem morador da periferia: um “rolezinho” criminológico...

PELLEGRINE, Daniel Pedreira Senna (Mc DALESTE). Novinha cifrão. *In*: Mc DALESTE. *Daleste heróis da favela*. DJ GA BHG, 2012. Extraído de: <<http://www.vagalume.com.br/mc-daleste/novinha-cifrao.html#ixzz2wnibtBaB>>. Acessado em: 18/03/2014.

PELLEGRINE, Daniel Pedreira Senna (Mc DALESTE); [Mc LUCK]. Origem. *In*: Mc Daleste; Mc Luck. *O Gigante acordou*. 2013. Faixa 22. [CD Musical]. Extraído de: <<http://www.vagalume.com.br/mc-daleste/origem.html#ixzz2wnhjrAe>>. Acessado em: 18/03/2014.

MATTA, Roberto Augusto da. *Ensaios de antropologia estrutural*. Petrópolis: Vozes, 1973.
SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: RT, 2004.

VELHO, Gilberto (org). *Cidadania e violência*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ e Editora FGV, 1996.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

Data de envio: 30/05/2014

Data de aprovação: 08/09/2015

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DOS REFLEXOS DESSA PRÁTICA NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

THE SUPREME FEDERAL COURT AND JUDICIAL ACTIVISM: AN ANALYSIS OF THE CONSEQUENCES OF THIS PRACTICE IN BRAZILIAN JUDICIARY

Bruno Miola da Silva*

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar como os juízes estão sendo protagonistas de decisões judiciais de cunho antidemocrático para incluir situações que, em tese, o texto legal não comportaria, extrapolando o âmbito normativo do texto. Para esse objetivo, buscou-se fundamento na doutrina para identificar os motivos que levaram os juízes brasileiros a agir de forma ativista. Nesse sentido, inicialmente se faz uma possível diferenciação entre ativismo judicial e judicialização e os benefícios ou malefícios de tais condutas. Buscou-se, também, por meio de recentes decisões judiciais, demonstrar, por amostragem, que essas decisões consideradas ativistas não respeitam os limites semânticos de um texto e sua interpretação. Por fim, foram apresentadas conclusões sobre quais podem ser os limites de interpretação de um texto e como a extrapolação desses limites traz prejuízos à democracia.

Palavras-chave: Constitucional; Democracia; Decisão judicial; Discricionariedade.

ABSTRACT

This study aims to demonstrate how judges are being protagonists of undemocratic court decisions, including situations that, in theory, the legal text would not contain, exceeding the normative scope of the text. Therefore, it was sought to basis in the doctrine to identify the reasons

* Graduado em Direito pela Instituição Toledo de Ensino. Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas – FGV. Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino. Doutorando pela Universidade Estácio de Sá. Advogado. Professor da Faculdade Guanambi. Correspondência para/Correspondence to: Rua Cassimiro de Abreu, 260, apto. 301, Guanambi/BA. E-mail: prof.miola@gmail.com. Telefone: (77) 99820-5948.

that led the Brazilian judges to act in an activist way. In this sense, it is initially made a possible differentiation between judicial activism and legalization and the benefits or harms of such conducts. It was also sought through recent judicial decisions to demonstrate by sampling that these decisions considered activists do not respect the semantic limits of a text and its. Finally, conclusions were presented in order of which may be the limits of interpretation of a text and how extrapolating these limits may damage democracy.

Keywords: Constitutional. Democracy. Judicial decision. Discretionary.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa identificar a atuação do Supremo Tribunal Federal em certas decisões judiciais proferidas pela Corte e como isso serve, adequadamente ou não, para os demais órgãos do poder judiciário. Nesse sentido, o trabalho tem como finalidade estudar o controle das decisões judiciais em busca de uma resposta adequada, em especial adequada à Constituição.

A pesquisa tem como referencial teórico os estudos feitos por Lenio Luiz Streck, em cujas obras trabalha essencialmente a hermenêutica filosófica como forma de, com bases filosóficas, entender como e porque os juízes decidem conforme sua consciência e de que forma isso pode ser controlado.

242

O trabalho de pesquisa está dividido em quatro capítulos, sendo que no primeiro encontra-se sua essência teórica baseada nas obras de Lenio Luiz Streck, Clarissa Tassinari, Rafael Tomaz de Oliveira e Mario Giuseppe Losano, em que se estudarão o ativismo judicial e suas fontes.

No segundo capítulo, será abordada a obra de Ronald Dworkin, em especial quando o autor trata do Estado de Direito na concepção centrada no livro de regras e na concepção centrada nos direitos, procurando descobrir qual seria a melhor forma de o judiciário decidir em casos controversos.

No capítulo seguinte, daremos atenção a algumas decisões tentando demonstrar como o Supremo Tribunal Federal se apropria das teorias anteriormente tratadas para decidir casos controversos.

No quarto e derradeiro capítulo, serão enfatizadas posturas de juízes que parecem reflexas da postura do Supremo Tribunal Federal, decidindo de forma discricionária, disseminando a (má) cultura do ativismo judicial.

Para tal fim, a pesquisa se realizou no método bibliográfico qualitativo, tendo como fontes a Constituição Federal, a legislação brasileira, a doutrina e sítios oficiais, com o objetivo demonstrar e constatar a prática antidemocrática do ativismo judicial.

JUDICIALIZAÇÃO VERSUS ATIVISMO JUDICIAL

Inicialmente, cumpre esclarecer o sentido dado à expressão “ativismo judicial” que, muitas vezes, é utilizada em diversos sentidos pelos operadores do direito.

Isso porque a expressão “ativismo judicial” também é aplicada indevidamente em casos que, na realidade, o que se está a fazer é judicialização da política, em especial política pública social.

Não raras vezes, ambas as expressões “judicialização” e “ativismo judicial” são tratadas como sinônimas. Ainda que se refiram a uma atuação do judiciário, elas têm motivações e fundamentos diferentes.

Nas palavras de Tassinari, ambas emprestam um sentido de alto grau de judicialização para o direito brasileiro hodiernamente, sendo necessária uma diferenciação entre elas para dar uma correta abordagem ao tema, sob pena de compreender equivocadamente as ideias de “judicialização da política” e “ativismo judicial” como sinônimas¹.

O Supremo Tribunal Federal, que por excelência tem as funções de interpretar e aplicar a Constituição e fazer o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, após a Constituição de Federal de 1988, assumiu papel importante em questões políticas, em especial por ser considerado o guardião da Constituição cujo texto é repleto de compromissos sociais, cujo texto é repleto de compromissos sociais, de caráter jurídico e político, vinculando não apenas o poder judiciário, mas também os demais Poderes da República para observância e cumprimento de seus ditames.

No entanto, independentemente da pesquisa empírica para a finalidade do presente trabalho, é sabida a falta de cumprimento desses compromissos constitucionais – tomemos como exemplo as demandas sobre fornecimento de medicamentos, vagas em creches e hospitais etc. –, e que deságuam no Judiciário e, por óbvio, e ainda em grande quantidade, no Supremo Tribunal Federal, como se percebe pelos Recursos Extraordinários de números 855.178-RG/PE, 607.582-RG/RS e 566.471-RG/RN, que tiveram repercussão geral reconhecida.

Esse acesso ao Judiciário ou, melhor dizendo, à justiça, decorreu justamente do processo de democratização resultante da promulgação da Constituição Federal de 1988, com um maior número de direitos previstos, novos procedimentos (mandado de injunção, por exemplo) e ampliação de legitimados para a tutela dos mais variados direitos ou interesses.

Desse modo, o extenso rol de direitos fundamentais, em especial os direitos sociais, e uma possível inércia dos Poderes Legislativo e Executivo em implemen-

¹ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013, p. 27.

tá-los ainda que de forma minimamente desejável, fazem o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, ser provocado a tutelar os direitos fundamentais nela previstos.

Nesse sentido, diante do descumprimento dos objetivos político-sociais por parte dos poderes constituídos, no todo ou em parte e pelos mais variados motivos políticos, a pessoa tentará obter a tutela do seu direito via Judiciário, atuando este de forma a obrigar outro ente político a prestar o que está constitucionalmente comprometido.

Ainda, há de se ressaltarem questões sobre a reserva do possível, previsão orçamentária, lei de responsabilidade fiscal etc. que, justamente a contrário *sensu*, justificam a atuação do Poder Judiciário em objetivos políticos não cumpridos satisfatoriamente pelos demais poderes, uma vez que os recursos para realização desses objetivos, por vezes, estão mal alocados. Para não ir muito longe, pensemos nas obras para a realização da Copa do Mundo no Brasil e a condições de nossos hospitais públicos, presídios etc. O desvirtuamento na destinação dos recursos resta evidente.

Assim, conforme Lenio Streck,

é nesse sentido que é possível afirmar que a judicialização da política é um fenômeno, ao mesmo tempo, inexorável e contingencial, porque decorre de condições sociopolíticas, bem como consiste na intervenção do Judiciário na deficiência dos demais poderes².

244

Assim, a judicialização da política resulta no cumprimento, via Judiciário, dos objetivos políticos constitucionais, ou seja, o Judiciário está entregando aos jurisdicionados aquilo que lhes é garantido pelo texto constitucional, ainda que de forma contingencial, pois, implementado o serviço, desaparecerá a necessidade de atuação do poder Judiciário.

Conforme Tassinari, a judicialização como uma questão social cuja dimensão não depende do Poder Judiciário, pois deriva de outros fenômenos que têm como ponto de partida um maior reconhecimento de direitos pelo Estado e sua própria ineficiência em implementá-los, culmina em um aumento da litigiosidade. Desse modo, a diminuição ou o aumento da judicialização não depende apenas de medidas adotadas pelo Poder Judiciário, mas de medidas eficientes de todos os poderes constituídos³.

Em relação ao ativismo, a perspectiva é outra.

Como já demonstrado, os marcos jurídico e político em que se desenvolveu o debate sobre judicialização da política e ativismo judicial no Brasil foi a Cons-

² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 65.

³ TASSINARI, 2013, p. 32-33.

tuição Federal de 1988, ainda que já houvesse controle de constitucionalidade desde a primeira constituição republicana, pela via difusa, e a implementação do controle concentrado pela Emenda Constitucional 16/65.

Pois bem. A Constituição Federal de 1988 trouxe o extenso rol de direitos fundamentais, em especial aqueles prestacionais pelo Estado, necessitando de um novo tratamento teórico da Constituição, ou seja, “de como podemos olhar o novo com olhos do novo?”⁴.

Na procura dessa resposta, e sem uma doutrina própria, os juristas brasileiros foram jogados “nos braços das teorias alienígenas. Consequentemente, as recepções dessas teorias foram realizadas, no mais das vezes, de modo acrítico, sendo a aposta no protagonismo dos juízes o ponto comum na maior parte das teorias”⁵.

Referidas teorias são a jurisprudência dos valores, o realismo norte-americano e a teoria da argumentação de Robert Alexy.

Nos dizeres de Streck, a *jurisprudência dos valores* serviu para equalizar a tensão produzida depois da outorga da *Grundgesetz* pelos aliados, em 1949. Após a Segunda Guerra Mundial, surge a jurisprudência dos valores, tentativa voluntarista de encontrar/descobrir, para além do direito escrito, os valores da sociedade⁶, exsurgindo desta a “teoria da argumentação jurídica, de Robert Alexy, que busca, com sua tese, racionalizar a *Wertungjurisprudenz*, tida como irracional”⁷.

245

Antes, mostra-se necessário dizer algo sobre a jurisprudência dos interesses, pois na leitura de Losano, a jurisprudência dos valores é consequência da falibilidade da jurisprudência dos interesses. “A jurisprudência dos interesses propõe uma teoria da interpretação que se funda no equilíbrio de interesses (*abwägung*) que determinaram a vontade do legislador”⁸, levando o interprete a verificar o que historicamente moveu o legislador, uma tarefa, por vezes, impossível.

Diante da insuficiência da teoria da jurisprudência dos interesses, Losano afirmando que:

Por isso, prosseguindo e integrando a jurisprudência dos interesses, a jurisprudência dos valores pretende indicar qual é a origem dos valores que guiam a decisão do juiz quando a norma positiva não lhe oferece critérios para avaliar o caso concreto. Consequentemente, a jurisprudência dos valores completa – mas não substitui – a jurisprudência dos

⁴ STRECK, *verdade...*, 2014, p. 57.

⁵ STRECK, *verdade...*, 2014, p. 57.

⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 285.

⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição...*, 2013, p. 285.

⁸ LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura do direito: o século XX*. Tradução de Luca Lambert. São Paulo: WMF-Martins Fontes, 2010, p. 251.

interesses: quando a analogia já não é de ajuda, quando não é possível verificar quais interesses moveram o legislador, quando, em suma, as normas são imprecisas ou lacunosas, então intervém a jurisprudência dos valores para indicar quais valores podem ser aplicados *compativelmente com o ordenamento jurídico*⁹.

Dessas teorias, os juristas brasileiros, inseridos em uma realidade diversa da realidade alemã pós-guerra, utilizaram-se da tese principal de que a constituição é uma ordem concreta de valores, cabendo ao intérprete encontrá-los utilizando-se da regra¹⁰ da ponderação alexyana, que em sua criação não era apenas a colocação de dois princípios na balança e escolher aquele de maior relevância. Sua teoria é mais complexa, mas, ao fim e ao cabo, permeia numa certa discricionariedade do interprete. De início, para se chegar a regra a ser subsumida, a identificação (escolha) de princípios colidentes já pode carregar certo grau de valoração.

Ainda, há de se ressaltar uma diferença importante em relação aos sistemas jurídicos aqui apresentados em relação ao brasileiro, *civil law*, que é o sistema do *common law*, que tem como fundamento não a norma geral e abstrata, mas o precedente jurisprudencial.

Nesse sentido, o ativismo norte-americano, denominado “realismo” e que tem como célebre representante Oliver W. Holmes (1841-1935), extrai o direito da análise das sentenças. “Graças a essa análise pode-se razoavelmente (não mais, assim, racionalmente) estabelecer como se comportarão os juízes no futuro”¹¹.

Mais uma vez, os juristas brasileiros absorveram de forma equivocada o ativismo norte-americano, o que acabou sendo capturado pelos juízes e tribunais e que, conforme Lenio Streck, esta discussão sobre o ativismo já perdura por mais de 200 anos¹². Nos Estados Unidos, o ativismo foi aplicado de forma contrária à concepção que se tem dele hoje, como no caso da postura adotada pela Suprema Corte americana em relação ao *new deal*¹³, “que, aferrada aos postulados de um liberalismo econômico do tipo *laissez-faire*, barrava, por inconstitucionalidade, as medidas intervencionistas estabelecidas pelo governo Roosevelt”¹⁴.

Para Azevedo Campos, a Corte Warren foi o grande movimento ativista norte-americano, dizendo que a constituição não tinha um modelo estático, e

⁹ LOSANO, 2010, p. 252.

¹⁰ Ainda que de forma equivocada se denomine e se utilize como princípio da ponderação, por meio de palavras-chave como “princípio da ponderação”, no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, foram encontradas mais de 100 decisões em que essa terminologia foi utilizada. www.stj.jus.br (acessado em: 30 ago. 2014).

¹¹ LOSANO, 2010, p. 144.

¹² É só remeter à célebre decisão do juiz John Marshal no caso “*Marbury versus Madison*”, em 1803.

¹³ Tanto é que seus juízes ficaram conhecidos como *New Dealers* da *New Deal Court*.

¹⁴ STRECK, *Verdade...*, 2104, p. 61.

sim um modelo vivo, plenamente suscetível pelas mudanças sociais, interpretando criativamente a constituição, superando o *status* conservador e antidemocrático que a corte Roosevelt apresentava¹⁵.

Aparentemente, Lenio Streck segue em sentido contrário, ao afirmar que “o caso da corte Warren, por exemplo, foi resultado da concepção pessoal de certo número de juizes e não de um *sentimento constitucional*” em relação à problemática intervencionista a favor dos direitos fundamentais¹⁶.

Essas são identificadas como as bases teóricas para interpretação da “nova” Constituição Federal do Brasil, as quais deram abertura das mais variadas formas de interpretação (aplicação) da Constituição e também dos textos infraconstitucionais, em especial nos casos difíceis (*hard cases*) em que os juristas se socorrem de princípios, por eles próprios escolhidos de acordo com sua subjetividade, diante da extrapolação do caso concreto à moldura da norma, problema este já identificado por Kelsen em sua Teoria Pura do Direito, em que o órgão aplicador cria direito novo de forma discricionária¹⁷.

Este direito novo criado pelo órgão julgador nos casos difíceis é que vem trazendo sérias preocupações e problemas para o direito, pois como diz Oliveira, aos casos difíceis são aplicadas as teorias semânticas, como a “moldura da norma” de Kelsen e a “textura aberta” de Hart, identificando nisto um problema, porque atribui ao juiz uma discricionariedade, uma subjetividade no momento de resolução da demanda¹⁸.

Em uma palavra, o ativismo judicial “representa uma ação que ultrapassou os limites que a atividade do juiz deve receber”¹⁹, dizendo “respeito a uma *postura* do Judiciário para além dos limites constitucionais”²⁰, “pois um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados)”²¹ sendo essa postura a que deve ser combatida, em especial perante o Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que o desenvolvimento dessa escola pelo Supremo será aprendida pelos demais membros do Judiciário como argumento de autoridade, fazendo surgir decisões como as que serão apresentadas de forma exemplificativa dessa ramificação.

¹⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A evolução do ativismo judicial na suprema corte norte-americana (II). *Revista do Instituto do Direito Brasileiro. on-line*, Lisboa, ano 2, 2013, n. 7, 6.515-6.571, p. 6.520.

¹⁶ STRECK, *Verdade...*, 2014.

¹⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 394-395.

¹⁸ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e conceito de princípio*. A hermenêutica e a (in) determinabilidade do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 221.

¹⁹ OLIVEIRA, 2008, p. 31.

²⁰ TASSINARI, 2013, p. 37.

²¹ STRECK, *Verdade...*, 2014, p. 621, nota 148.

UMA CONTRIBUIÇÃO DWORKINIANA

O referencial teórico de Dworkin é o livro *Uma questão de princípio*, publicado originalmente com o título *A matter of principle*, pela Harvard University Press, em 1985.

Ainda que seu estudo tenha como objeto o sistema jurídico e os juízes dos Estados Unidos e da Grã-Bretanha, os conceitos adotados por Dworkin poderão ser perfeitamente aqui utilizados, a começar pela questão inicialmente lançada pelo autor de “como os juízes decidem e deveriam decidir casos concretos”²², questão diretamente ligada ao ativismo judicial descrito anteriormente.

Dworkin afirma que um grande número de estudiosos e aplicadores do direito dos Estados Unidos sustenta que as decisões judiciais são inevitáveis e corretamente políticas, tanto nos grandes casos constitucionais como nos casos civis, e que os juízes atuem e devem atuar como legisladores, embora apenas no que denominam “interstícios” de decisões já tomadas pelo legislativo²³.

Em razão da negligência quanto à distinção importante entre dois tipos de argumento políticos, Dworkin considera primordial a distinção entre argumentos de princípio político e argumentos de procedimento político, em que, no primeiro caso, os juízes devem decidir com fundamento nos direitos políticos de cidadãos individuais e, no segundo, que a decisão deve propiciar um bem-estar geral ou de interesse público, concluindo que os juízes fundamentam e devem fundamentar suas decisões nos casos controvertidos em argumentos de princípio político²⁴.

248

Uma segunda questão que Dworkin aborda é o que se entende por Estado de Direito, indicando duas concepções bem diferentes, as quais ele denomina como uma concepção centrada no texto legal e outra, nos direitos.

Em relação à primeira, centrada no texto legal, Dworkin diz que “tanto quanto possível, o poder do Estado nunca deve ser exercido contra os cidadãos individuais, a não ser em conformidade com regras explicitamente especificadas num conjunto de normas públicas à disposição de todos”²⁵.

Nessa concepção, tanto os cidadãos quanto o governo devem seguir essas regras até que sejam mudadas conforme procedimento previsto em outras regras que também fazem parte do sistema, sendo considerada por Dworkin uma concepção um tanto quanto restrita por não dizer nada a respeito sobre o conteúdo das regras que podem ser incluídas no texto jurídico.

²² DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 3.

²³ DWORKIN, 2000, p. 5-6.

²⁴ DWORKIN, 2000, p. 6.

²⁵ DWORKIN, 2000, p. 7.

Essa concepção descrita por Dworkin, centrada no texto, nos remete ao nosso modelo de inclusão, exclusão ou modificação de regras, em especial as constitucionais, ressalvada a questão do conteúdo, tendo em vista as cláusulas pétreas. No caso de um poder constituinte originário, o controle sobre o conteúdo das regras se torna mais restrito, caso seja considerado possível.

A segunda concepção, aquela centrada nos direitos, é considerada por Dworkin mais ambiciosa, pressupondo que cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado, devendo esses direitos serem reconhecidos no direito positivo para que possam ser aplicados por juízes e tribunais quando exigidos pelos cidadãos, sendo como parte ideal do direito que o texto legal contemple esses direitos morais²⁶.

Essa leitura de direitos morais nos textos legais é feita por Barreto sobre o texto constitucional no sentido de que o sistema político-institucional e jurídico, cristalizado na Constituição, nasce de uma fonte moral, pois é fruto da manifestação da vontade de agentes morais autônomos, estabelecendo limites ao arbítrio e à desigualdade social²⁷, devendo ser aplicada no sentido moral do texto constitucional.

A concepção centrada nos direitos parece mais vulnerável a objeções filosóficas. Supõe que os cidadãos têm direitos morais – isto é, outros direitos que não os declarados pelo direito positivo – de modo que uma sociedade pode ser sensatamente criticada com base no fundamento de que sua legislação não reconhece os direitos que as pessoas têm.

A questão que liga ambas as concepções é a “de determinar se os juízes devem tomar decisões políticas em casos controversos – isto é, casos em que nenhuma regra explícita no livro de regras decide com firmeza a favor de qualquer uma das partes”²⁸.

O modelo centrado no texto legal argumenta positivamente no sentido de que os juízes devem tentar descobrir o que realmente consta do texto jurídico diante de sua possível vagueza e ambiguidade, levando os juízes a desenvolverem teorias semânticas para descobrir a real norma que pode se extrair do texto. Ou argumenta negativamente no sentido de que os juízes não devem decidir em qualquer sentido sobre o que está no texto, mas o que deveria estar no texto de regras.

A concepção centrada nos direitos insistirá em “determinar se o queixoso tem o direito moral de receber no tribunal aquilo que exige. O texto jurídico é relevante para essa questão final. Em uma democracia, as pessoas têm, pelo menos, um forte direito moral *prima facie* a que os tribunais imponham os direitos que o legislativo aprovou”²⁹.

²⁶ DWORKIN, 2000, p. 7.

²⁷ BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013, p. 41.

²⁸ DWORKIN, 2000, p. 10.

²⁹ DWORKIN, 2000, p. 14.

Dworkin não deixa de reconhecer que a concepção centrada nos direitos admite que o texto jurídico tem sua fonte moral para um tribunal, mas nega que seja a única fonte de tais direitos, situação em que, em um caso concreto, o texto jurídico nada diz ou possa ter interpretações conflitantes, o tribunal procurará identificar algum princípio que, em abstrato, capte os direitos morais das partes, mesmo que não conste do texto jurídico³⁰.

O mais importante da fala de Dworkin sobre esse ponto da “escolha” de um princípio em um caso controverso é que o juiz somente poderá aplicar tal princípio se este não for incompatível com outros princípios pressupostos das regras que estarão sendo aplicadas ou com qualquer parte considerável das outras regras³¹.

“Desse modo, tem-se o seguinte: não há regra sem um princípio instituidor. Sem um princípio instituinte, a regra não pode ser aplicada, posto que não será portadora do caráter da legitimidade democrática”³².

Dworkin trabalha nessa perspectiva de Estado de Direito centrado no livro de regras ou centrado nos direitos. Traz argumentos contrários e favoráveis para um e outro, como a questão da democracia, ou seja, “por que é errado juízes tomarem decisões políticas do tipo que digo que a concepção centrada nos direitos que exige que tomem?”³³; logo em seguida já respondendo que, para muitos, essas decisões não poderiam ser tomadas, pois a modificação ou a expansão de direitos devem ser adotadas sob controle popular, mas o autor também descontrói tal argumento.

O que se pretende demonstrar é que, em casos controversos, em especial de vagueza, ambiguidade e até mesmo falta de regramento, quando saem da moldura, os juízes e tribunais são instados a dar respostas que não estão tão claras no ordenamento devido à fonte moral do direito que se destaca no constitucionalismo contemporâneo, adquirindo uma forte carga axiológica para cuja materialização há um reforço pelos juristas para um conceito não positivista do direito, podendo ser justamente um dos elementos que diferenciam o neoconstitucionalismo dos constitucionalismos precedentes, conforme palavras de Streck³⁴.

No entanto, essa carga moral vinculada à Constituição não significa que o direito deva ser influenciado por questões morais, políticas e econômicas, em virtude de sua autonomia, mas sim que esses elementos predadores passam a estar institucionalizados no direito. Por isso, são considerados um novo paradig-

³⁰ DWORKIN, 2000, p. 15.

³¹ DWORKIN, 2000, p. 15.

³² STRECK, *Verdade...*, 2014, p. 553.

³³ STRECK, *Verdade...*, 2014, p. 17.

³⁴ STRECK, *Jurisdição...* 2013, p. 114.

ma no direito³⁵, devendo as respostas adequadas serem encontradas no direito já possuindo estes elementos.

Utilizando-se das da terminologia de Dworkin, saber se nosso sistema jurídico – acreditando ser possível a comparação para fins deste trabalho – é centrado no livro de regras ou no direito acaba por, eventualmente, nos levar a admitir que, mesmo adotando-se a concepção centrada no livro de regras, o que importa é saber que esse livro já tem uma carga moral em suas regras por meio dos princípios que introduzem o mundo prático no direito, o mundo vivido para o direito, dando significado à regra.

Saber se nosso sistema é centrado na concepção centrada nos direitos nos remete a conceber que esses direitos também estão contidos na Constituição por meio dos princípios. Enfim, esse novo paradigma faz todo o direito ser extraído da Constituição ou, melhor dizendo, uma resposta adequada ao caso concreto deverá ter sua resposta de acordo com a Constituição, e não de acordo com valores morais ou políticos decorrentes da vontade do julgador, sob pena de incorrerem no que se denomina de ativismo judicial, “que é uma forma antidemocrática de substituição dos juízos morais, políticos e econômicos – que devem ser feitos pelos Poderes Executivo e Legislativo – pelos do Judiciário³⁶.”

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O ATIVISMO JUDICIAL

Definido, dentro das possibilidades deste estudo, o que vem a ser o ativismo judicial, serão agora analisadas algumas decisões em que pode ser identificada essa prática, em especial o julgamento da ADPF 132 e, em seguida, como ela vem se espraiando pelo judiciário brasileiro.

O Supremo Tribunal Federal se mostrou totalmente ativista quando julgou a Reclamação 4.335/AC, medida interposta pela Defensoria Pública do Estado do Acre em relação à progressão de regime nos crimes hediondos, hoje já regulamentada pela Lei n. 11.464/2007.

A reclamação é medida prevista no artigo 102, I, *l* da Constituição Federal e tem a finalidade de fazer cumprir decisões do Supremo que contenham eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, ou seja, no controle concentrado de constitucionalidade.

No que nos interessa, o Supremo Tribunal Federal decidiu que, no artigo 52, X, da Constituição Federal³⁷, onde se lê “suspender”, deverá ser lido “publicar”.

³⁵ STRECK, *Jurisdição...* 2013, p. 121.

³⁶ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 113.

³⁷ **Art. 52.** Compete privativamente ao Senado Federal:

...

X – Suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal

Conforme se verifica, parece muito claro que não houve mudança do sentido da norma, mas mudança do próprio texto constitucional. Lenio Streck descreve a preocupação dos próprios ministros do STF quanto à alteração do texto e não do sentido da norma que, apesar de extenso, será aqui transcrito literalmente:

O Ministro Eros Grau se pergunta se o ministro Gilmar Mendes, ao proceder à “mutação constitucional”, não teria “excedido a moldura do texto, de sorte a exercer a criatividade própria da interpretação para além do que ao intérprete incumbe. Até que ponto o intérprete pode caminhar para além do texto que o vincula. Onde termina o legítimo desdobramento do texto e passa ele, o texto, a ser subvertido”?

A resposta aparece no mesmo voto proferido pelo Ministro Eros Grau: não houve qualquer anomalia de cunho interpretativo, pois o relator teria apenas feito uma “autêntica mutação constitucional”, *verbis*: “Note-se bem que S.Exa. não se limita a interpretar um texto, a partir dele produzindo a norma que lhe corresponde, porém avança até o ponto de propor a substituição de um texto normativo por outro. Por isso, aqui, mencionamos a mutação da Constituição”.

Ocorre que o mesmo prolator do referido voto admite, ao mesmo tempo, que, “a mutação constitucional é transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual”³⁸.

252

O relator desse caso, Gilmar Mendes, em sua obra intitulada *Jurisdição Constitucional*, apoiado em autores como Karl Larenz e Inocêncio Mártires Coelho, segue a linha de entendimento segundo a qual a mutação constitucional é mudança de interpretação e não do texto, ou seja, o que se altera é a norma, o que diverge do entendimento esposado no caso em comento³⁹.

Em uma palavra, “mutação não faz nenhuma alteração no texto da Constituição, atingindo a norma concretizada. Se há uma diferença entre texto normativo e norma, a alteração formal muda o primeiro, e a mutação a segunda”⁴⁰.

Em recente voto, o Ministro Roberto Barroso considerou que o denominado processo de mutação constitucional encontraria limite na textualidade dos dispositivos da Constituição. Nesse sentido, a suposta mutação do artigo 52, X, da Constituição Federal não poderia prescindir da mudança de texto da norma⁴¹.

³⁸ STRECK, *Verdade...*, 2014, p. 64.

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 407-409.

⁴⁰ STRECK, *Verdade...*, 2014, p. 62.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 4335. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4335&classe=Rcl&origem=AP&curso=0&tipoJulgamento=M.>>. Acesso em: 25 maio 2015.

Se for considerar que semanticamente “suspender” é totalmente diferente de “publicar”, então houve alteração do texto constitucional de forma arbitrária, ativista.

O próximo caso a ser tratado segue a mesma linha, mas, diferentemente do anterior, teve ares midiáticos, chegando não só ao conhecimento da comunidade jurídica, mas também da sociedade como um todo, vez que se tratava de um caso de reconhecimento de direitos que envolveu ainda mais questões democráticas, morais e políticas, que foi aquele envolvendo o reconhecimento (ou não) da união estável em relações homoafetivas.

Foi ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de n. 132-RJ, originariamente autuada com n. 178 perante o Supremo Tribunal Federal, que foi conhecida como ação direta de inconstitucionalidade e julgada com a ADI 4.277-DF, para que fosse dada interpretação conforme à Constituição em relação ao artigo 1.723 do Código Civil⁴².

Em síntese, pedia-se o reconhecimento dos direitos previstos aos casais denominados heterossexuais para os homossexuais, tendo em vista que os dispositivos legais que tratam da união estável ou casamento referem-se a homem e mulher (heterossexual), o que inviabilizaria o reconhecimento de direitos a casais do mesmo sexo, violando, dessa forma, os princípios constitucionais da igualdade, segurança jurídica, liberdade, razoabilidade ou da proporcionalidade e dignidade da pessoa humana.

253

Após muitos debates entre os ministros, o Relator Ayres Britto, em seu voto de cariz jurídico e poético, como é de seu costume, apresentou diversos fundamentos de cunho moral e político como a dignidade da pessoa humana, o sentido de família, a liberdade sexual, o direito ao amor e a felicidade etc. para reconhecer o direito à união estável aos homossexuais

Quanto a esses fundamentos, não há muitas dúvidas do possível reconhecimento do instituto da união estável aos casais homossexuais pela técnica da interpretação conforme.

No entanto, a Constituição como fonte moral de agentes morais, em especial quando seu conteúdo decorre diretamente do poder constituinte, prevê regras que nortearão a ação dos poderes e da comunidade.

Em relação à união estável, o poder constituinte inseriu na Constituição Federal um dispositivo específico, qual seja, o artigo 226, § 3º, *in verbis*:

⁴² **Art. 1.723.** É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º – O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º – O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º – Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a **união estável entre o homem e a mulher** como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (destacamos)

§ 4º – Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

...

O disposto que o autor da ADPF n. 132, como já dito, quer que seja interpretado conforme a Constituição é o artigo 1.723, do Código Civil, *in verbis*:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a **união estável entre o homem e a mulher**, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. (destacamos)

Analisando os dispositivos, constata-se que o artigo do Código Civil está totalmente conforme à Constituição Federal, sem sombra de dúvidas.

Apenas para comparação, tendo em vista que um dos argumentos utilizados é que o legislador constituinte, quando disse “homem e mulher”, não quis proibir outro tipo de entidade familiar, como as homossexuais. No entanto, no parágrafo 4º do dispositivo constitucional o legislador constituinte contemplou mais uma forma de entidade familiar, aquela entre um dos pais e seus descendentes, denominada de família monoparental.

Conforme consta da ADPF, os argumentos utilizados para que fosse reconhecida como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo foram de cunho moral e político, de princípio, como se estes fossem utilizados para dar maior abertura à interpretação.

Enfim, a ação foi julgada procedente utilizando-se da técnica da interpretação conforme para reconhecer como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo.

Mas as perguntas que ficam são: e o texto da Constituição, não vale nada? Escrever “homem e mulher” gera alguma dúvida semântica?

O próprio relator, ministro Ayres Britto, diz que a interpretação conforme encontra limites no texto da lei, resultando tanto de sua literalidade quanto da chamada vontade do legislador, sendo apenas admitida caso não viole a expressão literal do texto e se não mudar o significado do texto normativo, com mudança radical da vontade original do legislador⁴³.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 2.405/RS. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 25 maio 2015.

Os limites do texto são claros.

Em que pesem opiniões contrárias, observamos uma clara atuação ativista do Supremo Tribunal Federal que resta muito evidente em uma passagem do voto do Ministro Luiz Fux em que, para fundamentá-lo, ele alega se utilizar da ousadia:

Egrégio Plenário, Senhores Ministros, senhores advogados, farei a juntada do voto por escrito, não sem antes findar assentando que, desde os bancos do bacharelado, sempre me encantou a máxima *ub societas ibi ius*, “onde há sociedade há o Direito”. E, se a sociedade evoluiu, o Direito evolui, e a Suprema Corte evolui junto, porque ela é a intérprete maior desse Direito que transcende aos limites intersubjetivos de um litígio entre partes. **De sorte que, esse momento, que não deixa de ser de ousadia judicial – mas a vida é uma travessia, ou, então, ela não é nada –, é o momento de uma travessia.** A travessia que, talvez, o legislador não tenha querido fazer, mas que a Suprema Corte acenou, por meio do belíssimo voto do Ministro Carlos Ayres, que está disposto a fazê-lo. Isso me fez rememorar, Ministro Ayres, exatamente à luz da doçura e da beleza humana que Vossa Excelência eclipsa nesse homem magnífico que é Fernando Pessoa, quando afirma que há momentos em que devemos fazer a travessia. É hora da travessia, e se não ousarmos fazê-la, teremos ficado, para a eternidade, à margem de nós mesmos.

Cabe ousadia em uma democracia? Cabe ao poder judiciário alterar o texto da Constituição Federal? Cabe aplicar princípios constitucionais quando se tem uma regra específica para determinada categoria cuja validade são também princípios nela já contidos? Cremos que não. No citado caso, estamos diante de um exemplo de democracia, déficit de democracia e superávit de ativismo.

255

REFLEXOS NOS DEMAIS ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

O que foi demonstrado até aqui é como o Supremo Tribunal Federal vem decidindo determinados casos, como isso se irradia pelo poder judiciário como um todo e como os juízes se assenhoram dos argumentos de autoridade do Supremo (e não autoridade do argumento) e decidem conforme suas consciências nos fóruns brasileiros. Vejamos.

a) A Lei n. 11.340/2006 pode ser aplicada para homens?

Apenas pelo número da lei, talvez a pergunta não provoque tanta estranheza, o que pode mudar ao se verificar que se refere à Lei Maria da Penha, lei criada com o mesmo nome de uma mulher que sofreu maus tratos do marido.

Pois bem. O Juiz Mário Roberto Kono, do Juizado Especial Criminal de Cuiabá, Tribunal de Justiça do Mato Grosso, nos autos do Processo n. 1.074/2008, decidiu que a Lei Maria da Penha também pode ser aplicada em favor do homem agredido pelo cônjuge. Decidiu no sentido de que, como não há lei específica para

proteger o homem, então aplicar-se-á a Lei Maria da Penha ao homem por *analogia in bonam partem* à vítima⁴⁴.

b) A Lei n. 11.340/2006 também pode ser aplicada para casal homossexual masculino?

A Juíza Aline Luciane Ribeiro Viana Quinto, da Vara Criminal de Primavera do Leste, também do Tribunal de Justiça do Mato Grosso, nos autos do Processo n. 6670-72.2014.811, decidiu no seguinte sentido: “É certo que a Justiça não pode se omitir e negar proteção urgente, mediante, por exemplo, a aplicação de medidas de urgência previstas de forma expressa na Lei 11.340/06, a um homem que esteja sendo vítima de ameaças decorrentes do inconformismo com o fim de relacionamento amoroso, estando evidente o caráter doméstico e íntimo de aludida ocorrência, tudo a ensejar a pretendida proteção legal”⁴⁵.

Em ambos os casos, a proteção deferida à mulher em casos de violência doméstica, proteção esta almejada e obtida mediante muito sangue, literalmente, foi também concedida ao homem, o agente que, por séculos, manteve um tratamento à mulher como ser inferior física ou intelectualmente.

Diante dessa desigualdade ao menos em relação ao físico, ao corpo, que impedia a mulher de se proteger das agressões físicas perpetradas pelo companheiro, é que surgiu a Lei Maria da Penha.

256

A lei é muito clara, do preâmbulo ao fim, em que se mostra que a proteção é contra a violência doméstica e familiar contra a *mulher*.

Contudo, o juiz entendeu que esta lei de proteção da mulher também poderia ser aplicada ao homem. O que ocorre com isso? Homem e mulher são protegidos igualmente pela Lei Maria da Penha, fugindo do objetivo de sua criação legisferante, que era dar uma proteção especial à mulher.

Assim, indaga-se onde consta na lei que ela também é para ser aplicada ao homem? Qual fundamento jurídico para fazê-lo? Socorrer-se de princípios, em especial o da dignidade humana, estará dizendo que o homem é mais digno do que a mulher, pois significará a aplicação de um benefício legal que o homem não tinha, e sim a mulher.

Ou seja, o que sobra é a moral do julgador, suas convicções pessoais, enfim, ele decide conforme sua consciência.

c) A amante (concubina) pode ter os mesmos direitos da companheira caso conviva com um homem já casado?

⁴⁴ CONJUR. *Lei Maria da Penha é aplicada para proteger homem*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-out-30/lei_maria_penha_aplicada_proteger_homem>. Acesso em: 25 maio 2015.

⁴⁵ CONJUR. *Lei Maria da Penha também vale para homossexuais, diz juíza de MT*. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-02/lei-maria-penha-tambem-vale-homossexuais-juiza-mt>>. Acesso em: 25 maio 2015.

O Juiz Alberto Raimundo Gomes dos Santos, da 6ª Vara da Família de Salvador, do Tribunal de Justiça da Bahia, que também é Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM/BA, em entrevista ao Jornal da Manhã, Rede Bahia de Televisão, em 14.08.2014⁴⁶, disse que a amante pode ter reconhecida sua união estável, mesmo quando seu companheiro for casado, tendo em vista que os preceitos morais da sociedade evoluíram mais rápido que o legislador e a ideia de fidelidade não é mais como antigamente, sendo assim possível o reconhecimento da união estável entre uma amante (concubina) e seu amante casado. Em suas literais palavras, “a legislação vem sendo relativizada neste sentido”. Como assim, relativizada?

De uma simples leitura dos artigos 1.723, § 1º, 1.727 e 1.521, VI, do Código Civil, pode ser constatado que a concubina não pode ter reconhecida sua união estável com uma pessoa casada por expressa vedação legal e entendimento pacífico pelos tribunais superiores⁴⁷.

O que autoriza um juiz dizer que pode a concubina ter direito ao reconhecimento da união estável com alguém casado se o ordenamento jurídico o proíbe categoricamente? O que autoriza é sua consciência, sua moral, seu ideal de vida, pois nada mais justifica, ou seja, ele decide conforme a sua consciência, o que também a esse caso pode se dar o nome de ativismo judicial.

Em uma última palavra de Streck, “veja-se que sequer os limites semânticos do texto constitucional funcionam como bloqueio ao protagonismo judicial que vem sendo praticado em todas as esferas do Poder Judiciário de *terrae brasiliis*”⁴⁸.

CONCLUSÃO

Na construção de um Estado Democrático de Direito, todos os poderes constituídos e o povo têm de se empenhar para a consecução de tal modelo.

O judiciário tem papel relevantíssimo nesse ideal, pois, diante da falta de um poder Legislativo e Executivo atuantes para a querida democratização, legislando e executando para o bem do povo, muitas demandas sociais acabam por desaguar no Poder Judiciário, que se abarrota cada dia mais.

As ondas de acesso à justiça e demais fatores como a tecnologia e uma possível melhora da educação ampliam cada vez mais o acesso da população ao Judiciário, das mais espécies de demandas e direitos a serem tutelados, em especial com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que trouxe extensa lista de direitos.

⁴⁶ SANTOS, Raimundo Gomes dos. Saiba quais são os direitos legais dos amantes em uma relação. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/videos/bahia/jornal-da-manha/t/edicoes/v/saiba-quais-sao-os-direitos-legais-dos-amantes-em-uma-relacao/3562798/>>. Acesso em: 25 maio 2015.

⁴⁷ Neste sentido, ver STJ AgRg no Ag 1424071/RO e STF RE 590779/ES.

⁴⁸ STRECK, *Verdade...*, 2014, p. 65.

Esses novos tipos de demandas e direitos fizeram nosso Judiciário se socorrer de novas técnicas e teorias para julgar tais novas questões que, como dito, foram importadas de sistemas jurídicos diversos do nosso e incorporadas sem muito critério à nossa realidade e, somadas ao grande número de demandas, ensejaram um empoderamento dos juízes que não lhes foi outorgado constitucionalmente.

Esse cenário ensejou o que se denominou de ativismo judicial, prática disseminada em nosso Judiciário que culmina em insegurança jurídica e, principalmente, na falta de controle das decisões judiciais, o que gera transtornos jurídicos, econômicos, políticos e sociais.

É neste sentido que versou o presente trabalho, qual seja, denunciar, ainda que outros trabalhos já o tenham feito, mas que, de alguma forma, contribui para a disseminação do rechaço a essa prática ativista do Supremo, da qual os demais juízes vêm se apropriando como algo bom, o que não pode ser aceito no Estado Democrático de Direito.

Aceitar ativismos, discricionariedades, moralidades e vontades de juízes que decidem conforme suas consciências é um grande perigo para a sociedade que deve ser rechaçado pela comunidade jurídica, em especial como vêm fazendo os autores citados neste pequeno trabalho.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/const/con1988/CON1988_07.05.2015/CON1988.pdf>. Acesso em: 25 maio 2015.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 maio 2015.

BRASIL. Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 08 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 25 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2405-RS*. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 25 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 4335*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4335&classe=Rcl&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M.>>>. Acesso em: 25 maio 2015.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A evolução do ativismo judicial na suprema corte norte-americana (II). *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*. on line, Lisboa, ano 2, 2013, n. 7, 6515-6571.

O Supremo Tribunal Federal e o ativismo judicial: uma análise dos reflexos...

CONJUR. Lei Maria da Penha é aplicada para proteger homem. 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-out-30/lei_maria_penha_aplicada_proteger_homem>. Acesso em: 25 maio 2015.

CONJUR. Lei Maria da Penha também vale para homossexuais, diz juíza de MT. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-02/lei-maria-penha-tambem-vale-homossexuais-juiza-mt>>. Acesso em: 25 maio 2015.

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

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura do direito: o século XX*. Tradução de Luca Lambert. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e conceito de princípio*. A hermenêutica e a (in)determinabilidade do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SANTOS, Raimundo Gomes dos. Saiba quais são os direitos legais dos amantes em uma relação. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/videos/bahia/jornal-da-manha/tedicoes/v/saiba-quais-sao-os-direitos-legais-dos-amantes-em-umarelacao/3562798/>>. Acesso em: 25 maio 2015.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

Data de envio: 26/05/2015

Data de aprovação: 08/10/2015

PRIVACIDADE E REDES SOCIAIS NA INTERNET: NOTAS À LUZ DA LEI N. 12.965/2014 (MARCO CIVIL DA INTERNET)¹

PRIVACY AND SOCIAL NETWORKS ON THE INTERNET: NOTES TO THE LIGHT OF LAW N. 12.965/2014 (CIVIL RIGHTS FRAMEWORK FOR THE INTERNET)

Ricardo de Macedo Menna Barreto*

RESUMO

O presente artigo tem por escopo observar a problemática da proteção da privacidade à luz do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014), com ênfase em redes sociais na internet. O direito à privacidade e à intimidade foi determinado pela Constituição Federal de 1988, sendo a proteção da privacidade um dos três princípios norteadores da Lei n. 12.965/2014. Com efeito, no âmbito informático, a privacidade e, especificamente, a vida privada e a intimidade ganharam contornos diferenciados, mais agressivos, merecendo atenção no presente texto. Partindo do método de análise crítico dialético e servindo-se de abordagem bibliográfica, o presente texto ainda destaca a violação da privacidade perpetrada pelo Facebook contra seus membros. O crescente potencial comercial das redes sociais deve servir, portanto, de alerta para futuras abordagens jurídicas da proteção da privacidade dos usuários-internautas.

Palavras-chave: Privacidade; Intimidade; Redes Sociais na Internet; Marco Civil da Internet.

ABSTRACT

This article scope is to observe the problem of privacy protection in the light of the Civil Rights Framework For The Internet (Law n. 12.965/2014),

¹ Dedicado com muito amor à minha saudosa mãe, Maria de Lourdes Macedo (*in memoriam*).
* Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade do Minho (Braga, Portugal). Mestre em Direito Público pela Unisinos-RS. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais – Direito pela Unisinos-RS. Membro do Grupo de Pesquisa “O discurso jusfundamental da dignidade da pessoa humana no direito comparado” [UFBA]. Professor Universitário na Bahia.

with an emphasis on social networking sites. The right to privacy and intimacy was determined by the 1988 Federal Constitution, and the protection of privacy of the three guiding principles of Law n. 12.965/2014. Indeed, in the computers field, privacy and, in particular, private life and intimacy, they won differentiated, more aggressive contours and deserve attention in this text. Based on the dialectical critical analysis method and making use of bibliographic approach, this text also highlights the violation of privacy perpetrated by Facebook against its members. The increasing commercial potential of social networks must serve therefore as a warning to future legal approaches to privacy protection of internet users.

Keywords: Privacy; Intimacy; Social Networking Sites; Civil Rights Framework For The Internet.

INTRODUÇÃO

262

O presente texto tem por objetivo realizar uma observação jurídica transdisciplinar da privacidade em redes sociais na internet. Ante a crescente complexidade jurídica e social, entende-se que a dogmática jurídica, hoje, deve apropriar-se de certos elementos deste complexo cenário social, dotando-os, consequentemente, de *sentido jurídico*. Como Arnaud e Dulce² bem destacam, o papel da dogmática é o de “interpretar o direito em vigor, a fim de permitir sua completa aplicação, ao mesmo tempo em que constrói um sistema conceitual o mais coerente e completo possível”, de tal modo que a dogmática liga-se, portanto, preponderantemente, à *aplicação* do direito.

Não obstante, para aplicar o direito, precisa-se interpretá-lo em um contexto no qual a internet tem permitido a estruturação de um *espaço virtual de interação*, criando um correlato identitário-virtual³ para cada cidadão no ciberespaço⁴. Isso possibilita a contribuição ativa e efetiva de cada indivíduo para a formação desse espaço virtual, mas não sem trazer fortes reflexos, entre eles, a perda da privacidade dos usuários no ciberespaço.

A presente pesquisa se estruturou a partir do método de análise *crítico dialético*⁵ de inclinação transdisciplinar, pois tal postura permite o reconhecimento

² ARNAUD, Andre-Jean; DULCE, María José Fariñas. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 15.

³ MENNA BARRETO, Ricardo de Macedo. Contrato eletrônico como cibercomunicação jurídica. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 5. n. 2. jul./dez. 2009, p. 443-458.

⁴ MIAILLE, Michel. O Cidadão virtual. *Cadernos Adenauer IV* (2003), n. 6. Mundo Virtual. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, abril 2004. Ver também: PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *¿Ciberciudadani@ o Ciudadani@.com?* Barcelona: Editorial Gedisa, 2004.

⁵ De acordo com Sánchez Gamboa, “o enfoque crítico dialético trata de apreender o fenômeno em seu trajeto histórico e em suas inter-relações com outros fenômenos. Busca compreender os processos de transformação, suas contradições e suas potencialidades. Para este enfoque, o

de “situações novas, que emergem de um mundo a cuja complexidade natural acrescenta-se a complexidade resultante deste próprio conhecimento – transformado em ação – que incorpora novos fatos à realidade, através da tecnologia”⁶. Com efeito, em um contexto social de crescente complexidade e em constante mutação tecnológica, o direito passa a cumprir um papel fundamental no alívio das expectativas sociais, de modo que a função do sistema jurídico se relaciona com a possibilidade de comunicar expectativas e de levá-las ao reconhecimento na comunicação⁷. A técnica de pesquisa utilizada para a presente abordagem foi bibliográfica.

O artigo encontra-se dividido em quatro seções, além da presente introdução e das considerações finais. Primeiramente, em *Marco civil da internet: prolegômenos sócio-políticos* (1), buscou-se delinear os aspectos sociopolíticos que envolveram a discussão e a aprovação do Projeto de Lei n. 2.126/2011, proposto pelo professor e deputado Alessandro Molon (PT/RJ), que culminou no Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014).

Por conseguinte, na seção intitulada *Proteção da privacidade no marco civil da internet* (2), apresentou-se brevemente o princípio da proteção à privacidade, previsto na Lei n. 12.965/2014 (Marco civil da internet), uma vez que a privacidade dos usuários-internautas que navegam pela rede mundial de computadores é, possivelmente, um dos pontos mais relevantes abordados pela lei em comento.

Na terceira seção, *Direito à privacidade e à intimidade na internet* (3), destacaram-se os aspectos jus-doutrinários da privacidade, vista como gênero. Como espécies, figuram a vida privada e a intimidade. Ademais, salientaram-se certos mecanismos dispostos na internet para a violação da intimidade e da vida privada dos usuários.

Finalmente, na quarta seção, intitulada *Facebook e a falta de privacidade dos usuários* (4), procurou-se delinear alguns aspectos conceituais oriundos das contemporâneas teorias da comunicação, envolvendo redes sociais. Apresentaram-se, ainda, casos envolvendo a violação da privacidade dos usuários por parte do Facebook e seus reflexos jurídicos.

homem conhece para transformar e o conhecimento tem sentido quando revela as alienações, as opressões e as misérias da atual fase de desenvolvimento da humanidade; questiona criticamente os determinantes econômicos, sociais e históricos e a potencialidade da ação transformadora. O conhecimento crítico do mundo e da sociedade e a compreensão de sua dinâmica transformadora propiciam ações (práxis) emancipadoras”. Cf. SANCHÉZ GAMBOA, Silvio. *Projetos de pesquisa, fundamentos lógicos: a dialética entre perguntas e respostas*. Chapecó: Argos, 2013, p. 75.

⁶ D’AMBROSIO, Ubiratan. *Transdisciplinaridade*. São Paulo: Palas Athena, 1997, p. 10.

⁷ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Universidade Iberoamericana/Colección Teoría Social. 2002, p. 182.

Com efeito, a profunda imersão de uma vasta gama de usuários – de diferentes idades e classes sociais – na internet vem reforçando a dimensão da vulnerabilidade desses usuários. Logo, tal vulnerabilidade não deve ser descuidada pelos operadores jurídicos, sob pena de tornar-se o Marco Civil da Internet uma lei de caráter puramente simbólico.

MARCO CIVIL DA INTERNET: PROLEGÔMENOS SOCIOPOLÍTICOS

A Lei n. 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, é, sem dúvida, uma grande conquista político-jurídica, embora nascida em meio a inúmeras controvérsias. Em meados de 2009, retomaram-se as discussões acerca da necessidade de uma lei que regulasse direitos e deveres de usuários e provedores no uso da internet no país, discussões estas projetadas pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil⁸. Cristalizou-se, assim, o Projeto de Lei n. 2.126/2011, proposto pelo professor e deputado Alessandro Molon (PT/RJ).

O debate acerca da imperiosa necessidade de aprovação do projeto⁹ começou a se aquecer nos meses de novembro e dezembro de 2012, momento em que ocorreram diversas tentativas de se votar o Projeto de Lei n. 2.126/2011. Porém, como lembra Marcos Alberto Bitelli, mesmo com a realização de diversas audiências públicas, seminários, discussões em microblogs, redes sociais, intervenção de setores interessados e discussões públicas, o referido PL acabou não sendo votado no ano de 2012¹⁰.

A discussão sobre a necessidade de aprovação do então designado Marco Civil da Internet parece ter se acalorado, de verdade, com as denúncias, em meados de 2013, de Edward Snowden (um administrador de sistemas norte-americano), o qual, enquanto funcionário do governo americano, acessou e, posteriormente, vazou uma série de documentos contendo informações sigilosas da NSA (*National Security Agency*) americana.

Snowden publicizou, mundialmente, os métodos de espionagem de informação eletrônica, mostrando a tecnologia que o Ocidente proclamou como

⁸ “O Comitê Gestor da Internet no Brasil tem a atribuição de estabelecer diretrizes estratégicas relacionadas ao uso e desenvolvimento da Internet no Brasil e diretrizes para a execução do registro de Nomes de Domínio, alocação de Endereço IP (Internet Protocol) e administração pertinente ao Domínio de Primeiro Nível ‘.br’. Também promove estudos e recomenda procedimentos para a segurança da Internet e propõe programas de pesquisa e desenvolvimento que permitam a manutenção do nível de qualidade técnica e inovação no uso da Internet”. Cf.: <<http://www.cgi.br/>>.

⁹ Cujo itinerário é bem detalhado por BITELLI, Marcos Alberto Sant’Anna. A Lei 12.965/2014 – O marco civil da internet. *Revista de Direito das Comunicações*, v. 7, p. 291, jan. 2014, DTR\2014\8228.

¹⁰ BITELLI, 2014.

suporte da liberdade e democracia individual – Google, Skype, telefones celulares, GPS, YouTube, Tor, e-commerce, operações bancárias na internet e todo o restante – estão se transformando em máquinas de vigilância [...]”¹¹.

Luke Harding contextualiza a dimensão política desse conflituoso cenário cibernético. Segundo Harding, o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, antecessor da (atual) presidente brasileira Dilma Rousseff, irritou Washington ao convidar o então presidente do Irã, Mahmoud Ahmadinejad, para uma visita ao país – abalando, desse modo, as relações entre Brasil e Estados Unidos da América. Tal fato obrigou, posteriormente, a presidente brasileira a tentar melhorar os laços com a Casa Branca, em 2011. No entanto, ao que parece, a NSA, desconfiada, não se mostrou interessada em manter “boas” relações com o Brasil.

Desde a “relação” entre Brasil e Irã promovida pelo ex-presidente Lula, espões norte-americanos passaram a demonstrar um curioso interesse nos movimentos de Dilma Rousseff, colocando escutas eletrônicas nas principais lideranças democraticamente eleitas do Brasil. Além disso, dados mostram como a NSA conseguiu, inclusive, *crackear* a rede virtual privada da Petrobras (conforme divulgado no Brasil pelo programa *Fantástico*, da TV Globo). Nesse cenário, Dilma Rousseff reagiu negativamente à espionagem da NSA, vendo-a como uma “escandalosa violação à soberania do Brasil”¹². Tal fato, certamente, determinou a (relativamente rápida) aprovação do Marco Civil da Internet, pois Rousseff pediu urgência constitucional à aprovação do Projeto de Lei, em 11.09.2013, trancando a pauta de votações do Congresso Nacional.

Em seguida, o Projeto seguiu para o Senado, em 26.03.2014, sendo, finalmente, votado em abril de 2014. Dilma Rousseff sancionou simbolicamente a lei conhecida como Marco Civil da Internet em um evento largamente coberto pela mídia nacional e internacional, repleto de lideranças e personalidades internacionais: o *NetMundial* (Encontro Multissetorial Global Sobre o Futuro da Governança da internet)¹³, ocorrido nos dias 23 e 24.04.2014, em São Paulo (capital). Esse encontro reuniu governos e empresas e diversos especialistas e ativistas da área tecnológica. Estava, assim, “dado o recado” aos Estados Unidos sobre como o Brasil passara a resguardar juridicamente a privacidade *online* da população brasileira.

No primeiro semestre de 2015, o Marco Civil da Internet encontrava-se aguardando o decreto que o regulamentará, em face de uma série de pontos carentes de aperfeiçoamento normativo. Com efeito, a Secretaria de Assuntos

¹¹ RUSBRIDGER, Alan. Prefácio. In: HARDING, Luke. *Os arquivos Snowden*. A história secreta do homem mais procurado do mundo. Tradução de Bruno Correia e Alice Klesck. São Paulo: LeYa, 2014, p. 8.

¹² HARDING, 2014, p. 221-222.

¹³ <<http://netmundial.br/pt/>>.

Legislativos do Ministério da Justiça tem se dedicado, nesse momento, a sistematizar as sugestões apresentadas em cerca de mil e duzentos comentários postados sobre 339 pautas. Conforme noticiado, as pautas mais comentadas são as relativas à privacidade e à segurança do usuário¹⁴.

PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE NO MARCO CIVIL DA INTERNET

Feita essa breve contextualização sociopolítica, não se tem a pretensão, por óbvio, de realizar uma análise exaustiva da Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) – a qual exigiria uma obra à parte para qualquer discussão de caráter mais aprofundado. Pretende-se, tão somente, demonstrar em que medida o Marco Civil da Internet se preocupou em resguardar a privacidade dos usuários-internautas que navegam pela rede mundial de computadores.

Com efeito, o Marco Civil da Internet se estabelece a partir de três princípios norteadores: liberdade de expressão; privacidade; e neutralidade da rede (art. 3º, I, II e III). Esses três princípios, em seu conjunto, formam uma tentativa do legislador de consolidar o ideal de uma internet aberta. A ideia de “internet aberta” se depreende da própria leitura do artigo 4º da lei em comento, segundo o qual,

A disciplina do uso da internet no Brasil tem por objetivo a promoção: I – do direito de acesso à internet a todos; II – do acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos; III – da inovação e do fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso; e IV – da adesão a padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e bases de dados.

O caráter aberto da rede nada mais é do que o reconhecimento, pelo Direito, de uma das mais marcantes características da internet (desterritorialização¹⁵). Vejamos, por conseguinte, aquele dos três princípios jurídicos apontados que interessa ao presente trabalho: o da privacidade. Certamente, ele é um dos mais relevantes da Lei n. 12.965/2014, aparecendo disposto no artigo 3º, que reza: “A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: II – proteção da privacidade”. Decerto, a proteção da privacidade interessa muito em um contexto em que usuários-consumidores encontram-se desinformados acerca de

¹⁴ Cf. AGÊNCIA BRASIL. Marco Civil da Internet: governo abre canal de consulta para aprimorar propostas. *IG Tecnologia*, 09/05/2015, 14h:07min – Atualizada às 09/05/2015 14h:12min. Disponível em: <<http://tecnologia.ig.com.br/2015-05-09/marco-civil-da-internet-governo-abre-canal-de-consulta-para-aprimorar-propostas.html>>. Acesso em: 09 maio 2015.

¹⁵ Sobre a desterritorialização gerada pela interconexão dos computadores em rede, ver LIMBERGER, Temis; MENNA BARRETO, Ricardo de Macedo. Ciberespaço e Obstáculos 3-D: desafios à concretização dos direitos do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 79, p. 101-120, 2011.

práticas censuráveis por parte de empresas e provedores, que ferem frontalmente tal princípio¹⁶.

Do ponto de vista do Marco Civil da Internet, a proteção do usuário se opera, mormente, em um plano principiológico. Nesse sentido, Araújo entende que o Marco Civil da Internet representa apenas o “plano principiológico” para a tutela dos direitos (materiais e processuais) na esfera digital. Trata-se, pois, de previsão relativamente tímida ante a ampla gama de questões que ainda deverão ser enfrentadas pelas Cortes Superiores do país, visto o “aumento do e-commerce, das redes sociais e da comunicação digital e cujos efeitos ultrapassam o princípio da territorialidade (*Fremdenrecht*) levando-nos a uma nova era dos descobrimentos”¹⁷.

Em concordância com as reflexões de Araújo, entendemos que o Marco Civil da Internet traça diretrizes gerais bastante úteis (mas não suficientes) para pensarmos a proteção e defesa do usuário, sobretudo no que se refere à proteção de seus dados pessoais. Não obstante, diante da complexidade das problemáticas jurídicas no plano virtual, sobretudo envolvendo a privacidade do usuário, exige-se uma análise teórica socialmente informada.

DIREITO À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE NA INTERNET

Esse direito foi determinado pela Constituição Federal de 1988, que estabeleceu:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Doutrinariamente, é importante destacar o que se entende por privacidade. De acordo com Júlia Pereira Maurmo, *privacidade* se refere “ao modo de vida doméstico, às relações familiares e afetivas, aos fatos, hábitos, ao nome, aos pensamentos e aos segredos, tutelando, desta forma, a personalidade humana (pa-

¹⁶ Com efeito, uma dessas práticas é a mineração de dados. Sobre o tema, ver: MENNA BARRETO, Ricardo de Macedo. *Direito & redes sociais na internet: a proteção do consumidor no comércio eletrônico*. 2. ed., ver. e Atual. a partir do Decreto 7.962/13 (Comércio Eletrônico) e da Lei 12.965/14 (Marco Civil da Internet). Curitiba: Juruá, 2014, p. 168 e ss.

¹⁷ ARAÚJO, Fábio Caldas de. Reflexões sobre o Marco Civil da internet. *Consultor Jurídico (Conjur)*, artigo publicado em 04.07.2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-04/fabio-caldas-araujo-reflexoes/fabio-caldas-araujo-reflexoes-marco-civil-internet>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

trimônio moral do homem) nas mais diversas situações”¹⁸. Com efeito, privacidade é gênero, sendo vida privada e intimidade suas espécies. Nesse sentido, preceitua Maurmo: “a vida privada se desenvolve, portanto, numa inter-relação entre os indivíduos. Em alguns casos mais restrita (como no âmbito familiar), em outros mais expostas (como a frequência a clubes, entidades religiosas). Independentemente do grau de exposição, estando dentro da esfera da vida privada, há que haver proteção”¹⁹. E a intimidade? Conforme preleciona Antonio Baptista Gonçalves, “a intimidade representa dados, fatos ou conceitos íntimos de uma pessoa que podem ou não ser conhecidos pelos demais. Por exemplo, a intimidade do seu lar, o modo como a pessoa se veste em sua intimidade, o seu comportamento etc., são fatos que não são desejáveis que fossem conhecidos pelos demais”²⁰.

No âmbito informático, a privacidade e, especificamente, a vida privada e a intimidade ganham contornos diferenciados, mais agressivos, o que nos leva necessariamente a defender, com Temis Limberger, no que diz respeito à intimidade, que sua função,

no âmbito informático não é apenas proteger a esfera privada da personalidade, garantindo que o indivíduo não seja incomodado devido à má utilização de seus dados. Pretende-se evitar, outrossim, que o cidadão seja transformado em números, tratado como se fosse uma mercadoria, sem a consideração de seus aspectos subjetivos, desconsiderando-se sua intimidade²¹.

Em outras palavras, trata-se de evitar que os internautas virem um “produto” – pois muitas empresas os veem como “números”²². Especificamente, tem-se na rede mundial de computadores um verdadeiro comércio oculto de dados pessoais para fins de marketing²³. Ferramentas sorrateiras, como os conhecidos *cookies*²⁴, servem justamente para esse fim. Porém, como os navegadores (*browsers*)

¹⁸ MAURMO, Júlia Gomes Pereira. A distinção conceitual entre privacidade, intimidade, vida privada, honra e imagem. *Revista de Direito Privado*, v. 57, 2014, p. 33, jan.2014, DTR-2014-1492, p. 3.

¹⁹ MAURMO, 2014, p. 5.

²⁰ GONÇALVES, Antonio Baptista. Intimidade, vida privada, honra e imagem ante as redes sociais e a relação com a internet. Limites constitucionais e processuais. *Revista de Direito Privado*, v. 48, p. 299, out. 2011, DTR-2011-4651, p. 3.

²¹ LIMBERGER, Temis. Proteção dos dados pessoais e comércio eletrônico: os desafios do século XXI. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, ano. 17, n. 67, p. 215-241, p. 219, jul./set. 2007.

²² Ver, para tanto, MENNA BARRETO, Ricardo de Macedo. *Direito & redes sociais na internet: a proteção do consumidor no comércio eletrônico*. 2009.

²³ Nesse sentido, ver LIMBERGER, Temis. *O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 190 e ss.

²⁴ Ferramenta que serve para armazenar os dados trocados entre o navegador e servidores *web*.

comuns passaram a fornecer ferramentas úteis para a exclusão de *cookies*, criaram-se recentemente novas técnicas de captação de dados: os *flash cookies*. Estes operam por meio de um *plugin*²⁵ *flash*²⁶, o qual esconde um mecanismo em um anúncio publicitário, geralmente na forma de banners. Ao se clicar nesse anúncio, armazenam-se informações no computador do usuário sem seu conhecimento e consentimento²⁷.

A principal diferença de um *flash cookie* para um *cookie* tradicional é que, para o usuário médio, apagar um *flash cookie* é tarefa bastante difícil, ao passo que um *cookie* normal pode ser facilmente apagado do computador por grande parte dos usuários, seja via navegador (*internet Explorer, Mozilla Firefox, Google Chrome etc.*), seja por programas específicos.

A finalidade da utilização de programas como *cookies* e *flash cookies* por empresas é a tradução dos aspectos da personalidade dos usuários, a revelação de seus comportamentos e preferências, o que permite, inclusive, traçar um perfil psicológico dos usuários. E isso constitui uma grave violação à privacidade. Para Nojiri, os *cookies* ainda permitem a criação de “redes de perseguição” (*tracking network*), as quais operam quando uma empresa coloca mensagens publicitárias em múltiplos *sites* com o fim de criar e logo recuperar *cookies* dos computadores dos visitantes. Analisando esses dados, é possível “seguir” um usuário na medida em que ele navega por esses *sites*, vigiando suas ações, acumulando informações pessoais, controlando quais bens ou serviços adquire. Esse tipo de navegação deixa um claro rastro eletrônico no qual a intimidade e a privacidade do usuário são, paulatinamente, mitigadas²⁸.

Ocorre, dessa forma, um monitoramento (indevido) e permanente das atividades do consumidor durante a navegação na internet, em uma clara invasão de privacidade. Percebe-se o caráter de “permanência” desse monitoramento do comportamento dos usuários na rede, em sua pior forma, no momento em que consideramos que os dados coletados podem ser *atemporalmente* investigáveis por qualquer pessoa que tenha interesse em acessar tais redes de informações²⁹.

²⁵ *Plugins* são programas de computadores que conferem funcionalidades específicas à navegação na internet. *Sites* que contam com vídeos e animação, geralmente, são animados por *plugins*, os quais podem ser instalados automaticamente ao se acessar a página *web*.

²⁶ Utilizado para reproduzir animações em páginas *web*, sendo fornecido gratuitamente pela empresa Adobe (www.adobe.com).

²⁷ SOLTANI, Ashkan, CANTY, Shannon, MAYO, Quentin, THOMAS, Lauren, e HOOFNAGLE, Chris Jay. Flash Cookies e Privacy. *Social Science Research Network*, August, 10, 2009. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1446862>. Acesso em: 19 jun. 2011.

²⁸ NOJIRI, Sérgio. O direito à privacidade na era da informática: algumas considerações. *Revista Jurídica UNIJUS*. Uberaba/MG, v. 8, n. 8, p. 99-106, maio 2005, p. 106.

²⁹ NOJIRI, 2005, p. 138.

Daí a preocupação do legislador ao prever, no Marco Civil da Internet, além do constante no (anteriormente referido) artigo 3º, inc. II, igualmente que:

Art. 7º. O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: I – inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; II – inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei.

Decerto a complexidade do mundo virtual ainda exige uma observação mais atenta dos operadores jurídicos em relação aos mecanismos dispostos na rede mundial de computadores para a violação da intimidade e da vida privada dos usuários. Na seção seguinte, após delinear algumas ideias básicas acerca das redes sociais na internet, ver-se-ão dois casos envolvendo a violação da privacidade de usuários do Facebook pela própria rede social.

FACEBOOK E A VIOLAÇÃO DA PRIVACIDADE DE SEUS MEMBROS

O estudo de redes sociais na internet implica uma compreensão básica do estabelecimento de *relações* entre pessoas e grupos. Nesse sentido, conforme Raquel Recuero, *rede social* pode ser entendida como uma metáfora estrutural para a compreensão dos grupos expressos na internet, para a observação das conexões de grupos sociais a partir das conexões estabelecidas entre seus diversos atores³⁰. Em sentido semelhante, Oliveira Rosa afirma que é possível falar-se em redes sociais como “estruturas que não apresentam um tipo específico de organização física, mas que se tornam visíveis pelos relacionamentos estabelecidos entre os sujeitos ou grupos que assim se organizam”³¹. Sendo, pois, esses relacionamentos entre indivíduos e grupos possibilitados pelo uso da internet, Boyd e Ellison, preferem utilizar a expressão “*sites* de redes sociais” (*social network sites*), a qual alude à conjunção do meio utilizado (internet) com as estruturas sociais (redes, comunidades) que se erigem a partir desse meio. Assim, afirmam:

social network sites as web-based services that allow individuals to (1) construct a public or semi-public profile within a bounded system, (2) articulate a list of other users with whom they share a connection, and

³⁰ Conforme RECUERO, Raquel. *Redes sociais na internet*. (Coleção Cibercultura). Porto Alegre: Sulina, 2009, p. 24. Vale destacar que Recuero é responsável por uma das principais pesquisas nacionais sobre o tema das redes sociais na Internet. Norteando-se pelo espírito sistêmico (na linha de BERTALANFFY, Ludwig Von. *Teoria geral dos sistemas*. Petrópolis: Vozes, 1973), Recuero erige uma complexa observação do fenômeno das redes, pensando seus aspectos individuais, coletivos e tecnológicos.

³¹ OLIVEIRA ROSA, Ana Maria. As redes e a construção de espaços sociais na digitalização. *Cadernos IHU Ideias*. São Leopoldo, 2010, ano 8, n. 135, p. 6.

(3) view and traverse their list of connections and those made by others within the system³².

Paul Baran, um dos precursores no estudo da arquitetura de redes comutadas por pacotes³³, entende que a rede se projeta para suportar qualquer grau de destruição de componentes individuais, sem perder a comunicação “ponto a ponto”. Portanto, uma vez tendo-se vários computadores conectados em rede, se qualquer ligação da rede vir a falhar, não se “perde o controle” dela, justamente por não haver um “controle central”. A rede, nessa perspectiva, é mantida por seus diversos nós, ganhando estruturas diferenciadas. Baran, em seu esquema de redes, levanta a formação de três estruturas distintas: *centralizada*; *descentralizada*; e *distribuída*³⁴.

Raquel Recuero sustenta que as três estruturas básicas propostas por Paul Baran são “possíveis de ser encontradas em redes na internet e já foram aplicadas a estudos de outros autores, de uma forma especial, nos recentes trabalhos da chamada ‘teoria das redes’”³⁵. A perspectiva esboçada por Baran e Recuero acaba por corroborar uma encanecida tese de Pierre Lévy: que a melhor forma de manter e desenvolver uma coletividade “não é mais construir, manter ou ampliar fronteiras, mas alimentar a abundância e melhorar a qualidade das relações” no seio dessas coletividades³⁶. Assim, o *poder* e a *identidade* de um grupo na internet passam a depender mais da *qualidade* e da *intensidade* de sua conexão consigo mesmo, do que da sua resistência em comunicar-se com o seu meio³⁷.

271

Feitas essas considerações introdutórias acerca dos aspectos gerais que envolvem redes sociais na internet, passe-se a um caso ocorrido no ano de 2006, envolvendo o *Facebook* e seus usuários, cujos efeitos e discussões judiciais se estenderam até o ano de 2010. Trata-se de episódio que colocou em xeque distin-

³² BOYD, Danah M. e ELLISON, Nicole B. Social Network Sites: Definition, History, and Scholarship. *Journal of Computer-Mediated Communication*, p. 210-230, 13, p. 210, 2008. Disponível em: <<http://on-linelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1083-6101.2007.00393.x/references>>. Acesso em: 18 mar. 2011. [Sites de redes sociais como serviços baseados na *web* que permitem aos indivíduos (1) construir um perfil público ou semipúblico dentro de um sistema limitado, (2) articular uma lista de outros usuários com quem eles compartilham uma conexão, e (3) ver e percorrer sua lista de conexões e aquelas feitas por outras pessoas dentro do sistema. (Tradução livre)].

³³ Sistemas finais não são conectados entre si *apenas* por um único enlace de comunicação, mas sim indiretamente conectados por equipamentos intermediários de comutação, conhecidos como *comutadores de pacotes*, sendo *pacotes* os blocos de informação.

³⁴ Cf. artigo intitulado BARAN, Paul. *History of computers: hardware, software, internet*. Disponível em: <<http://history-computer.com/Internet/Birth/Baran.html>>. Acesso em: 07 jun. 2011.

³⁵ RECUERO, 2009, p. 57.

³⁶ LÉVY, Pierre. A Revolução contemporânea em matéria de comunicação. *Revista FAMECOS*, Porto Alegre, n. 9, p. 41, semestral, dezembro de 1998 (grifamos).

³⁷ LÉVY, Pierre. A Revolução contemporânea em matéria de comunicação. *Revista FAMECOS*, Porto Alegre, n. 9, p. 41, semestral, dezembro de 1998, p. 41.

tas questões, como segurança da informação, intimidade, publicidade e proteção dos dados pessoais dos usuários.

Com efeito, o *Facebook* pode ser considerado a rede social que obteve o maior crescimento nos últimos anos, sendo na atualidade aclamada como a maior rede social da internet. Não obstante, esse crescimento não se deu sem causar sérios problemas de privacidade aos usuários, em razão, sobretudo, à grande quantidade de dados de identificação que foram (e ainda são) indevidamente captados pela rede³⁸.

O mais emblemático problema envolvendo o *Facebook* e a privacidade de seus usuários surgiu quando essa rede social resolveu adotar um infeliz sistema, denominado *Beacon*, que informava os membros do *Facebook* acerca de atividades e compras realizadas na *web*. Por exemplo, se um usuário dessa rede social comprasse um bilhete de cinema em um determinado *site*, seus amigos seriam informados do fato por um *feed*³⁹ na página do *Facebook*, no perfil do usuário, cuja prática ficou conhecida como “*News feed*”⁴⁰. Em virtude do descontentamento generalizado com tal prática, inicialmente um *site* ativista⁴¹ organizou um grande protesto virtual, chamando os usuários para a ação, perguntando: “Quando você compra um livro ou filme *on-line* (...) você quer essas informações automaticamente compartilhadas com o mundo no Facebook?”⁴².

Note-se que com a introdução do *feed*, o controle e a distribuição de informações pessoais estavam sendo retirados das mãos do usuário, centralizados e randomizados. O que impressiona nesse episódio é que as informações/dados dos usuários se tornaram de domínio público, sem nenhum respeito pela sensi-

³⁸ HOADLEY, Christopher M.; XU, Heng; LEE, Joey J.; ROSSON, Mary B. Privacy as information access and illusory control: The case of the Facebook News Feed privacy outcry. *Electronic Commerce Research and Applications*, 9, p. 50-60, 2010. Disponível no Home Page do Periódico: <www.elsevier.com/locate/ecra>. Acesso em: 29 maio 2011, p. 50. Vale observar que os autores nessa pesquisa averiguaram a controvérsia da privacidade realizando uma investigação entre 172 usuários atuais do Facebook em uma grande universidade dos Estados Unidos, visando explorar seus comportamentos, uso e atitudes em relação à privacidade, salientando-se a problemática ocorrida em 2006 com essa rede social. Nesse sentido, a pesquisa também buscou examinar o grau em que os usuários ficaram chateados com essas mudanças, explorando as razões e examinando as influências do “*News Feed*” no comportamento dos membros da rede social.

³⁹ *Feed* é um formato de dados utilizado para que um usuário de internet possa acompanhar os novos artigos e conteúdos de um *site* ou *blog* sem que precise visitar o *site* em si. Sempre que um novo conteúdo for publicado, o assinante do *feed* poderá lê-lo de seu agregador. Informação constante na Wikipédia. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Feed>>. Acesso em: 7 abr. 2011.

⁴⁰ HOOFNAGLE, Chris Jay; KING, Jennifer. Consumer Information Sharing: Where the Sun Still Don't Shine. *Working Paper Series* (December 17, 2007). Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1137990>>. Acesso em: 14 abr. 2011.

⁴¹ <<http://front.moveon.org/>>.

⁴² HOOFNAGLE, Chris Jay; KING, Jennifer. *Consumer Information Sharing*.

bilidade dos membros dessa rede social. Isso gerou uma reação instantânea sem precedentes. Além do *site* ativista já referido, diversos grupos *online* foram criados imediatamente em universidades dos Estados Unidos, do Reino Unido e também em outros países, chamando os usuários do *Facebook* para a ação, visando uma cessação imediata do *Feed*.

Contudo, peticionou-se “oficialmente” a página do *Facebook*⁴³, com uma aderência ao movimento de milhares de membros (mais de oitenta mil usuários em apenas dois meses *online*, número bastante significativo para a época, se levarmos em consideração a “idade” dessa rede social em 2006). Tratava-se, propriamente, de um movimento “anti-Newsfeed”, o qual ganhou espaço em diversos jornais de universidades e fóruns *online*, que iam sendo preenchidos por estudantes. Toda essa movimentação de usuários culminou no dia de boicote ao *Facebook*: o “Dia sem *Facebook*” (2006)⁴⁴.

Essa tentativa (frustrada) de inserir no *Facebook* uma *tecnologia de poder* foi automaticamente rechaçada pelos membros da rede social. Isso se deve ao fato de que o poder, em uma rede social, não está *centralizado*, mas sim *disseminado* na forma de membros, grupos, comunidades *online*, os quais podem ser observados a partir dos diversos “nós” da rede. Nesse caso, trata-se de um poder que se serve das tecnologias de informação e comunicação, como a internet. Percebe-se, assim, o verdadeiro rechaço dos membros da rede social em serem “dominados e manipulados” pelo *Facebook*, que arbitrariamente inseriu o funesto dispositivo.

Com efeito, a força da rede social se deve à constante monitoração reflexiva dos seus membros, de tal modo que há uma perfeita integração diária da “vida física” dos usuários com a rede, que se dá por meio de rotinas específicas e rituais compartilhados. Participar de uma rede social passa a se tornar, assim, uma prática tão comum quanto acompanhar diariamente a caixa pessoal de *e-mails*. Note-se como a inserção de um mecanismo perturbador, como o *News Feed*, reorganiza a “vida local” de membros da rede social, os quais passam a ser invadidos por relações sociais distantes. Possivelmente uma prática como essa obrigou

⁴³ Disponível *on-line* na página do *Facebook*: <www.facebook.com/group.php?gid=5930262681>. Vale reproduzir o chamamento para assinaturas: “Matt em Nova York já sabe o que sua namorada comprou de Natal para ele... Por quê? Porque um novo recurso do *Facebook* compartilha automaticamente os livros, filmes ou presentes que você comprar *on-line* com todos os que você conhece no *Facebook*. Sem o seu consentimento, ele aparece no *News Feed* “uma invasão enorme de privacidade”. Traduzido livremente de: *Matt in New York already knows what his girlfriend got him for Christmas... Why? Because a new Facebook feature automatically shares books, movies, or gifts you buy on-line with everyone you know on Facebook. Without your consent, it pops up in your News Feed – a huge invasion of privacy.*

⁴⁴ SANCHEZ, A. The *Facebook* Feeding Frenzy: Resistance-through-distance and resistance through-persistence in the societal network. *Surveillance & Society*, v. 6, n. 3, p. 275-293, 2009. Disponível em: <<http://www.surveillance-and-society.org>>. Acesso em: 14 maio 2011, p. 282.

os membros do *Facebook* a revisitarem a possibilidade de compras no comércio eletrônico ou, pelo menos, os fizeram evitar compras *online* de determinados produtos.

Conforme Debatin e colaboradores, os *sites* de rede sociais fornecem um ambiente rico em dados para *marketing* e publicidade, particularmente quando os perfis de usuário são combinados com funções que dão pistas do comportamento do usuário, como o *Beacon*. Para esses autores, seu potencial comercial pode explicar por que a valorização do *Facebook* atingiu níveis astronômicos⁴⁵. Não obstante, para o usuário médio, a invasão de privacidade e a agregação de dados pelo *Facebook*, bem como sua potencial exploração comercial por terceiros, tendem a manterem-se “invisíveis”.

Nesse sentido, para Debatin e colaboradores, o escândalo *Beacon* foi um “acidente”, porque cientificou os usuários das vastas possibilidades do *Facebook* em coletar dados e realizar a vigilância de comportamentos. Com isso, os proprietários do *Facebook* aprenderam rapidamente a lição: a *parte visível* do *Facebook*, isto é, os perfis de aparência inocente e as interações sociais devem ser nitidamente separados das *partes invisíveis* (coleta de dados etc.). Como no caso de um *iceberg*: a parte visível representa apenas uma pequena parte do todo. No caso de redes sociais, a parte invisível (portanto, a maior) é constantemente retroalimentada pela parte visível (a menor), as quais se interpenetram⁴⁶.

274

A comoção generalizada dos membros do *Facebook* ensejou, nos Estados Unidos da América, a *class action*⁴⁷ *S. L. e colaboradores v. Facebook, Inc.* Nessa ação coletiva, *S. L.* representou a classe dos usuários do *Facebook*. *S. L.*, a propósito, é um caso bastante emblemático. Em 2007, na página do *shopping online* Overstock⁴⁸, *S. L.* comprou um anel de diamantes para sua esposa, pretendendo fazer-lhe uma surpresa. Ocorre que, sem seu consentimento, a notícia da compra do anel acabou sendo transmitida para centenas de pessoas que participavam de sua rede de contatos no *Facebook* pelo *News feed Beacon*, incluindo-se aí sua própria esposa⁴⁹!

⁴⁵ DEBATIN, B., LOVEJOY, J. P., HORN, A.; HUGHES, B. N. Facebook and on-line privacy: attitudes, behaviors, and unintended consequences. *Journal of Computer-Mediated Communication*, 15, p. 83-108, p. 88, october 2009. Disponível em: <<http://on-linelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1083-6101.2009.01494.x/full>>. Acesso em: 07 maio 2011.

⁴⁶ DEBATIN, B., LOVEJOY, J. P., HORN, A.; HUGHES, B. N. Facebook and On-line Privacy: Attitudes, Behaviors, and Unintended Consequences, 2009.

⁴⁷ *Class Action*, nos Estados Unidos, é uma ação de classe, isto é, uma ação coletiva. Sobre as ações coletivas nos Estados Unidos, recomenda-se ver, especialmente: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas: no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2010, especialmente p. 58 e ss. Igualmente, recomenda-se o artigo de GRECO, Leonardo. A tutela jurisdicional internacional dos interesses coletivos. *Revista Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: Universidade Gama Filho, v. 11, n. 1 e 2, p. 17-30, 2005.

⁴⁸ <<http://www.overstock.com/>>.

⁴⁹ Cf. Informação disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Lane_v._Facebook,_Inc>.

Na ação, alegou-se que o *Facebook* havia violado uma série de dispositivos legais, entre eles a *Electronic Communications Privacy Act* (ECPA), a *Video Privacy Protection Act* (VPPA), a *Computer Fraud and Abuse Act* (CFAA), a *California Consumer Legal Remedies Act* (CLRA), e a *California Computer Crime Law* (CCCL)⁵⁰. Questões envolvendo violação de privacidade fizeram-se fortemente presentes no caso em tela. Frise-se que, em momento algum, o *Facebook* forneceu aviso ou obteve o prévio consentimento acerca da aquisição e transmissão de informações pessoais de seus membros via *Beacon*.

Posteriormente, na lide, as partes concordaram em adotar a mediação privada. Durante o trâmite, os réus (além do *Facebook*, envolveram-se nessa ação outras empresas) negaram qualquer irregularidade, isto é, não entenderam haver ameaçado ou cometido qualquer ilícito, sob a alegação de ter sempre “agido corretamente”. Chegou-se, por fim, em um acordo no qual ficou estabelecida a criação de um fundo pelo *Facebook* no valor de nove milhões e quinhentos mil dólares, quantia usada para estabelecer e operar uma fundação destinada à privacidade. Esta fundação consagrou-se ao financiamento e patrocínio de programas destinados a educar os usuários, entidades reguladoras e empresas sobre questões críticas relacionadas com a proteção da identidade e informações pessoais *online*.

Estabeleceu-se, além disso, que nenhum dos membros da classe receberia qualquer compensação financeira pelo episódio, a não ser aqueles que tiveram seu nome diretamente envolvido (autores com nome na ação). S.L., por exemplo, recebeu 15 mil dólares. A partir da data da decisão, o *Facebook* teve 60 (sessenta) dias para exterminar com o funesto programa⁵¹, o qual atualmente não mais existe. Episódios como esse são bons exemplos do que uma rede social não deve fazer com seus membros. Feliz ou infelizmente, práticas assim só “vingam” se estiverem ocultas, isto é, se pertencerem e operarem na parte oculta desse “*iceberg virtual*”. E a parte de baixo do *iceberg* é a mais difícil de ser avistada e reconhecida não apenas pelos usuários, mas também pelos operadores do direito. Nesse caso, o *Facebook* ignorou o poder de seus próprios usuários, os quais rapidamente perceberam que práticas como o *Beacon* colocam-nos em uma exposição desmedida e desnecessária.

⁵⁰ Cf. S. L., et al., vs. *Facebook* (Proposta de Aprovação). Plaintiffs’ Motion for Preliminary Approval of Class Action Settlement. Case 08-cv-3845 RS. United States District Court Northern District of California San Jose Division. Disponível em: <<http://spamnotes.com/files/31236-29497/MotionSettlement.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2011.

⁵¹ Cf. S. L., et al., vs. *Facebook* (Proposta de Aprovação). Plaintiffs’ Motion for Preliminary Approval of Class Action Settlement. Case 08-cv-3845 RS. United States District Court Northern District of California San Jose Division. Disponível em: <<http://spamnotes.com/files/31236-29497/MotionSettlement.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2011.

Em maio de 2012, o Facebook sofreu outro significativo processo judicial por usuários da rede social na Califórnia (EUA). Os usuários acusam o Facebook (novamente!) de invasão de privacidade ao rastrear ilegalmente dados de navegação, *mesmo quando as pessoas desconectavam-se de seus perfis na rede social*. A ação, apresentada na Corte Federal de San Jose, agrupa vinte e um processos apresentados nos Estados Unidos. Em consonância com a lei federal americana da escuta (*Wiretrap Act*), o processo pede indenização por danos cujos valores vão de US\$ 100 por dia de violação a até US\$ 10 mil (*por usuário do Facebook*). Desse modo, considerando os cerca de 800 milhões de usuários da rede social, a indenização eleva-se à cifra de US\$ 15 bilhões⁵², cifra bastante distante do caso *Beacon*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho surgiu da necessidade de se refletir sobre a problemática da privacidade na internet. Buscou-se certo rigor conceitual nessa análise, trazendo-se conceitos de outras áreas do conhecimento, como Tecnologias da Informação e de Comunicação (TICs), visando operacionalizá-los e pensá-los a partir de uma perspectiva jurídica. Com efeito, o enorme potencial comercial das redes sociais deve servir de alerta para novas abordagens jurídicas da proteção da privacidade dos usuários-internautas.

276

O Marco Civil da Internet surge como uma (entre tantas) tentativas de fortalecer o ideal de segurança jurídica no plano das relações virtuais, pois as diversas tecnologias informacionais das quais nos servimos cotidianamente acabaram por redefinir, significativamente, questões como privacidade e identidade, onde a vulnerabilidade dos usuários foi reforçada, sobretudo, pela falta de informação tecnológica. Ou seja, a sociedade tecnológica gera uma espécie de terremoto que abala as estruturas do pensamento jurídico mais dogmático, o qual em larga medida parece ainda não se encontrar preparado para se apropriar devidamente dos caracteres de uma vida em uma sociedade planetária unificada, marcada pela indefinição e indeterminação em seus traços mais concretos⁵³.

Percebe-se, a partir daí um gradativo aumento da complexidade social devido ao cenário virtual que se incorporou à sociedade. Tal complexidade nada mais é do que o correlato virtual de infinitas possibilidades criado pelo ciberespaço para tudo o que existe em sociedade, especialmente envolvendo as redes

⁵² Cf. matéria constante na página do UOL Notícias – Tecnologia (*Facebook é processado em US\$ 15 bilhões por invadir privacidade dos usuários nos Estados Unidos*), datada de 18 de maio de 2012. Disponível em: <<http://tecnologia.uol.com.br/noticias/redacao/2012/05/18/facebook-e-processado-em-us-15-bilhoes-por-invadir-privacidade-de-usuarios.htm>>. Acesso em: 19 maio 2012.

⁵³ URNAUER, Suellem A.; MENNA BARRETO, Ricardo de Macedo. Segurança jurídica na cibercultura de consumo: reflexões à luz da Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet). *Revista do Mestrado em Direito UCB*, v. 8, p. 263-287, 2014.

sociais na internet, que constituem uma espécie de mundo virtual onde indivíduos vivem e interagem livremente. Nesse sentido, inspirados em Galeano, podemos perguntar, a título conclusivo: será, o ciberespaço, “*Un refugio? ¿Una barriga? ¿Un abrigo para esconderte cuando te ahoga la lluvia, o te parte el frío, o te voltea el viento? ¿Tenemos un espléndido pasado por delante? Para los navegantes con ganas de viento, la memoria es un puerto de partida*”⁵⁴. Pois que este artigo seja a memória para aqueles navegantes mais inquietos.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. Marco Civil da Internet: Governo abre canal de consulta para aprimorar propostas. *IG Tecnologia*, 09/05/2015, 14h:07min – Atualizada às 14h:12min em 09/05/2015. Disponível em: <<http://tecnologia.ig.com.br/2015-05-09/marco-civil-da-internet-governo-abre-canal-de-consulta-para-aprimorar-propostas.html>>. Acesso em: 09 maio 2015.

ARAÚJO, Fábio Caldas de. Reflexões sobre o Marco Civil da internet. *Consultor Jurídico (Conjur)*, artigo publicado em 04.07.2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-04/fabio-caldas-araujo-reflexoes/>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

ARNAUD, Andre-Jean; DULCE, María José Fariñas. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BARAN, Paul. *History of computers: hardware, software, internet*. Disponível em: <<http://history-computer.com/Internet/Birth/Baran.html>>. Acesso em: 07 jun. 2011.

BERTALANFFY, Ludwig Von. *Teoria geral dos sistemas*. Petrópolis: Vozes, 1973.

BITELLI, Marcos Alberto Sant’Anna. A Lei 12.965/2014 – O Marco Civil da Internet. *Revista de Direito das Comunicações*, v. 7, p. 291, jan. 2014, DTR-2014-8228.

BOYD, Danah M.; ELLISON, Nicole B. Social network sites: definition, history, and scholarship. *Journal of Computer-Mediated Communication*, p. 210-230, 13, p. 210, 2008. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1083-6101.2007.00393.x/references>>. Acesso em: 18 mar. 2011.

D’AMBROSIO, Ubiratan. *Transdisciplinaridade*. São Paulo: Palas Athena, 1997.

DEBATIN, B.; LOVEJOY, J. P.; HORN, A.; HUGHES, B. N. Facebook and online privacy: Attitudes, Behaviors, and Unintended Consequences. *Journal of Computer-Mediated Communication*, 15, p. 83-108, p. 88, october 2009. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1083-6101.2009.01494.x/full>>. Acesso em: 07 maio 2011.

FEED (Verbetes). *Wikipedia*. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Feed>>. Acesso em: 07 abr. 2011.

GALEANO, Eduardo. *Las palabras andantes* (con grabados de J. Borges). 5. ed. Buenos Aires: Catálogos, 2001.

⁵⁴ GALEANO, Eduardo. *Las palabras andantes* (con grabados de J. Borges). 5. ed. Buenos Aires: Catálogos, 2001, p. 76.

GONÇALVES, Antonio Baptista. Intimidade, vida privada, honra e imagem ante as redes sociais e a relação com a internet. Limites constitucionais e processuais. *Revista de Direito Privado*, v. 48, p. 299, out./2011, DTR-2011-4651.

GRECO, Leonardo. A tutela jurisdicional internacional dos interesses coletivos. *Revista Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: Universidade Gama Filho, v. 11, n. 1 e 2, p. 17-30, 2005.

HARDING, Luke. *Os arquivos Snowden*. A história secreta do homem mais procurado do mundo. Tradução de Bruno Correia e Alice Klesck. São Paulo: LeYa, 2014.

HOADLEY, Christopher M.; XU, Heng; LEE, Joey J.; ROSSON, Mary B. Privacy as information access and illusory control: the case of the Facebook News Feed privacy outcry. *Electronic Commerce Research and Applications*, 9, p. 50-60, 2010. Disponível na homepage do periódico: <www.elsevier.com/locate/ecra>. Acesso em: 29 maio 2011.

HOOFNAGLE, Chris Jay; KING, Jennifer. Consumer Information Sharing: Where the Sun Still Don't Shine. *Working paper series* (Dec. 17, 2007). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1137990>. Acesso em: 14 abr. 2011.

LÉVY, Pierre. A revolução contemporânea em matéria de comunicação. *Revista FAMECOS*, Porto Alegre, n. 9, p. 41, semestral, dez. 1998.

LIMBERGER, Temis. *O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LIMBERGER, Temis. Proteção dos dados pessoais e comércio eletrônico: os desafios do século XXI. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, a. 17, n. 67, p. 215-241, p. 219, jul./set. 2007.

278

LIMBERGER, Temis; MENNA BARRETO, Ricardo de Macedo. Ciberespaço e obstáculos 3-D: desafios à concretização dos direitos do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 79, p. 101-120, 2011.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Universidade Iberoamericana/Colección Teoría Social, 2002.

MAURMO, Júlia Gomes Pereira. A distinção conceitual entre privacidade, intimidade, vida privada, honra e imagem. *Revista de Direito Privado*, v. 57, 2014, p. 33, jan./2014, DTR-2014-1492.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas: no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2010.

MENNA BARRETO, Ricardo de Macedo. *Direito e redes sociais na internet: a proteção do consumidor no comércio eletrônico*. 2. ed., rev. e atual. a partir do Decreto 7.962/13 (Comércio Eletrônico) e da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet). Curitiba: Juruá, 2014.

MENNA BARRETO, Ricardo de Macedo. Contrato eletrônico como cibercomunicação jurídica. *Revista Direito GV*. São Paulo: v. 5. n. 2, jul./dez. 2009, p. 443-458.

MAILLE, Michel. O cidadão virtual. *Cadernos Adenauer IV* (2003), n. 6. Mundo Virtual. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, abril 2004.

NOJIRI, Sérgio. O direito à privacidade na era da informática: algumas considerações. *Revista Jurídica UNIJUS*. Uberaba/MG, v. 8, n. 8, p. 99-106, maio 2005.

OLIVEIRA ROSA, Ana Maria. As redes e a construção de espaços sociais na digitalização. *Cadernos IHU Ideias*. São Leopoldo, 2010, a. 8, n. 135.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *¿Ciberciudadaní@ o Ciudadaní@.com?* Barcelona: Editorial Gedisa, 2004.

RECUERO, Raquel. *Redes sociais na internet*. (Coleção Cibercultura). Porto Alegre: Sulina, 2009.

RUSBRIDGER, Alan. Prefácio. In: HARDING, Luke. *Os arquivos Snowden*. A história secreta do homem mais procurado do mundo. Tradução de Bruno Correia e Alice Klesck. São Paulo: LeYa, 2014.

SANCHEZ, A. The Facebook Feeding Frenzy: Resistance-through-distance and resistance through-persistence in the societied network. *Surveillance & Society*, v. 6, n. 3, p. 275-293, 2009. Disponível em: <<http://www.surveillance-and-society.org>>. Acesso em: 14 maio 2011.

SANCHÉZ GAMBOA, Silvio. *Projetos de pesquisa, fundamentos lógicos: a dialética entre perguntas e respostas*. Chapecó: Argos, 2013.

SEAN LANE, *et al.*, vs. *Facebook* (Proposta de Aprovação). Plaintiffs' Motion for Preliminary Approval of Class Action Settlement. Case 08-cv-3845 RS. United States District Court Northern District of California San Jose Division. Disponível em: <<http://spam-notes.com/files/31236-29497/MotionSettlement.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2011.

SOLTANI, Ashkan; CANTY, Shannon; MAYO, Quentin; THOMAS, Lauren; HOOFNAGLE, Chris Jay. Flash Cookies e Privacy. *Social Science Research Network*, August 10, 2009. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1446862>. Acesso em: 19 jun. 2011.

UOL Notícias – Tecnologia (*Facebook* é processado em US\$ 15 bilhões por invadir privacidade dos usuários nos Estados Unidos), datada de 18 de maio de 2012. Disponível em: <<http://tecnologia.uol.com.br/noticias/redacao/2012/05/18/facebook-e-processado-em-us-15-bilhoes-por-invadir-privacidade-de-usuarios.htm>>. Acesso em: 19 maio 2012.

URNAUER, Suellem A.; MENNA BARRETO, Ricardo de Macedo. Segurança jurídica na cibercultura de consumo: reflexões à luz da Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet). *Revista do Mestrado em Direito UCB*, v. 8, p. 263-287, 2014.

Data de envio: 09/05/2015

Data de aprovação: 07/10/2015

PROCESSO CONSTITUCIONAL: O PROCESSO COMO ESPAÇO DEMOCRÁTICO-DISCURSIVO DE LEGITIMAÇÃO DA APLICAÇÃO DO DIREITO

CONSTITUTIONAL PROCESS: THE PROCESS AS DEMOCRATIC AND DISCURSIVE SPACE OF LEGITIMATION APPLICATION OF THE RIGHT

*Francisco Rabelo Dourado de Andrade**

RESUMO

Com o presente artigo, pretende-se expor as principais teorias que marcam o estudo do processo, destacando-se as concepções que desenvolvem a sua conexão indissolúvel com a Constituição. A pertinência desse estudo se justifica pelo fato de a Constituição não ser mais concebida apenas como uma norma situada no topo do sistema normativo. Suas regras e princípios são elementos indispensáveis na interpretação do ordenamento jurídico, sobretudo em relação ao exercício dos direitos e garantias fundamentais. Para tanto, será adotado o método dedutivo-hipotético baseado em pesquisa bibliográfica atinente ao tema escolhido. Como resultado desses estudos, pôde-se concluir que o processo constitucional é uma metodologia de garantia dos direitos fundamentais, cuja importância se revela na legitimação democrática dos atos estatais, em todos os seus níveis de aplicação do direito. O processo, segundo essa metodologia, será orientado pela principiologia do devido processo legal e estruturado pelas garantias do contraditório, ampla defesa e isonomia.

Palavras-chave: Constitucionalização do direito; Direitos e garantias fundamentais; Processo constitucional.

* Mestrando em Direito Processual pelo Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Gama Filho/RJ. Especialista em Direito Público pelo Instituto de Educação Continuada da PUC Minas – IEC. Professor de Direito Processual Civil III e de Prática Real e Simulada na Faculdade de Saúde e Ecologia Humana – FASEH. Bolsista pela Fundação de Amparo à Pesquisa de Minas Gerais – FAPEMIG. Membro do Instituto Mineiro de Direito Processual – IMDP. Membro do Instituto Popperiano de Estudos Jurídicos – INPEJ. Advogado. Correspondência para/*Correspondence to:* Rua dos Guajajaras, 977/1106, Bairro: Lourdes, Belo Horizonte/MG, CEP: 30180-100. E-mail: franciscodourado@gmail.com.

ABSTRACT

In this article, we intend to expose the main theories that mark the study of the process, highlighting the conceptions that develop their indissoluble connection with the Constitution. The relevance of this study is justified by the fact that the Constitution not be conceived only as a standard situated on top of the regulatory system. Its rules and principles are essential elements in the interpretation of law, especially in relation to the exercise of fundamental rights and guarantees. For this, it will be adopted the deductive-hypothetical method based on literature pertaining to the chosen theme. As a result of these studies, it concluded that the constitutional process is an assurance methodology of fundamental rights, whose importance is revealed in the democratic legitimacy of State acts in all levels of application of the right. The process, according to this methodology, will be guided by the set of principles of due process and structured by the guarantees of adversarial, ample defense and equality.

Keywords: Constitutionalization of the right; Fundamental rights and guarantees; Constitutional process.

INTRODUÇÃO

282

O presente artigo se propõe a fazer um estudo acerca do fenômeno da constitucionalização do direito e revelar a importância do processo em uma perspectiva crítico-científica, como resultado do esforço empreendido por juristas atentos aos ganhos teóricos alcançados com a Constituição brasileira de 1988.

Para tanto, pretender-se-á iniciar a pesquisa a partir do estudo da constitucionalização do direito, que parte de uma concepção atrelada ao papel dos direitos fundamentais e o seu exercício nas relações entre particulares e entre estes e o Estado. Partindo-se da ideia de que a Constituição deixou de ser uma mera carta situada no topo da pirâmide do ordenamento jurídico para figurar como núcleo central do direito, denota-se que as regras e princípios acolhidos em seu texto irradiarão em todo o ordenamento jurídico no âmbito de sua interpretação e aplicação.

Mais adiante, far-se-á um retrospecto nas principais teorias do processo, tomando-se como ponto de partida o contratualismo até o alcance da sua constitucionalização. Nesse ponto, notar-se-á que as conquistas histórico-teóricas revisitadas repercutiram diretamente no estudo do processo, sobretudo com o movimento constitucionalista, marcado por estudos que tomam como base os direitos e garantias fundamentais e sua observância obrigatória no exercício da prestação da atividade jurisdicional pelo Estado. Defende-se, com isso, a conexão entre Constituição e processo ou, em outras palavras, a constitucionalização do processo.

Estudar-se-á em capítulo derradeiro o processo como espaço democrático-discursivo de legitimação da aplicação do direito, tema central deste trabalho.

Como consequência dessas novas perspectivas, o processo passa a ser visualizado como um sistema garantidor do exercício dos direitos fundamentais (devido processo constitucional), orientado pela principiologia do devido processo legal, que abarca em sua estrutura o contraditório, isonomia, ampla defesa, reserva legal e a fundamentação das decisões.

Ao final deste percurso, a título de considerações finais, observar-se-á que a defesa de tal sistema não é lançada tão somente na limitação e orientação da função jurisdicional, mas, também, no exercício das funções administrativa e legislativa, como pressuposto lógico para sua legitimação e, conseqüentemente, para a concretização do (ainda em estágio de desenvolvimento) Estado Democrático de Direito.

Com isso, o alcance do processo constitucional, enquanto metodologia de garantia dos direitos fundamentais, revelar-se-á a partir de uma racionalidade discursiva garantida por um espaço procedimentalizado aberto a todos em regime democrático, o que eleva a soberania popular como única fonte legítima de poder.

Com efeito, a partir de avançados estudos de processo democrático, buscou-se empreender reflexões *críticas*¹ sobre a visão tradicional exposta pela doutrina no sentido de demonstrar a necessidade de revisitações teóricas à luz da atual ordem democrática brasileira.

O presente estudo será desenvolvido a partir do método dedutivo-hipotético. Sua apresentação será em forma dissertativa com enfoque analítico a partir de pesquisas encaminhadas pela dogmática jurídica atinente ao campo do Direito Constitucional e Processual, o que possibilitará o desenvolvimento da temática proposta: *Processo constitucional: o processo como espaço democrático-discursivo de legitimação da aplicação do direito*.

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E O EXERCÍCIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Entre os estudiosos dos diversos ramos do direito, parece não haver debate acerca da subordinação de todo o ordenamento jurídico à Constituição, enquan-

¹ Nesse sentido, “a *crítica*, como veículo lógico de aferição do grau de certeza do conhecimento científico, é que, ao associar o pensamento abstrato ao pensamento dialógico da verificação intelectual, como pressupostos necessários ao esclarecimento do discurso científico, acrescenta-se a si mesma a imposição de analisar as *conclusões* do discurso da *ciência* em planos de maior infinitude possível em confronto com os conhecimentos já selecionados e acumulados pela atividade científica. Portanto, a *ciência* sem a *crítica* seria a alavanca sem o ponto de apoio, não teria força de razoável demonstrabilidade em função da ausência de justificação prolongadamente testificada. A *crítica* é a atividade intelectual testificadora, enquanto a *ciência* é atividade relevantemente esclarecedora, embora não seja de se esperar que a própria conclusão crítica obtenha, necessariamente, crescimento de conhecimentos, mas é certo que poderá escaloná-los em termos comparativos”. (LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos, p. 36-37).

to texto legal que figura no topo de uma escala hierárquica entre normas. No entanto, resta verificar se tais ramos têm sido (ou se encaminham no sentido de serem) interpretados conforme a própria Constituição².

Tal constatação supõe que não bastaria apenas a elaboração de uma norma em estrita observância ao processo legislativo, desenvolvida de modo a disciplinar as relações entre particulares e Estado ou entre os próprios particulares. Espera-se mais que essa mera vinculação hierárquica, pois a Constituição traz em seu texto regras e princípios cujos efeitos devem irradiar em todo o ordenamento jurídico no âmbito de sua aplicação. Trata-se da *constitucionalização do direito*.

Ao discorrer sobre o tema, Virgílio Afonso da Silva salienta que a doutrina jurídica tem se ocupado a fornecer meras classificações de utilidade prática ou teórica (em planos didáticos) para a compreensão da Constituição sem, no entanto, aprofundar em duas importantes discussões: “(1) sobre uma concepção adequada de constituição e (2) sobre uma concepção adequada de direitos fundamentais e sua função na ordem jurídica e social. Essas são, como se pode imaginar, discussões fundamentais e de grande densidade teórica”. Seria um equívoco limitar os estudos da Constituição quanto à sua origem (promulgada ou outorgada) ou ao tipo de documento (rígida ou flexível; escrita ou não escrita) sem considerar qual seria a função por ela exercida em um país. Nesse sentido, não basta apenas constatar a sua posição “no topo da pirâmide normativa”. É preciso ampliar esse debate, tomando-se em conta o papel e a influência dos direitos fundamentais tanto nas relações entre particulares e o Estado, como também nas próprias relações privadas³.

A expressão *direitos fundamentais* surgiu na França em meados de 1770, época em que houve uma intensa agitação política e social resultante da revolta do povo francês contra a tirania do monarca. Tal movimento culminou na Re-

² Cabe esclarecer que, desde “a original teoria da pirâmide jurídica, elaborada por Kelsen, concebendo uma estrutura hierarquizada para as normas jurídicas, a Constituição passou a ser colocada no vértice do sistema normativo, fundamentando a unidade de todo o ordenamento jurídico. Referida teoria descreveu a ordem jurídica como uma pirâmide de normas hierarquizadas, de modo que cada uma destas regras extraísse sua força obrigatória em razão de sua conformidade com a norma imediatamente superior”. Embora essa teoria não tenha exatamente esclarecido qual norma fundamental embasaria a Constituição, “foi o ponto de partida para se considerar a Constituição uma ordenação normativa fundamental revestida de supremacia em relação às demais normas (regras e princípios) que compõem o ordenamento jurídico do Estado”. (BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e estado democrático de direito*, p. 119). Ainda nesse sentido, Lênio Streck afirma que a Constituição, “mais do que um texto que é condição de possibilidade hermenêutica de outro texto, é um fenômeno construído historicamente como produto de um pacto constituinte, enquanto explicitação do contrato social”. Por isso, “não se interpreta, sob hipótese nenhuma, um texto jurídico (um dispositivo, uma lei) desvinculado da antecipação de sentido representado pelo sentido que o intérprete tem da Constituição”. (*Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, p. 229).

³ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*, p. 109.

volução Francesa e na sua respectiva Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)⁴.

Os direitos fundamentais, assim como a separação das funções do Estado proposta por Montesquieu na primeira metade do século XVIII, são consideradas “conquistas essencialmente liberais e sempre serviram – não somente na sua origem, mas também nos dias atuais – como forma de evitar a ingerência estatal em esferas estritamente individuais”, todavia, embora a partir dos pressupostos liberais, poder-se-ia admitir a renúncia a tais direitos (liberdade de não exercitá-los), há entendimentos no sentido de que “os direitos fundamentais não são precipuamente direitos individuais contra abusos estatais, mas elementos fundantes da ordem democrática”, elevando-os ao plano da irrenunciabilidade e inalienabilidade. Entretanto, se se considerar que “a autonomia privada deverá ceder e o Estado terá o dever de intervir para garantir direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade de seus titulares” em todas as relações em que tais direitos estiverem em jogo, a autonomia privada seria desconsiderada e encontraria um obstáculo intransponível nos próprios direitos fundamentais⁵.

É de se observar, no entanto, que ao lado dos direitos fundamentais relacionados ao indivíduo como o direito de ir e vir; o direito à livre manifestação de pensamento; o direito à atividade profissional; o direito à vida privada, entre tantos outros previstos no artigo 5º da Constituição brasileira de 1988, foram também introduzidos, na mesma carta, direitos de igual magnitude de conteúdo social em seu Capítulo II (arts. 6º ao 9º), denominados direitos sociais.

A esse respeito, Baracho destaca que “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis”, tomando-se como pressuposto o princípio da dignidade humana, sendo que qualquer violação aos direitos e liberdades afetará diretamente esse princípio. “A dignidade da pessoa, como fundamento de seus direitos, é um valor jurídico fundamental do constitucionalismo do segundo pós-guerra”⁶.

Sob essas premissas, Luiz Roberto Barroso aponta para a superação do legalismo estrito característico do positivismo normativista a partir da “atribuição

⁴ Não obstante as divergências doutrinárias a esse respeito, Ronaldo Brêtas ressalta que “o reconhecimento expresso dos direitos fundamentais nos textos constitucionais e ordenamentos jurídicos infraconstitucionais contemporâneos permitiu a criação de um bloco compacto de salvaguarda das pessoas e de suas liberdades contra quaisquer atos de abuso do poder ou de arbítrio provenientes do Estado, incompatíveis com o princípio maior da vinculação de qualquer ato estatal ao Estado Democrático de Direito, sobretudo o ato jurisdicional, que somente pode ser praticado em processo devidamente constitucionalizado”. (*Processo constitucional e estado democrático de direito*, p. 70).

⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*, p. 128-131.

⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*, p. 121-122.

de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da argumentação jurídica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana”. A Constituição deixa de ser um mero elemento existente no topo do sistema jurídico (supremacia formal) e se transforma em filtro que deve conduzir a interpretação de todo o ordenamento infraconstitucional. A constitucionalização do direito passa a representar, portanto, esse desenvolvimento metodológico que orienta o exercício dos direitos fundamentais⁷.

RETROSPECTO EM TEORIA DO PROCESSO: DO CONTRATUALISMO À CONSTITUCIONALIZAÇÃO

As linhas teóricas apresentadas anteriormente são importantes para melhor compreensão do processo ou, em linhas mais precisas, para uma (re)leitura constitucionalizada do processo em níveis crítico-científicos direcionada para o desenvolvimento e concretização do Estado Democrático de Direito.

No estudo do processualismo científico, tem-se notícia de que a primeira teoria do processo abordada pela doutrina foi divulgada por Pothier em 1800, denominada *processo como contrato*, cujas raízes se assentaram na França entre os séculos XVIII e XIX, época em que os teóricos se pautavam nas lições iluministas de Jean-Jacques Rousseau, sobretudo no que tange às suas ideias sobre o contrato social. Sobre as bases da liberdade e da vontade individual, o processo era fruto de um pacto ou convenção entre as partes firmado perante o juiz – *litiscontestatio* – em virtude da qual a vontade de cada um se sobrepunha ao poder estatal que, a propósito, nada podia fazer senão atender os pactos realizados entre particulares. No entanto, essa concepção se tornou inadequada para a época, haja vista que a *jurisdictio* era manifestação do poder do Estado que não mais admitia uma visão privatística do processo, ou seja, a solução dos conflitos deveria ocorrer de forma coativa por agente público julgador, independentemente de prévio consenso entre as partes do conflito⁸.

Teoria semelhante foi proposta naquela época por Savigny e Guényvau⁹ no ano de 1850, os quais insistiam na permanência do processo como ramo do direito privado, mesmo não sendo este um contrato, mas o *processo como quase contrato*, já que, ao ingressar em juízo, a parte deveria se submeter (consentir) à decisão do juiz, não obstante apresentar-se favorável ou não à sua pretensão. O processo perdia, portanto, o seu caráter contratual justamente pelo fato de o

⁷ BARROSO, Luiz Roberto. *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, p. xi-xii.

⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 82.

⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 83.

consentimento dos litigantes ter deixado de ser condição indispensável à sua existência.

Pelos mesmos motivos que invalidaram a teoria do processo como contrato, a teoria do processo como quase-contrato também não prosperou, justamente por nela subsistir a essência privatística, característica incompatível com a jurisdição estatal.

No ano de 1868, Oskar von Bülow apresentou a *teoria do processo como relação jurídica* com a publicação de seu livro “*A teoria das exceções e dos pressupostos processuais*” (no original: *Die Lehre von den Processeinreden und die Prozessvoraussetzungen*), obra considerada o marco inicial do estudo científico do Direito Processual, sobretudo por torná-lo autônomo do direito material e apto a ser sistematizado pela doutrina¹⁰.

Segundo esse entendimento acerca da natureza do processo, ainda hoje majoritário na doutrina, a relação jurídico-processual difere da relação jurídica de direito material por apresentar distintos pressupostos – objeto e sujeitos – cuja essência desdobra-se em um vínculo de exigibilidade entre os sujeitos ativo e passivo, por meio do qual o primeiro se vale de um poder de exigir do segundo determinada prestação, exigência de caráter impositivo e consoante sua vontade. Tais características reportam à visão tradicional do direito subjetivo que, segundo esta teoria, deu origem à concepção do processo como relação jurídica.

Para André Cordeiro Leal, “essa concepção, ainda que diferenciada em seu aspecto subjetivo, não se desgarrou das ideias anteriores. Bülow ainda partia do pressuposto central de que o processo deveria ser visto como relação jurídica” entre as partes no processo, vinculadas mutuamente e ao tribunal. Não obstante, sua teoria foi importante para desvincular “o processo como consequência direta da relação litigiosa de Direito Privado debatida pelas partes perante os tribunais”, demonstrando que o processo dispunha de regras específicas que lhe conferiam o caráter autônomo em relação ao Direito Material¹¹.

O avanço da teoria do processo proposta por Bülow, que guardava suas raízes nos ideais do Estado Social, conduziu ao surgimento da chamada *Escola Instrumentalista de Processo* no Brasil, defensora da tese de que o processo é um instrumento pelo qual a jurisdição se opera, sendo sua finalidade precípua o

¹⁰ BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, p. 1-5. Segundo André Leal, a obra publicada por Bülow em 1868 o elevava “à condição de fundador da ciência do processo”. (*Instrumentalidade do processo em crise*, p. 38). A sua importância para os estudos do Direito Processual é notada pela adesão de processualistas europeus que se dedicaram ao estudo e sistematização dessa teoria, como Giuseppe Chiovenda, Francesco Carnelutti, Piero Calamandrei e Enrico Tulio Liebman. No Brasil, destacam-se Alfredo Buzaid, Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover.

¹¹ LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões*, p. 81-82.

exercício da função jurisdicional do Estado por uma perspectiva que visa dar utilidade ao processo e que seja dele obtido um resultado que atenda aos seus escopos metajurídicos, quais sejam: social; político; e jurídico. Já o procedimento, para a referida escola, seria um mero elemento extrínseco e formal em razão da sucessão de atos realizados no processo¹².

Não obstante a expressiva adesão a essa teoria, cuja influência ainda permanece com vigor no direito processual brasileiro, novos estudos passaram a ser desenvolvidos no sentido de tornar o processo mais democrático, desvinculando-o da visão de relação jurídica entre pessoas (vínculo de sujeição) e da submissão das partes ao solipsismo do juiz (acima e equidistante delas). Ademais, o próprio caráter instrumental do processo passou a sofrer questionamentos, sendo elevado ao *status* de garantia fundamental constitucionalizada.

Nessa ordem de considerações, coube a Elio Fazzalari, com sua *teoria do processo como procedimento em contraditório* (ou *teoria estruturalista do processo*¹³), ressemantizar a natureza jurídica do processo, distinguindo-o do procedimento a partir do atributo do contraditório. Esse novo elemento representa a estrutura dialética do procedimento, segundo o qual “consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade de suas posições; na mútua implicação das suas atividades”¹⁴.

288

Desse modo, para que o ato imperativo do Estado (provisamento) tenha validade e eficácia perante seus administrados, segundo essa teoria, torna-se necessária a estrita observância da atividade preparatória, ora regulada por uma estrutura normativa, e, sobretudo, que as partes tenham desenvolvido uma dinâmica específica e concorrido para sua formação e posterior conclusão¹⁵.

A despeito da valiosa contribuição ofertada por Fazzalari na esfera da técnica processual, sobretudo em relação à distinção de processo e procedimento pelo atributo do contraditório, sua teoria não se preocupou com os direitos e

¹² Cândido Rangel Dinamarco, em obra inteiramente dedicada à instrumentalidade do processo, defende que “todo instrumento, como tal, é meio; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos fins a que se destina. O raciocínio teleológico há de incluir então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos propósitos norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam”. Desse modo, conclui que “a perspectiva instrumentalista do processo é teleológica por definição e o método teleológico conduz invariavelmente à visão do processo como instrumento predisposto à realização dos objetivos eleitos”. (*A instrumentalidade do processo*, p. 149-150).

¹³ A teoria de Elio Fazzalari também é chamada de teoria estruturalista do processo, expressão cunhada por Ronaldo Brêtas em razão de o termo *estrutura normativa* ter sido utilizado com rigor técnico pelo autor italiano na reelaboração da ideia de procedimento, expressão essa também empregada por Aroldo Plínio Gonçalves na obra em que é detalhada a referida teoria. (*Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 90-91).

¹⁴ FAZZARALI, Elio. *Instituições de direito processual*, p. 119.

¹⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 102.

garantias fundamentais. À teoria estruturalista restaram ausentes alguns elementos cuja abordagem se iniciou pelo movimento constitucionalista que, “após 1945, afora o golpismo de caserna que ainda marca algumas nações atrasadas, aflorou-se em necessidade de assegurar direitos fundamentais de liberdade e dignidade dos povos, por sua autodeterminação, em estatutos jurídico-políticos básicos (constituições) voltados e aprovados pelo povo, ou seus representantes diretos, como fonte, núcleo e paradigma dos ordenamentos nacionais”¹⁶.

O estudo da conexão (necessária) entre Constituição e Processo foi iniciado pelo mexicano Héctor Fix-Zamudio após a Segunda Guerra Mundial, jurista responsável pela publicação de diversos livros e artigos sobre o tema, tendo sido de fato sistematizada por José Alfredo de Oliveira Baracho, jurista mineiro que se dedicou a fundo ao estudo da *teoria constitucionalista do processo*. Anos mais tarde, a referida teoria recebeu a denominação de *modelo constitucional de processo* por Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera, expressão essa frequentemente utilizada pelos estudiosos do processo constitucional. Consoante a doutrina de Baracho, “a relação existente entre a Constituição e Processo é apontada por vários publicistas, desde que o texto fundamental traça as linhas essenciais do sistema processual consagrado pelo Estado. A Constituição determina muitos dos institutos básicos do processo, daí as conclusões que acentuam, cada vez mais, as ligações entre a Constituição e processo. A jurisprudência e a doutrina preocupam-se, cada dia mais, com os direitos fundamentais, daí a necessidade de medidas processuais que tenham como finalidade tutelar a liberdade, a igualdade e a dignidade, inspirando-se em princípios de justiça individual e social”¹⁷.

A Constituição, a partir dessa concepção, impõe que o processo seja considerado um sistema garantidor do exercício dos direitos fundamentais, orientado pela principiologia constitucional do devido processo legal, que abarca em sua estrutura o contraditório, a isonomia, a ampla defesa, a reserva legal e a fundamentação das decisões¹⁸.

¹⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos, p. 87.

¹⁷ *Processo constitucional*, p. 122. É de igual importância registrar que o processualista uruguaio Eduardo Juan Couture, no período do segundo pós-guerra, também se dedicou aos estudos das garantias constitucionais do processo, tendo despertado o interesse da doutrina da América Latina e da Europa, influenciando também os textos constitucionais de alguns países, como da Argentina, Uruguai e Colômbia. (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*, p. 123).

¹⁸ Marcelo Cattoni faz importante registro ao afirmar que, segundo a ordem constitucional brasileira, “não há processo que não deva ser constitucional, e não somente porque todo processo é estruturado por princípios constitucionais, mas também em razão de que em nosso ordenamento todo órgão judicial é competente para apreciar questões em matéria constitucional”, razão pela qual entende estar ultrapassada qualquer tentativa de estabelecer uma distinção entre Direito Constitucional Processual e o Direito Processual Constitucional, pois o “processo instrumentaliza o exercício da jurisdição em matéria constitucional, ou seja, é processo constitucional” (*Direito processual constitucional*, p. 207).

Em uma perspectiva que busca avançar em tais estudos, tem-se a *teoria neoinstitucionalista do processo*, proposta por Rosemiro Pereira Leal, que trabalha um novo campo de demarcação teórica e propõe uma revisitação crítica de conteúdos jurídicos que influenciarão os níveis instituinte, constituinte e constituído do Direito¹⁹. Referida teoria acolhe o processo como uma instituição constitucionalizada formada pela conjugação de princípios e institutos jurídicos presentes ou próximos à Constituição. Nesse sentido, a garantia dos direitos insitos ao processo constitucional decorreria de uma conquista histórico-jurídica impassível de retroceder em seus fundamentos pela autoridade do Estado, sob qualquer motivação. Isso quer dizer que a atividade jurídico-procedimental somente admitiria avanços em sua estrutura pela única fonte legítima de poder: a soberania popular.

O fato de grande parte do povo não ter acesso ao conhecimento dos direitos processuais por motivos de exclusão social ou cognitiva não obsta a sua participação nas instituições democráticas, sendo imperioso torná-lo apto, segundo os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, a conjecturar, concretizar ou recriar o discurso da Lei Constitucional Democrática. Essa compreensão conduz à conclusão de que os direitos criados e expressos no Texto Constitucional, como o contraditório, a ampla defesa, a isonomia, o direito ao advogado e o livre acesso à jurisdicionalidade devem compor o *processo*, enquanto instituição constitucionalizada e estruturada sob o pleno exercício da *cidadania* e da *democracia*, razão pela qual são impraticáveis os conceitos dos velhos regimes do Estado de Direito ou Estado Social.

A partir dessas conjecturas, pode-se concluir que o processo é tão importante para o direito que, até mesmo para a constituição de sua Lei Maior, torna-se imperiosa a observância de sua elaboração sob um regime democrático, em que sejam assegurados o debate, a isonomia, a ampla defesa e o contraditório entre os destinatários da norma, vale dizer, o *devido processo legislativo* precede a construção da Constituição de uma República Democrática ou, nas palavras de Rosemiro Pereira Leal, de um “provimento final denominado lei”, sendo esse fruto do império da soberania popular²⁰.

¹⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*.

²⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 89. Em obra diversa, mas de idêntica importância para o estudo do processo constitucional, Rosemiro Leal afirma que “ao povo, num Estado democrático de direito, não cabe mobilizar-se para conferir maiores poderes ao Judiciário com vistas a realizar justiça, porque a democracia não se apoia na taumaturgia do reforço ao idealismo mítico, mas no indubitado asseguramento, numa proposição constitucional explícita, do devido processo como forma isonômica de inserção imperativa do julgador como um dos elementos figurativos procedimentais, em conjunto com as partes, na rede discursiva da normatividade procedimental, a fim de buscar uma decisão preparada pelo compartilhamento estrutural de todos os figurantes do processo, segundo o modelo do *due*

PROCESSO CONSTITUCIONAL: O PROCESSO COMO ESPAÇO DEMOCRÁTICO-DISCURSIVO DE LEGITIMAÇÃO DA APLICAÇÃO DO DIREITO

A Constituição brasileira de 1988 abarca uma série de princípios que devem orientar a atuação do Estado no exercício das funções executiva, legislativa e jurisdicional. Ao lado das regras jurídicas, os princípios também são considerados normas jurídicas e gozam da mesma força vinculativa, integrando, portanto, o ordenamento jurídico²¹.

Interessam ao presente estudo os chamados princípios diretivos da função jurisdicional, a saber: a) o *princípio do juízo constitucional* (ou *juízo natural*), previsto no artigo 5º, inciso XXXVII, da Constituição, que supõe a existência de um órgão jurisdicional e respectiva competência assentada em lei, não sendo admitido nenhum juízo de exceção; b) o *princípio da vinculação da jurisdição ao Estado Democrático de Direito*, que resulta da conexão de dois princípios constitucionalmente previstos, a democracia e o Estado de Direito, cuja análise é feita com base nos artigos 1º e 60, § 4º, do texto constitucional, sendo importante lembrar que todas as funções do Estado estão vinculadas ao texto previsto em tais normas; c) o *princípio da supremacia da Constituição*, por estabelecer expressamente, em sede constituinte originária, os direitos e garantias fundamentais como propósito para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito; d) o *princípio da reserva legal* (ou *princípio da prevalência da lei*), expressamente previsto no artigo 5º, inciso II, da Constituição, por meio do qual ficou estabelecido que “ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, valendo ressaltar que o termo lei é considerado ordenamento jurídico, compreendendo normas e princípios previstos no ordenamento constitucional e infraconstitucional; e) o *princípio do devido processo constitucional*, que impõe o exercício constitucionalizado da função jurisdicional atrelado ao Estado Democrático de Direito, estando esse princípio alicerçado no devido processo legal, enquanto estrutura normativa que envolve uma série de direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição que devem ser resguardados aos destinatários dos atos jurisdicionais (o povo), quais sejam: o acesso à jurisdição; a prestação da atividade jurisdicional em tempo útil ou em prazo razoável, sem dilações indevidas; o juízo natural; o procedimento desenvolvido em contraditório; a ampla defesa (com todos os meios e recursos a ela inerentes, notadamente o direito à presença de advogado ou de defensor público); a fundamentação das decisões lastreada na reserva legal (precedência da lei ao fato); o direito ao recurso. A integral e irrestrita observância dessa estrutura permitirá a

process of law que é o instrumento da legitimidade (relativização argumentativa) dos conteúdos da decidibilidade no direito democrático”. O Estado, nessas linhas, deve “ser atuado e legitimado pelo *Devido processo constitucional*” (*Teoria processual da decisão jurídica*, p. 136-137).

²¹ BRÉTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e estado democrático de direito*, p. 105-107.

legitimação das decisões jurisdicionais; f) o *princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais*, expressamente previsto no artigo 93, inciso IX, da Constituição, apresentando-se como imperativo que visa afastar o arbítrio nas decisões, manifestado por meio das convicções pessoais, ideologias ou senso inato de justiça do agente público julgador. Ademais, esse princípio apresenta-se como importante meio de controle de constitucionalidade da função jurisdicional (conexão da decisão com o princípio da reserva legal), de análise do conteúdo de racionalidade da decisão e de melhor estruturação dos recursos. No Estado Democrático de Direito, à fundamentação das decisões devem estar subjacente a observância dos princípios do contraditório e da congruência, estando o agente público julgador obrigado a fundamentar a respeito das questões debatidas na fase cognitiva do processo por meio da argumentação das partes; g) o *princípio da eficiência da função jurisdicional*, cuja compreensão não deve apenas repousar sobre os órgãos administrativos ao se extrair uma interpretação literal do artigo 37, *caput*, do texto constitucional. Tal dispositivo, juntamente com a norma do artigo 175, parágrafo único, inciso II, também da Constituição, impõe a eficiência do Estado na prestação de serviços no exercício da função administrativa, legislativa e jurisdicional²².

292

Todo esse aparato principiológico fundamenta a existência do processo constitucional como “metodologia de garantia dos direitos fundamentais” e a sua inobservância, por certo, acarretará em perda de legitimidade democrática das decisões jurisdicionais, vale dizer, em dissonância com o próprio Estado Democrático de Direito. Assim, “o processo constitucional, de diversas formas, destina-se a respaldar as garantias fundamentais, possibilitando a efetiva tutela, proteção e fomento delas”²³.

No entanto, exame da doutrina nacional demonstra que a herança de Bülow ainda resiste, mesmo com novos contornos na tentativa de aliar o protagonismo,

²² Os princípios diretivos da jurisdição (ou função jurisdicional) no Estado Democrático de Direito encontram-se bem delineados na obra de Ronaldo Brêtas, razão pela qual optou-se, no presente trabalho, por seguir as lições apontadas pelo processualista mineiro, sobretudo em razão de sua longa pesquisa sobre os temas difíceis da principiológica do processo no Estado Democrático de Direito, tendo percorrido obras de juristas de relevo como José Alfredo de Oliveira Baracho, Rosemiro Pereira Leal, Luís Roberto Barroso, Joaquim José Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Simone Goyard-Fabre, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Aroldo Plínio Gonçalves, Humberto Theodoro Júnior e André Cordeiro Leal. (*Processo constitucional e estado democrático de direito*, p. 115-137 e 148-152).

²³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*, p. 47-48. Ao discorrer sobre a racionalidade procedimental no Estado Democrático de Direito, Marcelo Cattoni aponta que o seu alcance se dá pela observância dos “princípios constitucionais processuais, tais como os do ‘due process’, do contraditório, da ampla defesa, do direito à prova, do juiz natural, independente e imparcial, da fundamentação racional das decisões judiciais, da publicidade, da instrumentalidade técnica do processo, da efetividade e da inafastabilidade da tutela jurisdicional”, que estruturam o modelo constitucional do processo. (*Direito processual constitucional*, p. 158-159).

o ativismo ou a discricionariedade judicial com o Estado Democrático de Direito, como é o caso de Eduardo Cambi, para quem em países de modernidade tardia como o Brasil, a função jurisdicional deve ser corresponsável pela afirmação dos direitos fundamentais sociais, razão pela qual sustenta que a legitimidade do judiciário para tutelar os direitos fundamentais é convalidada independentemente do sistema eleitoral, vale dizer, “se a Constituição não proíbe ou não ordena algo, ou seja, não traz uma única resposta correta (objetiva) para determinado problema, é porque confiou na discricionariedade dos operadores jurídicos; ou melhor, deixou margens de ação abertas aos legisladores ordinários e aos juízes”. Permite-se, com isso, uma atividade criadora do direito pelo agente público julgador no exercício da função jurisdicional²⁴.

Ademais, as velhas e arcaicas expressões (impregnadas de carga ideológica e sem esclarecimento) ainda tão presentes no sistema processual brasileiro, tais como “proteção estatal”, “interesse público”, “senso de justiça”, “razoabilidade e proporcionalidade”, “escopos metajurídicos”, “prudente arbítrio”, “justa medida”, cujos conteúdos são apenas decifráveis e encaminhados pelo agente público julgador, demonstram que a visão social de Estado ainda resiste firmemente no país, mesmo diante da (plena) vigência de um novo paradigma democrático constitucionalmente previsto.

Para Rosemiro Pereira Leal, com a aceitação irrefletida do ensino de Bülow a Liebman (e deste aos instrumentalistas de hoje) “não nos é possível excluir os escopos metajurídicos processuais da esfera de uma judicância mítico-clarividente, nem pensar uma aproximação CONSTITUIÇÃO-PROCESSO a serviço do direito irrestrito à vida jurídica dos povos que sofreram os horrores da colonização escravagista que, de modo ainda mais sofisticado, perdura por um ensino de bases alienígenas – e claro que aqui não se compactua com uma xenofobia emocional – e que se recusa ao exame de validade de suas pretensões científicas ou nem sequer se mostra inclinado a leituras de autores que não reforcem a ‘globalização’ ou comunitarização do conhecimento aos moldes ‘civilizadores’”²⁵.

Os pronunciamentos decisórios refletem a manifestação do poder político do Estado, o qual jamais poderá ser arbitrário, “mas poder constitucionalmente

²⁴ *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*, p. 181-182, 271 e 280. Além de afirmar que a Constituição de 1988 atribuiu poderes discricionários aos juízes, o mesmo autor olvidou-se do princípio constitucional da reserva legal ao sustentar que “o positivismo jurídico e o formalismo processual têm dificuldade de resolver os casos difíceis, porque, não havendo uma regra clara, estabelecida de antemão, o juiz teria o poder discricionário de decidir do melhor modo que lhe parecesse. Com isto, o juiz não estaria adstrito a um padrão normativo prévio e, consequentemente, ficaria liberado para a formação do juízo” (CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*, p. 274).

²⁵ LEAL, Rosemiro Pereira, *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*, p. 289.

organizado, delimitado, exercido e controlado conforme as assertivas do princípio do Estado Democrático de Direito”. Esse poder, exercido em nome do povo, nos termos do parágrafo único do art. 1º da Constituição de 1988, deve ser realizado “sob rigorosa disciplina constitucional principiológica, qualificada como devido processo constitucional”. Trata-se, pois, de metodologia normativa que informará, em grau máximo, os processos jurisdicionais, legislativos e administrativos. Nessa ordem, a função jurisdicional deve ser prestada pelo Estado segundo o devido processo constitucional, que é metodologia de garantia de exercício dos direitos fundamentais, enquanto direito fundamental garantido ao povo pela Constituição de 1988, cujos princípios e demais disposições limitarão a manifestação de poder do Estado a ser exercido em nome do próprio povo²⁶. Assim, pode-se concluir que “a jurisdição é atividade estatal subordinada aos princípios e fins do processo, sequer o processo deve ser pensado ‘à luz da Constituição’, porque é o processo à luz da Constituição”²⁷.

294

Por essas razões, o processo constitucional revela sua importância de legitimação dos atos do Estado não apenas na aplicação do direito pela função jurisdicional, mas, também, no exercício da função administrativa e, de igual modo, no ato produção legislativa. Isso porque o processo “é visto como médium da racionalidade discursiva dos direitos fundamentais garantidos por meio de um espaço-político procedimentalizado aberto a todos” e, por certo, na limitação do poder do próprio Estado, que deve obediência rigorosa ao devido processo. O processo, portanto, é “a própria fonte legitimadora do espaço discursivo de positivação e atuação do direito”²⁸.

Portanto, o processo constitucional é uma conquista teórico-científica que, para sua concretização, suplica uma série de revisitações das concepções teóricas que ainda encontram-se embrenhadas do instrumentalismo processual e dissonantes com o direito democrático. Não compreender que “o Processo Constitucional visa a tutelar o princípio da supremacia constitucional, protegendo os direitos fundamentais” impede o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito e, por consequência, do próprio processo enquanto garantia de exercício democrático-discursivo dos direitos fundamentais previstos na Constituição brasileira de 1988²⁹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelos estudos desenvolvidos, pôde-se observar que o processo constitucional encampado pela Constituição brasileira de 1988 representa um importante

²⁶ BRÉTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e estado democrático de direito*, p. 35-39.

²⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos, p. 53.

²⁸ DEL NEGRI, André. *Processo constitucional e decisão interna corporis*, p. 76-77.

²⁹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, p. 118.

avanço para o controle e legitimação dos atos do Estado no exercício de suas funções legislativa, administrativa e jurisdicional. Com efeito, os ganhos teóricos na esfera do processo resultaram da evolução do constitucionalismo ocorrida nos últimos séculos tendente a valorizar os direitos e garantias fundamentais.

Buscou-se demonstrar que a constitucionalização do processo está diretamente ligada à constitucionalização do próprio direito, como imperativo de produção, interpretação e aplicação das normas (regras e princípios), sempre tendente a viabilizar o exercício dos direitos fundamentais previstos na Constituição. E, pelo retrospecto das principais teorias do processo, percebeu-se que a teoria do processo como relação jurídica de Oskar von Bülow, embora idealizada em 1868, ainda resiste firmemente no Brasil, não obstante algumas divergências, por força da Escola Instrumentalista do Processo, cujos adeptos se recusam a uma abertura científica às novas perspectivas teóricas dedicadas ao estudo da relação (inseparável) entre Constituição e processo.

Com base em estudos desconectados das teorias do processo não comprometidas com o processo constitucional, pôde-se compreender que, a partir da promulgação da Constituição brasileira de 1988, a função jurisdicional deve ser prestada segundo o devido processo constitucional, mediante a rigorosa observância do princípio do devido processo legal na regência do contraditório, da ampla defesa, da isonomia, da fundamentação racional dos pronunciamentos decisórios jurisdicionais e da inafastável garantia de julgamento em bases normativas prévias (princípio da reserva legal) para a construção do ato decisório final, ainda com base no direito debatido pelas partes e nos fatos por elas reconstruídos no procedimento processualizado (dialecticidade processual). O processo é, portanto, o espaço democrático-discursivo de legitimação da aplicação do direito.

Trata-se de uma concepção essencialmente extraída do Estado Democrático de Direito de inexorável observância no exercício das atividades do Estado, visto que são exercidas em nome do povo, o qual, via de consequência, deve possuir um instrumento de legitimação, fiscalização e controle de tais atos, instrumento este que, nos termos ora apresentados, implementar-se-á pelo processo constitucional enquanto metodologia de garantia dos direitos fundamentais.

Portanto, torna-se necessário romper definitivamente com as ideias (ou ideais) ultrapassadas que permanecem arraigadas na doutrina processual brasileira, em evidente desconsideração (por razões estratégicas, por ignorância teórico-jurídica ou pela falta de compromisso com a crítica científica) ao paradigma democrático-constitucional definido pelo povo em 1988.

REFERÊNCIAS

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito* v. 2, ns. 3 e 4, p. 89-154. Belo Horizonte, 1º e 2º sem. 1999.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARROSO, Luiz Roberto. O estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público (prefácio). In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJEA, 1964.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2009.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte, Mandamentos, 2001.

DEL NEGRI, André. *Processo constitucional e decisão interna corporis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

296

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. 8. ed. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

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

LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

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

LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos processuais e constituição democrática. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. São Paulo: Malheiros, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

Data de envio: 20/06/2015

Data de aprovação: 27/07/2015

REFLEXÕES ACERCA DA CRISE DA SOBERANIA E SUAS NOVAS CONCEPÇÕES NO CONSTITUCIONALISMO

REFLECTIONS ON THE CRISIS OF SOVERAIGNTY AND ITS NEW CONCEPTIONS IN CONSTITUTIONALISM

Mateus de Oliveira Fornasier*
Tiago Meyer Mendes**

RESUMO

Este trabalho investiga a situação contemporânea da soberania e como ela influencia na atualidade os Estados, principalmente no que tange à relação entre Direito Internacional e Direito Constitucional, visando à adaptação do constitucionalismo a partir dessa realidade. Seu problema de pesquisa foi: quais novas tendências podem assumir as relações entre Direito externo e Direito interno com a nova contextualização mundial da soberania e da cidadania em tempos de globalização? Como hipótese, tem-se que, apesar de a soberania ter sofrido uma resignificação, inclusive com a minoração da sua importância, esta ainda tem significado jurídico e político. Ademais, a globalização do ideário dos direitos humanos passou a influenciar e ser um critério de validade do Direito interno, devendo as Constituições observá-los para se efetivarem. Dividiu-se o trabalho em duas partes. Primeiramente, buscou-se demonstrar a nova relação entre soberania e Estados, bem como a interação destes com o âmbito jurídico internacional. Em um segundo momento, analisa-se o constitucionalismo contemporâneo a partir da majoração da importância do Direito Internacional e da relação com a qual o direito externo passa

* Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, Brasil. Professor do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – Unijui, Brasil. Advogado. Correspondência para/*Correspondence to*: Rua do Comércio, 3000, Bairro: Universitário, Ijuí/RS, CEP: 98700-000. E-mail: mateus.fornasier@unijui.edu.br. Telefone: (55) 3332-0200.

** Acadêmico do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – Unijui, Brasil. Advogado. Correspondência para/*Correspondence to*: Rua Padre Manoel da Nóbrega, 61, Bairro: Centro Norte, Santo Ângelo/RS, CEP: 98803-290. E-mail: tmeyermendes@hotmail.com. Telefone: (55) 3312-1724.

a influenciar o direito interno. A metodologia empregada foi a hipotético-dedutiva e sua técnica de pesquisa foi bibliográfica.

Palavras-chave: Soberania; Constitucionalismo; Direitos humanos.

ABSTRACT

This work investigates the contemporary situation of sovereignty and how it influences the states nowadays, especially with regard to the relationship between International Law and Constitutional Law, aiming to adapt the constitutionalism in that reality. Its research problem was: what new trends can the relationship between External Law and Domestic Law assume in the new world context of sovereignty and citizenship in times of globalization? As a hypothesis it follows that, despite sovereignty has suffered a redefinition, including the mitigation of its importance, it also has legal and political significance. Moreover, the globalization of ideas of Human Rights has influenced and been a criterion of validity of National Law, being that the Constitutions must observe them to take effect. The work is divided into two parts. First, it sought to demonstrate the new relationship between sovereignty and states, as well as the interaction of these with the international legal framework. Secondly, it analyzes the contemporary constitutionalism from the increase of importance of International Law and the relationship through which the foreign law influences the national law. The methodology employed was the hypothetical-deductive one, and its research technique was bibliographical.

Keywords: Sovereignty; Constitutionalism; Human Rights.

298

INTRODUÇÃO

A percepção da realidade do mundo altera-se constantemente. O mundo já foi uma vastidão sem fim nem limites ou, então, tinha seu fim em monstros e abismos, e o ser humano era pequeno diante dele. O Iluminismo e as viagens pelo mundo mudaram a percepção de mundo de forma significativa: este já não parecia mais tão gigante e o ser humano crescera consideravelmente. Após a Segunda Guerra Mundial o mundo diminuiu, as distâncias, há pouco invencíveis, tornaram-se um horizonte próximo e o ser humano agigantou-se. Com o fim da Guerra Fria e a (quase) plena globalização, o mundo apequenou-se e o homem tornou-se gigante perante ele.

Atualmente, com a comunicação em tempo real, a possibilidade de viajar sem grandes riscos e delongas e uma razoável parte do conhecimento disponível àqueles que se dispuserem a buscá-lo, o mundo tornou-se globalizado, a sociedade mundial interage de modo significativo e há, diariamente, possibilidades jamais pensadas pela humanidade há duas décadas.

É necessário analisar a construção do Estado moderno desde seu princípio também sob a ótica do direito internacional, vez que a formação contemporânea

deu-se tão somente com os direitos obtidos a partir de acordos internacionais de negociação de poder do Estado. Os princípios de soberania, laicidade, do contrato como regulador da relação indivíduo-Estado, bem como a análise do indivíduo, são necessários para a fundação do Estado moderno, liberal, social, democrático de direito e composto por sujeitos, podendo estes ser cidadãos ou não.

Importante é também, para compreender as novas conjunções do Estado Democrático de Direito, a análise da cidadania, uma vez que esta está intimamente vinculada ao Estado e à sua eficácia, como também, de forma direta, à razão da existência deste. No conceito de cidadania, é prioritário observar os direitos humanos e direitos fundamentais para sustentar sua própria premissa fundamental de existir.

O grande marco do Direito Internacional dá-se com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, a qual impõe a gênese fundante vinculando uma declaração internacional com um modo de conduta para os Estados, os quais se percebiam absolutamente soberanos desde a Paz de Vestfália de 1648. Essa Declaração altera significativamente a posição do Direito Internacional perante os Estados e o Direito Constitucional tradicional.

Cabe, dessa forma, a análise da relação entre a ordem jurídica externa e a interna e de como ambas se acoplam, sendo dada uma nova face ao constitucionalismo e revelando-se uma nova razão de ser das Constituições: de instrumentos burocráticos de força legislativa que emana exclusivamente do Estado a uma expressão da construção estrutural da sociedade mundial, baseada na realidade e na expectativa dos indivíduos. Criam-se, assim, laços vinculantes entre o Direito Internacional e o Direito Interno, em outras palavras.

Em seguimento às ponderações apontadas, este artigo pretende fornecer alguns elementos para auxiliar na compreensão, na socialização, na reflexão das relações da crise dos Estados, da soberania, dos direitos internacionais, dos direitos humanos e da evolução destes até a atualidade. Objetiva-se no plano geral, portanto, investigar a situação contemporânea da soberania e como ela influencia, na atualidade, os Estados, principalmente no que tange à relação ente o Direito Internacional e o Direito Constitucional, bem como a adaptação do constitucionalismo a partir dessa realidade. Ademais, avalia a situação da cidadania contemporânea ao interagir com os novos conceitos da soberania.

O problema da pesquisa que lhe serviu de diretriz pode ser descrito sinteticamente da seguinte forma: quais novas tendências podem assumir as relações entre Direito externo e Direito interno com a nova contextualização mundial da soberania e da cidadania em tempos de globalização?

Como hipótese proposta ao problema apresentado, tem-se que, apesar de a soberania ter sofrido uma ressignificação, inclusive com a minoração da sua importância, esta ainda tem significado jurídico e político. Ademais, com a

globalização do ideário dos direitos humanos, o Direito Internacional, como guardião deles, passou a influenciar e, inclusive, ser um critério de validade do Direito interno, devendo as constituições observar os direitos humanos para que possam ser consideradas efetivas como ordem jurídica.

Primeiramente, buscar-se-á demonstrar a nova relação entre soberania e Estados, bem como a interação dos Estados com o âmbito jurídico internacional e a compreensão da cidadania contemporânea dentro dos matizes do mundo globalizado e sua relação com a soberania dos dias atuais.

Em um segundo momento, realiza-se uma análise do constitucionalismo contemporâneo a partir da majoração da importância do Direito Internacional e a relação pela qual o direito externo passa a influenciar o direito interno. Ainda, observa-se a relação do Direito Internacional como guardião dos direitos humanos e seu desenvolvimento ao longo do período histórico no que converge à sua efetivação e validação como direito universal.

A metodologia empregada foi a hipotético-dedutiva, partindo de uma constatação geral (qual seja, a complexificação social decorrente da globalização) para análise de uma situação específica, construída (no caso, as novas configurações assumidas na relação Direito externo e Direito interno). Por meio de uma pesquisa bibliográfica em periódicos nacionais e estrangeiros, de cunho jurídico, sociológico e filosófico.

300

O ESTADO E A SOBERANIA

A crise dos Estados, as complexas relações externas e suas consequências na cidadania contemporânea

O binômio “poder-autoridade” forma a atual estrutura na qual o Estado moderno se baseou. Segundo a explanação de Darcy Azambuja (2001), que desenvolve a noção de Estado de Direito, o “poder é a força por meio da qual se obriga alguém a obedecer” e a “autoridade é o direito de mandar e dirigir, de ser ouvido e obedecido”¹. Essa concepção contempla um Estado “que põe em primeiro plano a tutela dos ‘direitos do homem’, (...) em particular o direito à vida e à segurança pessoal, à liberdade, à propriedade privada, à autonomia de negociação [e] aos direitos políticos”², buscando, desde sua raiz iluminista, proteger “os cidadãos contra o abuso de poder”³.

¹ AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 42. ed. São Paulo: Globo, 2001, p. 26.

² ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do estado de direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 3-94; p. 5.

³ MARVIN, Perry. *Civilização ocidental: uma introdução concisa*. Tradução de Waltensir Dutra e Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 298.

O resultado é uma construção racional linear, uma justificativa dada pelo Estado, que encontra no Direito seu princípio, em que o poder político é garantido pelo ordenamento jurídico, criando-se elos de conexão direta entre o Estado e o Direito, como também o direito de ter o poder e a autoridade. Dessa forma, garante-se ao Estado um controle juridicamente organizado, que envolve determinado povo, no qual este, sob a jurisdição estatal do território, é submetido a uma ordem jurídica central estruturada na autoridade estatal – a qual, por sua vez, adquire o monopólio do uso legítimo da força.

As relações jurídicas, nesse cenário, decorrem da soberania estatal, a qual advém de manifestações internas de vontade, sendo criadas instituições políticas legítimas baseadas na própria cidadania. Entretanto, quando os Estados passam a se direcionar para outras entidades soberanas, suas interações se amoldam conforme a herança vestfaliana, dando, assim, gênese ao Direito Internacional Público, fazendo emergir a ideia de que os Estados são os sujeitos exclusivos do Direito Internacional. Essa concepção estruturou a sociedade internacional moderna fundada no estadocentrismo pela qual os Estados estabelecem relações entre si e buscam um sistema de equilíbrio recíproco, freando, dessa forma, o expansionismo territorial em virtude de sua qualidade soberana, assegurada pelas relações internacionais⁴.

A partir da criação das Organizações das Nações Unidas (ONU), das demais organizações internacionais de alcance global e das próprias organizações não governamentais transnacionais; da queda da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS); e do novo dimensionamento dos espaços, configuram-se a multipolaridade econômica e social e a organização dos países em os blocos regionais: o mundo viu, assim, a gênese de um pensamento cosmopolita de interações internacionais mais sólidas, efetivas e intensas. O mundo deixa de ser dividido em blocos encerrados em si.

Tais relações internacionais deram espaço ao crescimento de grandes conglomerados transnacionais, que passaram a intervir no desenvolvimento e política dos Estados – o que constitui uma das tônicas da sociedade internacional contemporânea. Sua característica é o multicentrismo, segundo o qual diversos agentes são inseridos na cadeia de relações de poder, sendo afetada a autoridade exclusiva estatal, criando, assim, segundo Mark W. Zacher, “uma ordem mundial pós-vestfaliana, [...] na qual o Estado continua a ter importância, mas apenas como um dentre vários níveis de autoridade”⁵.

⁴ BEDIN, Gilmar Antonio. *A sociedade internacional e o século XXI*: em busca da construção de uma ordem judicial justa e solidária. Ijuí: Unijuí, 2001.

⁵ BEDIN, Gilmar Antonio (Org.). *Estado de direito, jurisdição universal e terrorismo*: levando o direito internacional a sério. Ijuí: Editora Unijuí, 2009, p. 354.

As configurações sociais evoluíram de uma sociedade internacional moderna para a sociedade internacional contemporânea, esta última sendo estabelecida e criada pela primeira, uma vez que as instituições fundamentais daquela permanecem vigentes nesta (principalmente os Estados). A distinção entre ambas é dada pelos atores que compõem o cenário internacional, onde, após o esgotamento do sistema que compunha a sociedade internacional moderna, em que apenas os Estados eram atores efetivos no cenário internacional, surge a contemporânea, dotada de um rol maior de organizações capazes de influenciar o mundo nas mais diversas formas e frentes, desde a economia até cultura, o poder etc.

Portanto, os centros de onde emanavam o poder deslocam-se, evidenciando-se o desdobramento da globalização em uma planetarização⁶ da política. Dreiffuss concebe, nessa linha, que os “vínculos expressos na trama de organizações transnacionais e de instituições [...] supranacionais [...] parte de um novo tecido ‘político’ e de gestão, [dando] outro significado à noção de pertencer, resignificando a multiplicidade de inserções sociais e nacionais”⁷, compreendendo-se que os aspectos sociais estão refletidos e conectados aos demais de forma intrínseca.

Dessa forma, a configuração do mundo como um intrincado sistema global é o mais significativo fato nos ambientes econômico, político, jurídico, midiático e social do mundo, pelo menos no último século – eis que a sua consolidação alterou a referência de como a humanidade se comporta e se relaciona na maior parte do mundo, desenvolvendo uma vida em comum na sociedade mundial⁸.

Nesse contexto, é necessária, portanto, uma reflexão acerca dos princípios norteadores do processo de globalização da cidadania contemporânea, em que a função de uma ordem jurídica, mesmo que seja de Direito Internacional, deve ser norteada pela concretização dos direitos do homem, e não tão somente do cidadão – reforçando-se, uma vez mais, a ideia de que os direitos são de titulari-

⁶ Cabe ressaltar a diferenciação, no entendimento de Hobsbawm, em que a globalização dita sobre o “mundo visto como um conjunto único de atividades interconectadas que não são estorvadas pelas fronteiras locais” (HOBSBAWM, Erick J. *Globalização, democracia e terrorismo*. Tradução de José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 10), torna-se, assim, evidente que seus efeitos suportam “aspectos políticos (o que normalmente se chama de planetarização), aspectos culturais (o que se chama normalmente de mundialização) e os aspectos econômicos (o que se chama, normalmente, de globalização em sentido estrito)” (BEDIN, Gilmar Antonio. *A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem judicial justa e solidária*. Ijuí: Unijuí, 2001, p. 328).

⁷ DREIFFUSS, René Armand. *A época das perplexidades: mundialização, globalização e planetarização: novos desafios*. Petrópolis: Vozes, 1996, p. 171.

⁸ BRUM, Argemiro Luis; BEDIN, Gilmar Antonio; PEDROSO, Márcia Naiar Cerdote. A globalização, o declínio da soberania do estado e a crise econômica de 2007/2008: a necessidade de criação de um sistema de governança econômica global. *Revista Direitos Humanos e democracia*, Ano 1, n. 1, jan./jun. 2013, Programa Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Unijuí. Ijuí: Editora Unijuí, 2013, p. 229-249.

dade do indivíduo, independentemente de sua qualidade de nacional (a qual é ligada, de forma direta, à ideia de soberania estatal). Essa construção demanda uma cultura de responsabilidades e deveres mútuos entre indivíduos e Estados, “de instituições que reconheçam a humanidade do homem enquanto tal como fonte legitimadora dos direitos humanos, independente das condições culturais ou nacionais de pertença”⁹.

Ainda, os sustentáculos da vida em sociedade já não são, atualmente, os mesmos da modernidade, pois houve certa institucionalização da trama do poder “pela ruptura das relações internacionais estadocentristas e pela multiplicação dos fluxos e dos canais de comunicação e de integração entre os diversos atores internacionais”¹⁰. Em outras palavras, o ator Estado não é mais o único protagonista das mais significativas comunicações e ações no plano internacional.

Tem-se, assim, que a soberania estatal é afetada duplamente, uma vez que passa a conviver, de um lado, com uma insuficiência de instrumentos para controlar as novas propostas e necessidades sociais surgidas em um contexto de globalização, e, por outro, sofre com a globalização jurídica, abalando sua autoridade e autonomia também no plano normativo.

A atual complexidade das relações internacionais no intrincado desenvolvimento da realidade de proposituras, com tantos atores internacionais (e com uma sociedade mundial cada vez mais conectada entre si), torna necessário repensar as soberanias em um conceito mais volátil e adaptável dentro da realidade apontada, de fato¹¹. Todavia, tais situações não colocam a instituição do Estado-Nação em risco: de fato, quebram o ciclo de unicidade de poder que os Estados detinham, e principalmente, o monopólio acerca da sociedade como produto cultural de uma nação e da cidadania como produto derivado do Direito Estatal.

Apesar dessas condições de ressignificação da soberania e da territorialidade, é uma falácia apontar para a derrocada da soberania¹². A realidade é que está ocorrendo um novo momento desse clássico conceito, em que passa a ter funções não mais absolutas, mas sim de adaptabilidade à realidade proposta no mundo.

⁹ LUCAS, Douglas Cesar. *Direitos humanos e interculturalidade*: um diálogo entre a igualdade e a diferença. Ijuí-RS: Unijuí, 2010, p. 163.

¹⁰ BEDIN, Gilmar Antonio. *A sociedade internacional e o século XXI*: em busca da construção de uma ordem judicial justa e solidária. Ijuí: Unijuí, 2001, p. 23.

¹¹ HELD, David. Cosmopolitanism: ideas, realities and deficits. In: HELD, David. And McGREW, Anthony. *Governing globalization*: power, authority and global governance. Cambridge: Polity Press, 2002.

¹² FORNASIER, Mateus de Oliveira. Desterritorialização e direito: desafios para a construção de uma observação do jurídico na sociedade mundial. In: FAYET, Paulo; JOBIM, Geraldo; JOBIM, Marco Félix (Orgs.). *Controvérsias constitucionais atuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 183-207.

Passa a ser um meio de obtenção de garantias jurídicas e torna-se a égide dos direitos humanos, haja vista que o Direito Internacional, por si só, não tem ainda uma forma de impor suas decisões sem instituições soberanas¹³.

Por mais que os contornos modernos ainda qualifiquem o poder estatal, os Estados permanecem como principais garantidores do Direito. O Estado pode não mais ter a unicidade de poder de outrora; mas seria precipitado, pelo que se apresenta na teoria moderna, declarar ou prever o término do poder estatal uma vez que a Economia internacional, mesmo quando baseada em mercados desregulamentados, também inexistente sem a interferência dos Estados; nessa senda, o Direito, por seu turno, também não poderia funcionar, no plano internacional, se a máquina estatal não tivesse poder para tal.

A resignificação das distâncias e as alterações que fizeram o mundo sair de um momento com rígidas fronteiras políticas, econômicas, culturais, jurídicas e sociais, para o momento contemporâneo, compreende de forma cabal a nova realidade em que não mais há a nacionalidade em seu conceito fechado. Entretanto, uma nova realidade, emerge uma nova perspectiva vinculada e vinculante tanto às expectativas quanto às formas de viver dos indivíduos ao redor do globo.

Essa nova formatação fez Fukuyama¹⁴ declarar que este é o momento do “fim da história”, no qual, por meio das contradições, não mais existiria uma construção de uma sociedade mais elevada: “podemos argumentar que a história chegou ao fim se a forma atual de organização política e social é completamente satisfatória para os seres humanos em suas características mais essenciais”. Fez também Virilio não proclamar o “fim da história”, mas sim o “fim da geografia”, haja vista que não há mais restrições de acesso e contato, estando os conceitos de “longe” e “perto” já perdidos nos entremeios das revoluções tecnológicas que possibilitam a comunicação em tempo real¹⁵. As trocas culturais, que influenciam o mundo, já não dependem de aproximações físicas, mas da possibilidade tecnológica e aproximações simbólicas.

Percebe-se que o Estado permanece essencial para a proteção e garantia dos direitos humanos, mesmo existindo instrumentos globais, internacionais e regionais para a sua defesa – em outros termos, o acesso do cidadão a eles depende da ratificação estatal. Ainda que a “cidadania ligada à ONU” seja um importante meio para o desenvolvimento e proliferação da proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana, ela ainda se vincula à ideia de que é “a cidadania – e

¹³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹⁴ FUKUYAMA, Francis. *O fim da história e o último homem*. Tradução de Aulyde Soares Rodrigues. Rio de Janeiro: Rocco, 1992, p. 177.

¹⁵ VIRILIO, Paul. Un monde surexposé. *Le monde Diplomatique*, agosto de 1997. Disponível em: <<http://www.monde-diplomatique.fr/1997/08/VIRILIO/4878>>. Acesso em: 5 maio 2015.

não a humanidade do sujeito – o critério mais importante para a atribuição e usufruto de direitos, incluindo os direitos fundamentais, básicos e inalienáveis da Declaração Universal¹⁶; ainda persiste “a afirmação da cidadania como pressuposto dos direitos humanos¹⁷, e não tão somente a existência humana como gênese da titularidade de direitos humanos.

Tais situações – principalmente a quebra do poder absoluto de entabular as leis e dizer o direito – auxiliam na busca das liberdades civis e políticas, na proliferação de regimes democráticos e na majoração da dignidade humana compreendida como “uma qualidade integrante e, em princípio, irrenunciável da condição humana, que pode e deve ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida¹⁸”.

Observa-se que a afirmação da universalidade dos direitos humanos, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada pela ONU em 1948, é o grande marco da busca pela dignidade humana plena, a busca emergencial “de um consenso ético-global mínimo¹⁹; sendo assim, a Declaração introduziu a concepção contemporânea dos direitos humanos, direitos básicos da cidadania, os quais, se o Estado não vier a implementar, denotará seu fracasso como Nação, vez que estes direitos são universais e indivisíveis²⁰”.

Sob a égide de protetor dos direitos humanos cada vez mais influentes no cenário mundial, o Direito Internacional passa a ocupar um novo espaço no sistema jurídico mundial, influenciando, inclusive, as constituições e demais leis internas dos países. A criação de tratados que regulam e influenciam o Direito Interno é um avanço na representação da rigidez do viés internacional do direito, demonstrando sua ampla relevância no mundo contemporâneo²¹. Há ainda, nesse sentido, o entender de Ferrajoli²² que indica que

Depois do nascimento da ONU, e graças à aprovação de cartas e convenções internacionais sobre os direitos humanos, esses direitos não são mais ‘fundamentais’ somente no interior dos Estados [...], mas são di-

¹⁶ CARVALHAIS, Isabel Estrada. *Os desafios da cidadania pós-nacional*. Porto: Edições Afrontamento, 2004, p. 121.

¹⁷ CORRÊA, Darcísio. *Estado, cidadania e espaço público*. Ijuí: Unijuí, 2010, p. 220.

¹⁸ BRAGATO, Fernanda Frizzo. *Pessoa humana e direitos humanos na Constituição brasileira de 1988 a partir da perspectiva pós-colonial*. São Leopoldo: Unisinos, 2009. Tese de Doutorado em Direito, p. 36.

¹⁹ BEDIN, Gilmar Antonio (Org.). *Estado de direito, jurisdição universal e terrorismo*: levando o direito internacional a sério. Ijuí: Editora Unijuí, 2009, p. 141.

²⁰ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos: desafios e perspectivas contemporâneas. In: *Desafios do direito internacional no século XXI*. GOMES, Eduardo; REIS, Tarcísio (Orgs.). Ijuí: Unijuí, 2007, p. 85-103.

²¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

²² FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoria del derecho y de la democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 30.

reitos supraestatais, ao quais os Estados são vinculados e subordinados também no nível do direito internacional, não mais direitos de cidadania, mas direitos das pessoas independentemente das suas diferentes cidadanias.

A busca pela universalidade dos direitos humanos, da dignidade humana e da cidadania embasada na condição humana anda sempre na mesma vereda, pois aqueles não prosperam sem estas e intercalam-se em diversos pontos. Dessa forma, a coletividade “clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade”. Ademais, a indivisibilidade de tais direitos traduz-se na afirmação de que “a garantia dos direitos civis e políticos é a condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa”²³.

Somente pela internacionalização dos direitos humanos será possível criar um Direito Internacional rígido e de alcance universal²⁴. Então, a urgência em ampliar a proteção dos direitos humanos se dá pelo fato de somente com estes ser possível alcançar um Direito Internacional rígido, que tenha força para frear poderes dominantes dentro da realidade de sujeitos ou Estados marginalizados. Ainda,

A consolidação do Estado de Direito nos planos internacional, regional e local demanda o fortalecimento da justiça internacional. Isto porque no Estado Democrático de Direito é o Poder Judiciário, na qualidade de poder desarmado, que tem a última e decisiva palavra, sendo esta a afirmação do primado do Direito.”²⁵

A fusão dos direitos, criada pela Declaração, institui um alinhamento, uma mediação entre os discursos de cunho social e de cidadania, deixando lado a lado os direitos civis e políticos, como os direitos econômicos e sociais²⁶. Todos esses direitos passam a ser interdependentes e indivisíveis ao aproximar os preceitos morais, éticos e jurídicos sob a égide da dignidade humana, esta sendo de cunho tão relevante que supera a vontade dos próprios Estados, configurando-se direito do cidadão independentemente de fronteiras políticas ou econômicas ou de soberania.

²³ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos: desafios e perspectivas contemporâneas. In: *Desafios do direito internacional no século XXI*. GOMES, Eduardo; REIS, Tarcísio (Orgs.). Ijuí: Unijuí, 2007, p. 85-103; p. 88.

²⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

²⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 72.

²⁶ LEAL, Rogério Gesta. *Direitos humanos no Brasil: desafios à democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1997.

A dignidade da pessoa consiste na “qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando [...] um complexo de direitos e deveres fundamentais”²⁷, o que assegura a cada indivíduo proteção contra quaisquer atos que venham a lhe prejudicar de qualquer forma, além de promover os direitos de ter capacidade de participar ativamente nas diretrizes que a sociedade toma, em conjunto com os outros seres humanos.

Ademais, Culleton afirma que

a fundamentação dos direitos humanos tem que ser, pois, uma fundamentação racional ou discursiva e não de autoridade. Nessa perspectiva, é uma fundamentação orientada não ao esclarecimento das bases do reconhecimento histórico desses direitos, mas ao descobrimento dos princípios racionais que conduzem até a necessidade racional de sua proteção e garantia²⁸.

Assim, seguindo a mesma linha do autor supracitado, nesses discursos e fundamentações é que se devem encontrar os pontos de intersecção entre as sociedades, para conectar as pontes que estruturarão a universalização e compreensão da necessidade coletiva, do cidadão ao Estado, da implementação integral dos direitos humanos.

A busca da universalização dos direitos humanos “não tende à difusão de um modelo único, a partir de um ponto único, mas, sobretudo, à emergência, em diversos pontos, de uma mesma vontade de reconhecer os direitos comuns a todos os seres humanos”²⁹, quais sejam, os pontos de intersecção entre os interesses jurídicos, que nos Estados partem de suas autoridades – os quais, por sua vez, devem representar o interesse do cidadão coberto por direitos políticos e civis. A conjunção de todas essas esferas de direitos se faz fundamental para a universalização dos direitos humanos em seu processo de internacionalização.

A crise do Estado reside na latente perda de soberania sobre a sociedade em sentido amplo, uma vez que a globalização trouxe a possibilidade da hibridização e o conhecimento de outras culturas; e a Declaração de 1948 trouxe à tona a necessidade de proliferação dos direitos humanos. A cidadania se altera de uma forma volúvel, com a mescla cultural e a queda do conceito de nação, criando

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 3. ed., 2003, p. 63.

²⁸ CULLETON, Alfredo. O problema da universalidade dos direitos humanos. Como e por que buscar um princípio fundador para os direitos humanos? In: KEIL, Ivete; ALBUQUERQUE, Paulo; VIOLA, Solon. (Orgs.). *Direitos humanos: alternativas de justiça social na América Latina*. São Leopoldo: Unisinos, 2002, p. 157-166; p. 160.

²⁹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Três desafios para um direito mundial*. Tradução de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 19.

outra forma de pensamento nos indivíduos. Todavia, para a construção e o efetivo alcance da mundialização dos direitos humanos, é necessário que a transformação da sociedade internacional contemporânea atravessa a construção coletiva dos direitos a todos, em uma espécie de fraternidade ciente da necessidade do outro, da concessão de direitos e consecução de deveres³⁰.

Essas constatações demonstram que, apesar da alteração de grandes proporções do sentido de soberania e, assim, da própria essência do Estado em um tempo de cosmopolitismo jurídico e globalização quase plena, ainda o Estado é uma figura essencial no desenvolvimento, manutenção, validade e efetivação da cidadania, apesar do conceito de cidadania onusiana. Dessa forma, ainda cabe aos Estados a garantia de direitos aos cidadãos, nacionais ou não, apesar de as constituições passarem a vincular-se de forma inafastável dos direitos humanos e, nessa senda, do Direito Internacional como provedor de uma sociedade mundial contemporânea.

O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E OS REFLEXOS DO DIREITO INTERNACIONAL

As relações advindas desde a Paz de Vestfália foram ampliadas pela individualização do sujeito no Iluminismo. Aceleradas pelas tecnologias a partir da Revolução Industrial e pela percepção dos direitos com várias revoluções, das mais variadas naturezas (Revolução Americana de 1775, Revolução Francesa de 1789, Revolução Mexicana de 1910 e Revolução Russa de 1917). Exacerbadas pelo desenvolvimento promovido pelas duas Grandes Guerras e, por fim, significativamente globalizadas com a queda da URSS. Contudo, ainda devem ser consideradas um marco fundamental das mudanças nas concepções do mundo, nos mais variados sentidos (social, político, econômico, jurídico etc.).

Mas a adaptação das teorias constitucionais modernas surgidas no (e do) contexto pós-vestfaliano à nova formatação do sistema jurídico mundial é fundamental para o desenvolvimento pleno de garantias jurídicas no cenário atual, uma vez que a cidadania ainda conserva prerrogativas de proteção ao indivíduo (mediante o vínculo nacional que embasa em relação a este, mormente). Trata-se de uma nova percepção acerca dos fundamentos do Direito e suas relações, essencialmente no que tange à interação entre Direitos Externo e Interno.

Nessa perspectiva, nota-se que a “constituição não deve ser tão somente uma matriz geradora de processos políticos, mas uma resultante de correlações de

³⁰ BEDIN, Gilmar Antonio; MENDES, Tiago Meyer. Consumo e cidadania: os direitos fundamentais e o cerceamento de direitos no consumismo ocidental. In: ANDRIGHETTO, Aline; STURZA, Janaína Machado; GRANDO, Juliana Bedin (Orgs.). *Direitos fundamentais e garantias sociais: contributos à luz dos direitos humanos*. Bento Gonçalves: Associação Refletindo o Direito, 2015, p. 58-74.

forças e de lutas sociais em um dado momento histórico do desenvolvimento da sociedade³¹. Essa afirmação demonstra que a constituição necessita adaptar-se à realidade plural (inclusive no sentido jurídico) que a ambienta, não devendo ser reduzida a uma espécie de marco normativo meramente burocrático. Em outros termos, ela necessita ser redefinida a fim de compor as bases sociais transformadas pela nova configuração cultural, social, política e econômica que marca a sociedade global.

O discurso constitucional moderno forma suas bases principalmente sobre o senso de território e soberania, sendo a constituição de um Estado o marco em que são formalmente imputados os limites de legislar³². Sob esse viés tradicional de observar o sistema jurídico, não há vinculação direta do Direito Internacional com o Direito Interno – exceto se a *constituição* assim determinar.

Todavia, desde 1945, com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) e 1948, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, essa lógica tem se alterado drasticamente – revelando-se, na atualidade, uma latente vinculação dos direitos humanos com as constituições; denota-se, inclusive, a relação destes para com os novos paradigmas de legitimidade e validade nos textos constitucionais³³.

Os esforços para a solução dos problemas jurídicos que acometem as interações desse tempo necessitam ser conjuntos. Somente assim se poderá criar, de forma geral, uma teoria de desenvolvimento dos direitos humanos, afastando a possibilidade de zonas de não direito, evitando os limbos jurídicos.

Nesse caminho, apresenta-se o transconstitucionalismo, teoria que tem por caráter uma configuração cosmopolita, de pensamento jurídico conciso mediante o empenho coletivo, mesmo que de forma a garantir direitos em uma escala prioritária e, principalmente, o desenvolvimento das ordens jurídicas locais baseadas nas interações. Na atual sociedade mundial, a qual é complexa, logo, multi-cêntrica, também assim o é o sistema jurídico, tanto que na perspectiva de centro (juízes e tribunais) de uma ordem jurídica, compõe a periferia de outra ordem³⁴.

Não se deve simplificar o momento do Direito Internacional; mas tampouco deve o transconstitucionalismo ser exageradamente sintetizado a ponto de ser

³¹ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters (Orgs.). *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 19-42.

³² PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

³³ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoria del derecho y de la democracia*. Madrid: Editorial Trota, 2011.

³⁴ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 117.

(erroneamente) compreendido como espécie de “constitucionalismo universal”. Mesmo que o Direito Internacional busque a unificação de uma linha de pensamento e garantias para a implementação de direitos humanos, o transconstitucionalismo procura uma forma ainda mais efetiva de desenvolvimento jurídico – dado que a ideia de uma constituição no âmbito mundial parece muito distante pelos ideários que segregam os indivíduos (e seus interesses) dos Estados³⁵. Ressalte-se, ainda, a presença de um grande abismo cultural entre as porções ocidental, oriental e do médio oriente do mundo, bem como uma discrepância de momentos jurídicos e sociais entre o norte e o sul do planeta.

Sob a égide de protetor dos Direitos Humanos cada vez mais influentes no cenário mundial, o Direito Internacional passa a ocupar um novo espaço no sistema jurídico mundial, influenciando, inclusive as constituições e demais leis internas dos países. A criação de tratados que regulam e influenciam o Direito Interno é um avanço na representação da rigidez do viés internacional do Direito, demonstrando sua ampla relevância no mundo contemporâneo³⁶.

A criação de uma ordem jurídica real é uma medida que precisa ser tomada com urgência para o desenvolvimento de uma sociedade mundial sólida – ordem jurídica esta que proteja os direitos humanos (mesmo quando se refiram ao humano na sua singularidade), amparado ou não por um Estado. Assim, cabe de forma essencial ao Direito Internacional essa proteção plena, para que não emergjam vácuos de Direito nas relações internacionais, ou zonas de não direito, que sempre seriam tendenciosas em favorecer aos de maior relevância econômica.

A ideia de uma constituição global parece inviável porque reproduziria apenas o intento de domínio de uma cultura sobre as demais. Necessário é repensar o Direito para promover garantias de direitos fundamentais, direitos sociais, políticos, econômicos, civis e penais dentro de uma observação do caráter multicultural das sociedades que compõem a complexa sociedade global³⁷. Qualquer tentativa de imposição de uma cultura jurídica acabaria por destituir a alteridade necessária para o desenvolvimento conjunto.

310

³⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. *Três desafios para um direito mundial*. Tradução de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

³⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

³⁷ Em um mundo de relações complexas, falar de sociedade em sua concepção é também afirmar que essa “convivência pacífica e amigável com outros sujeitos” vai além do simples existir próximo, alcançando o ideal de coexistir e de se inter-relacionar de forma plena com os demais membros da humanidade, em um princípio kantiano de ampliação dos contatos harmônicos, pois através da capacidade de relacionar-se emerge a capacidade de diálogo igualitário, logo diplomático (ELLIOT, Anthony. *The routledge companion to social theory*. Londres, Routledge, 2010, p. 36). Nessa vereda, a concepção de uma sociedade mundial contempla também criar a expectativa de relações bastante profundas e intrincadas, o que se configura em mais uma das importâncias da manutenção de sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, pois estes garantem o respeito mútuo necessário para a criação de pontes de interação multicultural.

Nesse ínterim, aponta-se para o garantismo como o meio mais eficaz de proteção e manutenção dos direitos fundamentais. O garantismo se estabelece como a teoria do sistema das garantias dos direitos fundamentais, que observa, valoriza e compõe os dispositivos jurídicos essenciais à tutela dos direitos civis, políticos, sociais e de liberdade sobre os quais se erigem as hodiernas democracias constitucionais³⁸.

O garantismo impõe-se como uma ferramenta essencial para a evolução do constitucionalismo, que indica a necessidade de meios de garantia à concretização das Constituições e para a validação do Direito e da democracia. Com o garantismo, preconiza-se o Direito como instrumento de limitação e vinculação de todas as formas de poder, baseando estes nos direitos fundamentais e em uma democracia balizada pelo conceito jurídico constitucional³⁹.

O pluralismo jurídico impôs ao constitucionalismo uma nova etapa de pensamento, pois a formulação prática e teórica do Direito passa a englobar não mais somente o poder estatal como fonte exclusiva das normas. Entretanto, a própria realidade, a sociedade e suas relações interdisciplinares e multiculturais (enfim, as novas nuances sociológicas como um todo) demandam por uma legislação que lhes atenda e não se afaste para um plano teórico abstrato.

O constitucionalismo necessita ser democrático, emancipatório, pluralista e intercultural, não fechado em si mesmo⁴⁰. O formato tradicional balizado na soberania territorial e cultural de um conceito nacionalista padrão rompe com o mundo globalizado, tornando as normas ineficazes, prejudicando as trocas e, principalmente, a adaptação à realidade externa, vez que os países são influenciados de fora para dentro, como também a nova relação direito externo e interno impõe ao constitucionalismo a obrigação de repensar seus próprios conceitos fundantes e adaptar-se, sob pena de tornar-se uma lei ao “vazio”.

Essa concepção de um constitucionalismo cosmopolita, segundo a qual o Direito Internacional provoca uma “mundialização” constitucional nos países do Ocidente, é uma tendência desde o fortalecimento do Direito Internacional como guardião dos direitos humanos e a observação destes como premissa fundamental para a validade de uma lei. Nesse contexto, nota-se uma relação evidente entre o Direito Externo e o Direito Interno, em que o primeiro assumiu a

³⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoria del derecho y de la democracia*. Madrid: Editorial Trota, 2011.

³⁹ COPETTI NETO, Alfredo. Uma perspectiva garantista do liberalismo e da democracia. Marcos históricos e possibilidades contemporâneas edificados a partir de Principia Iuris. In: Tulio Vianna; Felipe Machado. (Org.). *Garantismo penal no Brasil – estudos em homenagem a Luigi Ferrajoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

⁴⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters (Orgs.). *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 19-42.

vanguarda em adaptar-se ao mundo multipolarizado, onde as relações funcionam em rede.

A tendência é que o constitucionalismo assuma um caráter difuso, passando a analisar as interações de forma conjunta ao sistema jurídico externo, criando e reproduzindo conteúdo conceitual compartilhado, tornando, assim, as bases conceituais e filosóficas mais “eccléticas” dentro da noção clássica de soberania e direito de estipular direitos⁴¹.

O objetivo do constitucionalismo contemporâneo alterou, inclusive, seu propósito, vez que busca, na atualidade, concepções de uma sociedade mundial justa e fraterna, não mais apenas uma nação com os requisitos mínimos de convivência interna. Nos dias de hoje, a necessidade é de convivência mundial, com ideários globalizados de disseminação e efetivação dos direitos humanos. Estes precisam da relação entre as ordens jurídicas externa e interna para a sua própria existência e efetividade – e, nesse passo, deles provém a necessidade de acoplamento entre Direito Externo e Direito Interno. Todavia, é necessário agir com cuidado para que não ocorra uma dominação do direito pelos países economicamente mais poderosos. Um novo constitucionalismo deve ter o viés “del pluralismo en la perspectiva de la alteridad y de la emancipación”⁴².

Nessa nova concepção, a “sociedade funcionalmente diferenciada exige o raciocínio do tipo inclusão/exclusão”⁴³, necessitando a sociedade mundial balizar a inclusão de todos na proteção dos Direitos Humanos, em uma espécie de retroalimentação, pois todos os indivíduos e Estados devem proteger aos Direitos Humanos, bem como, os Direitos Humanos devem proteger à todos os indivíduos. E, no momento em que a sociedade exclui o indivíduo, este passa a necessitar de forma explícita do Direito. Contudo, em uma relação de cidadania/nacionalidade clássica, o Estado é quem gere a sociedade, em todos os âmbitos, logo ele mesmo promove a exclusão. Assim, a relação entre as ordens jurídicas interna e externa passa a ser vital para que não exista nenhuma forma de afastamento dos indivíduos ou de estes se quedarem em um “limbo jurídico”, ao mesmo tempo que os mantenha sob a égide dos direitos humanos somente pelo fato de

⁴¹ MELO, Milena Petters. Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters (Orgs.). *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 59-89.

⁴² WOLKMER, Antonio Carlos. Mundialización cultural, pluralismo jurídico y derechos humanos. In: MARTÍNEZ, Alejandro Rosillo (Org.). *Derechos humanos, pensamiento crítico y pluralismo jurídico*. Cidade de México: Universidad Autónoma de San Potosí, Departamento de publicaciones, 2008, p. 205-217; p. 209.

⁴³ FORNASIER, Mateus de Oliveira. Desterritorialização e direito: desafios para a construção de uma observação do jurídico na sociedade mundial. In: FAYET, Paulo; JOBIM, Geraldo; JOBIM, Marco Félix (Orgs.). *Controvérsias constitucionais atuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 183-207; p. 197.

serem humanos, desvinculando-os da plena necessidade de nacionalidade ou cidadania para tal.

Esse acoplamento, pelo qual se conjuntam os Direitos Interno e Externo, é necessário em um mundo que não mais se estrutura em blocos fechados, mas em várias aproximações e hibridizações culturais e sociais.

O intrincado das relações no mundo transcende as matérias globalizadas, pois elas estão relacionadas, inclusive, ao viver. Não há mais fronteiras absolutas que interrompam o fluxo de informações e relações, basta o querer para que ocorram aproximações, sendo que estas não precisam mais ser físicas, dependem apenas da vontade dos envolvidos. O mundo corresponde à miscigenação de culturas e sentidos: entretanto, isso não significa a formação de uma cultura dominante e hegemônica, mas de um espaço democratizado para a observação da alteridade⁴⁴.

Nessa vereda, observa-se que a atual complexidade que o mundo experimenta foi projetada por uma sociedade globalizada em relações que superam fronteiras físicas e culturais e impõe ao ordenamento jurídico uma nova relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional, em que o segundo não segue mais o rigoroso viés soberano tradicional, mas uma adaptação às novas expectativas criadas em torno do direito como um todo, ficando o Direito interno a observar constantemente o Direito externo, pois esse passa a sustentar sua própria validade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A percepção do Estado em seu absolutismo de produtor de leis, em uma soberania de fronteiras rígidas e intransponíveis, é algo que já não corresponde à realidade do mundo globalizado, e não dividido em blocos encerrados em si. Dessa forma, há uma relação bastante intrincada entre os anseios do direito externo e os acontecimentos na esfera internacional com o direito interno.

Na sociedade mundial que tem um viés claramente multicultural, é imprescindível repensar as formas de manutenção das relações, já que as interações atingem todas as esferas da vida cotidiana, como a econômica, política, social, cultural, jurídica, entre outras, pois, de forma contrária, haveria uma hegemonia no poder e na cultura.

Ainda, a soberania e a nacionalidade já não assumem mais seus caracteres clássicos de funcionamento e percepção, estes conceitos alteraram-se significa-

⁴⁴ MENDES, Tiago Meyer. A evolução do direito internacional em seu percurso histórico e o sistema interamericano de direitos humanos: a promoção dos direitos humanos em âmbito internacional. In: WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi (Org.). *Sistemas regionais de direitos humanos: perspectivas diversas*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015. p. 14-31.

tivamente, e, apesar de ambos ainda serem fundamentais para a recepção do indivíduo no mundo, já não definem sua capacidade de ser um sujeito de direitos. Essa alteração é significativa com a validação e efetivação dos direitos humanos, competência que cabe ao Direito Internacional em conjunto com o Direito Constitucional do sistema jurídico interno de cada nação.

A influência do Direito Externo no Direito Interno demonstra um acoplamento das duas ordens normativas, vez que há uma expectativa cognitiva da sociedade na recepção e aceitação das normas internacionais, pois o Direito Internacional coloca sob sua égide os Direitos Humanos, e estes são imprescindíveis para a validade de qualquer forma de normatização na parte ocidental do globo.

Essas mudanças influenciaram de forma definitiva as relações no mundo contemporâneo, dando início a uma nova era de relações mais intrínsecas, em que o mundo globalizado em rede passa a criar mecanismos de proteção internacionalista, visto que muitas das interações ocorrem em áreas internacionais, influenciando a vida cotidiana de grande parte da população, mesmo de forma indireta.

Sob as perspectivas apontadas no presente artigo, pode-se afirmar que a hipótese inicial foi confirmada, afinal percebe-se que houve uma grande ruptura conceitual, tanto no paradigma social em si, como, por consequência, no âmbito jurídico, este rompimento se dá através das novas interações resultantes da efetivação de uma globalização quase universal.

314

Esse novo arranjo dos sentidos alterou de forma profunda a soberania estatal, passando os Estados não mais a terem a função absoluta de legislador, e rompendo, também, a ideia de um Estado-nação de imposição cultural, criando novas expectativas nos cidadãos, que levaram ao direito essas novas e recentes necessidades; havendo, assim, uma urgência do sistema jurídico em responder ao rearranjo mundial.

Dessa forma, o Direito Internacional, como guardião dos direitos humanos, obteve grande relevância, abalando profundamente o conceito do constitucionalismo tradicional, vez que o Direito Constitucional tem por obrigação observar ordenamentos internacionais, acerca dos Direitos Humanos, para imputar validade a suas próprias normas. Todavia, em que pesem todas essas significativas mudanças, não há o que se falar em fim do Estado, pois ainda é função estatal a preservação da cidadania e a garantia da estabilidade jurídica dentro de seu território.

Por derradeiro, exalta-se que em que pesem os esforços para desenvolvimento deste trabalho, ele não esgota todas as perguntas acerca do tema, o qual ainda é um terreno fértil para o desenvolvimento de pesquisas, reconhecendo-se, assim, a incompletude da escrita no que tange a respostas definitivas acerca dos pontos abordados.

REFERÊNCIAS

- AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do estado*. 42. ed. São Paulo: Globo, 2001.
- BEDIN, Gilmar Antonio. *A idade média e o nascimento do estado moderno: aspectos históricos e teóricos*. Ijuí: Unijuí, 2008.
- BEDIN, Gilmar Antonio. *A sociedade internacional clássica: aspectos históricos e teóricos*. Ijuí: Unijuí, 2011.
- BEDIN, Gilmar Antonio. *A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem judicial justa e solidária*. Ijuí: Unijuí, 2001.
- BEDIN, Gilmar Antonio. *Estado de direito, jurisdição universal e terrorismo: levando o direito internacional a sério*. Ijuí: Unijuí, 2009.
- BEDIN, Gilmar Antonio; MENDES, Tiago Meyer. Consumo e cidadania: os direitos fundamentais e o cerceamento de direitos no consumismo ocidental. In: ANDRIGHETTO, Aline; STURZA, Janaína Machado; GRANDO, Juliana Bedin (Orgs.). *Direitos fundamentais e garantias sociais: contributos à luz dos Direitos Humanos*. Bento Gonçalves: Associação Refletindo o Direito, 2015, p. 58-74.
- BRAGATO, Fernanda Frizzo. *Pessoa humana e direitos humanos na Constituição brasileira de 1988 a partir da perspectiva pós-colonial*. São Leopoldo: Unisinos, 2009. Tese de Doutorado em Direito.
- BRUM, Argemiro Luis; BEDIN, Gilmar Antonio; PEDROSO, Márcia Naiar Cerdote. A globalização, o declínio da soberania do Estado e a crise econômica de 2007/2008: a necessidade de criação de um sistema de governança econômica global. *Revista Direitos Humanos e democracia*, ano 1, n. 1, jan./jun. 2013, Programa Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Unijuí. Ijuí: Unijuí, 2013. p. 229-249.
- CARVALHAIS, Isabel Estrada. *Os desafios da cidadania pós-nacional*. Porto: Edições Afrontamento, 2004.
- COPETTI NETO, Alfredo. Uma perspectiva garantista do liberalismo e da democracia – marcos históricos e possibilidades contemporâneas edificados a partir de *Principia Iuris*. In: VIANNA, Tulio; MACHADO, Felipe (Orgs.). *Garantismo penal no Brasil: estudos em homenagem a Luigi Ferrajoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- CORRÊA, Darcísio. *A construção da cidadania*. 3. ed. Ijuí: Unijuí, 2002.
- CORRÊA, Darcísio. *Estado, cidadania e espaço público*. Ijuí: Unijuí, 2010.
- CULLETON, Alfredo. O problema da universalidade dos direitos humanos. Como e por que buscar um princípio fundador para os direitos humanos? In: KEIL, Ivete; ALBUQUERQUE, Paulo; VIOLA, Solon (Orgs.). *Direitos humanos: alternativas de justiça social na América Latina*. São Leopoldo: Unisinos, 2002, p. 157-166.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Três desafios para um direito mundial*. Tradução de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- DREIFUSS, René Armand. *A época das perplexidades: mundialização, globalização e planetarização – novos desafios*. Petrópolis: Vozes, 1996.

- ELLIOT, Anthony. *The routledge companion to social theory*. Londres, Routledge, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoria del derecho y de la democracia*. Madrid: Editorial Trota, 2011.
- FORNASIER, Mateus de Oliveira. Desterritorialização e Direito: desafios para a construção de uma observação do jurídico na sociedade mundial. In: FAYET, Paulo; JOBIM, Geraldo; JOBIM, Marco Félix (Orgs.). *Controvérsias constitucionais atuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 183-207.
- FUKUYAMA, Francis. *O fim da história e o último homem*. Tradução de Aulyde Soares Rodrigues. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.
- HOBSBAWM, Erick J. *Globalização, democracia e terrorismo*. Tradução de José Viegas. São Paulo: Cia. das Letras, 2007.
- HELD, David. Cosmopolitanism: ideas, realities and deficits. In: HELD, David; MCGREW, Anthony. *Governing globalization: power, authority and global governance*. Cambridge: Polity Press, 2002.
- LEAL, Rogério Gesta. *Direitos humanos no Brasil: desafios à democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 1997.
- LINKLATER, Andrew. The question of the next state in international relations theory – a critical-theoretical point of view. In: *International Relations*, volume IV, Florence, KY, USA: Routledge, 2000.
- LUCAS, Douglas Cesar. *Direitos humanos e interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença*. Ijuí: Unijuí, 2010.
- MARVIN, Perry. *Civilização ocidental: uma introdução concisa*. Tradução de Waltensir Dutra e Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- MELO, Milena Petters. Constitucionalismo Latino-Americano: tendências contemporâneas. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters (Orgs.). *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 59-89.
- MENDES, Tiago Meyer. A evolução do Direito Internacional em seu percurso histórico e o Sistema Interamericano de direitos humanos: a promoção dos direitos humanos em âmbito internacional. In: WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi (Org.). *Sistemas Regionais de direitos humanos: perspectivas diversas*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015. pp. 14-31.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos: desafios e perspectivas contemporâneas. In: GOMES, Eduardo; REIS, Tarcísio (Orgs.). *Desafios do direito internacional no século XXI*. Ijuí: Unijuí, 2007, p. 85-103.
- GOMES, Eduardo; REIS, Tarcísio. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GOMES, Eduardo; REIS, Tarcísio. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

Reflexões acerca da crise da soberania e suas novas concepções...

VIRILIO, Paul. Un monde surexposé. *Le monde Diplomatique*, agosto de 1997. Disponível em: <<http://www.monde-diplomatique.fr/1997/08/VIRILIO/4878>>. Acesso em: 05 maio 2015.

WOLKMER, Antonio Carlos. Mundialización cultural, pluralismo jurídico y derechos humanos. In: MARTÍNEZ, Alejandro Rosillo (Org.). *Derechos humanos, pensamiento crítico y pluralismo jurídico*. Cidade de México: Universidad Autónoma de San Potosí, Departamento de publicaciones, 2008, p. 205-217.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters (Orgs.). *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 19-42.

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

Data de envio: 26/05/2015

Data de aprovação: 17/07/2015

REQUISITOS PARA CONFIGURAÇÃO DE UM CONCEITO JURISPRUDENCIAL DE TRABALHO DECENTE DO CAMPO

REQUIREMENTS OF THE JURISPRUDENCE FOR SETTING UP A CONCEPT OF DECENT WORK IN THE FIELD

Ana Paula Thomaz Giovenardi*
Arthur Ramos do Nascimento**

RESUMO

O trabalho sofreu modificações com o passar dos anos, bem como o Direito do Trabalho, que se modifica visando atender as necessidades dos trabalhadores, sendo a criação e atuação da OIT um exemplo dessa evolução. Este artigo apresenta uma reflexão acerca do conceito de trabalho decente criado pela OIT com o intuito de garantir melhores condições para execução do trabalho por homens e mulheres, objetivando a diminuição das desigualdades. Sabendo-se que as relações laborais no campo são complexas e necessitam de regras bem delineadas e fiscalização constante, aliado ao fato de o trabalho decente ser um conceito aberto, surge a necessidade de delimitar especificamente este conceito para aplicá-lo nas relações laborais. Assim, analisando os casos concretos existentes nos tribunais, é possível elencarmos uma série de requisitos para a configuração do trabalho decente, que, neste estudo, foram identificados e organizados de forma a unirem-se em um conceito específico de trabalho decente.

Palavras-chave: Trabalho decente; OIT; Trabalho em condições degradantes; Exploração do trabalho; Trabalho no campo.

* Graduada em Direito pela Universidade Federal da Grande Dourados – UFGD, atua como advogada. E-mail: anapaula@prevenjur.adv.br.

** Docente efetivo no curso de Direito da Faculdade de Direito e Relações Internacionais da Universidade Federal da Grande Dourados, Mestre em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás. Coordenador e Pesquisador no Projeto: Estado, Desenvolvimento e Cidadania como Paradigmas de Reflexão da Dignidade e dos Direitos Humanos: análises sobre a transdisciplinariedade dos Direitos Constitucional, do Trabalho, Agrário, Empresarial e Internacional para a (re)construção contemporânea de uma teoria sobre Estado Democrático de Direito. E-mail: arthurnascimento@ufgd.edu.br.

ABSTRACT

The work has been modified over the year, as well as the Labor Law, which is modified to meet the needs of workers, wherein the creation and performance of the ILO is an example of this evolution. This article presents a reflection on the concept of decent work, created by the ILO, in order to ensure better labor execution conditions to men and women, aiming to reduce inequality. Knowing that work relations in the field are complex and require well defined rules and constant supervision, coupled with the fact that decent work is an open concept, comes the need to specifically define this concept to apply it in field labor relations. Thus, analyzing the existing concrete cases in the courts, it is possible to list a series of requirements for decent work setting, which, in this article, were identified and organized to unite them in a specific concept of decent work.

Keywords: Decent work; ILO; Degrading work conditions; Exploration of the Work; Work in the Field.

INTRODUÇÃO

320

A exploração da força de trabalho alheia, com o passar dos anos, vem sofrendo alterações em suas formas, iniciando-se pelo regime escravocrata, em que o trabalhador não tinha *status* de pessoa, e sim de coisa, que deu lugar à servidão, às corporações de ofício, até se tornar o trabalho da forma mais semelhante à que conhecemos¹.

Durante essa passagem de modalidades de exploração do trabalho, nota-se claramente que os trabalhadores foram conquistando direitos, que lhe concediam melhores condições para execução de serviços de forma a proporcionarem-lhes o mínimo de dignidade.

Juntamente com a evolução do trabalho, houve a necessidade da criação de legislações acerca do tema, não só no âmbito dos países, que garantiam direitos a seus cidadãos, mas também no âmbito internacional. Como prova dessa evolução estão as legislações trabalhistas existentes e a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

A OIT, como entidade vinculada à Organização das Nações Unidas (ONU), canaliza seus esforços no intuito de proporcionar melhores condições de trabalho para que os direitos conquistados pelos trabalhadores ao longo dos anos não sejam violados e não voltemos ao nível inicial, quando o empregado era tratado como propriedade de seu empregador.

¹ Não mencionamos as formas de produção anteriores à escravidão (como o coletivismo) pela razão de que se tratava de uma exploração de força de trabalho própria ou comunitária.

Requisitos para configuração de um conceito jurisprudencial de trabalho...

Com a proposta de garantir trabalho em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade, protegendo os direitos garantidos e proporcionando remuneração adequada, durante Convenção Internacional do Trabalho de 1999 na OIT, surge o conceito de trabalho decente.

Porém, o trabalho decente surge como um conceito precário que, muitas vezes, pode ser confundido como sinônimo de moral, o que não é sua correta conceituação, afinal, o tema é muito mais abrangente, pois traz consigo a ligação direta com a defesa da dignidade da pessoa humana.

Assim, o presente estudo tem como escopo analisar a aplicação do conceito trabalho decente nas demandas judiciais para, assim, formular requisitos para a sua caracterização, visando a criação de um conceito.

Além disso, levando em consideração as especificidades do trabalho no campo e a constante violação de direitos, tendo em vista as dificuldades enfrentadas em criar condições melhores de trabalho em áreas rurais, temos como enfoque o âmbito rural para a tentativa de conceituação do trabalho decente, indo além da simples antítese ao trabalho degradante.

Inicialmente, o presente trabalho de pesquisa foi dedicado à análise histórica do trabalho, desde a sua origem com o sistema de trocas, passando por suas formas mais importantes, até o modelo que conhecemos hoje, bem como o surgimento e evolução do Direito do Trabalho, buscando conhecer as garantias adquiridas pelos trabalhadores ao longo dos anos.

Pelo fato de o enfoque principal da presente pesquisa ser o trabalhador rural, necessário o estudo das particularidades desses trabalhadores que, em sua maioria, se relacionam com o local da prestação de serviço. Ainda importante ressaltar a evolução da legislação trabalhista aplicável aos trabalhadores urbanos e também aos rurais, tendo em vista as particularidades desse tipo de trabalho.

Enfrentadas as questões iniciais, que visam o melhor entendimento e localização do tema, adentrando na parte principal da pesquisa, necessária a conceituação de trabalho decente. Dessa forma, analisamos os conceitos disponíveis acerca do trabalho decente, aquele estabelecido pela OIT, bem como aqueles constantes na doutrina, em que encontramos conceitos abertos acerca do tema.

Finalizando a presente pesquisa, com o objetivo de encontrar requisitos para um conceito de trabalho decente, passamos a selecionar jurisprudências dos tribunais brasileiros, em cujas ementas a expressão trabalho decente fosse encontrada.

Assim, com a análise dos julgados, elencamos alguns requisitos constantes nessas ementas que configurassem uma garantia ou violação do trabalho decente para o qual a combinação delas auxiliou na criação de um conceito.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

História do trabalho

Antes de tecer considerações sobre as condições de trabalho que devem ser garantidas, mostra-se imprescindível conhecer a história e o caminho traçado desde os primórdios até chegar ao que hoje entendemos como trabalho. Tão antigo quanto a existência do homem é o trabalho². Em um primeiro momento, o homem trabalhava na terra para garantir o seu sustento. Posteriormente, com a impossibilidade de produzir tudo de que necessitava para uma vida digna, o homem começou a estabelecer um sistema de trocas, assim, o que produzia era instrumento de obtenção de itens produzidos por outros, podendo, já neste momento, perceber, sutilmente, o início da venda da força de trabalho³.

Ainda, na Antiguidade, o surgimento do regime escravocrata, em que o escravo recebia o tratamento de coisa, de propriedade do senhorio, e não era considerado pessoa, foi o marco inicial para a conceituação do trabalho, tendo em vista que os escravos, mesmo sem possuir nenhum tipo de direito, utilizavam-se de sua força para a própria sobrevivência.

Com o passar dos anos, a escravidão foi dando lugar a outras formas de trabalho, como o caso dos servos que trabalhavam a terra e cuja produção era dada ao senhorio em troca de proteção. Neste momento, o trabalho não era livre ainda, porém os servos possuíam *status* de pessoa, e não de coisa como na escravidão⁴.

Porém, o trabalho só se tornou livre com a Revolução Francesa (na década 1789-1799), afinal, sua base maior se pautava no Liberalismo e em sua liberdade de contratar. Sendo assim, o trabalho deixou de ser em razão de subordinação, de necessidade de proteção do mais forte para, então, expressar a autonomia da vontade das partes, vinculando-se contratualmente⁵.

322

² O objetivo deste trabalho não é o aprofundamento da parte histórica das relações de trabalho, mas apenas fazer uma rápida contextualização para melhor entendimento do tema principal. Assim, trata do tema com maestria a obra: FILHO, Ives Gandra da Silva Martins. Breve história da Justiça do Trabalho. In: FERRARI, Irany *et al.* *História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002.

³ Acerca da história do trabalho, indicamos a leitura de BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.

⁴ Sugerimos, para aprofundamento desse tópico, algumas leituras, tendo em vista que a história da escravidão não é o objetivo do presente trabalho de pesquisa, como as que seguem: RISÉRIO, Antonio. Escravos de escravos. *Revista Nossa História*, Biblioteca Nacional, Ano 01, n. 4, fev/2004. ; SILVA, Daniel B. Domingues. Parceiros no tráfico. *Revista História Viva*, Ed. Duetto, n. 66, abril/2009, p. 34-39; ; VISSIÈRE, Laurente. *O lucrativo tráfico de escravos brancos*, *Revista História Viva*, Ed. Duetto, n. 80, junho/2010; BENTEMULLER, Fernanda Elisa Viana Pereira. Evolução do trabalho escravo no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3432, 23 nov. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23075>>. Acesso em: 15 fev. 2014.

⁵ Sugerimos a leitura: INAGUE, T. R. *A história e consequência da Revolução Francesa no direito do trabalho*. In: V Encontro de Iniciação Científica e IV Encontro de Extensão Universitária e I

Requisitos para configuração de um conceito jurisprudencial de trabalho...

Então, com a Revolução Industrial (ocorrida entre os séculos XVIII e XIX), o trabalho adquiriu seu aspecto que o assemelha às atuais relações de emprego: o aspecto econômico, consistente na contraprestação recebida pela força despendida para a realização das tarefas, dando origem, assim, ao salário. Ainda, no período em questão, houve mudanças políticas que contribuíram sobremaneira para o avanço das relações de emprego na época. O liberalismo, com força anteriormente, deu lugar às ideias do neoliberalismo, em que a liberdade total de contratação antes existente foi substituída pela intervenção do Estado nas relações contratuais.

Ainda assim, juntamente com os avanços trazidos com a sociedade industrial, surgiram os abusos contra o proletariado, principalmente no que tange às jornadas extensas de trabalho das mulheres nas fábricas, bem como à exploração do trabalho de crianças que eram, à época, a mão de obra mais barata existente no mercado.

Porém, mesmo com a contraprestação pelo trabalho desempenhado, os trabalhadores não possuíam direitos; os locais da prestação dos serviços eram precários e os salários, baixos; não havia regulamentação de descansos ou férias. Situações difíceis que ensejaram um sentimento de revolta entre os empregados, momento em que estes começaram a se reunir para protestar por garantia de direitos.

Assim, com a evolução do trabalho e as situações precárias enfrentadas pelos trabalhadores, que começaram a revoltar-se com os acontecimentos, tornou-se imperioso o surgimento de normas para garantia de direitos aos trabalhadores e regulamentações das relações de emprego, e foi o que ocorreu como constatou-se a seguir.

323

Pertinência do trabalho decente

Com o surgimento do trabalho, aparecem normas necessárias para a regulação das relações de trabalho, afinal, ainda que o trabalho tenha adquirido uma natureza livre, o trabalhador não perdeu a característica existente no nascimento das relações de emprego, qual seja, a sua hipossuficiência econômica. Hipossuficiência não só pelo fato de não possuírem meios de ingressar em juízo ou de contrapor-se ao empregador, pela condição econômica ou financeira, mas também pela condição social em que estão inseridos.

Encontro de Iniciação Científica para Ensino Médio das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, 2009, Presidente Prudente. V Encontro de Iniciação Científica e IV Encontro de Extensão Universitária e I Encontro de Iniciação Científica para Ensino Médio das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, 2009. p. 1-9). Disponível em: <<http://intertemas.unioledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2576/2224>>. Acesso em: 04 nov. 2014.

Ainda, com a evolução das relações de trabalho, o trabalhador apenas passou a ter a possibilidade de contratar com quem desejar⁶, ou seja, não está mais submetido à terra onde vivia, como no caso da servidão, e também já atingiu o *status* de pessoa, e não mais de coisa como durante o regime escravagista⁷. Ocorre que essa liberdade não garantiu nada mais do que uma contraprestação pela sua força de trabalho, o que significa dizer que, ainda que possa livremente contratar, não deixou de fazê-lo para o sustento de sua família.

Ademais, com a inexistência de legislação específica sobre o tema, nada impede que o trabalhador venda a sua força de trabalho por valores irrisórios ou por produtos ou, ainda, que trabalhe sem benefícios.

Dessa forma, são necessárias normas reguladoras dessas relações contratuais, visando proteger de forma eficiente a parte mais fraca, bem como garantir aos trabalhadores direitos básicos para que a liberdade do trabalho não seja desvirtuada, retrocedendo aquelas relações ao *status* de escravidão.

Atentando-se ao aspecto social dessa questão, os países começaram a regulamentar as relações de emprego. Em virtude de modificações no contexto de conflito em que se encontravam – modificações caracterizadas pela transição entre insatisfações que originaram a revolução e a adequação dos trabalhos às reivindicações sociais dos trabalhadores – iniciou-se pela Inglaterra a dita regulamentação. Dito de outro modo, até este momento (prévio aos regulamentos), os trabalhadores eram constantemente explorados e não possuíam condições dignas de trabalho; por esse motivo, estes mesmos trabalhadores insurgiram-se ao longo dos anos, pressionando o Estado a tomar providências e sanear essas questões.

Durante esse período, após se revoltarem, os trabalhadores começam a perceber a necessidade de união da classe para o progresso de seus direitos. Há que se destacar que o momento histórico não era propício, pois as uniões de trabalhadores eram mal vistas pelos burgueses, que percebiam a força dessas manifestações. Observa-se uma visão negativa por parte das organizações empregatícias quanto ao movimento sindical.

Nesse cenário, da reunião de trabalhadores surge, na Inglaterra, o marco para o surgimento dos sindicatos de trabalhadores. Em 1824, o Parlamento votou a lei da livre associação, porém tal permissivo legal era restrito aos mais abasta-

⁶ Com o liberalismo e o fortalecimento da ideologia de fortalecimento do direito contratual, se estabeleceu a prevalência da liberdade e da igualdade nas relações negociais. A autonomia privada garantia que o indivíduo contrataria com outra pessoa (igual a ela), se quisesse, como quisesse e quando quisesse. Da mesma forma, o contrato de trabalho (em tese) representaria uma relação entre iguais negociando livremente. Obviamente, esse tipo de reflexão potencializou a exploração predatória do trabalhador resultando em várias mazelas sociais.

⁷ Podemos dizer, assim, que se abandona uma situação de sujeição pessoal (ao *dominus* – senhor de escravos, ou ao senhor feudal) para se adotar uma situação de sujeição jurídica (por força contratual).

dos. A partir desse fato, houve o surgimento dos *trade-unions*⁸, os quais passaram, sobretudo, a auxiliar na fixação dos valores recebidos pelos trabalhadores da época e, posteriormente, contribuíram para a regulamentação das relações trabalhistas na Inglaterra.

Com o surgimento do movimento do constitucionalismo social, em que se pregava a inclusão das leis trabalhistas nas constituições de alguns países, surgiu a Constituição do México (promulgada em 1917). Ela foi a primeira do mundo a ter dispositivos sobre o direito do trabalho, como disciplinar a jornada, estipular a idade mínima para o trabalho, instituir o salário mínimo, estabelecer igualdade salarial, entre outros direitos.

Contribuindo para a repercussão da regulação dos direitos trabalhistas na Europa, a Alemanha promulgou, em 1919, a Constituição de Weimar que, entre outras garantias importantes, dispôs sobre a participação dos empregados nas empresas, principalmente nas negociações salariais, e instituiu um sistema de seguros sociais para os trabalhadores. As primeiras constituições que dispunham sobre os direitos trabalhistas influenciaram sobremaneira a regulamentação das relações contratuais de trabalho ao redor do mundo.

Ademais, ressalta-se que o trabalho tem sua importância para a sobrevivência do trabalhador, porém, não basta apenas a criação e regulamentação de opções de trabalho, mas também são necessárias condições que possam garantir um mínimo de qualidade dos empregos existentes.

Assim, tendo em vista o cenário mundial em meio e posterior à Revolução Industrial, com as condições degradantes de trabalho, bem como com a exploração dos menores e do trabalho das mulheres nas fábricas, e levando em consideração as revoltas ocorridas à época, a classe trabalhadora passa a ter maior influência. Dessa forma, a garantia de dignidade nas relações de trabalho e de justiça social tornou-se consequência lógica.

Nessa toada, o Tratado de Versailles cria a Organização Internacional do Trabalho em 1919. A OIT é um organismo internacional que, para a garantia da paz entre as nações, busca, mediante seus atos, a concretização da justiça social de que, posteriormente, surgiria a conceituação do trabalho decente.

Particularidades do trabalho rural

Ainda que pertencente à classe dos trabalhadores, o trabalhador rural possui uma série de especificidades que o diferencia dos trabalhadores que executam atividades no ambiente urbano. Essas particularidades repousam especialmente

⁸ As *trade-unions*, como ficaram conhecidas durante o período da Revolução Industrial, eram organizações que os trabalhadores formaram para lutar pelas garantias de seus direitos. Essas organizações evoluíram com o passar dos anos, até transformar-se em sindicatos.

no local da execução do serviço e nas condições adversas derivadas do próprio trabalho executado no meio rural, além da questão da demasiada desigualdade econômica entre o trabalhador e o empregador rurais.

Ademais, além da desigualdade financeira entre empregado e empregador rurais, ainda, tendo em vista as dificuldades de acesso e a distância entre o meio rural ser e os centros urbanos, na maior parte das vezes, os trabalhadores rurais não têm acesso à qualificação como os trabalhadores urbanos, o que acaba aumentando sobremaneira a discrepância entre as partes nas relações de trabalho.

Como explicitado, o próprio local de trabalho daqueles que desempenham suas funções no âmbito rural se diferencia do local dos demais trabalhadores. A garantia de condições de trabalho, como a efetividade de outros direitos trabalhistas, é dificultada pelo local onde se prestam tais serviços, ou seja, em meio a propriedades rurais muitas vezes afastadas e em locais de difícil acesso, o que já modificaria a condição de deslocamento para o trabalho.

Da mesma maneira, a fiscalização do cumprimento dos direitos dos trabalhadores nesses locais também fica prejudicada. Portanto, não havendo uma fiscalização efetiva nessas prestações de serviços, as irregularidades são mais frequentes e dificilmente punidas, o que acaba por incentivar a sua prática.

326

Ademais, as funções desempenhadas em ambiente rural são, geralmente, mais penosas do que aquelas desempenhadas no ambiente urbano; quase sempre, trata-se de serviços que exigem força física e, levando em consideração os locais onde são realizados, acabam por extenuar ainda mais as capacidades dos trabalhadores. Além da especificidade do local de trabalho, as desigualdades econômicas existentes entre os trabalhadores rurais e os demais são claras, pois, com o crescimento da tecnologia, o trabalho no âmbito rural passou a ser menos valorizado do que o urbano.

Nesse sentido, tendo em vista a evolução da tecnologia, o trabalhador rural tem perdido espaço para as máquinas utilizadas no campo, o que, para muitos trabalhadores, acaba por ocasionar o desemprego, em razão da ausência de qualificação para a operação de tais equipamentos, mas também tem consequências mais lesivas, qual seja a situação de exploração extrema sofrida por alguns trabalhadores que são cobrados em excesso por produtividades compatíveis com os maquinários mais avançados.

Assim, o difícil acesso dos locais de prestação de serviço, a ausência de qualificação do trabalhador e o aumento das tecnologias de manejo nos ambientes agrícolas, aliados à ausência de fiscalização do cumprimento dos direitos trabalhistas dos empregados rurais, acabam por contribuir com a exploração do trabalhador rural.

TRABALHO URBANO E RURAL NO DIREITO BRASILEIRO

No Brasil, os direitos trabalhistas eram poucos e constantes em legislações esparsas até a criação da Consolidação das Leis Trabalhistas (promulgada em 1943), que, além de reorganizar as normas já existentes, inovou nas garantias aos trabalhadores. Porém, em função do período histórico em que foi concebida, a CLT tratou de regular apenas as regras em relação ao trabalhador operário urbano. Assim, durante muitos anos, o trabalhador rural não possuía os mesmos direitos e garantias dos demais trabalhadores.

Durante esse período, a princípio, o trabalho rural não tinha regulamentação, o que somente ocorreu apenas no ano de 1963, com o Estatuto do Trabalhador Rural (Lei n. 4.214/63) que seria revogado pela Lei n. 5.889/73, a qual poderia ser aplicada subsidiariamente apenas nos casos em que a CLT não fosse contrária.

Ocorre que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve a mais importante modificação para o trabalhador rural: a sua equiparação ao trabalhador urbano, sendo que, a legislação infraconstitucional, continuaria resguardando direitos específicos para as classes de trabalhadores no meio rural.

Considerando-se que o trabalho urbano é o mais atendido pela CLT e também é o mais presente em nossa sociedade, tomamos por necessário conceituar e esclarecer o que é o trabalho rural.

Poderíamos dizer, de forma simples, que é trabalho rural toda e qualquer atividade desempenhada em propriedade rural buscando fins lucrativos, ou que se execute em prédio rústico destinado à exploração própria do espaço agrário (agricultura, pecuária, atividades extrativas e agroindustriais), estando ou não no perímetro rural, ou inserida na agroeconomia⁹.

O conceito de empregado rural se encontra disciplinado no art. 2º da Lei 5.889/73: “Empregado rural é toda a pessoa física que em propriedade rural ou prédio rústico, presta serviços de natureza não eventual a empregador rural, sob a dependência deste, mediante salário”¹⁰. Há outro conceito apresentado pela CLT, Art. 7º, *b*:

Art. 7º. (...)

b) aos trabalhadores rurais, assim considerados aqueles que, exercendo funções diretamente ligadas à agricultura e à pecuária, não sejam empregados em atividades que, pelos métodos de execução dos respectivos

⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 33. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 206.

¹⁰ BRASIL, Lei n. 5.889, de 8 de junho de 1973, *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jun. 1973, p. 5585.

trabalhos ou pela finalidade de suas operações, se classifiquem como industriais ou comerciais¹¹;

Como se pode observar, o conceito celetista priorizava a questão geográfica e a atividade, enquanto a Lei 5.889/73 utilizava como referencial o enquadramento do empregador. Tal divergência de conceitos legais foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal pela Súmula 196¹², que adotou a regra do segmento da atividade do empregador (constituída como regra geral do Direito do Trabalho)¹³, nos seguintes termos: “196. Ainda que exerça atividade rural, o empregado de empresa industrial ou comercial é classificado de acordo com a categoria do empregador”¹⁴.

Há que se observar que, conciliando as duas posições, a OJ n. 38, SDI-I/TST “fixa um segundo critério relevante, a ser aferido combinadamente ao primeiro já exposto (enquadramento do empregador): o local de prestação laborativa”¹⁵. Observemos:

38. Empregado que exerce atividade rural. Empresa de reflorestamento. Prescrição própria do rurícola (Lei no 5.889, de 8-6-1973, art. 10, e Decreto no 73.626, de 12-2-1974, art. 2º, § 4º). O empregado que trabalha em empresa de reflorestamento, cuja atividade está diretamente ligada ao manuseio da terra e de matéria-prima, é rurícola e não industrial, nos termos do Decreto no 73.626, de 12-2-1974, art. 2º, § 4º, pouco importando que o fruto de seu trabalho seja destinado à indústria.

¹¹ BRASIL, Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, aprova a Consolidação das Leis do Trabalho, Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 09 ago. 1943, p. 11937.

¹² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula 196. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=196.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>, acesso em: 28 set. 2014.

¹³ Podemos citar, v.g., nesse sentido: “**EMENTA:** ENQUADRAMENTO. TRABALHADOR RURAL. CRITÉRIO PARA DEFINIÇÃO. USINA DE AÇÚCAR E ÁLCOOL. PRESCRIÇÃO. **Para o enquadramento do empregado como trabalhador urbano ou rural é irrelevante a análise das peculiaridades da atividade por ele exercida, devendo-se observar a natureza da atividade preponderante do empregador.** RURÍCOLA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. AÇÃO AJUIZADA ANTES DO QUINQUÊNIO DA EMENDA CONSTITUCIONAL 28 /2000. A decisão recorrida está em consonância com a Orientação Jurisprudencial 417 da SDI-1 desta Corte. Recurso de Embargos de que se conhece em parte e a que se nega provimento”. TST Processo: E-RR 609007820045150029 60900-78.2004.5.15.0029. Relator: João Batista Brito Pereira. Julgamento: 16.08.2012. Publicação: 31.08.2012. (grifos nossos).

¹⁴ Cumpre destacar que se construiu uma exceção à esta regra geral: “quanto às empresas de florestamento e reflorestamento que, enquadradas jurídica e administrativamente como empresas urbanas seus empregados serão tidos como rurícolas desde que, efetivamente exerçam atividades rurais” SEGUNDO, Ronaldo Lopes Pimenta. Os direitos constitucionais e peculiares dos trabalhadores rurais. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 10 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.36401&seo=1>>. Acesso em: 28 set. 2014.

¹⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed., São Paulo: LTr, 2010. p. 373.

Requisitos para configuração de um conceito jurisprudencial de trabalho...

Assim, aplica-se a prescrição própria dos rurícolas aos direitos desses empregados¹⁶.

Podemos afirmar, dados os esclarecimentos, que empregado rural é a pessoa física (pessoalidade) vinculada a empregador rural¹⁷ (critério especial) que, em prédio rústico ou propriedade rural (critério especial), presta serviços de forma habitual, sob subordinação mediante salário.

Apenas para fins de esclarecimento, cabe trazer à baila o conceito de trabalhador rural (categoria mais ampla do que empregado rural) formulado pela OIT, na Convenção 141, Art. 2º:

Abrange todas as pessoas dedicadas, nas regiões rurais, a tarefas agrícolas ou artesanais ou a ocupações similares ou conexas, tanto se trata de assalariados como, ressalvadas as disposições do parágrafo 2º deste artigo, de pessoas que trabalhem por conta própria, como arrendatários, parceiros e pequenos proprietários¹⁸.

Assim, o conceito de trabalhador rural trazido pela OIT é mais abrangente do que os demais citados, que além de aludir àqueles que trabalham em local específico, qual seja a região rural, engloba os empregados que prestam serviços com habitualidade, os pequenos proprietários e demais pessoas que possuam ocupações nessas áreas.

329

O TRABALHO DECENTE E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

História do trabalho decente

O conceito de trabalho decente é algo relativamente novo, desenvolvido em 1999 pela OIT e propõe quatro pilares para sua efetivação¹⁹, que encontram se sustentam nos acontecimentos ao longo da história.

¹⁶ BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. OJ 38 da Seção de Dissídios Individuais I/TST. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_021.htm#TEMA38>. Acesso em: 29 set. 2014.

¹⁷ Para que fiquem mais bem esclarecidas as expressões, cabe dizer que será empregador rural toda e qualquer “pessoa física ou jurídica, proprietária ou não, que explore atividade agroecônômica, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou por meio de prepostos e com auxílio de empregados” (art. 3º da Lei n. 5.889/73). Podemos incluir também nesse conceito a exploração industrial em estabelecimento agrário.

¹⁸ Convenção 141, Aprovada na Conferência Internacional do Trabalho de Genebra. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/495>>. Acesso em: 18 set. de 2014.

¹⁹ O trabalho decente é o foco convergente de quatro objetivos estratégicos: a promoção dos direitos fundamentais no trabalho; emprego; proteção social e diálogo social. SOMAVIA, Juan. *Trabajo decente*. Memorial da 87ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho da OIT. 1999. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>>. Acesso em: 18 set. 2014.

Como sabido, a OIT é agência da ONU, dessa forma, pode-se considerar que está diretamente ligada a suas normas e orientações, utilizando-as para o desenvolvimento de seus trabalhos, atestando, assim, a importância do trabalho no desenvolvimento humano.

Ademais, como citado, a OIT surge em meio a um cenário mundial em que as condições degradantes de trabalho e a exploração de menores e mulheres eram constantes, sendo assim, a instituição aparece com o intuito de garantir a justiça social e a dignidade nas relações de trabalho.

Corroborando essa alegação está o preâmbulo da Constituição da entidade:

Considerando que existem condições de trabalho que implicam, para grande número e indivíduos, miséria e privações, e que o descontentamento que daí decorre põe em perigo a paz e a harmonia universais, e considerando que é urgente melhorar essas condições no que se refere, por exemplo, à regulamentação das horas de trabalho, à fixação de uma duração máxima do dia e da semana de trabalho, ao recrutamento da mão-de-obra, à luta contra o desemprego, à garantia de um salário que assegure condições de existência convenientes, à proteção dos trabalhadores contra as moléstias graves ou profissionais e os acidentes do trabalho, à proteção das crianças, dos adolescentes e das mulheres, às pensões de velhice e invalidez, à defesa dos interesses dos trabalhadores empregados no estrangeiro, à afirmação do princípio “para igual trabalho, mesmo salário”, à afirmação do princípio da liberdade sindical, à organização do ensino profissional e técnico, e outras medidas análogas²⁰.

330

Ainda, denota-se a importância social do trabalho no fato de este se encontrar elencado na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (1948) em seu artigo 23, conforme redação:

1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
2. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito à igual remuneração por igual trabalho.
3. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.
4. Todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses²¹.

²⁰ CONSTITUIÇÃO da Organização internacional do Trabalho (OIT). Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf>. Acesso em: 18 set. 2014.

²¹ Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2014.

Requisitos para configuração de um conceito jurisprudencial de trabalho...

Dessa forma, a OIT, ao longo dos anos, vem direcionando esforços para a efetivação de melhores condições de trabalho e garantia da dignidade dos trabalhadores. Nesse contexto, em 1999, surge o conceito de trabalho decente, principalmente como ferramenta de combate à pobreza.

Conceito de trabalho decente

OIT

A entidade conceitua o trabalho decente de forma a reunir quatro pilares fundamentais, como podemos extrair da redação que segue:

O Trabalho Decente é o ponto de convergência dos quatro objetivos estratégicos da OIT: o respeito aos direitos no trabalho (em especial aqueles definidos como fundamentais pela Declaração Relativa aos Direitos e Princípios Fundamentais no Trabalho e seu seguimento adotada em 1998: (i) liberdade sindical e reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; (ii) eliminação de todas as formas de trabalho forçado; (iii) abolição efetiva do trabalho infantil; (iv) eliminação de todas as formas de discriminação em matéria de emprego e ocupação), a promoção do emprego produtivo e de qualidade, a extensão da proteção social e o fortalecimento do diálogo social²².

331

O principal objetivo da OIT, conforme extrai-se do Memorial da 87ª Conferência Internacional do Trabalho “é promover oportunidades para homens e mulheres para obter um trabalho digno e produtivo em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humana”²³.

Dessa forma, depreende-se dos conceitos expostos pela OIT, que o trabalho decente é aquele que concentra as condições elencadas, visando promover os direitos fundamentais do trabalho, o emprego, a proteção social e o diálogo social, que são os quatro pilares nos quais esse conceito se sustenta.

Assim, conforme depreende-se das redações apresentadas pela entidade, o conceito de trabalho decente é muito amplo. Dessa forma, em virtude de sua denominação, na maioria das vezes, o termo decente é confundido como oposição a indecente, que tem conotação moral, quando, na verdade, decente seria o oposto de indigno ou de degradante, já que sua denominação está diretamente ligada às condições de trabalho, e não ao fim a que se destina o trabalho.

²² Conceito retirado do sitio da Organização Internacional do Trabalho, disponível em: <<http://www.oit.org.br/content/o-que-e-trabalho-decente>>. Acesso em: 18 set. 2014.

²³ SOMÁVIA, 1999.

Doutrina

Na doutrina, a conceituação de trabalho decente não apresenta forma muito diversa daquela estabelecida pela OIT e, ainda, apresenta, na maioria das vezes, um conceito diretamente ligado a violações da dignidade da pessoa humana e considera o trabalho decente como paradigma das condições de trabalho degradante.

De acordo com Oscar Ermida Uriarte, o conceito de trabalho decente construído pela doutrina se assemelha muito com aquele já estabelecido pela OIT, conforme segue:

Trabalho decente não pode ser senão trabalho em quantidade e qualidade suficientes, adequadas, dignas e justas, que inclui respeito aos direitos, renda e condições de trabalho satisfatórias, proteção social e contexto de liberdade sindical e diálogo social²⁴.

Mais fácil do que conceituar o trabalho decente é discorrer acerca das condutas que violam a dignidade do trabalhador e, em consequência, colocam-no em condições degradantes, caracterizadoras de atos contrários ao trabalho decente.

Nesse sentido, leciona José Claudio Monteiro de Brito Filho:

332

Não há trabalho decente sem condições adequadas à preservação da vida e da saúde do trabalhador. Não há trabalho decente sem justas condições para o trabalho, principalmente no que toca às horas de trabalho e aos períodos de repouso. Não há trabalho decente sem justa remuneração pelo esforço despendido. Não há trabalho decente se o Estado não toma as medidas necessárias para a criação e para a manutenção dos postos de trabalho. Não há, por fim, trabalho decente se o trabalhador não está protegido dos riscos sociais, parte deles originada do próprio trabalho²⁵.

Dessa forma, podemos compreender o trabalho decente como uma série de condições que devem ser garantidas aos trabalhadores e que sejam capazes de proporcionar a eles o mínimo suficiente para a sua dignidade. Condições estas que proporcionam qualidade em sua vida, em que o trabalho não seja excessivamente penoso, mas que seja adequadamente remunerado, e que a saúde do trabalhador seja protegida.

²⁴ URIARTE, Oscar Ermida. *Trabajo decente y formación profesional*. Disponível em: <<http://temp.oitcinterfor.org/public/spanish/region/ampro/cinterfor/publ/boletin/151/pdf/erm.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2014.

²⁵ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Trabalho decente: análise jurídica da exploração, trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 52.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA E O TRABALHO DECENTE

Dados estatísticos

Ante os argumentos expostos, denota-se que o conceito de trabalho decente consiste em uma série de condições devidas ao trabalhador, que visam a garantia da dignidade da pessoa humana.

Assim, como o conceito de trabalho decente ainda é um tanto vago e existe a necessidade de sua aplicação nos casos concretos, imperioso compulsar as decisões dos Tribunais brasileiros, a fim de constatar como o trabalho decente é conceituado na prática.

Para o presente trabalho, foram realizadas pesquisas nos Tribunais Regionais do Trabalho e no Tribunal Superior do Trabalho com as palavras chave “trabalho decente”, utilizando-se apenas as jurisprudências em que o termo pesquisado constava expresso na ementa dos julgados.

Por esse critério, foram encontradas 9 (nove) jurisprudências²⁶. Passamos, então, à análise do conteúdo das ementas e elencamos as expressões mais utilizadas para configuração do trabalho decente ou, ainda, atos que constituam sua violação.

Dessa forma, relacionamos as condutas especificadas nos julgados utilizados para a presente pesquisa caracterizadoras da violação ao trabalho decente e resultantes nos seguintes termos:

- Não fornecimento de trabalho saudável;
- Não fornecimento de instalações sanitárias; precariedade de instalações sanitárias;
- Trabalho em condições degradantes;
- Imposição de humilhação injusta; situação vexatória e constrangimento;
- Condições de trabalho inadequadas;
- Descumprimento de normas mínimas de higiene, saúde e segurança do trabalho;
- Violação de direitos fundamentais;
- Ausência de locais ou recipientes disponíveis para guarda e conservação de marmitas;
- Ausência de abrigos suficientes para proteção contra as intempéries durante as refeições;
- Condições precárias de repouso, alimentação e higiene no ambiente laboral.

²⁶ As jurisprudências pesquisadas estão anexadas a este trabalho de pesquisa, tendo em vista a extensão de suas ementas e visando o melhor entendimento do projeto em si.

Assim, tendo em vista a recorrência das presentes expressões nas jurisprudências consultadas, importante a reunião dessas condições para a criação de um novo conceito de trabalho decente, mais específico e simplificado, garantindo a efetividade de sua aplicação.

Conceito e forma de abordagem

Considerando os argumentos expendidos ao longo deste trabalho de pesquisa, podemos concluir que o conceito de trabalho decente ainda é vago, abrindo margem para diversas interpretações, principalmente aquelas que insiram o termo “decente” em oposição ao trabalho indecente, aquele que fere a moral.

Nesse sentido, o trabalho decente seria aquele que respeitasse as regras de moral difundidas em nossa sociedade, o que enquadraria, apenas a título de exemplo, o trabalho das prostitutas como uma afronta ao trabalho decente, levando este para um quadro de violação ao que a sociedade entende como moralmente aceitável, sem considerar as condições de trabalho, mas sim o fim que atinge.

Quando, na realidade, o termo “decente” da expressão seria o oposto de indigno, de degradante, em que o conceito de trabalho decente está diretamente relacionado às condições de trabalho, ou seja, o que fere o trabalho decente são as condições precárias, a ausência de garantia do mínimo de dignidade e respeito à pessoa do trabalhador, que o reduziria do tratamento de pessoa ao de coisa.

334

Diante dessa confusão de conceitos, compulsando as decisões proferidas pelos tribunais brasileiros, busca-se não apenas implementar um conceito específico de trabalho decente, mas também elencar requisitos para a caracterização do trabalho decente.

Embora o presente trabalho de pesquisa tenha como objeto o ambiente rural, as pesquisas realizadas foram utilizando apenas o termo “trabalho decente” e, entre os julgados encontrados, extraímos os quesitos elencados que tivessem relação direta com o trabalho em âmbito rural e suas especificidades.

Como depreende-se dos acórdãos colacionados, em sua maioria, o trabalho decente sempre aparece como a oposição à expressão “trabalho em condições degradantes”, claramente em virtude do fato de o conceito de ambos estar diretamente ligado à dignidade do trabalhador.

Ademais, trabalho em condições degradantes é um conceito aberto, assim como o de trabalho decente, podendo conceituá-lo de forma mais simples pelas condições que o violam. Nesse passo, leciona José Cláudio Monteiro de Brito Filho²⁷:

²⁷ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Trabalho com redução do homem à condição análoga à de escravo e dignidade da pessoa humana*. Disponível em: <<http://pgt.mpt.gov.br/publicacoes/escravo/dignidade-trabalhoescravo.pdf>> Acesso em: 23 out. 2014.

Requisitos para configuração de um conceito jurisprudencial de trabalho...

Na verdade, como em muitos institutos que têm conceitos ditos “abertos”, às vezes é mais fácil dizer o que não é trabalho em condições degradantes do que o contrário. Seria simples, por exemplo, dizer que um trabalho, mesmo que exercido em condições duras, como o dos lavradores no campo, não seria considerado como em condições degradantes se os trabalhadores tivessem a adequada proteção para o seu exercício; tivessem os seus direitos trabalhistas resguardados, incluindo aí jornada de trabalho normal, bem como tivessem condições razoáveis de moradia, alimentação e higiene, e fossem respeitados.

Assim, podemos dizer que o trabalho em condições degradantes é aquele em condições precárias, em que não são assegurados os direitos trabalhistas, com a clara violação da dignidade da pessoa, reduzindo sua capacidade.

Nas decisões consultadas, como vimos no tópico anterior, não encontramos um conceito de trabalho decente, porém apenas a expressão, precedida de condutas que configuram sua violação e, em algumas vezes, sua utilização como sinônimo de trabalho digno, ou apenas como oposição ao trabalho degradante.

Nessa senda, reunimos as condutas caracterizadas nos julgados analisados, como violações ao trabalho decente e, com ênfase nas condições atípicas dos trabalhadores rurais, reunimos as expressões recorrentes para a criação de um conceito de trabalho decente.

Conforme citado, o conceito formulado pela Organização Internacional do Trabalho acerca do trabalhador rural é mais abrangente do que a classificação de empregado rural disposta na legislação brasileira. Sendo assim, podem ser considerados trabalhadores rurais todos aqueles que se dedicam a tarefas em áreas rurais, e não apenas quem presta serviços em tais regiões.

Diante disso e das dificuldades inerentes ao local de trabalho, quais sejam, as áreas rurais serem de difícil acesso, distantes das cidades e, na maioria das vezes, das sedes das empresas, é necessário implementar medidas para garantir um meio ambiente de trabalho digno aos empregados.

Nessa toada, tendo em vista os argumentos expendidos, bem como as condições relacionadas nas jurisprudências dos tribunais brasileiros, podemos conceituar o trabalho decente como aquele que fornece condições para a garantia da dignidade do trabalhador, não o submetendo a situações degradantes, humilhantes ou vexatórias; em que sejam cumpridas as normas mínimas de higiene, saúde e segurança do trabalho; sejam providenciadas instalações sanitárias, proporcionados locais para repouso, bem como locais ou recipientes para a guarda e conservação dos alimentos, juntamente com abrigos suficientes para a proteção contra as intempéries durante as refeições.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a evolução das formas de trabalho ao longo dos anos, surgiu a necessidade da criação de legislações para garantia dos direitos conquistados pelos trabalhadores. Assim, além das legislações dos países, em meio às modificações importantes nas condições de trabalho, surge a Organização Internacional do Trabalho.

Assim, a OIT, como braço da Organização das Nações Unidas, surge para garantir a paz entre as nações e buscar a efetivação dos direitos humanos por meio do trabalho.

Em 1999, na Convenção da Organização Internacional do Trabalho, surge o conceito de trabalho decente, que seria um trabalho produtivo e adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança e capaz de garantir uma vida digna.

Em que pese o conceito de trabalho decente apresentado pela Organização Internacional do Trabalho, bem como pela doutrina, depreender-se da análise dos conceitos apontados ao longo do presente trabalho de pesquisa, tal conceito ainda é vago e não tem uma delimitação exata de sua aplicação.

336

Dessa forma, o conceito aberto acerca do tema, em vez do que propõe, que é a garantia de condições de trabalho dignas, abre margem para diversas interpretações que, em muitas vezes, em nada auxilia a vida do empregado. Afinal, quando não é possível definir o conceito exato de um tema, como o trabalho decente, sua efetivação depende de interpretações, impedindo, assim, que as garantias devidas ao trabalhador sejam realizadas, ensejando a possibilidade de serem suprimidas em virtude da ausência da expressa determinação no conceito.

Sendo assim, como o trabalho decente deve ser implementado nas relações laborais brasileiras, a sua aplicação nos casos concretos, muitas vezes, depende da atuação judicial. Dessa forma, necessária uma análise nesses julgados visando a caracterização desse conceito nos casos concretos.

Nessa senda, a presente pesquisa, com enfoque nas jurisprudências dos tribunais brasileiros, visou a construção de um conceito de trabalho decente, mediante requisitos dispostos nas decisões, para a sua caracterização nos casos que se socorrem ao judiciário.

Ainda, devido às condições peculiares dos trabalhadores no campo, salutar a criação de um conceito de trabalho decente, mais específico, para, assim, a garantia das condições mínimas de trabalho e em condições dignas serem aplicadas a esses trabalhadores.

Nessa senda, por meio dos conceitos existentes e das jurisprudências analisadas, podemos concluir que o conceito de trabalho decente no campo seria aquele que fornece condições para a garantia da dignidade do trabalhador, não

o submetendo a situações degradantes, humilhantes ou vexatórias; em que sejam cumpridas as normas mínimas de higiene, saúde e segurança do trabalho; haja o fornecimento de instalações sanitárias, locais para repouso e de locais ou recipientes para a guarda e conservação dos alimentos, juntamente com abrigos suficientes para a proteção contra as intempéries durante as refeições.

Assim, de posse de um conceito mais específico acerca do trabalho decente nas regiões rurais, visamos, com a simplificação de seu conceito, a aplicação deste nas relações de trabalho no campo, garantindo as condições de trabalho decente para os trabalhadores dessas localidades.

REFERÊNCIAS

- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.
- BENTEMULLER, Fernanda Elisa Viana Pereira. Evolução do trabalho escravo no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3432, 23 nov. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23075>>. Acesso em: 15 fev. 2014.
- BRASIL, Lei n. 5.889, de 8 de junho de 1973, Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jun. 1973, p. 5.585.
- BRASIL, Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho, Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 9 ago. 1943, p. 11937.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula 196. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=196.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 28 set. 2014.
- BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. OJ 38 da Seção de Dissídios Individuais I/TST. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_021.htm#TEMA38> Acesso em: 29 set. 2014.
- BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Trabalho decente: análise jurídica da exploração, trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Trabalho com redução do homem à condição análoga à de escravo e dignidade da pessoa humana*. Disponível em: <<http://pgt.mpt.gov.br/publicacoes/escravo/dignidade-trabalhoescravo.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2014.
- CONSTITUIÇÃO da Organização internacional do Trabalho (OIT). Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf>. Acesso em: 18 set. 2014.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- FILHO, Ives Gandra da Silva Martins. Breve história da Justiça do Trabalho. In: FERRARI, Irany *et al.* *História do trabalho, do direito do trabalho e da Justiça do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002.
- INAGUE, T. R. *A história e consequência da Revolução Francesa no direito do trabalho*. In: V Encontro de Iniciação Científica e IV Encontro de Extensão Universitária e I Encontro

de Iniciação Científica para Ensino Médio das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, 2009, Presidente Prudente. p. 1-9. Disponível em: <<http://intertemas>>.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação do direito do trabalho*. 33. ed. São Paulo: LTr, 2007.

RISÉRIO, Antonio. Escravos de escravos. *Revista Nossa História*, Biblioteca Nacional, Ano 1, n. 4, fev. 2004.

SEGUNDO, Ronaldo Lopes Pimenta. Os direitos constitucionais e peculiares dos trabalhadores rurais. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 10 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.36401&seo=1>>. Acesso em: 28 set. 2014.

SILVA, Daniel B. Domingues. Parceiros no tráfico. *Revista História Viva*, Ed. Duetto, n. 66, abril/2009, p. 34-39.

SOMAVIA, Juan. *Trabajo decente*. Memorial da 87ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho da OIT. 1999. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>>. Acesso em: 18 set. 2014.

URIARTE, Oscar Ermida. *Trabajo decente y formación profesional*. Disponível em: <<http://temp.oitcinterfor.org/public/spanish/region/ampro/cinterfor/publ/boletin/151/pdf/erm.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2014.

VISSIÈRE, Laurente. O lucrativo tráfico de escravos brancos, *Revista História Viva*, Duetto, n. 80, junho/2010.

Data de envio: 12/12/2014

Data de aprovação: 01/08/2015