



## **Expediente 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:** Adrielly Francine Rocha Tiradentes, Henrique Cassalho Guimarães, 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<sup>a</sup>. 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 Freire de Souza – UFJF

Prof. Dr. Leonardo José Carneiro da Cunha – UFPE e UNICAP

Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - UNISINOS

Prof. Dr. Luiz Alberto David Araujo - PUC São Paulo

Prof. Dr. Marcilio Toscano Franca Filho – UFPB

Prof<sup>a</sup>. Dra. Angela Araújo da Silveira Espindola - UNISINOS

Prof<sup>a</sup>. Dra. Flávia Piovesan, PUC – SP e PR

Prof<sup>a</sup>. Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha - UNISINOS

Prof<sup>a</sup>. Dra. Maria Sylvia Zanella Di Pietro – USP

Prof<sup>a</sup>. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho – UCB – DF

#### **Pareceristas atuantes:**

Dra. Adriana Silva Maillart – UNINOVE

Me. Alberto Lima Wunderlich – FSG

Dra. Angela Araujo da Silveira Espindola – UFSM

Pós-Dr. Artur Stamford da Silva – UFPE

Dr. Bruno Fraga Pistinzi – PUCMG

Dr. Christiano de Oliveira Taveira – UCAM

Ma. Clarissa Tassinari – UNISINOS

Dr. Daniel Francisco Nagao Menezes – MACKIENZE

Pós- Dr. Dirceu Pereira Siqueira – UNIFAFIBE

Dra. Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann – UNESA

Pós- Dr. Edson Vieira da Silva Filho – FDSM

Pós-Dr. Eduardo Henrique Lopes Figueiredo – FDSM

Dr. Eduardo Lima de Matos – UFS

Me. Elias Jacob de Menezes Neto – UNISINOS

Pós- Dr. Elias Kallás Filho – FDSM

Dr. Everaldo Tadeu Quilici Gonzalez – UNIMEP

Dr. Fábio Periandro de Almeida Hirsch – FBD

Dr. Fernando Sérgio Tenório de Amorim – CESMAC

Pós- Dr. Germano André Doederlein Schwartz – FMU

Dr. Harrison Ferreira Leite – UFBA

Dr. Henrique Mioranza Koppe Pereira – UCS

Dr. Jorge Luis Fortes Pinheiro da Camara – UERJ

Dr. Jose Carlos Buzanello – UNIRIO

Dr. José Luiz Ragazzi – IESB

Dr. Leonel Pires Ohlweiler – ULBRA

**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](mailto: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.fdsu.edu.br/site/posgraduacao/diretrizes.php>

## EDITORIAL

### ESTADO, DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

O volume 31, n. 2, da Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas é formado por dezessete artigos relacionados com os temas do Estado, da democracia e dos direitos fundamentais sociais.

Em um artigo sobre a democracia participativa e o desenvolvimento sustentável, Agostinho Olli Koppe Pereira e Cleide Calgaro analisam as possibilidades de construção de uma racionalidade ambiental diferente das noções tradicionais de desenvolvimento por meio de um modelo de democracia participativa. Em seguida, Laura Fernanda Melo Nascimento e Adriano Fernandes Ferreira apresentam uma reflexão acerca da significação tácita da dignidade da pessoa humana nas decisões judiciais, a partir dos aportes filosóficos de Kant. Marta Ribeiro de Almeida e Pedro Henrique Bottizini estabelecem uma investigação histórica a respeito da prolixidade dos textos constitucionais, de 1824 a 1988, com referência a matérias infraconstitucionais.

Para explicitar a estruturação de mitos da não violência na resolução de conflitos, Caroline Liebi utiliza o pensamento de Walter Benjamin e analisa a prática da greve de fome como um meio não pacífico de exercício de poder. Eliese Almeida apresenta uma investigação sobre os processos de legitimação do Estado, entendido como um conjunto de instituições fundamentais em tempos de concretizações atemporais de objetivos e de funções. Para explicitar especificidades da democracia brasileira no artigo intitulado *Interesse, razão e afeto: a história do povo e do aparelho do estado pelas linguagens da democracia*, Davi Augusto Santana de Leis analisa a formação do aparelho administrativo do Estado brasileiro a partir da noção de ruptura com o passado, recorrente na história da democracia brasileira.

No artigo intitulado *Limite constitucional de jornada, dano existencial e trabalho escravo*, Amauri Cesar Alves observa que, apesar de os tribunais entenderem que as horas extras são meras referências para pagamento pela disponibilidade do empregado, a jornada de trabalho é um direito que não deve estar ligado apenas a um preço, como se pudessem existir horas extras habituais. O artigo sustenta a tese de que a sobrejornada de trabalho pode ensejar também indenizações. Ainda na área dos direitos fundamentais sociais, Douglas Ferreira Santos traça um mapa do trabalho escravo rural no Estado do Mato Grosso do Sul, identificando situações de trabalho análogo à escravidão, que ocorrem na região, e apontando desafios e possíveis caminhos para o enfrentamento desse problema.

O Estado Democrático sob uma perspectiva do direito ambiental é o artigo de Cleiton Lixieski Sell e Fátima Barasuol Hammarström, no qual os pesquisadores realizam uma reflexão no que tange às diversas dimensões da questão ambiental sobre a noção de Estado Democrático de Direito. Cássio Schneider Bemvenuti analisa a relação entre o papel do juiz e o processo histórico de formação do Estado de Direito, no artigo cujo título é *O Estado Liberal clássico e o surgimento do État Legal na França: as garantias individuais e o papel do juiz no processo*. Diogo César Soares Ribeiro, no artigo intitulado *O fracassado canto do cisne no controle difuso brasileiro*, convoca os aportes teóricos da crítica hermenêutica do direito de Lenio Streck para estabelecer uma releitura das razões do modelo de controle difuso de constitucionalidade, objeto da Reclamação 4.335-5/AC.

Também em relação ao controle difuso de constitucionalidade, José Luís da Silva Tavares enfrenta uma perspectiva diferente da questão, analisando o papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade à luz da Reclamação 4.335-5/AC. Em seguida, Flávia Ávila Penido e Jordânia Cláudia de Oliveira Gonçalves procuram identificar o ideal de um processo constitucional como controle da legitimidade democrática das decisões jurisdicionais.

Giovani Clark e Leonardo Nunes de Souza investigam os discursos da maior eficiência do setor privado na prestação de serviços públicos, no modelo de parcerias público-privadas (PPPs) do direito administrativo brasileiro, a partir de um estudo de caso da Rodovia MG-050. Na sequência, em artigo intitulado *Quem deve ser o detentor da última palavra, o Judiciário ou o Legislativo?*, Vinícius Polli apresenta uma reflexão sobre os processos históricos de formação do Estado Democrático de Direito e a questão da legitimidade democrática da revisão judicial de decisões políticas.

Analisando a relação entre tutela penal e o paradigma da sustentabilidade, José Renato Gaziero Cella e Maurício Mosena identificam os desafios de uma mudança de paradigma na compreensão da criminalidade, não mais como um conjunto de problemas individuais e personalíssimos, mas como uma questão social, coletiva, que deve ser pensada na perspectiva da sustentabilidade. Finalizando este volume 31, n. 2, Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva, Bárbara Lupetti e Rafael Mario Iorio Filho apresentam o artigo intitulado *Uma análise empírica sobre o uso dos princípios, interpretação jurídica e decisão judicial*, no qual os autores analisam a existência de um abuso na convocação de princípios pelas decisões jurídicas em suas linhas de argumentação.

Todos os artigos foram enviados por seus respectivos autores e avaliados por professores e pesquisadores experientes nas respectivas áreas e temáticas de estudo. Avaliação esta feita às cegas, sem nenhuma identificação de autoria, filiação institucional ou titulação. Todos os artigos aqui publicados receberam parecer favorável à publicação, após uma cuidadosa leitura e análises criteriosas por parte dos pareceristas, que apontaram observações, sugestões, reflexões e

melhoramentos, enriquecendo muito a qualidade da Revista como um todo. Fica nosso agradecimento aos pareceristas que participaram dos trabalhos desta edição.

Esta edição também marca algumas conquistas importantes da Revista, as quais temos o prazer de anunciar. Desde que recebemos a avaliação B2 no Qualis/Capes, em 2012/2013, o fluxo de artigos submetidos à Revista aumentou exponencialmente, criando várias oportunidades e, ao mesmo tempo, muitos desafios. Desde então, a Revista passou a desenvolver uma série de rotinas e novos procedimentos de trabalho, priorizando sempre a exogenia, a transparência, a acessibilidade, a internacionalização e a honestidade, tanto para os autores quanto para os leitores.

Dentre as ações prioritárias desenvolvidas nesse período, destaca-se a implantação da versão eletrônica da Revista (ISSN 2447-8709), espelho da versão impressa (ISSN 1516-4551), que já se encontra disponível na internet para acesso gratuito e integral, inclusive com o conteúdo das edições anteriores. Mesmo com a versão eletrônica, nós mantemos os 64 acordos de permuta da versão impressão em operação, além de ser gratuitamente distribuída para 118 universidades do Brasil e do Exterior. Com a implantação da versão eletrônica, abre-se, agora, a oportunidade para uma difusão da Revista em nível global.

Outra conquista importante foi a organização das rotinas de trabalho visando à agilidade do trabalho editorial. A equipe da Revista responde prontamente a todos os pedidos de informações, inclusive e-mails, que são respondidos no prazo máximo de 48 horas. A primeira etapa da avaliação dos trabalhos, que é a análise da pertinência do artigo à linha editorial da Revista e do cumprimento das normas, é realizada e comunicada ao autor em menos de 48 horas. O resultado da avaliação pelos pareceristas é comunicado ao autor imediatamente, para que ele tenha ciência dos resultados dos pareceres. Com a implantação da nova versão eletrônica da Revista, a equipe editorial está estudando uma novidade importante, que é a possibilidade de publicação dos artigos em fluxo contínuo, quer dizer, a publicação imediata do artigo aprovado, revisado e diagramado na versão eletrônica da revista, sem precisar esperar o fechamento da edição impressa. Tudo para aumentar a agilidade dos trabalhos e diminuir o tempo entre a produção e a difusão do conhecimento.

Juntamente com o princípio de transparência que guia os trabalhos da equipe editorial, a Revista também preza muito pela diversificação das perspectivas teóricas, pela riqueza das abordagens, pela diversidade de pontos de vista. Acreditamos que não vale a pena usar hipérbolos ou eufemismos sobre dados de exogenia apenas para atingir índices ou exigências de qualificação. O mais importante, para nós, é a credibilidade que estamos construindo ao longo desses anos, no sentido de só termos trabalhos publicados que passaram, rigorosamente, por todas as etapas de avaliação.

Muitas conquistas foram realizadas desde a última avaliação da Revista. Mas junto com essas conquistas, temos também grandes desafios pela frente. A Revista já está indexada nos sistemas da Latindex, Assembleia de Minas, Portal de Periódicos (CAPES) e sumarios.org. Com a implantação da nova versão eletrônica da Revista em 2015, já estão em andamento os processos de indexação nas bases Scopus, DOAJ e Redalyc. Nossa meta para 2016 é realizar a indexação da Revista em outras bases de dados internacionais, sempre com o intuito de difusão, acessibilidade e transparência. A versão eletrônica da revista abriu também a possibilidade de se pensar em políticas ainda mais ousadas de internacionalização, que compreendem, em um primeiro momento, a contratação de pareceristas estrangeiros e a divulgação dos editais de chamada para submissão de artigos em todos os países de língua portuguesa. Em um segundo momento, o desafio consistirá na internacionalização da Revista por meio do acesso à língua, o que vai exigir um progressivo aumento de publicações em inglês.

Tudo isso faz da Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas um importante espaço de difusão do conhecimento para a comunidade científica, um espaço para publicação de trabalhos de altíssima qualidade, que apresentam contribuições científicas originais e discussões relevantes ao estado atual da arte em Constitucionalismo e Democracia, que constitui a linha editorial da Revista. Toda a equipe da Revista está comprometida com esses ideais e com os princípios de transparência, acessibilidade, exogenia e honestidade. Esses pequenos detalhes, formados por uma série de conquistas e desafios, fizeram com que a Revista evoluísse bastante em qualidade nesses últimos anos. Mas sabemos também dos desafios que temos pela frente, especialmente no que concerne à necessidade de uma progressiva política de internacionalização, como estratégia de difusão global de uma cultura jurídica mundial sobre Constitucionalismo e Democracia.

*Rafael Lazzarotto Simioni*

Pós-doutor em Teoria e Filosofia do Direito

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

# A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: A BUSCA DE UMA RACIONALIDADE AMBIENTAL

## PARTICIPATORY DEMOCRACY AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT: THE SEARCH FOR AN ENVIRONMENTAL RATIONALITY

Agostinho Oli Koppe Pereira\*  
Cleide Calgare\*\*

### RESUMO

---

No presente trabalho, pretende-se analisar se a democracia participativa pode vir a contribuir para o desenvolvimento sustentável nas sociedades e como seria possível chegar a uma racionalidade ambiental. Também, busca-se verificar como a democracia participativa contribui para a formação de uma racionalidade ambiental. Pela mesma seara, intenciona-se pesquisar a influência desta racionalidade, enquanto categoria socialmente edificada, sobre a implementação efetiva do desenvolvimento sustentável. O método utilizado é o analítico. Conclui-se que para essa mudança de valores, na sociedade, é fundamental a solidificação da democracia participativa, em que se consolida o cidadão enquanto partícipe efetivo da condição social, atuando como agente ativo da história.

**Palavras-chave:** meio ambiente; democracia participativa; racionalidade; cidadania; desenvolvimento sustentável.

---

\* Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS); Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE; Bacharel em Direito pela Universidade de Caxias do Sul – UCS; Professor e pesquisador no Programa de Mestrado e em Curso de Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul – UCS; Coordenador do Grupo de Pesquisa “Metamorfose Jurídica”. CV: <http://lattes.cnpq.br/5863337218571012>. E-mail: Agostinho.koppe@gmail.com.

\*\* Doutora em Ciências Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Pós-doutorado em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Doutoranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz. Mestre em Direito e Mestre em Filosofia pela Universidade de Caxias do Sul. Mestre em Filosofia pela Universidade de Caxias do Sul. Bacharel em Direito pela Universidade de Caxias do Sul. É professora do Curso de Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul. Atua como pesquisadora no Grupo de Pesquisa “Metamorfose Jurídica”. CV: <http://lattes.cnpq.br/8547639191475261>. e-mail: ccalgare@ucs.br



## ABSTRACT

The present work intends to analyze if the participatory democracy can come to contribute to the sustainable development in societies and how it would be possible to reach an environmental rationality. Also, it aims to check how participatory democracy contributes to the formation of an environmental rationality. In the same way, it is intended to search the influence of this rationality, while category socially built, on the effective implementation of sustainable development. The method used is the analytical one. It is concluded that for this change of values in society, it is essential the solidification of participatory democracy, where the citizen is consolidated as an effective participant of the social condition, acting as an active agent in history.

**Keywords:** Environment. Participatory democracy. Rationality. Citizenship. Sustainable development.

## INTRODUÇÃO

O espoco que motivou os autores no presente artigo foi analisar se a democracia participativa pode vir a contribuir para o desenvolvimento sustentável nas sociedades. Assim, pois, foi examinada a necessidade de uma nova racionalidade ambiental, com a implantação de novos conceitos, em que a própria cidadania e a sociedade se efetivem sobre as bases de novas condições valorativas.

10

No primeiro ponto deste artigo, verificam-se as possibilidades de aprofundamento da ideia de racionalidade ambiental, considerando as diversas teorias que ladeiam o tema e, também, se analisa a Carta Encíclica *Laudato Si*, do Papa Francisco que aponta a necessidade de uma nova tomada de posição frente ao modo de vida da sociedade moderna consumista. Por outro lado, no âmbito jurídico, foi abordada a Constituição do Equador que inovou, substancialmente, a forma de relacionamento entre o ser humano e a natureza.

No segundo momento, pesquisam-se a democracia participativa e a ideia de desenvolvimento sustentável dentro da visão de que o indivíduo, enquanto cidadão, não pode restar inerte frente às decisões do Estado e dos grupos econômicos. A democracia representativa induz a uma inércia do cidadão nos intervalos entre as eleições, dentro da ideia irreal de que o representante votará, sempre, conforme a vontade do eleitor que o elegeu. Além desses aspectos, este trabalho pretende-se se ocupar da necessidade do fortalecimento de uma racionalidade ambiental, em que se estabelece uma lógica inter-relacional envolvendo o ser humano e o meio ambiente.

O método utilizado é o analítico, pelo qual se estuda como a democracia participativa permite atingir o desenvolvimento sustentável e uma racionalidade ambiental. O tema central da pesquisa dá-se na análise de como a democracia participativa pode levar ao desenvolvimento sustentável. Conclui-se que existe a

democracia participativa juntamente com a ideia de cooperação social visando uma racionalidade ambiental pode permitir um desenvolvimento sustentável no planeta. Espera-se que este artigo contribua para o aprofundamento das discussões sobre a democracia participativa, no contexto das ideias de desenvolvimento sustentável e racionalidade ambiental.

### A BUSCA DE UMA RACIONALIDADE AMBIENTAL

A visão do ser humano, historicamente, tem se voltado para uma ideia antropocêntrica, pela qual ele se considera o centro do universo, desconsiderando a necessidade de que sua própria existência depende da harmonia com a natureza, pois as suas próprias funções orgânicas dependem da manutenção do meio ambiente na forma como este se apresenta agora. Ou seja, por exemplo: a mudança climática, como já acontece em grandes cidades, pode afetar a composição do ar, tornando-o impróprio à vida humana, a mudança climática pode afetar o sistema de temperatura global – como já vem acontecendo –, aumentando a temperatura do planeta e provocando o desaparecimento de espécimes básicos à manutenção do processo alimentar do ser humano. O antropocentrismo, portanto, se estabelece em uma relação de dominação do homem sobre a natureza e, mais modernamente, essa relação tem se mantido em razão da busca do lucro, ou seja, o econômico prevalecendo sobre a natureza. Por outras palavras, o ser humano enxerga a natureza pelo viés monetário. Sobre o antropocentrismo bem realça Carvalho,

A visão antropocêntrica, panteísta, está profundamente arraigada em nosso universo mental e deita raízes nas origens de nossa civilização atual. Os nossos valores culturais vêm insistindo, praticamente sem interrupção no decurso histórico, na predominância absoluta do ser humano sobre a natureza e sobre os demais seres. A ideia de domínio total impõe, numa categoria de dever moral, a subjugação do não humano. Dominar, impor, transformar, criar novas realidades materiais parece ser uma determinação inelutável ligada ao destino de “ser humano”<sup>1</sup>.

O domínio econômico, a dominação, a apropriação, a exploração sem critérios e a utilização da natureza como bem infinito são temas que têm preocupado cientistas não só das áreas exatas, mas sobretudo das áreas das ciências humanas e sociais, vez que a manutenção de uma harmonia entre o ser humano e a natureza se faz necessária para a preservação do *status quo* do sistema simbiótico que proporciona a existência da vida como a conhecemos, ou seja essa harmonia prevalece sobre o econômico quando se fala da sobrevivência do planeta e, conseqüentemente, da do ser humano.

---

<sup>1</sup> CARVALHO, Carlos Gomes de. *O que é direito ambiental: dos descaminhos da casa à harmonia da nave*. Florianópolis: Habitus, 2003, p. 16.

Dessas discussões, surgem várias alternativas. Uma delas é a que se refere à visão biocêntrica. Sobre esse aspecto se manifesta José Renato Nalini:

Somente a ética pode resgatar a natureza, refém da arrogância humana. Ela é a ferramenta para substituir o deformado *antropocentrismo* num saudável *biocentrismo*. Visão biocêntrica fundada sobre quatro alicerces/convicções: a) a convicção de que os humanos são membros da comunidade de vida da Terra da mesma forma e nos mesmos termos que qualquer outra coisa viva é membro de tal comunidade; b) a convicção de que a espécie humana, assim como todas as outras espécies, é elemento integrado em um sistema de interdependência e, assim sendo, a sobrevivência de cada coisa viva bem como suas chances de viver bem ou não são determinadas não somente pelas condições físicas de seu meio ambiente, mas também por suas relações com os outros seres vivos; c) a convicção de que todos os organismos são centros teleológicos de vida no sentido de que cada um é um indivíduo único, possuindo seus próprios bens em seu próprio caminho; d) a convicção de que o ser humano não é essencialmente superior às outras coisas vivas. Esse o verdadeiro sentido de um “existir em comunidade”<sup>2</sup>.

12

Realmente, a existência do ser humano está imbricada com da natureza como a conhecemos e a mudança desta implicará, seguramente, na extinção daquela, como mostra Diogo de Freitas do Amaral:

Já não é mais possível considerar a proteção da natureza como um objetivo decretado pelo homem em benefício exclusivo do próprio homem. A natureza tem que ser protegida também em função dela mesma, como valor em si, e não apenas como um objeto útil ao homem. [...] A natureza carece de uma proteção pelos valores que ela representa em si mesma, proteção que, muitas vezes, terá de ser dirigida contra o próprio homem<sup>3</sup>.

Nesse sentido, o Equador se estabeleceu como pioneiro em reconhecer formal e juridicamente a simbiose entre o ser humano e a natureza. No preâmbulo de sua Constituição de 2008, encontra-se o seguinte dispositivo: “Nosotras e nosotros, el pueblo soberano del Ecuador reconociendo nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos, celebrando a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia, invocando el nombre de Dios y reconociendo nuestras diversas formas de

---

<sup>2</sup> NALINI, José Renato. *Ética ambiental*. Campinas: Millennium, 2001, p. 3.

<sup>3</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 18.

religiosidad y espiritualidad, apelando a la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad (...)”<sup>4</sup>.

Seguindo coerente com o estabelecido no preâmbulo, a referida constituição consagra no artigo 71, capítulo sétimo, os “Direitos da Natureza”, determinando que:

A natureza ou Pacha Mama, onde se reproduz e se realiza a vida, **tem direito a que se respeitem integralmente a sua existência e a manutenção e regeneração de seus ciclos vitais, estrutura, funções e processos evolutivos**. Toda pessoa, comunidade, povoado, ou nacionalidade poderá exigir da autoridade pública o cumprimento dos direitos da natureza. Para aplicar e interpretar estes direitos, observar-se-ão os princípios estabelecidos na Constituição no que for pertinente. **O Estado incentivará as pessoas naturais e jurídicas e os entes coletivos para que protejam a natureza e promovam o respeito a todos os elementos que formam um ecossistema.** (grifo nosso)<sup>5</sup>

Pode-se observar que a Constituição do Equador estabelece a visão biocêntrica, deixando claro que a natureza é portadora de direitos e dando poder a toda pessoa, comunidade, povoado, ou nacionalidade para exigir da autoridade pública o respectivo cumprimento.

A ideia da Constituição equatoriana é inovadora, pois busca uma evolução da relação entre o ser humano e o meio ambiente, em que são considerados os problemas ambientais de escassez de recursos naturais que são fundamentais para a sobrevivência do ser humano e da natureza. Assim, a sociedade equatoriana agrega uma nova visão de natureza, resgatando uma visão de seus povos indígenas que possuíam essa relação de bem viver com a natureza.

Feito esse recorte, que demonstra a possibilidade das legislações promoverem o inter-relacionamento harmônico envolvendo o ser humano e a natureza, pode-se retomar as análises teóricas para embasar substancialmente as ideias aqui em exposição.

No contexto internacional e mesmo no caso nacional – brasileiro –, é possível afirmar que as legislações ainda se conduzem pelos caminhos do antropocentrismo. A própria Constituição brasileira não conseguiu avançar no sentido de uma proteção da natureza que se afaste da teoria antropocêntrica. Nessa seara, a Constituição tem o condão de contaminar toda a legislação infraconstitucional, o que somente tende a agravar o já complicado inter-relacionamento

<sup>4</sup> ECUADOR. *Constitución del Ecuador de 2008*. Disponível em: <[http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf)>. Acesso em 31.jul.2015.

<sup>5</sup> ECUADOR. *Constitución del Ecuador de 2008*. Disponível em: <[http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf)>. Acesso em 31.jul.2015.

envolvendo o ser humano e a natureza, pois se toda a legislação tem uma visão voltada para a ideia da natureza como um objeto de consumo, tudo é possível, inclusive a sua destruição.

Contra esse “humano desumano”, a ecologia profunda é outra ótica para enfrentar a simples objetificação da natureza. Na visão de Capra, “a ecologia profunda reconhece o valor intrínseco de todos os seres vivos e concebe os seres humanos apenas como um fio particular na teia da vida”<sup>6</sup>. Aprofundando o assunto, completa Capra: “Dentro do contexto da ecologia profunda, a visão segundo a qual esses valores são inerentes a toda a natureza viva está alicerçada na experiência profunda, ecológica ou espiritual, de que a natureza e o eu são um só. Essa expressão do eu até a identificação com a natureza é a instrução básica da ecologia profunda”<sup>7</sup>.

Recentemente, a Igreja Católica, por meio de seu mais alto representante o Papa Francisco, fez editar a Carta Encíclica *Laudato Si*, sobre o cuidado com a casa comum, referindo-se especificamente à necessidade de os seres humanos cuidarem na natureza e do planeta, casa onde todos vivem. Com perspicácia, o Pontífice foi capaz de conectar os problemas ambientais com a economia que busca apenas o lucro, não importando os meios utilizados para consegui-lo e os danos causados aos ecossistemas. Afirma o Pontífice<sup>8</sup>:

14

O cuidado dos ecossistemas requer uma perspectiva que se estenda para além do imediato, porque, quando se busca apenas um ganho econômico rápido e fácil, já ninguém se importa realmente com a sua preservação. Mas o custo dos danos provocados pela negligência egoísta é muitíssimo maior do que o benefício econômico que se possa obter. No caso da perda ou dano grave de algumas espécies, fala-se de valores que excedem todo e qualquer cálculo. Por isso, podemos ser testemunhas mudas de gravíssimas desigualdades, quando se pretende obter benefícios significativos, fazendo pagar o resto da humanidade, presente e futura, os altíssimos custos da degradação ambiental.

No capítulo I, item 1, que aborda a poluição e as mudanças climáticas, o Papa fala sobre poluição, resíduos e cultura do descarte, dizendo, no parágrafo 22:

Estes problemas estão intimamente ligados à cultura do descarte, que afeta tanto os seres humanos excluídos como as coisas que se convertem rapidamente em lixo. Note-se, por exemplo, como a maior parte do

---

<sup>6</sup> CAPRA, Fritjof. *A teia da vida*. São Paulo: Cultrix, 1996, p. 26.

<sup>7</sup> CAPRA, Fritjof. *A teia da vida*. São Paulo: Cultrix, 1996, p. 29.

<sup>8</sup> VATICANO. *Carta encíclica laudato si' do santo padre Francisco sobre o cuidado da casa comum*. 2015. <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/papa-francesco\_20150524\_enciclica-laudato-si\_po.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2015, p. 30.

papel produzido se desperdiça sem ser reciclado. Custa-nos a reconhecer que o funcionamento dos ecossistemas naturais é exemplar: as plantas sintetizam substâncias nutritivas que alimentam os herbívoros; estes, por sua vez, alimentam os carnívoros que fornecem significativas quantidades de resíduos orgânicos, que dão origem a uma nova geração de vegetais. Ao contrário, o sistema industrial, no final do ciclo de produção e consumo, não desenvolveu a capacidade de absorver e reutilizar resíduos e escórias. Ainda não se conseguiu adoptar um modelo circular de produção que assegure recursos para todos e para as gerações futuras e que exige limitar, o mais possível, o uso dos recursos não renováveis, moderando o seu consumo, maximizando a eficiência no seu aproveitamento, reutilizando e reciclando-os. A resolução desta questão seria uma maneira de contrastar a cultura do descarte que acaba por danificar o planeta inteiro, mas nota-se que os progressos neste sentido são ainda muito escassos<sup>9</sup>.

A poluição é alvo de ataques do Pontífice, pois é elemento que se relaciona diretamente com a natureza e o próprio ser humano e os problemas trazidos com ela devem preocupar a todos. Em suas palavras:

Existem formas de poluição que afetam diariamente as pessoas. A exposição aos poluentes atmosféricos produz uma vasta gama de efeitos sobre a saúde, particularmente dos mais pobres, e provocam milhões de mortes prematuras. A isso vem juntar-se a poluição que afeta a todos, causada pelo transporte, pelos fumos da indústria, pelas descargas de substâncias que contribuem para a acidificação do solo e da água, pelos fertilizantes, inseticidas, fungicidas, pesticidas e agrotóxicos em geral. Na realidade, a tecnologia, que, ligada à finança, pretende ser a única solução dos problemas, é incapaz de ver o mistério das múltiplas relações que existem entre as coisas e, por isso, às vezes resolve um problema criando outros<sup>10</sup>.

Esse documento é extremamente relevante, pois é endereçado a todos os seres humanos e, em principal, a todos os cristãos que seguem as diretrizes da Igreja Católica, o que possibilitará uma reflexão acentuada, nos próximos anos, por toda essa comunidade internacional. Para finalizar essa análise há, ainda, de se destacar as palavras do Pontífice que afirma que “não podemos deixar de considerar os efeitos da degradação ambiental, do modelo atual de desenvolvimento

---

<sup>9</sup> VATICANO. *Carta encíclica laudato si' do santo padre Francisco sobre o cuidado da casa comum*. 2015. <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/papa-francesco\_20150524\_enciclica-laudato-si\_po.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2015, § 22.

<sup>10</sup> VATICANO. *Carta encíclica laudato si' do santo padre Francisco sobre o cuidado da casa comum*. 2015. <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/papa-francesco\_20150524\_enciclica-laudato-si\_po.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2015, s. p.

e da cultura do descarte sobre a vida das pessoas”<sup>11</sup>. Assim, é importante se pensar que “a terra existe antes de nós e foi-nos dada”<sup>12</sup>. Não é objeto deste trabalho analisar toda Carta Encíclica *Laudato Si* do Papa Francisco, porém é importante registrar que a ela enfrentou pontos nevrálgicos do tema que aqui se expõe e abarbadados pelas diversas teorias, neste, desenvolvidas.

A sociedade moderna empreendeu um estilo de vida que acentuou os problemas ambientais. Pode-se indicar o hiperconsumo como um dos grandes pontos de referência para a degradação ambiental. Assim, com séculos de exploração sem preocupações com as consequências desses atos, criou-se uma situação de devastação ecológica cada vez mais acentuada em vários aspectos: a uma, pela extinção em massa de espécimes tanto da flora quanto da fauna terrestre e aquática, (sem que o ser humano tivesse nenhum conhecimento – ou tivesse pouco – sobre seus hábitos, biologia e funções no ecossistema); a outra, pela interferência no clima que já demonstra suas consequências com o aquecimento global, o derretimento das calotas polares, a destruição da camada de ozônio, ensejando grandes catástrofes climáticas.

Assim, a natureza passou a ser vista como algo afetado, em geral de maneira desastrosa, pela sociedade humana, dentro de uma filosofia pecaminosa de agressão e exploração econômica despreocupadas com as consequências dessas atitudes nefastas. Felizmente e espera-se que não tardiamente, surgiram manifestações de cientistas das várias áreas, entre elas as exatas, humanas, sociais e biológicas que iniciaram pesquisas vislumbrando desvelar as consequências das atividades da sociedade humana sobre a natureza e, conseqüentemente, sobre o próprio ser humano. Mediante esse conhecimento – que está longe de ser concluído –, verificou-se a necessidade de proteger a natureza e corrigirem-se os erros cometidos até o momento.

No contexto que se vem trabalhando, pode-se notar, claramente, que natureza e o ser humano vivem em conexão simbiótica e, portanto, ambos são afetados com as consequências advindas dos atos humanos, econômicos e exploratórios, sobre os ecossistemas. Verificando-se o problema no que se refere ao ser humano, pode-se constatar que, tanto no ambiente urbano quanto no rural, já se estabelecem concretizados muitos aspectos advindos do meio ambiente degradado que, direta ou indiretamente, afetam a grande maioria dos habitantes.

---

<sup>11</sup> VATICANO. *Carta encíclica laudato si' do santo padre Francisco sobre o cuidado da casa comum*. 2015. <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/papa-francesco\_20150524\_enciclica-laudato-si\_po.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2015, p. 34.

<sup>12</sup> VATICANO. *Carta encíclica laudato si' do santo padre Francisco sobre o cuidado da casa comum*. 2015. <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/papa-francesco\_20150524\_enciclica-laudato-si\_po.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2015, p. 53.

O modelo atual de desenvolvimento, desigual, excludente e esgotante dos recursos naturais, tem levado à produção de níveis alarmantes de poluição do solo, ar e água, contaminação da vida selvagem por resíduos químicos e sólidos, destruição da biodiversidade e ao rápido consumo das reservas minerais e demais recursos não renováveis.

Nessa seara, o desenvolvimento tem se fixado, unicamente, nos aspectos econômicos e técnicos, como se economia e tecnologia resolvessem todos os problemas do planeta. Sobre esses aspectos é de se analisar que: primeiramente, o econômico, na sociedade capitalista em que foi forjada a modernidade, tem como único escopo o lucro como prioridade sobre o ser humano e a natureza; em segundo, a tecnologia se, por um lado beneficia a humanidade, por outro é a criadora de grandes problemas ecológicos e sociais.

Quanto à tecnologia, que protegida sobre a auréola da ciência, se demonstra como a impulsionadora do progresso, pode-se afirmar que tem se firmado como a grande incógnita do conhecimento humano, quando se abordam as questões ambientais. Para se ter uma ideia do problema tecnológico sobre a degradação ambiental, essa parafernália tecnológica aumentou os resíduos sólidos de dois quilos por pessoa há cinquenta anos, para mais de quatro nos dias atuais, segundo Anthony Giddens<sup>13</sup>.

Os aspectos já dispostos no presente artigo revelam a necessidade de uma tomada de posição no sentido de uma mudança significativa nas atitudes e hábitos adquiridos com a modernidade e, dentro dessa sociedade, denominada de hiperconsumista e regida por uma democracia representativa em que os conglomerados econômicos financiam campanhas milionárias de políticos inescrupulosos que, quando eleitos, defendem apenas o lucro de seus financiadores em detrimento da sociedade e da natureza. Nessa pretendida nova dinâmica social, a ideia de democracia participativa pode contribuir para a melhoria da sociedade e da própria crise ecológica. Como afirma o Papa Francisco:

A consciência da gravidade da crise cultural e ecológica precisa se traduzir em novos hábitos. Muitos estão cientes de que não bastam o progresso atual e a mera acumulação de objetos ou prazeres para dar sentido e alegria ao coração humano, mas não se sentem capazes de renunciar àquilo que o mercado lhes oferece. Nos países que deveriam realizar as maiores mudanças nos hábitos de consumo, os jovens têm uma nova sensibilidade ecológica e um espírito generoso, e alguns deles lutam admiravelmente pela defesa do meio ambiente, mas cresceram num contexto de altíssimo consumo e bem-estar que torna difícil a maturação de outros hábitos<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 6. ed. Porto Alegre: Penso, 2012.

<sup>14</sup> VATICANO. *Carta encíclica laudato si? do santo padre Francisco sobre o cuidado da casa comum*. 2015. <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/papa-francesco\_20150524\_enciclica-laudato-si\_po.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2015, p. 159.



A ideia de mudanças de hábitos é fundamental para a transmutação da visão individualista do ser humano para uma visão de cooperação social. O ser humano precisa aprender a ter sensibilidade e cooperar para que a sociedade e o planeta possam sobreviver. Sem isso, é provável que se chegue ao colapso social e ambiental. O consumo consciente e a educação no sentido da preservação da natureza e da criação de uma sociedade menos excludente são fundamentais para o verdadeiro progresso, em que o ser humano e a natureza possam conviver harmoniosamente. Nesse sentido, continuando com a Carta Encíclica do pontífice Francisco, pode-se salientar ainda:

A educação ambiental tem vindo a ampliar os seus objetivos. Se, no começo, estava muito centrada na informação científica e na conscientização e prevenção dos riscos ambientais, agora tende a incluir uma crítica dos «mitos» da modernidade baseados na razão instrumental (individualismo, progresso ilimitado, concorrência, consumismo, mercado sem regras) e tende também a recuperar os distintos níveis de equilíbrio ecológico: o interior consigo mesmo, o solidário com os outros, o natural com todos os seres vivos, o espiritual com Deus. A educação ambiental deveria predispor-nos para dar este salto para o Mistério, do qual uma ética ecológica recebe o seu sentido mais profundo. Além disso, há educadores capazes de reordenar os itinerários pedagógicos de uma ética ecológica, de modo que ajudem efetivamente a crescer na solidariedade, responsabilidade e no cuidado assente na compaixão<sup>15</sup>.

18

Desse modo, verifica-se que a crítica à sociedade moderna é fundamental para que o ser humano possa entrar na pós-modernidade sem cometer os erros desse período dito moderno. Por meio da crítica, é possível avançar para uma sociedade capaz de enfrentar os problemas socioambientais, desvinculando-se do antropocentrismo.

## **A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL**

O palco sócio-político do Brasil pós-ditadura de 1964 se perfectibilizou perfeitamente segundo uma perspectiva de democracia representativa em que o cidadão exerce seu direito/dever de voto, uma vez que o voto é obrigatório. No entanto, embora nos últimos meses tenham existido algumas manifestações populares, não se pode afirmar que exista no Brasil uma participação efetiva do sujeito enquanto cidadão, dentro do que se poderia chamar de democracia participativa. Não se diga, no entanto, que a democracia representativa seja empecilho

---

<sup>15</sup> VATICANO. *Carta encíclica laudato si' do santo padre Francisco sobre o cuidado da casa comum*. 2015. <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/papa-francesco\_20150524\_enciclica-laudato-si\_po.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2015, p. 160.

à participação popular. Não é isso que se pretende afirmar. O que se está querendo deixar claro é que o cidadão se sente aliviado em sua responsabilidade, vez que deixa ao seu representante o encargo de decidir tanto as grandes questões de Estado, quanto as pequenas questões do seu bairro

Assim, a “democracia representativa” tem como uma de suas principais características que as decisões que atingem toda a coletividade não são tomadas de forma direta por aqueles que a integram, mas sim por pessoas que a representam e são eleitas para cumprir essa finalidade<sup>16</sup>. Portanto:

Na concepção liberal de democracia, a principal característica é a participação, por meio da representação, no poder político, o que exige o reconhecimento dos direitos fundamentais de liberdade. O desenvolvimento da democracia em regimes representativos ocorreu em duas direções: no alargamento gradual do direito de voto até atingir o sufrágio universal e na multiplicação de órgãos representativos, isto é, dos órgãos compostos de representantes eleitos.<sup>17</sup>

Nesse viés, percebe-se que, como afirma Nárdiz<sup>18</sup>, atualmente não é possível se entender a democracia representativa se não estiver presente a noção de partidos políticos. Para o autor, se a democracia representativa moderna pode ser definida de alguma forma, seria definida como a “democracia de partidos”.

Desse modo, percebe-se que o sistema representativo da democracia precisa ser ampliado, pois, pelo que se tem visto, os grupos organizados que assumem o poder, e têm a legitimidade do governante, representam apenas classes sociais e interesses próprios.

O financiamento das campanhas por grandes corporações desnatura o sentido de democracia representativa, que tem seu escopo voltado para a defesa da maioria, guardados, sempre, os aspectos de justiça para as minorias. E, para isso, não se necessita ir a Aristóteles, em sua lógica matemática, em que o sistema democrático colocaria o poder predominantemente nas mãos dos mais pobres, vez que em maior número na sociedade. Nesse contexto crítico, quer-se mostrar a necessidade do deslocamento da representatividade democrática do âmbito do capital para o âmbito do cidadão. A democracia não é feita por empresas, mas por seres humanos.

---

<sup>16</sup> BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 10. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 56.

<sup>17</sup> ESCOREL, Sarah. *História das políticas de saúde no Brasil de 1964 a 1990: do golpe militar à reforma sanitária*. In: GIOVANELLA, Lígia et al. (Orgs.). *Políticas e sistema de saúde no Brasil*. Rio e Janeiro: Fiocruz, 2008, p. 987.

<sup>18</sup> NÁRDIZ, Alfredo Ramírez. *Democracia participativa*. La democracia participativa como profundización en la democracia. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. Colección Ciencia Política, n. 37, p. 109.

Tendo em vista que a representação age como um vínculo que viabiliza o relacionamento de duas esferas que estão separadas: o Estado e a sociedade<sup>19</sup>. Mas como mudar isso? A ideia seria a partir de uma democracia participativa, que não deriva em algo simples ou mesmo único, mas complexo e multicultural. Não há como esquecer que, em múltiplas ocasiões, a democracia participativa foi e será ladeada e adulterada fazendo passar por ela construções jurídicas bem distintas do que, teoricamente, deveria entender-se por democracia participativa<sup>20</sup>.

Embora, para Nárdiz<sup>21</sup> a democracia participativa somente pode ser feita em termos gerais e sem considerar as particularidades de cada país ou localidade, não parece que se deva descartar a possibilidade de sua implantação e/ou concretização, como meio relevante para imprimir às decisões mais polêmicas em situações macro e, muito mais, às situações micro, uma legitimidade direta.

Portanto, a democracia participativa deve ser compreendida em relação à democracia representativa como complemento e evolução desta, no sentido de inclusão de elementos de participação direta/popular no modelo representativo a exemplo do referendo, das iniciativas populares e da revogação de mandato, independentemente da reunião de todos os cidadãos em assembleia. Desse modo, a democracia participativa pode ser definida como:

20

una serie de instrumentos o mecanismos jurídicos – referendos, iniciativas populares, etc. – cuya introducción se pretende en la democracia representativa con el objetivo y la voluntad de complementarla haciéndola más participativa al ampliar la participación popular en el gobierno de la comunidad, con el deseo no sólo de acercar el gobierno a los ciudadanos y profundizar en el derecho de los mismos a la participación política, sino también con la voluntad de controlar mejor a los gobernantes, de someterlos, mediante dichos instrumentos, a una mayor transparencia y a un control más severo por parte de los ciudadanos<sup>22-23</sup>.

---

<sup>19</sup> NÁRDIZ, Alfredo Ramírez. *Democracia participativa*. La democracia participativa como profundización en la democracia. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. Colección Ciencia Política, n. 37, p. 50.

<sup>20</sup> NÁRDIZ, Alfredo Ramírez. *Democracia participativa*. La democracia participativa como profundización en la democracia. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. Colección Ciencia Política, n. 37, p. 128.

<sup>21</sup> NÁRDIZ, Alfredo Ramírez. *Democracia participativa*. La democracia participativa como profundización en la democracia. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. Colección Ciencia Política, n. 37, p. 18-17;96.

<sup>22</sup> NÁRDIZ, Alfredo Ramírez. *Democracia participativa*. La democracia participativa como profundización en la democracia. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. Colección Ciencia Política, n. 37, p. 127.

<sup>23</sup> Tradução: uma série de instrumentos ou mecanismos jurídicos – referendos, iniciativas populares etc. – cuja introdução se pretende na democracia representativa com o objetivo e a vontade de complementá-la fazendo-a mais participativa ao ampliar a participação popular no governo da comunidade, com o desejo não só de aproximar o governo dos cidadãos e aprofundar-lhes o direito à participação política, mas também com o desejo de controlar melhor os

A ideia de participação do povo objetiva “construir-se em un apoyo que facilite la participación ciudadana”<sup>24,25</sup> Assim sendo, o desenvolvimento da democracia não depende somente da integração entre a democracia representativa e a direta, mas, especialmente, na “extensão da democratização”, o que representa algo possível por meio da criação de procedimentos capazes de viabilizar a participação dos interessados em deliberações das esferas social e política, nas quais os cidadãos são considerados em seus múltiplos papéis<sup>26</sup>.

Neste momento, já se pode perquirir: como isso pode levar ao desenvolvimento sustentável?

A ideia é que a participação do povo permita que o cidadão entenda a importância de preservar o meio ambiente. A Constituição Federal de 1988 afirma em art. 225: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”<sup>27</sup>. Essa ideia demonstra a noção de preservação necessária, que leva ao discurso imperativo da sustentabilidade. Segundo Leff, o discurso da sustentabilidade leva

a lutar por um crescimento sustentado, sem uma justificação rigorosa da capacidade do sistema econômico de internalizar as condições ecológicas e sociais (de sustentabilidade, equidade, justiça e democracia) deste processo. A ambivalência do discurso da sustentabilidade surge da polissemia do termo *sustainability*, que integra dois significados: um, que se traduz em castelhano como *sustentable*, que implica a internalização das condições ecológicas de suporte do processo econômico, outro, que aduz a durabilidade do próprio processo econômico. Neste sentido, a sustentabilidade ecológica constitui uma condição da sustentabilidade do processo econômico. (grifo do autor)<sup>28</sup>

Portanto, a ideia de Leff<sup>29</sup> permite entender o desenvolvimento sustentável como um projeto social e político que busca um ordenamento ecológico e,

---

governantes, de submetê-los, mediante ditos instrumentos, a uma maior transparência e a um controle mais severo por parte dos cidadãos.

<sup>24</sup> NÁRDIZ, Alfredo Ramírez. *Democracia participativa*. La democracia participativa como profundización en la democracia. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. Colección Ciencia Política, n. 37, p. 157.

<sup>25</sup> Tradução: Construir-se em um apoio que facilite a participação cidadã.

<sup>26</sup> BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*. Para uma teoria geral da política. 15. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2009, p. 156.

<sup>27</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa de 1988*. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) acesso em 20.08.2015

<sup>28</sup> LEFF, Enrique. *Saber ambiental: sustentabilidade racionalidade, complexidade, poder*. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2002, p. 19-20.

<sup>29</sup> LEFF, Enrique. *Saber ambiental: sustentabilidade racionalidade, complexidade, poder*. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2002, p. 57.

também, a descentralização territorial da produção, pois oferecerá novos princípios aos processos de democratização da sociedade que induzirão a participação direta das comunidades na apropriação e transformação de seus recursos ambientais.

Para Carvalho, desenvolvimento sustentável é aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem às suas próprias necessidades.<sup>30</sup> Dessa forma, a sociedade se volta para o “desenvolvimento sustentável” que foi expresso no Relatório Brundtland como o “desenvolvimento que atende às necessidades do presente, sem comprometer a capacidade de as futuras gerações atenderem às suas próprias necessidades”.<sup>31</sup> Para D’Isep, existem várias interpretações do desenvolvimento sustentável, como exemplo:

a) Declaração do Rio/92, que, dentre os vários princípios que a ilustram, destacamos o princípio 3, segundo o qual “o desenvolvimento sustentável deve ser promovido de forma a garantir as necessidades das presentes e das futuras gerações”; b) ou, ainda, conforme o relatório *Nosso futuro comum*, segundo o qual “sustainable development that needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs. It contains within it two key concepts: - the concept of ‘needs’, in particular the essential needs of the world’s poor, which overriding priority should be given; and – the idea of limitations imposed by the state of technology and social organization on the environment’s ability to meet present and future needs<sup>32</sup>.

Por outro lado, é de analisar se não é verdade a afirmação de Penna: “o que deveria ser apenas um meio está sendo cada vez mais confundido com os objetivos últimos, que são o desenvolvimento humano, a sobrevivência e o bem-estar presente e futuro da nossa espécie e daquelas que conosco partilham a biosfera”.<sup>33</sup>

Para Sachs, os critérios da sustentabilidade são importantes, pois atingem diversas áreas, como: a social, em que existe a necessidade de uma distribuição de renda que seja justa, um emprego pleno e uma vida digna e, principalmente, a igualdade de acesso aos recursos e serviços sociais; a cultural, que tem sua importante na autoconfiança e na capacidade de elaborar projetos culturais; a ecológica, com a obrigação da preservação do potencial do capital natural e a

---

<sup>30</sup> CARVALHO, Carlos Gomes de. *O que é direito ambiental: dos descaminhos da casa à harmonia da nave*. Florianópolis: Habitus, 2003, p. 80.

<sup>31</sup> MOUSINHO, Patrícia. Glossário. In: TRIGUEIRO, André (Coord.). *Meio ambiente no século 21: 21 especialistas falam da questão ambiental nas suas áreas de conhecimento*. Rio de Janeiro: Sextante, 2003, p. 348.

<sup>32</sup> D’ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. *Direito ambiental econômico e a ISSO 14000: análise jurídica do modelo de gestão ambiental e certificação ISSO 14000*. São Paulo: RT, 2004, p. 36.

<sup>33</sup> PENNA, Carlos Gabaglia. *O estado do planeta. A sociedade de consumo e degradação ambiental*. Rio de Janeiro: Record, 1999, p. 130-131.

limitação de utilização de recursos não renováveis; a territorial, em que as novas configurações, sejam urbanas e/ou rurais, devem ser balanceadas; a econômica, que demanda o desenvolvimento econômico intersetorial equilibrado; a política, em que, no âmbito nacional, a democracia deve ser definida em termos de apropriação universal dos direitos humanos e a política, no âmbito internacional, deve ser pautada na eficácia do sistema da garantia da paz e na promoção da cooperação internacional<sup>34</sup>.

Nalini entende que a sustentabilidade deve ser uma transformação social que “propõe a celebração da unidade homem/natureza, na origem e no destino comum e significa um novo paradigma. Não há necessidade de se renunciar ao progresso, para a preservação do patrimônio ambiental”.<sup>35</sup> E vai além, mostrando que,

Serviu-se a humanidade da natureza como se fosse um supermercado gratuito. Tudo estava a serviço e à disposição do *senhor da Terra*. Essa irresponsabilidade está prestes a chegar ao fim. Depois de verificar a *finitude* dos bens naturais, o comprometimento e a deterioração daquilo que restou, o ser pensante precisa se reciclar. (grifo do autor)<sup>36</sup>

Na visão de Penna, sustentabilidade é um processo de mudanças, “no qual o uso dos recursos, as políticas econômicas, a dinâmica populacional e as estruturas institucionais estão em harmonia e reforçam o potencial atual e futuro para o progresso humano”<sup>37</sup>.

Desse modo, observa-se que deve haver um entrelaçamento do Estado com o cidadão para que seja possível minimizar os problemas ambientais que assolam a sociedade.

A ideia é que a participação do cidadão por referendo, plebiscito ou outros meios permita que a democracia representativa seja ampliada para que os cidadãos tomem consciência dos problemas que atingem a sociedade. Nesse contexto, a tomada de conhecimento deve evitar que esses cidadãos fiquem alheios aos fatos sociais e façam valer a ideia de democracia.

Por meio dessa percepção de cidadania, poder-se-ia trabalhar mais efetivamente na minimização dos problemas que afetam a sociedade como um todo e, em particular, aqueles que afetam o meio ambiente e são advindos das atividades humanas.

---

<sup>34</sup> SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2002, p. 85-86.

<sup>35</sup> NALINI, José Renato. *Ética ambiental*. Campinas: Millennium, 2001, p. 138.

<sup>36</sup> NALINI, José Renato. *Ética ambiental*. Campinas: Millennium, 2001, p. 139.

<sup>37</sup> PENNA, Carlos Gabaglia. *O estado do planeta. A sociedade de consumo e degradação ambiental*. Rio de Janeiro: Record, 1999, p. 140.

A seguir, analisa-se como é possível a busca de uma racionalidade ambiental, a partir de uma visão participativa da democracia e a implantação de processos sociais capazes de implementarem uma nova visão para o inter-relacionamento entre a sociedade e a natureza.

## CONCLUSÕES

Pelo que se pode verificar no presente artigo, se faz necessário abandonar o atual modelo de desenvolvimento econômico, social e político, que dentro, ainda, da chamada visão cartesiana, separa o homem da natureza como se isso fosse realmente possível de se efetuar. O atual modelo vislumbra, apenas, o crescimento econômico e o crescimento técnico. O progresso é simplesmente verificado por meio do crescimento econômico e tecnológico sem a inclusão do ser humano e da natureza nessa análise.

Esse modelo, dito moderno, pelas novas análises científicas se apresenta em franca decadência, pois hoje se busca um modelo de desenvolvimento que respeite a natureza e utilize de modo racional os recursos naturais. A sustentabilidade não é mero modismo ou uma utopia inalcançável, mas uma necessidade para a sobrevivência da natureza no planeta Terra.

24

Por meio dos elementos apresentados no presente artigo, pode-se verificar que é possível questionar os valores impostos pela sociedade de consumo e buscar novos parâmetros para a vida em sociedade. A consciência da necessidade do consumo sustentável é um grande passo no caminho da sustentabilidade e depende da colaboração e da participação de todos. Nesse contexto, torna-se cada vez mais clara a idéia de que somente com atitudes e procedimentos éticos será possível a construção de uma sociedade mais justa.

A cooperação social é fundamental para uma melhor interação do ser humano com a natureza, pois a manutenção de um sistema individualista e consumista levará a catástrofes inimagináveis.

No mesmo diapasão, se faz necessária a modificação no sistema político por meio do avanço no sistema democrático, com a implementação urgente da denominada democracia participativa, em que o cidadão deixa de ser um simples consumidor para ser um verdadeiro sujeito dentro da sociedade a que pertence. Nesse novo contexto democrático, o indivíduo toma consciência de sua responsabilidade enquanto elemento/sujeito partícipe da sociedade e da própria natureza.

A democracia participativa minimizará, seguramente, a influência nefasta dos grandes conglomerados econômicos nas decisões que podem comprometer a relação entre o ser humano e seu meio ambiente, vez que se pode afastar o lucro,

em particular, e o econômico, em geral, priorizando-se o bem-estar socioambiental. Assim, conclui-se que, realmente a democracia participativa pode vir a contribuir para o desenvolvimento sustentável nas sociedades.

### REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Constituição da República Federativa de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 20 ago. 2015
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 10. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto. *O conceito de sociedade civil*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1982.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*. Para uma teoria geral da política. 15. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2009.
- CAPRA, Fritjof. *A teia da vida*. São Paulo: Cultrix, 1996.
- CARVALHO, Carlos Gomes de. *O que é direito ambiental: dos descaminhos da casa à harmonia da nave*. Florianópolis: Habitus, 2003.
- D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. *Direito Ambiental Econômico e a ISSO 14000: análise jurídica do modelo de gestão ambiental e certificação ISSO 14000*. São Paulo: RT, 2004.
- Della Giustina, Osvaldo. *Participação e solidariedade: a revolução do terceiro milênio II*. Tubarão: Unisul, 2004.
- ECUADOR. *Constitución del Ecuador de 2008*. Disponível em: <[http://www.asamblea-nacional.gov.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](http://www.asamblea-nacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf)>. Acesso em 31 jul. 2015.
- ESCOREL, Sarah. *História das políticas de saúde no Brasil de 1964 a 1990: do golpe militar à reforma sanitária*. In: GIOVANELLA, Lígia et al. (Orgs.). *Políticas e sistema de saúde no Brasil*. Rio e Janeiro: Fiocruz, 2008.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 6. ed. Porto Alegre: Penso, 2012.
- LEFF, Enrique. *Saber ambiental: sustentabilidade racionalidade, complexidade, poder*. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2002.
- MOUSINHO, Patrícia. Glossário. In: TRIGUEIRO, André (Coord.). *Meio ambiente no século 21: 21 especialistas falam da questão ambiental nas suas áreas de conhecimento*. Rio de Janeiro: Sextante, 2003.



NALINI, José Renato. *Ética ambiental*. Campinas: Millennium, 2001.

NÁRDIZ, Alfredo Ramírez. *Democracia participativa*. La democracia participativa como profundización en la democracia. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. Colección Ciencia Política, n. 37.

PENNA, Carlos Gabaglia. *O estado do planeta. A sociedade de consumo e degradação ambiental*. Rio de Janeiro: Record, 1999.

SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

VATICANO. *Carta encíclica laudato si' do santo padre Francisco sobre o cuidado da casa comum*. 2015. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/papa-francesco\_20150524\_enciclica-laudato-si\_po.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2015.

Data de recebimento: 20/07/2015

Data de aprovação: 14/10/2015

# A SIGNIFICAÇÃO TÁCITA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NAS DECISÕES JUDICIAIS: UMA REFLEXÃO BASEADA NA FILOSOFIA DE KANT<sup>1</sup>

## THE IMPLIED MEANING OF HUMAN DIGNITY IN JUDICIAL DECISIONS: CONSIDERATION BASED ON KANT'S PHILOSOPHY

Laura Fernanda Melo Nascimento\*  
Adriano Fernandes Ferreira\*\*

### RESUMO

O presente trabalho tem como escopo analisar a utilização do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamentação das decisões judiciais a partir do referencial teórico kantiano. O âmbito de estudo limitou-se às jurisprudências dos tribunais brasileiros e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A metodologia de análise dos julgamentos, apesar de descritiva, tem como enfoque demonstrar a tácita aplicação do princípio e criticar a fundamentação nele feita, sem que, contudo, seja definido seu núcleo semântico. A problemática do tema, apesar de ser assunto corrente na academia, surge por tratar não apenas da dignidade humana, mas especialmente por seu uso vinculado à temática da fundamentação de decisões judiciais e à possibilidade da criação de uma estrutura jurídica capaz de se firmar como precedente na nova ordem jurídica processual.

**Palavras-chave:** dignidade da pessoa humana; Kant; definição teórica; aplicação jurisprudencial.

---

<sup>1</sup> Artigo elaborado a partir da pesquisa PIB-SA n. 0072/2013 desenvolvida no Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica – PIBIC da UFAM, período 2013/2014, financiada pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Amazonas – FAPEAM.

\*\* Acadêmica de Direito do 7º Período da Universidade Federal do Amazonas – UFAM. Áreas de interesse: direito constitucional; direitos fundamentais; direito processual; direitos humanos; direito internacional; teoria geral e filosófica do direito. Endereço para correspondência: Rua 23, quadra A 31, n. 20, bairro Planalto, Manaus-AM, CEP 69044-700. E-mail: lf\_nascimento@hotmail.com. Telefone para contato: (92) 99907-9992.

\*\*\* Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas – UFAM. Áreas de interesse: direito internacional público e privado; direitos humanos e fundamentais; arbitragem; ética profissional. Endereço para correspondência: Rua Gen. Rodrigo Otávio Jordão Ramos, 3.000, Coroado I, Faculdade de Direito, CEP 69077-000. E-mail: adrianofernandes3@hotmail.com. Telefone para contato: (92) 98413-8323.

## ABSTRACT

The present work aims to analyse the use of the principle of human dignity as a support to court decisions using the the Kantian theoretical framework. The scope of the study is limited to the jurisprudence of the Brazilian courts and the Inter-American Court of Human Rights. The methodology used to analyse the judgements is, although descriptive, focused on demonstrating the tacit application of the principle to critique the foundation on which is made without, however, defining its semantic nucleus. The problematics of the theme, though it is a recurrent subject in academic works, comes up for concerning both the human dignity and, specially, its use attached to the grounding of court decisions and the possibility of creating a legal structure capable of withstand as precedent in the new procedural law.

**Keywords:** dignity of human person; Kant; theoretical definition; jurisprudential application.

## INTRODUÇÃO

28 Às luzes do que o mundo ocidental assumira como postura após duas guerras mundiais, a valoração do ser humano, como fim em si mesmo, constituiu a égide dos países considerados democráticos. No Brasil, o contexto é pós-regime militar: emergência de um Estado Democrático de Direito com a promulgação da Constituição Cidadã.

A influência, extracontinente, versou o que, desde muitos séculos, consolidou-se com a filosofia do alemão Immanuel Kant. Suas ideias embasaram os valores morais e políticos defendidos pela Organização das Nações Unidas (ONU), com a instituição dos direitos humanos universais que serviriam de inspiração e roteiro para os Estados formarem um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis.

Nesse diapasão, os princípios adentraram no ordenamento brasileiro como valores jurídicos suprapositivos, capazes de semear um espírito da justiça em potencialidade de ser alcançado. E para que se atingisse tal finalidade, os postulados ético-morais, ao passo em que obtiveram vinculatividade jurídica, passaram a ser objeto de definição pelos próprios juízes.

Acontece que para realizar essa tarefa, semelhante ao que explica Gilmar Mendes<sup>2</sup>, os magistrados nem sempre dispõem de critérios de fundamentação objetivos que já estejam preestabelecidos no próprio sistema jurídico.

Assim, criando-se um espaço de amplo decisionismo judicial, e com o uso repetido dos valores constitucionais com fins de fundamentação, nas palavras

---

<sup>2</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 53-54.

## A significação tácita da dignidade da pessoa humana nas decisões judiciais

de Souza Neto e Sarmiento<sup>3</sup>, “travestiu-se as vestes do politicamente correto, para aquém do que se espera da justiça”, ensejando o fenômeno por eles denominado *euforia dos princípios*.

Entre os mais aproveitáveis para exemplificar essa situação, escolheu-se para este trabalho o princípio da dignidade da pessoa humana, aqui aplicado como sinônimo de dignidade humana. Ressalte-se, pois, com a pesquisa pôde-se constatar que alguns teóricos acreditam ter diferença entre os termos.

A despeito de se extrair a matriz filosófica kantiana do que se impingiria na era contemporânea como dignidade da pessoa humana, perceptível que se faz, ainda hoje, pelos textos normativos e pelas interpretações jurisdicionais do mundo ocidental, uma releitura do que este mesmo ideal perfazia em outras eras, ou ainda, uma assimilação inconsistente do que defendeu Kant ao considerar o ser humano detentor de dignidade.

De crítica análise, portanto, sua aplicação pelos magistrados, uma vez que não se define a dignidade humana concretamente pelas mãos do legislador, cabendo ao Poder Judiciário, como interpretador da norma, fazer as vezes de sua objetividade.

Ingo Wolfgang Sarlet já falara que aquilo que se idealiza por dignidade da pessoa humana está intrinsecamente relacionado à condição de ser humano e, por esse motivo, certamente está envolvido em complexas e imprevisíveis manifestações da personalidade humana<sup>4</sup>; podendo-se, de pronto, constatar o quão difícil se torna a busca de uma definição do conteúdo dessa dignidade e, por conseguinte, de sua correspondente compreensão (ou definição) jurídica.

De início, relembre-se que, findas as barbáries identificadas nos campos de concentração nazistas durante a Segunda Guerra Mundial, foi preciso que houvesse um reconhecimento e retrospecto do ideal kantiano, pelo qual se extraía que coisas têm preço e as pessoas têm dignidade<sup>5</sup>, bem como a pessoa é fim em si mesma e não um meio para o utilitarismo geral<sup>6</sup>.

Assim, após o fim da guerra, normatizou-se, desde o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que a dignidade é inerente a

---

<sup>3</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 377.

<sup>4</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. São Paulo, n. 9, jan./jun. 2007, p. 361. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo\\_Wolfgang\\_Sarlet.pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf)>. Acesso em 20.fev.2014.

<sup>5</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 77.

<sup>6</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 69.

todos os membros da família humana e a seus direitos iguais e inalienáveis, bem como é fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Em alusão, no Brasil, é consagrada como fundamento da República constante do artigo 1º, inciso III, da Constituição da República.

Tomando, então, por base a ampliada e genérica utilização desse princípio nos textos normativos e, confluyente com o que crescente decisionismo judicial que se locupleta de sua abrangência para fins de fundamentação e realização da justiça, propõe-se, neste artigo, demonstrar que não há preocupação por parte dos juristas em estabelecer critérios objetivos para sua aplicação ou para definição de seu núcleo semântico e, principalmente, criticar a remissão que se faz à filosofia kantiana quando se dá por uma interpretação inconsistente quanto ao seu específico conceito de dignidade.

## DESENVOLVIMENTO

### Premissas iniciais

Antes da percepção que incitou a produção deste trabalho, tinha-se como premissa a ideia de que a dignidade da pessoa humana é utilizada como noção universal, autoexplicativa, que não precisaria de conceituação ou justificativa para sua aplicação. Da mesma forma, partindo-se também dos pressupostos do senso comum, herdou-se a ideia de que a dignidade da pessoa humana, independentemente da presença ou ausência de sua conceituação ou explicação, deveria ser respeitada como princípio norteador e determinante de toda regra.

Isso porque a dignidade da pessoa humana aparece genericamente como princípio fundamental nos ordenamentos jurídicos dos países considerados democráticos e nos tratados internacionais que versam sobre os direitos humanos. No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana age como fundamento da República Federativa Brasileira<sup>7</sup>, conforme transcrição abaixo:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

---

<sup>7</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 20 abr.2014.

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas<sup>8</sup>, o princípio vem, de pronto, normatizado no Preâmbulo e é utilizado como matriz interpretativa para a tutela dos direitos protegidos: “o reconhecimento da *dignidade* inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.

No mesmo sentido, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem<sup>9</sup>, inicia-se com referência ao princípio: “Que os povos americanos *dignificaram* a pessoa humana e que suas constituições nacionais reconhecem que as instituições jurídicas e políticas, que regem a vida em sociedade, têm como finalidade principal a proteção dos direitos essenciais do homem (...)”.

Acontece que, dentro desses sistemas normativos, apesar de imperar a noção de proteção e respeito à dignidade humana, não é possível encontrar sua definição lógica, tampouco unívoca, o que impede sua utilização prática e objetiva pelos cumpridores da lei. Desta feita, tem-se como imprescindível uma definição teórica como norteadora para o alcance do viés pragmático.

Há de se esclarecer rapidamente que, na teoria do Direito, partindo-se de um ponto de vista semiótico (Semiologia é a ciência que se dedica ao estudo dos signos, por exemplo, os linguísticos), as normas jurídicas pragmáticas são aquelas relacionadas aos seus usuários e à sua função. Nesse mesmo âmbito de classificação, encontram-se também as normas jurídicas sintáticas, que se relacionam com as outras normas – pois advêm da sintaxe (signos entre si) –, e as semânticas, voltadas aos seus objetos normados<sup>10</sup>.

É a pragmática que, projetada ao direito, permite compreender a indissociabilidade entre a ideologia e a estrutura conceitual das normas. Nas palavras de Warat<sup>11</sup>, “a análise pragmática é um bom instrumento para a formação de juristas críticos, que não realizem leituras ingênuas e epidérmicas das normas, mas que tentem descobrir as conexões entre as palavras da lei e os fatores políticos e ideológicos que produzem e determinam suas funções na sociedade”.

Assim, para se alcançar o referido viés pragmático, necessário se faz adentrar no núcleo significativo da dignidade da pessoa humana, pois, para se atingir a sua compreensão, exige-se da norma que ela tenha uma prévia coincidência ideológica, possibilitando uma univocidade de sentido.

<sup>8</sup> ONU. *Declaração universal dos direitos humanos*, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em 20 abr.2014.

<sup>9</sup> OEA. *Declaração americana de direitos e deveres do homem*, de 30 de abril de 1948. Disponível em: <[http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao\\_Americana.htm](http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm)>. Acesso em 20 abr.2014.

<sup>10</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 123.

<sup>11</sup> WARAT, Luis Alberto. *O Direito e sua linguagem*. 2ª versão. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 47.

Diferente desse entendimento está grande parte da doutrina que demonstra como se aceita, sem fortes críticas, a dificuldade semântica do termo como justificativa para dispensar-lhe uma conceituação. O princípio, de frequente referência, tem papel diversificado e impreciso, todavia, ainda é de parca ciência por aqueles que o estudam<sup>12</sup>.

Sob o mesmo posicionamento daqueles que defendem a prescindibilidade de definição ou conceituação para o princípio da dignidade humana, encontraram-se juristas, como Noberto Bobbio<sup>13</sup>, que defendem ser o problema dos direitos do homem “a sua proteção e efetivação e não sua justificação”, explicando, assim, que o estudo sobre a definição acerca do conteúdo de um princípio é dispensável quando da ciência realizada para encontrar meios de sua realização.

A nosso ver, em contrário, faz-se necessário, sim, definir sua condição semântica de sentido porque é ela que procura responder a questão sobre as condições de verdade de um enunciado, o qual poderá ser aceito como integrante de uma linguagem científica<sup>14</sup>.

Há de se ressaltar que, mesmo reconhecendo a dificuldade de se delimitar o núcleo semântico da dignidade, Ricardo Castilho<sup>15</sup> destaca que uma definição construída caso a caso abre margem para o voluntarismo e para o arbítrio, o que torna despicenda e até mesmo perigosa sua aplicação.

32

Partindo-se, portanto, dessa perspectiva, havendo motivos suficientes para a definição teórica do princípio da dignidade humana, indispensável se faz abordar a importância dessa questão diante do dever de fundamentação dos magistrados, especialmente na nova ordem jurídica brasileira com o advento do Novo Código de Processo Civil – Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.

### Dever de fundamentação das decisões judiciais

Atualmente, grande parte da doutrina atém-se tão somente a defender a promoção da dignidade da pessoa humana, sem, contudo, inovar quanto a métodos para se atingir tal finalidade. A jurisprudência, como adiante se demonstrará, tem-na invocado como mero reforço argumentativo de algum outro fundamento ou como ornamento retórico.

A razão para que assim seja, na visão de Luís Roberto Barroso, é o grau de abrangência e de detalhamento da Constituição brasileira, que teria previsto em

---

<sup>12</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes da. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. Fortaleza, v. 2, n. 2, 2001, p. 50.

<sup>13</sup> BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 23.

<sup>14</sup> WARAT, Luís Alberto. *O Direito e sua linguagem*. 2ª versão. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 40.

<sup>15</sup> CASTILHO, Ricardo. *Direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 250.

regra específica de maior densidade jurídica (como o longo elenco de direitos fundamentais) o que em outras jurisdições demandaria a utilização do princípio mais abstrato de dignidade humana<sup>16</sup>.

Em contrapartida, por meio da doutrina de Lenio Streck, podemos compreender que essa situação não advém especificamente do alto grau de abstração da dignidade humana, mas da crise na hermenêutica jurídica da construção do direito brasileiro<sup>17</sup>:

Se ficarmos atentos, não é difícil constatar – em um universo que calca o conhecimento em um fundamento último e no qual a ‘epistemologia’ é confundida com o próprio conhecimento (problemática presente nas diversas teorias discursivas-argumentativas e nas perspectivas analíticas em geral) – que a hermenêutica jurídica dominante no imaginário dos operadores do direito no Brasil (perceptível a partir do ensino jurídico, da doutrina e das práticas dos tribunais) continua sendo entendida como um (mero) saber ‘operacional’ (talvez por isso os juristas se autodenominem de ‘operadores do direito’).

Parece-nos mais consistente a temática levantada por Streck a ser usada como base para se refletir sobre as próximas etapas do presente trabalho. A nosso ver, a proteção e a garantia do princípio da dignidade da pessoa humana somente se farão respeitadas quando o operador do direito puder compreendê-la e utilizá-la como verdadeiro fundamento da tutela jurisdicional.

Para tanto, seria preciso uma definição teórica prévia da dignidade humana, pois, a partir dela, poder-se-ia efetuar uma análise e posterior constatação de se, nas decisões judiciais, interpretou-se e aplicou-se tal princípio, construindo, assim, uma norma individualizada que constituiria uma estrutura de decisão passível de aplicação em casos semelhantes, conforme define Paulo Gurjão ao tratar da fundamentação aplicada à temática dos precedentes judiciais<sup>18</sup>:

As normas infraconstitucionais definidoras do dever de motivação das decisões judiciais têm duas funções essenciais. Em primeiro lugar, são

---

<sup>16</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 3ª Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 315.

<sup>17</sup> STRECK, Lenio Luiz. Patogênese do protagonismo judicial em Terrae Brasilis ou de como “sentença não vem de sentire”. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. São Leopoldo: Unisinos, 2010, p. 154.

<sup>18</sup> SILVA, Paulo Henrique Gurjão. *O julgamento liminar de improcedência e o Novo Código de Processo Civil: a necessária relação com um sistema de precedentes judiciais obrigatórios*, 2015, 94f. Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Direito, Universidade Federal do Amazonas, Manaus, 2014, p. 34.



responsáveis por construir o respeito à necessidade de justificação da atividade jurisdicional, já que vinculam a atividade do juiz, concretizando o mandamento constitucional. Em segundo lugar, e tal aspecto tem importância imensurável com as discussões que estruturam o presente trabalho, organizam a teoria dos precedentes judiciais obrigatórios, garantindo que a aplicação do direito obedecerá os preceitos de igualdade e segurança jurídica; **a motivação das decisões revela a forma com que se interpretou a regra ou o princípio, construindo norma jurídica individualizada, o que permite construir uma estrutura de decisões a serem aplicadas aos casos em que as pretensões materiais são discutidas.** A fundamentação de uma decisão constitui-se em precedente que deve orientar a prestação jurisdicional em casos juridicamente idênticos. (grifo nosso)

Nos tempos atuais, o juiz tem como dever constitucional a fundamentação de suas decisões, sob pena de nulidade, conforme prevê o artigo 93, inciso IX, da Constituição da República. Agora, mais do que nunca, com o advento da Lei n. 13.105, de 16 de março 2015, que institui o novo Código de Processo Civil (CPC), o dever de fundamentação está intrinsecamente relacionado ao sistema de precedentes judiciais, que se encontra em plena fase de ascensão e consolidação em nosso ordenamento jurídico.

34

É Luiz Guilherme Marinoni<sup>19</sup> quem ensina que, nos ditames do novo CPC, mesmo os princípios – bem como os postulados adequados para solução de colisão principiológica – exigirão justificação tanto para serem corretamente aplicados como para solucionarem o problema posto em juízo.

Analisando o dispositivo do novo CPC que trata especialmente desse tema (art. 489, § 1º), nota-se que não há expressamente o que se pode considerar uma decisão fundamentada, pelo contrário, a lei descreve o que se considera uma decisão não fundamentada. Ressaltem-se aqui os incisos II e III, pelos quais não se pode admitir decisão que utiliza normas abstratas genericamente (como é o caso da dignidade da pessoa humana), sob pena de considerá-la infundamentada.

Da mais recente doutrina processual, colaciona-se a explicação de Cassio Scarpinella Bueno quanto ao papel do magistrado no novo ordenamento processual<sup>20</sup>:

É correto entender, destarte, que cabe ao magistrado peculiarizar o caso e a respectiva fundamentação diante das especificidades que lhe são apresentadas para o proferimento da decisão. Fundamentações

---

<sup>19</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: RT, 2010. 2ª tiragem, p. 130.

<sup>20</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16/3/2015*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 353.

## A significação tácita da dignidade da pessoa humana nas decisões judiciais

padronizadas, sem que sejam enfrentados os argumentos e as teses trazidas pelas partes, não são aceitas, tanto quanto meras reproduções de texto de lei ou de enunciados de súmula de jurisprudência dos Tribunais, sem explicar por que se aplicam ou deixam de se aplicar ao caso, sem que se proceda, quando for o caso, portanto, a chamada distinção. O que o dispositivo exige do magistrado, em suma, é a escorreita e suficiente – mas sempre completa – discussão da tese jurídica a incidir sobre a especialidade do caso em julgamento. (sic)

Observa-se, portanto, que a conjuntura a se firmar no direito brasileiro não admitirá aquilo que Streck<sup>21</sup> chamou de hermenêutica dos resultados, ou “decido-e-depois-busco-o-fundamento”, nem de construção de posturas individualistas, mas de decisões construídas adequadamente.

De alta relevância a preocupação com a postura individualista para a qual alerta esse autor, crítico da utilização ilimitada do que se entende por livre convencimento motivado dos juízes. Isso porque a obrigatoriedade de fundamentação para utilização de normas abstratas (como os princípios) cria, inevitavelmente, o risco de surgir concepções individualistas se extravasarem os limites da discricionariedade, como assim delinea<sup>22</sup>:

Na verdade, o ‘drama’ da discricionariedade que critico reside no fato de que *esta transforma os juízes em legisladores*. E, para além disso, esse ‘poder discricionário’ propicia a ‘criação’ do próprio objeto de ‘conhecimento’, típica manifestação do positivismo. Ou seja, a razão humana é a ‘fonte iluminadora’ do significado de tudo o que pode ser enunciado sobre a realidade. As coisas são reduzidas aos nossos conceitos e às nossas concepções do mundo, ficando à *dis*-posição de um protagonista (no caso, o juiz, enfim, o Poder Judiciário). Consequências disso? Inúmeras. (grifo do autor)

Dessa feita, por conta da necessidade de se fundamentar toda decisão judicial, assim como da fundada preocupação em encontrar os limites da motivação, mister se faz delimitar um referencial para julgamento. Recobrando o tema deste trabalho, nos tópicos subsequentes explanar-se-á sobre o conceito da

<sup>21</sup> STRECK, Lenio Luiz. Na democracia, decisão não é escolha: os perigos do solipsismo judicial – o velho realismo e outras falas. In: Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha, Wilson Engelmann (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2012, p. 196.

<sup>22</sup> STRECK, Lenio Luiz. Na democracia, decisão não é escolha: os perigos do solipsismo judicial – o velho realismo e outras falas. In: STRECK, Lenio Luiz; RICHA, Leonel Severo; Engelmann, Wilson (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2012, p. 158-159, nota supra 16

dignidade da pessoa humana, perpassando seu histórico até a opção por sua significação a partir da concepção kantiana.

### Concepções acerca da dignidade humana: um excuro histórico

O ideal de dignidade da pessoa humana expressa as diversas fases de evolução dos direitos humanos. Esse ideal de que os indivíduos e os grupos humanos podem ser reduzidos e reconhecidos como uma categoria geral a todos englobante é recente na história da humanidade.

Fábio Konder Comparato<sup>23</sup> quantifica em 25 séculos o tempo para que a primeira organização internacional incluísse a quase totalidade dos povos da Terra e proclamasse que todos nascem livres e iguais em dignidade, conforme a Declaração Universal de Direitos Humanos.

A era contemporânea herdou o valor constante desse código internacional, mas nem sempre foi assim. A primeira grande fase de elaboração do conceito de pessoa remonta ao surgimento do Cristianismo, em que a mensagem evangélica postulava uma igualdade de todos os seres humanos. Para a aprofundar a ideia de uma natureza comum, os teólogos lançaram mão da filosofia grega em que o homem, considerado filho de Zeus, era possuidor, em consequência, de direitos inatos e iguais em todas as partes do mundo<sup>24</sup>.

36

Assim, construiu-se a base da dignidade humana sob uma visão teológica, entendendo-se aquela proveniente da teologia cristã, na qual, conforme ensinamento bíblico, o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, e, portanto, dessa áurea divina emanaria sua dignidade.

A segunda fase na construção do conceito de pessoa ocorreu no período medieval, com os escritos de Boécio, no século VI<sup>25</sup>. Deu-se à pessoa uma definição que se tornou clássica, considerando o homem como substância individual, de natureza racional. Dessa forma, a igualdade de essência da pessoa formaria o núcleo conceitual dos direitos humanos<sup>26</sup>, pois estaria vinculada a toda espécie humana, a todo homem enquanto homem, resultante de sua própria natureza.

É daí que se extrai a concepção ontológica acerca do princípio da dignidade da pessoa humana: considera-a um atributo intrínseco à essência do ser humano, ou qualidade inerente da própria condição humana. Nesse sentido, tem-se como

---

<sup>23</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 24.

<sup>24</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 28.

<sup>25</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 31.

<sup>26</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 32.

exemplo a concepção adotada nos documentos internacionais de proteção aos direitos humanos.

Já a terceira fase na elaboração teórica do conceito de pessoa adveio com a filosofia kantiana. A concepção de dignidade da pessoa, como ser racional, a diferenciava das coisas, levando a uma condenação de muitas práticas de aviltamento da pessoa à condição de coisa, como a clássica escravidão. Hannah Arendt explica que, com a Revolução Francesa, Kant “tornou-se um espectador entusiasta daquilo que ocorria no mundo dos assuntos humanos”<sup>27</sup>. Por meio dessa construção inspirada em Kant de valor relativo das coisas, em contraposição ao valor absoluto da dignidade humana, instituiu-se o mundo dos valores, com a conseqüente transformação dos fundamentos da ética que instauraria a quarta etapa na elaboração do conceito de pessoa<sup>28</sup>.

Foi nessa quarta etapa que se compreendeu a pessoa como único ser vivo que dirige sua vida em função de suas próprias preferências valorativas, sendo, ao mesmo tempo, o legislador universal em função dos valores éticos que aprecia e a eles se submete. Esse tema será mais bem explorado no próximo tópico que trata especificamente da concepção kantiana do termo. Por ora, ressalte-se que essa compreensão axiológica transformou toda a teoria jurídica<sup>29</sup>, reconhecendo os direitos humanos como os valores mais importantes da convivência humana, em especial após a barbárie da Segunda Guerra Mundial.

A quinta e última etapa na elaboração do conceito de pessoa deflagrou-se no século XX, com a filosofia da vida e o pensamento existencialista<sup>30</sup>. Enquadra-se em uma reação contra a crescente despersonalização do homem no mundo contemporâneo. A essência da personalidade humana não se confunde com a função ou papel que cada qual exerce na vida, isso porque sua qualificação pessoal é simples exterioridade, e não a essência individual que lhe é própria. Diante do mundo globalizado, revogaram-se importantes conquistas históricas em matéria de direitos humanos, urgindo uma revitalização da dignidade humana<sup>31</sup>.

Apesar do excursus histórico delineado, necessário se faz, ainda, digressionar acerca de certas situações quanto a sua concepção, a fim de se entender a necessidade de centralizar a temática em Kant.

---

<sup>27</sup> ARENDT, Hannah. *Ética & política*. Eugenia Sales Wagner. Cotia, São Paulo: Ateliê Editorial, 2006, p. 124.

<sup>28</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 33-37.

<sup>29</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 38.

<sup>30</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 39.

<sup>31</sup> FARIA, José Eduardo. Prefácio. In: BALDI, César Augusto (Org.) *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 13.

Primeiramente, há que se falar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos condensou toda a riqueza dessa longa elaboração teórica e histórica, ao proclamar, em seu art. VI, que todo homem tem direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa<sup>32</sup>. Contudo, apesar de ter sido aprovada unanimemente pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, desde sua prolação ficou evidenciado o conflito entre a concepção do liberalismo ocidental e outras concepções de dignidade humana<sup>33</sup>.

Esse debate nos remete à visão dos antropocentristas, defensores do relativismo cultural, que fortemente criticam a utilização de qualquer ideia sobre a dignidade humana de uma forma universal, tendo em vista o caráter multicultural do mundo em que atualmente se vive e a diversidade de indivíduos imersos em tradições, convicções e crenças que não se firmaram sob o pensamento ético-jurídico dos países ocidentais.

Da antropologia, o relativismo cultural defende que determinada cultura só pode ser considerada em seu próprio contexto, a fim de inibir a criação de juízos de valor universais, que tendem a utilizar como critérios de comparações os ideais de uma cultura predominante, considerada superior.

Nesse sentido, a obra de Bielefeldt<sup>34</sup>, a considerar que os direitos humanos e a dignidade humana foram noções de direito surgidas na Europa ocidental e na América, estando, em sua visão, atreladas a certos pressupostos da tradição ocidental, acabando por se tornar um imperialismo cultural quando utilizada como princípio universal.

Não cabe, nos dias de hoje, falarmos em universalização ou relativização do termo, uma vez que o extremismo e a distância entre eles acabam por torná-los dois ideais de uma mesma perspectiva. Baldi alerta que “a postura universalista, ao querer universalizar os valores da própria cultura, fechando-se ao diálogo e ignorando o outro acaba por ‘favorecer os particularismos que combate, que se tornam, muitas vezes, reações defensivas contra o processo de ocidentalização’<sup>35</sup>”.

Há muito mais a se preocupar, em especial com os problemas ético-jurídicos que o avanço tecnológico nos trouxe. A tecnologia não cessa de criar problemas

<sup>32</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 44.

<sup>33</sup> DOUZINAS, Costas. *El fin de los derechos humanos*. Primera edición em español. Estudio preliminar de Oscar Guardiola-Rivera y Ricardo Sanín Restrepo. Universidade de Antioquia. LEGIS. 2008, p. 148-149.

<sup>34</sup> BIELEFELDT, Heiner. Os direitos humanos num mundo pluralista. *Pensar: Revista do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza*, v. 13, n. 2, jul./dez. 2008, p. 166-174.

<sup>35</sup> BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 39.

novos e imprevisíveis, que estão à espera de uma solução satisfatória no campo ético. Bernard Baertschi<sup>36</sup> nos instiga a pensar se essa nova era pode ter impacto sobre a identidade do ser humano, se as transformações genéticas podem provocar alterações na natureza humana e se a solução dos problemas éticos tem como base o fundamento da dignidade humana.

Acontece que a concepção que atualmente impera acerca da dignidade no direito brasileiro é a intuicionista: a qual a entende como princípio autoexplicativo, que não precisa ser justificado, mas tão somente respeitado. É o padrão do nosso ordenamento jurídico: fala-se na sua concretização e efetivação, sem se preocupar com a sua conceituação lógica.

Assim demonstra Ingo Wolfgang Sarlet<sup>37</sup>:

(...) toda ordem constitucional que – de forma direta ou indireta – consagra a ideia da dignidade da pessoa humana, parte do pressuposto de que o homem, em virtude tão somente de sua condição humana e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado.

Ao contrário do que se espera, essa concepção não satisfaz o ideal de dignidade humana. Nesse mesmo sentido, a observação de Plínio Melgaré, quando defende que “circunscrever a temática dos direitos humanos a essa situação [a de apenas protegê-los] significa tratá-los de um modo extremamente procedimental. Ademais, corre-se o risco de remeter a proteção dos direitos humanos demasiadamente à esfera da prática política que, conforme a história já nos demonstrou, não é a mais indicada”<sup>38</sup>.

Assim, sem embargo das concepções anteriormente expostas, foi com a noção delineada pela filosofia de Immanuel Kant que, ao nosso ver, atingiu-se o mais próximo de uma conceituação para essa atribuição. E esta conclusão foi feita por duas órbitas:

A primeira porque Sarlet<sup>39</sup> define em seus estudos que a filosofia kantiana é a norteadora do princípio em questão:

---

<sup>36</sup> BAERTSCHI, Bernard. *Ensaio filosófico sobre a dignidade: antropologia e ética das biotecnologias*. Tradução de Paula Silvia Rodrigues Coelho da Silva. São Paulo: Loyola, 2009. Passim.

<sup>37</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. revista e atualizada. 2ª tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 103.

<sup>38</sup> MELGARÉ, Plínio. Direitos humanos: uma perspectiva contemporânea – para além dos reducionismos tradicionais. *Revista Ajuris*, n. 88, dez./2002, p. 37.

<sup>39</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. revista e atualizada. 2. tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 368.

(...) verifica-se que o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana parece continuar sendo reconduzido – e a doutrina majoritária conforta essa conclusão – primordialmente à matriz kantiana, centrando-se, portanto, na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa.

E a segunda porque a própria jurisprudência brasileira do Supremo Tribunal Federal identifica a filosofia kantiana como inspiradora para a máxima que rege nosso ordenamento jurídico, conforme observado em julgados desta Corte, como exemplo o voto do Ministro Joaquim Barbosa no Recurso Extraordinário 398.041:

(...) o Constituinte de 1987/1988, igualmente inovou ao incluir o princípio da dignidade humana no rol dos princípios fundamentais informadores de toda a ordem jurídica nacional. E o fez certamente inspirado na máxima kantiana segundo a qual “*l’humanité elle-même est une dignité*” (a condição humana em si mesma é dignidade)<sup>40</sup>.

São Sarlet e Joaquim Barbosa, dois ícones de referência para a construção desse entendimento, uma vez que se está falando de um doutrinador brasileiro de grande referência por conta de sua pesquisa engendrada sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e de um ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, corte guardiã da Constituição e responsável pela consolidação do Estado de Direito. Dito isso, adiante volver-se-á o trabalho ao marco teórico da concepção kantiana da dignidade da pessoa humana.

40

### Concepção kantiana

Como salientado anteriormente, foi na filosofia de Kant que se pôde encontrar uma direção mais objetiva do que significaria a dignidade humana. Contudo, para alcançar a compreensão de tal significado, indispensável que se façam, primeiramente, algumas explicações sobre o pensamento do filósofo alemão.

Em *Fundamentação da metafísica dos costumes*, Kant observa que tem um objetivo com seus objetos de estudo, como “a busca e fixação do princípio supremo da moralidade, o que constitui só por si no seu propósito uma tarefa completa e bem distinta de qualquer outra investigação moral”<sup>41</sup>.

Dessa forma, Kant professa que o ser humano deve “proceder sempre de maneira que eu possa querer também que a minha máxima se torne uma lei

<sup>40</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 398.041-6, rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 30/11/2006, *DJe* 241, divulg. 18/12/2008, public. 19/12/2008, ement. vol. 02346-09, p. 02007, *RTJ* vol. 00209-02, p. 00869. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570361>>. Acesso em: 01 jul.2014.

<sup>41</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Porto: Porto Editora, 1995, p. 26.

universal<sup>42</sup> devendo, em situações de possível desrespeito a esse dever, se questionar: “ficaria eu satisfeito de ver a minha máxima tomar valor de lei universal (tanto para mim como para outros)?”<sup>43</sup>.

Sendo assim, para o filósofo, uma vontade é boa moralmente quando, sendo suficiente perguntar a si mesmo a respeito dessa máxima, o indivíduo queira que ela se torne universal e, sendo negativa sua resposta, então a máxima deve ser repelida pelo fato de não ser mais possível em uma legislação universal, que deve ser fundada na vontade humana da boa vontade.

Para Kant, quando se fala em valor moral, não é das ações visíveis que se trata, mas dos seus princípios íntimos que se não veem<sup>44</sup>, ou seja, a moralidade não pode ser extraída de exemplos visíveis, pois “cada exemplo que seja apresentado tem de ser primeiro julgado segundo os princípios da moralidade para saber se é digno de servir de exemplo original, isto é, de modelo”.

O princípio da moralidade a que busca Kant incorpora-se no imperativo categórico. Para que se entenda este conceito, é necessário diferenciar os imperativos hipotéticos dos categóricos. Inicialmente, saliente-se que um imperativo é uma fórmula que representa a necessidade de praticar uma ação boa.

É hipotético aquele imperativo, ou seja, aquela prática de uma boa ação, quando realizada como meio de se alcançar qualquer outra coisa que se quer, enquanto é categórico o imperativo (a boa ação), necessariamente por si mesmo, sem relação de finalidade<sup>45</sup>.

Ademais, Kant entende que o homem, ser racional, existe como um fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. E complementa: “Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como fim”<sup>46</sup>.

Para Bruno Cunha Weyne<sup>47</sup>, pode-se responder, com Kant, à pergunta: “por que o ser humano tem uma dignidade?”:

---

<sup>42</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Porto: Porto Editora, 1995, p. 39.

<sup>43</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Porto: Porto Editora, 1995, p. 40.

<sup>44</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Porto: Porto Editora, 1995, p. 46.

<sup>45</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Porto: Porto Editora, 1995, p. 52.

<sup>46</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Porto: Porto Editora, 1995, p. 65.

<sup>47</sup> WEYNE, Bruno Cunha. *O princípio da dignidade humana: reflexões a partir da filosofia de Kant*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 315.



O ser humano tem dignidade porque possui razão. Essa razão não concerne, é evidente, à razão enquanto conhece o mundo sensível e que tem por objeto a lei da natureza (razão teórica), mas sim à razão enquanto determina o agir tal como ele seria num mundo inteligível e que tem por objeto a lei da liberdade (lei moral), que se impõe a uma vontade que nem sempre lhe é conforme, embora sempre deva sê-lo (razão prática). **Mais precisamente, o ser humano tem dignidade porque tem a capacidade de razão para a autonomia, quer dizer, a capacidade de ser legislador universal e de, ao mesmo tempo, submeter-se à lei que dá a si.** (grifo nosso)

Sendo assim, o conceito dado à dignidade humana será aquele concernente ao respeito que os homens devem dar a seus semelhantes, vendo-os como participante de uma mesma humanidade sobre a qual reger-se-á por uma lei universal da boa vontade<sup>48</sup>:

42

Todo o homem tem uma legítima pretensão ao respeito dos seus semelhantes e também ele está ao mesmo obrigado, em termos recíprocos, em relação a cada um deles. A humanidade é ela própria uma dignidade; pois que o homem não pode ser utilizado meramente como meio por outro homem (nem por outros, nem sequer por si mesmo), tendo de ser sempre utilizado como fim e nisto consiste, precisamente, a sua dignidade (a personalidade), em virtude da qual se eleva acima de todos os outros seres do mundo que não são homens e que, esses sim, são susceptíveis de uso, por conseguinte, eleva-se acima de todas as coisas. **Assim, tal como como não pode alienar-se a si próprio por qualquer preço que seja (o que seria contrário ao dever de autoestima), tão pouco pode agir contra a autoestima dos outros enquanto homens, autoestima que é igualmente necessária, ou seja, está obrigado a reconhecer no plano prático a dignidade da humanidade em todos os outros homens; por conseguinte, impende sobre ele um dever que se refere ao respeito que se há de necessariamente testemunhar a qualquer outro homem.** (grifo nosso)

O fundamento e a justificação desse conceito é a autonomia do ser humano como ser racional<sup>49</sup>:

O ser humano tem uma dignidade porque tem uma vontade autônoma, quer dizer, a aptidão de tomar as suas máximas do seu ponto de vista e, ao mesmo tempo, do ponto de vista dos outros seres racionais como

---

<sup>48</sup> KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Caloust Gulbenkian, 2005, p. 413-414.

<sup>49</sup> WEYNE, Bruno Cunha. *O princípio da dignidade humana: reflexões a partir da filosofia de Kant*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 331.

## A significação tácita da dignidade da pessoa humana nas decisões judiciais

legisladores universais. Em outras palavras, o que faz o homem um fim em si mesmo e constitui sua dignidade é a autonomia da vontade, ou seja, a sua capacidade da razão para a moralidade, já que apenas por meio dela lhe é possível pensar-se como legislador universal no reino dos fins: livre em relação às leis naturais e obedecendo somente às leis que ele dá a si mesmo e segundo as quais as suas máximas podem pertencer a uma legislação universal, à qual ele, simultaneamente, está submetido. Assim, o ser humano é o único ser natural que possui uma dignidade que, portanto, é objeto de respeito, não por sua animalidade, que em nada o eleva sobre os outros seres naturais, mas por sua humanidade ou por sua personalidade, que nada mais são do que a autonomia.

Por assim sendo, demarcados os limites da concepção kantiana sobre o tema, no tópico que subsegue será feita uma análise acerca da utilização da dignidade humana na jurisprudência brasileira, bem como na da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), tudo com o fito de se poder analisar e criticar a sua aplicação, que, como se verá, imprime significação tácita ao conceito.

### Da manifestação e aplicação da significação tácita da dignidade humana

Como já salientado supra, a aplicação do princípio da dignidade humana, muitas vezes, se dá pelo operador do Direito, com base em sua alusão ao sistema normativo ou à aplicação jurisprudencial, mas com significação tácita, ou seja, não se traduz em palavras de que forma tal princípio foi utilizado ou o porquê.

Para elucidar, trazem-se à baila vários julgamentos, primeiramente da jurisprudência do ordenamento jurídico brasileiro e, posteriormente, da Corte IDH. Começemos pelo HC 71.373-4-RS<sup>50</sup>, conhecido por ser o julgamento da obrigatoriedade ou não em se fazer o exame de DNA como prova no processo de investigação de paternidade.

Nesse julgamento, curioso notar e imprescindível compreender que a dignidade humana foi utilizada *unilateralmente em três diferentes sentidos, no mesmo caso* sob julgamento. No voto do Ministro Marco Aurélio, a dignidade humana esteve relacionada à proteção do indivíduo contra a ofensa de sua integridade física, vejamos: “A recusa do paciente há de ser resolvida não no campo da violência física, da ofensa à dignidade humana, mas no plano instrumental, reservadas ao juízo competente (...)”.

---

<sup>50</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 71.373-4, rel. Min. Francisco Rezek, rel. p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 10/11/1994, DJ 22/11/1996, p. 45.686, ement. vol., 01851-02, p. 00397. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73066>>. Acesso em 01 jul. 2014.

Já para o Ministro Carlos Velloso, a sua relação dava-se com o direito de conhecer o próprio pai: “Daí resultar para o filho, ao que penso, o direito de conhecer o seu pai biológico. Esse direito se insere naquilo que a Constituição assegura à criança e ao adolescente: o direito à dignidade pessoal”. A terceira vinculação foi feita pelo Ministro Néri da Silva, que defendeu a dignidade quanto a seu caráter pessoal: “Dir-se-á: sempre alguém poderá levantar dúvida, e isso feriria a dignidade do autor, porque o complexo das provas não seria definitivo”.

É cristalino como nesse julgado a dignidade foi usada tanto para preservar o lado das crianças (à época) quanto o lado do suposto pai. E, acrescente-se, sem que os eminentes ministros tenham delineado uma significação para a dignidade, mesmo que para defender a sua própria argumentação.

Esse fenômeno já é percebido na doutrina, como no excerto da obra de Luís Roberto Barroso<sup>51</sup>: “Apesar do grande apelo moral e espiritual da expressão, sua grande vagueza tem feito com que a ideia de dignidade seja frequentemente invocada pelos dois lados do litígio, quando estejam em disputa questões moralmente controvertidas”.

O inconveniente é que se utilizar do princípio da dignidade humana como “mera arma retórica projetada à disposição de cada pessoa ou grupo para defender as suas próprias preferências frente a outras opostas”<sup>52</sup> é errado e, inclusive, vai em desencontro ao defendido por Kant, já que, como demonstrado no tópico anterior, para estar alinhado à sua filosofia deveria ser a dignidade um conceito a ser aplicado objetivamente e a operar de forma ambígua, e não de forma unilateral.

Prosseguindo, outro julgamento importante de se analisar é o da ADI n. 1.856/RJ<sup>53</sup>, no qual se entendeu pela declaração de inconstitucionalidade da Lei fluminense n. 2.895/98 que permitia a “briga de galos”. No debate em plenário, o Ministro Cezar Peluso argumentou que a prática da competição entre aves não estava somente proibida pelo artigo 225 da Constituição, mas por “ofender também a dignidade da pessoa humana, porque, na verdade, implica, de certo modo, um estímulo às pulsões mais primitivas e irracionais do ser humano”<sup>54</sup>.

<sup>51</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 3ª Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 42, supra nota 15.

<sup>52</sup> WEYNE, Bruno Cunha. *O princípio da dignidade humana: reflexões a partir da filosofia de Kant*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 21.

<sup>53</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.856/RJ, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 26/05/2011, Tribunal Pleno, DJe 198, divulg. 13/10/2011, public. 14/10/2011, ement. v. 02607-02, p. 00275. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1547309#20%20-%20AC%D3RD%C3O>>. Acesso em 16 out. 2015.

<sup>54</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.856/RJ, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 26/05/2011, Tribunal Pleno, DJe 198, divulg. 13/10/2011, public. 14/10/2011, ement. v. 02607-02, p. 00275. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=>

## A significação tácita da dignidade da pessoa humana nas decisões judiciais

Em que pese a respeitável argumentação do ministro, utilizar-se da dignidade da pessoa humana para fundamentar que a prática da briga de galo diminui o ser humano como tal é utilizar o princípio como um artefato da eloquência. Nesse caso específico, certamente podemos concordar com a crítica efetiva por Lenio Streck ao referir-se à utilização dos princípios como alternativas interpretativas para confecção de decisões<sup>55</sup>:

Ocorre que, com o advento da ‘era dos princípios constitucionais’ – consequência não apenas do surgimento de novos textos constitucionais, mas, fundamentalmente, decorrentes de uma revolução paradigmática ocorrida no direito –, parcela considerável da comunidade jurídica optou por os considerar como *um sucedâneo dos princípios gerais do direito* ou como sendo o ‘suporte dos valores da sociedade’ (o que seria isso, ninguém sabe). As consequências todos conhecemos: *sob o pretexto de os juízes não mais serem a boca da lei, os princípios passaram a ser a ‘era da abertura interpretativa’, ‘a era da criação judiciária’ (...)* (grifo do autor)

Dando continuação, passemos à análise do julgamento da ADPF n. 54-DF<sup>56</sup> (quanto à discussão sobre o aborto de fetos anencéfalos). Antes de se estudar o acórdão do julgado, interessante notar a síntese feita por Oscar Vilhena Vieira sobre a utilização do princípio da dignidade da pessoa humana, pois o autor observa que este foi utilizado em relação à mãe, no sentido de proteger-lhe da imposição ao dever de carregar por nove meses um feto que, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causando-lhe dor, angústia e frustração<sup>57</sup>.

Sob essa análise, a dignidade da pessoa humana foi devidamente utilizada e fundamentada pela Corte constitucional, por conferir proteção à autonomia da vontade da mulher como detentora de razão para escolher a que procedimento submeter-se diante de seus próprios valores morais (exteriorização exata do conceito kantiano de dignidade).

45

---

TP&docID=1547309#20%20-%20AC%D3RD%C3O>. Acesso em 16 out. 2015, p. 221.

<sup>55</sup> STRECK, Lenio Luiz. Patogênese do protagonismo judicial em Terrae Brasilis ou de como “sentença não vem de sentire”. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado. São Leopoldo: Unisinos, 2010, p. 160, supra nota 16.

<sup>56</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, Julgamento 27/04/2005, Tribunal Pleno, DJe 092, divulg. 30/08/2007, public. 31/08/2007, DJ 31/08/2007, p. 00029, ement. vol. 02287-01, p. 00021. Disponível em <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334#108%20-%20Inteiro%20teor%20do%20ac%F3rd%E3o>. Acesso em 16 out. 2015.

<sup>57</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais*: uma leitura da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 61.

Contudo, resta salientar que, analisados individualmente os votos do ministros, é possível encontrar a dificuldade em se limitar a aplicação do princípio a este fundamento, como no voto do eminente ministro Marco Aurélio, quando relata sua primeira razão para não se invocar a proteção do anencéfalo sob o argumento da doação de seus órgãos: “A primeira por ser vedado obrigar a manutenção de uma gravidez tão somente para viabilizar a doação de órgãos, sob pena de coisificar a mulher e ferir, a mais não poder, a sua dignidade”<sup>58</sup>.

O ministro ainda cita um excerto da obra *Fundamentação da metafísica dos costumes* de Immanuel Kant, lembrando a valorização do ser humano como fim em si mesmo, e não sob uma perspectiva utilitarista. Certo, pois, que essa mesma obra traz o ideal da dignidade, porém, note-se, o tratamento do homem como fim, diferenciando-lhe da relatividade das coisas é um valor imposto por Kant, mas não é o exato fundamento para se reconhecer a dignidade do homem, qual seja, a sua razão e a sua autonomia. A concepção adotada nesta argumentação ajusta-se mais à ontológica, que preza pela dignidade humana como atributo intrínseco à essência humana do que à kantista.

Outro relevante julgamento a ser analisado é o da ADI n. 4.277/DF<sup>59</sup> (sobre o reconhecimento da união estável homoafetiva), uma vez que o princípio da dignidade humana foi fundamento para o reconhecimento da igualdade entre uniões estáveis hetero e homoafetivas. O voto do ministro relator Ayres Britto é de enorme contribuição para o que se defende neste trabalho. Isso porque o ilustre julgador expressa com toda a sua magnificência os deslindes da dignidade para fundamentar o seu voto, nos exatos termos preceituados por Kant, por considerar que a opção sexual de cada ser humano está acobertado pela autonomia que lhe é própria<sup>60</sup>:

Por conseguinte, cuida-se de proteção constitucional que faz da livre disposição da sexualidade do indivíduo um autonomizado instituto jurídico. **Um tipo de liberdade que é, em si e por si, um autêntico bem de personalidade. Um dado elementar da criatura humana em sua intrínseca dignidade de universo à parte. Algo já transposto ou catapultado para a inviolável esfera da autonomia de vontade do indivíduo,**

<sup>58</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 51-52.

<sup>59</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277/DF, rel. Min. Ayres Britto, Julgamento 05/05/2011, Tribunal Pleno, *DJe* 198, divulg. 13/10/2011, public. 14/10/2011, ement. v. 02607-03, p. 00341. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1538528#39%20-%20AC%D3RD%C3O>>. Acesso em 16 out. 2015.

<sup>60</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277/DF, rel. Min. Ayres Britto, Julgamento 05/05/2011, Tribunal Pleno, *DJe* 198, divulg. 13/10/2011, public. 14/10/2011, ement. v. 02607-03, p. 00341. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1538528#39%20-%20AC%D3RD%C3O>>. Acesso em 16 out. 2015, p. 21.

## A significação tácita da dignidade da pessoa humana nas decisões judiciais

**na medida em que sentido e praticado como elemento da compostura anímica e psicofísica (volta-se a dizer) do ser humano em busca de sua plenitude existencial (...)** (grifo do autor)

Da mesma forma, o voto proferido pelo respeitável ministro Luiz Fux, que reconheceu ser esse um julgamento atrelado à “questão da *autonomia privada dos indivíduos*, concebida, em uma perspectiva kantiana, como o centro da **dignidade da pessoa humana**”<sup>61</sup> (grifo do autor).

Colacionando outras decisões no âmbito deste artigo, remeta-se agora ao REsp 1.334.097/RJ<sup>62</sup>, destacando-se o voto do exímio ministro relator Luis Felipe Salomão:

Com efeito, penso que a historicidade do crime não deve constituir óbice em si intransponível ao reconhecimento de direitos como o vindicado nos presentes autos. Na verdade, a permissão ampla e irrestrita a que um crime e as pessoas nele envolvidas sejam retratados indefinidamente no tempo – a pretexto da historicidade do fato – pode significar permissão de um segundo abuso à **dignidade humana**, simplesmente porque o primeiro já fora cometido no passado. Muito pelo contrário, nesses casos o reconhecimento do “direito ao esquecimento” pode significar um corretivo – tardio, mas possível – das vicissitudes do passado, seja de inquéritos policiais ou processos judiciais pirotécnicos e injustos, seja da exploração populista da mídia. (grifo nosso)

Observe-se que, conquanto concordemos com a tese argumentativa de que o direito ao esquecimento é importante reconhecimento do Estado ao cidadão, tal fundamentação poderia ser embasada em outros direitos constitucionais, como a proteção à imagem ou a intimidade e, porventura, também na dignidade humana. Contudo, do trecho colacionado não há como se extrair qual a significação que o eminente jurista quis realmente atribuir a esse princípio, apesar de ter sido ele o único embasamento constitucional desse fragmento.

No julgamento do HC 91.952/SP<sup>63</sup>, o Ministro Marco Aurélio ressaltou o respeito à dignidade humana em não submeter uma pessoa ao uso de algemas

<sup>61</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277/DF, rel. Min. Ayres Britto, Julgamento 05/05/2011, Tribunal Pleno, *DJe* 198, divulg. 13/10/2011, public. 14/10/2011, ement. vol. 02607-03, p. 00341. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1538528#39%20-%20AC%D3RD%C3O>>. Acesso em 16 out. 2015, p. 59.

<sup>62</sup> BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. REsp 1.334.097/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 28/05/2013, *DJe* 10/09/2013. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/revista-eletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1239004&sReg=201201449107&sData=20130910&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revista-eletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1239004&sReg=201201449107&sData=20130910&formato=PDF)>. Acesso em 05 jul. 2014.

<sup>63</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 91.952, rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/08/2008, *DJe* 241, divulg. 18/12/2008, public. 19/12/2008, ement. vol. 02346-04, p. 00850, *RTJ* vol. 00208-01, p. 00257. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570157>>. Acesso em 01.jul.2014.

quando não aparentar reais motivos para tanto: “Quanto ao fato de apenas dois policiais civis fazerem a segurança no momento, a deficiência da estrutura do Estado não autorizava o desrespeito à dignidade do envolvido”. É aí, pois, que se questiona. Por quê? Em que sentido? No caso de uma pessoa, sendo legisladora universal de si mesma como preceitua Kant, ela não admitiria as algemas? Ou, talvez, o ministro nos remeta a uma significação da dignidade humana vinculada ao princípio da presunção de inocência? É esta incerteza que, a nosso ver, torna o princípio da dignidade humana cada vez mais abstrato e distante tanto do seu interlocutor quanto do seu destinatário.

Em outros tribunais, é possível encontrar decisões menos conflituosas, mas que ainda assim são fundamentadas na dignidade da pessoa humana. Tem-se como exemplo a decisão que determinou o dever de indenizar pessoa exposta à situação vexatória em rede social<sup>64</sup>, enquanto seu fundamento jurídico poderia se limitar, inclusive para dar maior concretude à decisão, a reconhecer uma conduta ilícita consubstanciada em uma violação dos direitos da personalidade.

Ademais, também se encontrou o princípio da dignidade humana utilizado como fundamento para fornecimento compulsório de medicamentos pelo Poder Público<sup>65</sup> bem como para declarar a nulidade de cláusula contratual limitadora do tempo de internação hospitalar<sup>66</sup>, sendo que ambas as decisões tangenciam a discussão do princípio do solidarismo e da garantia do mínimo existencial, não tendo que, necessariamente, limitar-se ao princípio da dignidade humana que é utilizado sem nenhuma parcimônia.

Da mesma forma, somente com alusão e significação tácita, sem tradução dos termos em que a dignidade humana foi preceituada, está a jurisprudência no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No caso Velázquez Rodríguez *versus* Honduras, primeiro julgamento contencioso de mérito da Corte, que trata da desapareição forçada de Manfredo

---

<sup>64</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça. TJ/SP, 4ª Câmara de Direito Privado, Apelação 0.013.7673.2012.8.26.01, rel. Des. Natan Zelinschi de Arruda, j. 6 de junho de 2013. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/62548522/djsp-judicial-2a-instancia-04-12-2013-pg491?ref=home>>. Acesso em 07 jul. 2014.

<sup>65</sup> BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. RMS 11.183/PR, rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, julgado em 22/08/2000, DJ 04/09/2000, p. 121. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=199900838840&dt\\_pu\\_blicacao=04-09-2000&cod\\_tipo\\_documento](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199900838840&dt_pu_blicacao=04-09-2000&cod_tipo_documento)>. Acesso em 06 jul. 2014.

<sup>66</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça. TJSP, ADV, 40:636, 2001, AC 110.772-4-4-00, rel. Des. O. Breviglieri. Disponível em: <<http://brs.aasp.org.br/netacgi/nphbrs.exe?d=AASP&f=G&l=20&p=26&r=508&s1=presta%E7%F5es&s2=&u=/netahhtml/aasp/aasp1.asp>>. Acesso em 06 jul. 2014.

Velázquez por parte das Forças Armadas hondurenhas, o princípio da dignidade humana foi utilizado sob dois aspectos<sup>67</sup>:

- a) Ao Estado não poder interferir na vida dos cidadãos ilimitadamente, pois suas ações estão balizadas pela proteção à dignidade inerente ao ser humano: “Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana”<sup>68</sup>; e
- b) À proteção do indivíduo contra tratamentos cruéis e desumanos, especificamente neste caso, o isolamento prolongado a que submeteram a vítima:

Además, el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan, por sí mismos, **formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la libertad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano**, lo que constituye, por su lado, la violación de las disposiciones del artículo 5 de la Convención que reconocen el derecho a la integridad personal<sup>69</sup>. (grifo nosso)

No mesmo sentido de vedação a tratamentos cruéis e degradantes, sob pena de violação ao princípio da dignidade humana, o caso Neira Alegría e outros *versus* Peru<sup>70</sup>: “(...) nadie debe ser sometido a torturas, ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, y a que toda persona privada de libertad debe ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.<sup>71</sup>

Constate-se que, conquanto já seja entendimento recorrente na doutrina penal a vinculação do princípio sob análise a garantias, penas e processuais penais, bem como à vedação de tratamentos desumanos em presídios, a jurisprudência da Corte Interamericana não explica, nem traceja sob que significação utiliza tão renomado termo, cometendo o mesmo vício da maioria da jurisprudência brasileira.

---

<sup>67</sup> CORTEIDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C n. 4. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_04\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf)>. Acesso em: 09 jul. 2014.

<sup>68</sup> CORTEIDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C n. 4. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_04\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf)>. Acesso em: 09 jul. 2014., § 154.

<sup>69</sup> CORTEIDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C n. 4. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_04\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf)>. Acesso em: 09 jul. 2014, § 156.

<sup>70</sup> CORTEIDH. Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C n. 20. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_20\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_20_esp.pdf)>. Acesso em 09 jul. 2014.

<sup>71</sup> CORTEIDH. Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C n. 20. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_20\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_20_esp.pdf)>. Acesso em 09 jul. 2014, § 86.



Em “Meninos de rua” (Villagrán Morales e outros) *versus* Guatemala<sup>72</sup>, no qual se analisa a existência de omissão por parte do Estado em investigar judicialmente as violações de direitos e em punir seus responsáveis, a Corte assinalou que “aún cuando no hubiesen existido otros maltratos físicos o de otra índole, esa acción por sí sola debe considerarse claramente contraria al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”<sup>73</sup>

Ou seja, a abrangência não se limita às garantias penais, vai além, alcançando omissões do Estado que malfeririam a proteção à dignidade humana.

Já em Penal Miguel Castro Castro *versus* Peru<sup>74</sup>, a Corte analisou o alcance das violações derivadas do fato de que as internas foram submetidas durante prolongado período à desnudez forçada:

“El Tribunal estima que esas mujeres, además de recibir un **trato violatorio de su dignidad personal**, también fueron víctimas de violencia sexual, ya que estuvieron desnudas y cubiertas con tan solo una sábana, estando rodeadas de hombres armados, quienes aparentemente eran miembros de las fuerzas de seguridad del Estado”. (grifo nosso)

Digo, por mais que a Corte tenha explicitado a condição em que as presas se encontravam, não há uma significação para o termo da dignidade que não seja o implícito reconhecimento de que as mulheres estavam submissas a situações a elas impostas, violando a sua autonomia da vontade.

50

Para finalizar, ponho em comento o caso Damião Ximenes Lopes *versus* Brasil<sup>75</sup>, que abordou o tratamento dado a pacientes com deficiência mental em casas de repouso. A Corte entendeu que “a violência não era o único obstáculo para a recuperação dos pacientes da Casa de Repouso Guararapes, mas também as precárias condições de manutenção, conservação e higiene, bem como da assistência médica, igualmente constituíam uma afronta à dignidade das pessoas ali internadas”<sup>76</sup>.

<sup>72</sup> CORTEIDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C n. 63. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_63\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf)>. Acesso em 09 jul.2014.

<sup>73</sup> CORTEIDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C n. 63. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_63\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf)>. Acesso em 09 jul.2014., § 164.

<sup>74</sup> CORTEIDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro *versus* Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C n. 160, § 306. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_160\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf)>. Acesso em 09 jul. 2014.

<sup>75</sup> CORTEIDH. Caso Ximenes Lopes *versus* Brasil. Sentença de 4 de julho de 2006 (Mérito, Reparações e Custas). Série C. n. 149. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_149\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf)>. Acesso em 09 jul. 2014.

<sup>76</sup> CORTEIDH. Caso Ximenes Lopes *versus* Brasil. Sentença de 4 de julho de 2006 (Mérito, Reparações e Custas). Série C. n. 149. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_149\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf)>. Acesso em 09 jul. 2014., § 120.

Nesse excerto, mais uma vez, nota-se a expressão “violação à dignidade” (e só). O termo foi empregado, sem que se explicasse qual o motivo do seu âmbito de incidência no caso. A Corte IDH mesma, ao longo de sua existência, não adotou um conceito para o que seria a dignidade da pessoa humana em seu entendimento. Igualmente, não é possível abstrair seu significado da Convenção Americana de Direitos Humanos. O que se extrai das decisões são situações, de casos concretos com graves violações a direitos, que, por questão do julgamento, são consideradas atentatórias à dignidade (a qual, por sua vez, não é definida semanticamente).

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

O panorama que originou o presente trabalho proveio do estudo de julgamentos que utilizavam o princípio da dignidade humana como embasamento teórico. Ao longo do tempo, foi se constatando (o que permitiu, inclusive, o surgimento de um olhar crítico) a ausência de uma univocidade de sentido em sua utilização. Da mesma forma, verificou-se que, em outras vezes, sequer o julgador fazia uma vinculação entre o princípio e o fato do caso concreto, lançando mal somente de citar o preceito normativo.

E é por isso que a finalização deste trabalho não poderia ser somente uma crítica à utilização e significação tácita, mas especialmente um alerta para o dever de fundamentação das decisões pelos magistrados exigido não só pela Constituição, mas agora pelo Novo Código de Processo Civil.

No mais, cabe finalizar este artigo sintetizando brevemente a significação tácita que se pode extrair dos julgamentos analisados. Concordamos com Vilhena quando ele afirma que a dignidade humana, no ordenamento brasileiro, está vinculada aos direitos da personalidade, estes constituídos em dois grupos<sup>77</sup>: (i) direitos à integridade física, englobando o direito à vida, o direito ao próprio corpo e o direito ao cadáver; e (ii) direitos à integridade moral, rubrica na qual se inserem os direitos à honra, à liberdade, à vida privada, à intimidade, à imagem, ao nome e o direito moral do autor, entre outros.

Já no sistema interamericano, além desses mesmos âmbitos, vincula-se a dignidade à ação estatal, uma vez que o Estado é o garante dos direitos humanos. Pela análise dos julgamentos da Corte, percebe-se que a dignidade humana, por mais que não seja conceituada, é considerada inerente à natureza mesma de todo ser humano.

Levando isso em consideração, a Corte IDH entende que a responsabilidade de uma pessoa por ter cometido algum crime grave contra a segurança estatal

---

<sup>77</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 91.

não pode implicar, de nenhuma maneira, que tal Estado realize atos violatórios da dignidade de alguém. Para o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, a natureza humana não muda pelo fato de alguém ter cometido um crime, o que significa que inclusive os piores delinquentes seguem sendo seres humanos com dignidade e, por isso, assim devem ser tratados em um Estado Democrático.

Se entendido fosse de forma diferente, partindo-se de um consenso social e político, dessa perspectiva, seria justificável que os indivíduos, que por suas mesmas ações rechassem esse consenso, não teriam direito aos benefícios que se derivam desse consenso. Essa ideia é a que se quer impor nos discursos dominantes contemporâneos sobre a luta contra o terrorismo.

Constata-se, portanto, que a Corte IDH defende a utilização da dignidade humana de forma universal, pois pretende impedir que alguém que não considerado enquadrado em determinada perspectiva (por exemplo, por algum fator político ou cultural), não esteja apto a receber um tratamento digno.

Assim como na jurisprudência brasileira, a Corte não desenvolve de forma profunda um conceito próprio a que se deve entender por dignidade, justificando que ela tem uma esfera autônoma e diferente, bem como seu significado deve ser obtido em cada caso, não sendo possível identificar de forma absoluta em algum fato da vida.

52

Outro fator de destaque no entendimento da Corte IDH é que a dignidade não é a mesma para todas as pessoas, pois havendo sujeitos especialmente vulneráveis (que, conforme sua jurisprudência, são as pessoas com deficiência, mulheres, crianças, idosos, indígenas ou qualquer pessoa privada de seus direitos mais básicos, como no caso dos detentos em condições precárias), a proteção da dignidade deve ser reforçada, ou seja, para esses sujeitos, a dignidade denota outras obrigações do Estado.

No mais, constata-se que a utilização do princípio da dignidade humana, tanto pela nossa jurisprudência, quanto pela jurisprudência interamericana de direitos humanos seria, superficialmente, aquilo que idealizou Kant, pois perfaz a ideia de que o ser humano é digno *per si*, por sua condição humana e somente por isso. Todavia, em uma análise mais profunda de sua filosofia, repara-se que o homem não é digno *per si*, mas exclusivamente por sua capacidade de ser racional e autônomo, podendo escolher sua lei universal e servindo-se dessa racionalidade para agir categoricamente bem.

Isso significa que os ordenamentos jurídicos apontados utilizam muito mais a concepção ontológica e intuicionista, em que a dignidade é atributo autoexplicativo e intrínseco à essência humana, do que a concepção kantista do termo, apesar de ambas terem uma ligação profunda entre si, no que diz respeito a ser uma qualidade própria e exclusiva do ser humano.

## A significação tácita da dignidade da pessoa humana nas decisões judiciais

É cediço que as críticas dos estudiosos do Direito sobre este tema, em sua maioria, questionam: a) por um lado, a utilização exacerbada da dignidade humana nas decisões judiciais; e b) por outro, o desrespeito a ela pelos agentes estatais. Este artigo não teve como escopo esses dois âmbitos especificamente, mas sim trazer à órbita acadêmica uma reflexão quanto à sua indefinição teórica, de forma a instigar o pensamento se isso reflete na sua (in)utilização prática.

Estaria a dignidade humana menos vulgarizada se devidamente fundamentada como preceitua a Constituição aos magistrados? Estaria a dignidade humana mais bem promovida se a sociedade como um todo pudesse compreender sua significação? Pela construção deste trabalho, defendemos que sim. Fica, portanto, a reflexão.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDDT, Hannah. *Ética & política*. Tradução de Eugenia Sales Wagner. São Paulo: Ate-liê Editorial, 2006.

BAERTSCHI, Bernard. *Ensaio filosófico sobre a dignidade: antropologia e ética das biotecnologias*. Tradução de Paula Silvia Rodrigues Coelho da Silva. São Paulo: Loyola, 2009.

BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 3ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BIELEFELDT, Heiner. Os direitos humanos num mundo pluralista. *Pensar: Revista do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza*, v. 13, n. 2, p. 166-174, jul./dez. 2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 15.jun.2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.856/RJ, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 26/05/2011, Tribunal Pleno, *DJe* 198, divulg. 13/10/2011, public. 14/10/2011, ement. vol. 02607-02, p. 00275. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1547309#20%20-%20AC%D3RD%C3O>>. Acesso em 16 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 248869, rel. Min. Maurício Corrêa, 2ª Turma, julgado em 07/08/2003, *DJ* 12/03/2004, p. 00038, ement. vol. 02143-04, p. 00773. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=257829>>. Acesso em 05 jul. 2014.

BRASIL. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) *versus* Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C n. 63. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_63\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf)>. Acesso em 09.jul.2014.

BRASIL. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C n. 160. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_160\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf)>. Acesso em 09 jul. 2014.

BRASIL. Caso Neira Alegria y otros *versus* Perú. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C n. 20 Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_20\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_20_esp.pdf)>. Acesso em 09 jul. 2014.

BRASIL. Caso Velásquez Rodríguez *versus* Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C Nn. 4. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_04\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf)>. Acesso em: 09 jul. 2014.

BRASIL. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Porto: Porto Editora, 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. HC 1.2547/DF, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, julgado em 01/06/2000, *DJ* 12/02/2001, p. 115. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200000222780&dt\\_publicacao=12/02/2001](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200000222780&dt_publicacao=12/02/2001)>. Acesso em 06 jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. HC 9.892/RJ, rel. Min. Hamilton Carvalhido, rel. p/ Acórdão Min. Fontes de Alencar, 6ª Turma, julgado em 16/12/1999, *DJ* 26/03/2001, p. 473. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMGD?seq=242765&nreg=19990054703\\_9&dt=20010326&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMGD?seq=242765&nreg=19990054703_9&dt=20010326&formato=PDF)>. Acesso em 05 jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. REsp 1334097/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 28/05/2013, *DJe* 10/09/2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1239004&sReg=201201\\_449107&sDat a=20130910&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1239004&sReg=201201_449107&sDat a=20130910&formato=PDF)> Acesso em 05 jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. REsp 249026/PR, Rel. Ministro José Delgado, primeira turma, julgado em 23/05/2000, *DJ* 26/06/2000, p. 138. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=200000158534&dt\\_publicacao=26-06-2000&cod\\_tipo\\_documento=>](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=200000158534&dt_publicacao=26-06-2000&cod_tipo_documento=>)>. Acesso em 06 jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. RMS 11.183/PR, rel. Min. José Delgado, primeira turma, julgado em 22/08/2000, *DJ* 04/09/2000, p. 121. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=199900838840&dt\\_publicacao=04-09-2000&cod\\_tipo\\_documento=>](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199900838840&dt_publicacao=04-09-2000&cod_tipo_documento=>)>. Acesso em 06 jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277/DF, rel. Min. Ayres Britto, Julgamento 05/05/2011, Tribunal Pleno, *DJe* 198, divulg. 13/10/2011, public. 14/10/2011, ement. vol. 02607-03, p. 00341. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1538528#39%20-%20AC%D3RD%C3O>>. Acesso em 16 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54, rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, acórdão eletrônico *DJe* 080, divulg. 29/04/2013, public. 30/04/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=3707334>>. Acesso em: 01 jul. 2014.

## A significação tácita da dignidade da pessoa humana nas decisões judiciais

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento 27/04/2005, Tribunal Pleno, *DJe* 092, divulg. 30/08/2007, public. 31/08/2007, *DJ* 31/08/2007, p. 00029, ement. vol. 02287-01, p. 00021. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334#108%20-%20Inteiro%20teor%20do%20ac%F3rd%E3o>>. Acesso em 16 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ext 633, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 28/08/1996, *DJ* 06/04/2001, p. 00067, ement. vol. 02026-01, p. 00088. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=324836>>. Acesso em 01 jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 70.389, rel. Min. Sydney Sanches, rel. p/ Acórdão: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/1994, *DJ* 1008-2001, p. 00003, ement. vol. 02038-02, p. 00186. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72400>>. Acesso em 05 jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 71.373-4, rel. Min. Francisco Rezek, rel. p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 10/11/1994, *DJ* 22/11/1996, p. 45.686, ement. vol. 01851-02, p. 00397. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73066>>. Acesso em 01 jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 79.512, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/1999, *DJ* 16/05/2003, p. 00092, ement. vol. 0211002, p. 00308. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78086>>. Acesso em 05. jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82.424, rel. Min. Moreira Alves, rel. p/ Acórdão: Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, *DJ* 19/03/2004, p. 00017, ement. vol. 02144-03, p. 00524. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 05. jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 83.358, rel. Min. Carlos Britto, 1ª Turma, julgado em 04/05/2004, *DJ* 04/06/2004, p. 00047, ement. vol. 02154-02, p. 00312 *RTJ* vol. 00191-01, p. 00234 rmp n. 22, 2005, p. 441-444. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79335>>. Acesso em 05 jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 91.952, rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/08/2008, *DJe* 241, divulg. 18/12/2008, public. 19/12-2008, ement. vol. 02346-04, p. 00850, *RTJ* vol. 00208-01, p. 00257. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570157>>. Acesso em 01. jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 398.041-6, rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 30/11/2006, *DJe* 241, divulg. 18/12/2008, public. 19/12/2008, ement. vol. 02346-09, p. 02007 *RTJ* vol. 00209-02, p. 00869. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570361>>. Acesso em: 01 jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 541.627, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, julgado em 14/10/2008, *DJe* 222, divulg. 20/11/2008, public. 21/11/2008, ement. vol. 02342-12, p. 02386 *RTJ* vol. 00208-02, p. 00853 riobtp v. 20, n. 237, 2009, p. 132-139. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=563991>>. Acesso em 05 jul. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça. TJ/SP, 4ª Câmara de Direito Privado, Apelação 0.013.7673. 2012.8.26.01, rel. Des. Natan Zelinschi de Arruda, julgado em 6 de junho de 2013. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/62548522/djsp-judicial-2a-instancia-04-12-2013-pg491?ref=home>>. Acesso em 07 jul. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça. TJSP, ADV, 40:636, 2001, AC 110.772-4-4-00, rel. Des. O. Breviglieri. Disponível em: <<http://brs.aasp.org.br/netacgi/nphbrs.exe?d=AASP&f=G&l=20&p=26&r=508&s1=presta%E7%F5es&s2=&u=/netahtml/aasp/aasp1.asp>>. Acesso em 06 jul. 2014.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16/3/2015. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASTILHO, Ricardo. *Direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DOUZINAS, Costas. *El fin de los derechos humanos*. Primera edición em español. Estudio preliminar de Oscar Guardiola-Rivera y Ricardo Sanín Restrepo. Universidade de Antioquia. LEGIS. 2008.

FARIA, José Eduardo. Prefácio. In: BALDI, César Augusto (Org.) *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

56

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC*: crítica e propostas. São Paulo: RT, 2010, 2. tiragem.

MELGARÉ, Plínio. Direitos humanos: uma perspectiva contemporânea – para além dos reducionismos tradicionais. *Revista Ajuris*, n. 88, dez./2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)*. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)> Acesso em 20.jun.2014.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Declaração americana dos direitos e deveres do homem (1948)*. Disponível em: <[http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao\\_Americana.htm](http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2014.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes da. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Fortaleza, a. v. 2, n. 2, 2001.

SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Ximenes Lopes *versus* Brasil. Sentença de 4 de julho de 2006 (Mérito, Reparações e Custas) Série C n. 149. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie\\_c\\_149\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_c_149_por.pdf)>. Acesso em 09 jul. 2014.

## A significação tácita da dignidade da pessoa humana nas decisões judiciais

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC* n. 9, jan./jun. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. revista e atualizada. 2ª tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Paulo Henrique Gurjão. *O julgamento liminar de improcedência e o Novo Código de Processo Civil*: a necessária relação com um sistema de precedentes judiciais obrigatórios. 2015, 94f. Trabalho de conclusão de curso – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Amazonas, Manaus, 2014.

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

STRECK, Lenio Luiz. Na democracia, decisão não é escolha: os perigos do solipsismo judicial – o velho realismo e outras falas. In: STRECK, Lenio Luiz, ROCHA, Leonel Severo, Engelmann, Wilson (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. Patogênese do protagonismo judicial em Terrae Brasilis ou de como “sentença não vem de sentire”. In: STRECK, Lenio Luiz, MORAIS, José Luis Bolzan de (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Malheiros, 688p. 2006.

WARAT, Luis Alberto. *O Direito e sua linguagem*. 2ª versão. Porto Alegre: Fabris, 1995.

WEYNE, Bruno Cunha. *O princípio da dignidade humana: reflexões a partir da filosofia de Kant*. São Paulo: Saraiva, 2013.

Data de recebimento: 07/05/2015

Data de aprovação: 02/10/2015





# DE 1824 A 1988: UMA ANÁLISE SOBRE O TEXTO CONSTITUCIONAL E SUA PROLIXIDADE NA GARANTIA DE MATÉRIAS INFRACONSTITUCIONAIS

## FOR 1824 THE 1988: AN ANALYSIS ON THE CONSTITUTIONAL TEXT AND ITS PROLIXITY IN MATTERS OF WARRANTY INFRA

*Marta Ribeiro de Almeida\**

*Pedro Henrique Bottizini\*\**

*A dignidade humana está em vossas mãos: Conservai-a.  
Friedrich Von Shiller (1789)*

### RESUMO

O presente estudo tem por escopo uma abordagem sobre a Constituição de 1988 e as demais antecedentes, analisando a origem e alguns dos seus aspectos marcantes desde 1824 até 1988, com breve análise do período histórico de cada uma delas. Analisa ainda a violação dos direitos humanos proporcionada pelo amargo legado deixado pela ditadura militar. Propõe um estudo no que tange à prolixidade e rigidez do texto constitucional vigente e a necessidade de ter garantia tanto em matéria constitucional como infraconstitucional. Sustenta, pois, a relevante necessidade de aplicação dos métodos de interpretação constitucional, respeitando a mutação do corpo social. Para tanto, foi utilizado o método dedutivo com pesquisa na Constituição da República Federativa do Brasil e fontes bibliográficas na doutrina nacional.

---

\* Bacharel em Direito pela Faculdade de Imperatriz – FACIMP. Correspondência/ *Correspondence to*: Rua Ceara, 1600, apto 202, bloco 1, Residencial Minas de Prata, Bairro: Nova Imperatriz, Imperatriz/MA, CEP: 65.901-610. E-mail martaribeiro22@hotmail.com. Telefone: (98) 981371033.

\*\* 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

**Palavras-chave:** Constituição. Ditadura militar. Constitucionalização do direito.

#### ABSTRACT

The scope of this study is an approach to the Constitution 1988 and other reports Constitutions, analyzing the origin and some of its salient features since 1824 until 1988 with a brief analysis of the historical period of each one. It also examines the violation of human rights provided by the bitter legacy of the military dictatorship. Proposes a study regarding the prolixity and stiffness of the Magna Carta and the current need for collateral both in constitutional matters as *infra*. Holds, therefore, the relevant need for applying the methods of constitutional interpretation, respecting the mutation of the social body. Thus, the deductive method to research the Constitution of the Federative Republic of Brazil and bibliographic sources in the national doctrine was used.

**Keywords:** Constitution. Military dictatorship. Constitutionalization of the law.

#### INTRODUÇÃO

Este estudo levanta o propósito de apresentar a Constituição que figura como elo e engrenagem entre o Estado e o corpo social. Enfocar a relevância e abrangência dos direitos fundamentais constituído no ramo de Direito Público, voltando a atenção para um estudo das normas que integram a Constituição, entre elas, as *infraconstitucionais* postas na Constituição de 1988 em virtude do período histórico.

O direito constitucional, em síntese, é o ordenamento supremo do Estado e estuda a estrutura organizacional de governo e o regime político. Contempla regras que estabelecem, transmitem e exercem autoridade pública como o estabelecimento dos poderes supremos, o direcionamento de competências e a garantia dos direitos individuais e sociais.

O termo constituição alcança uma série de significados, por exemplo, o modo de ser das coisas em sua essência e qualidade. Todavia, o objeto do presente estudo é a Constituição Política do Estado.

Adjetivar a Constituição como rígida é dizer que nela se exige um procedimento diferenciado e peculiar, estabelecido pelo poder constituinte originário; são normas acima de todas as outras manifestações do direito e para as quais não há possibilidade de derrogação ou revogação. Vale externar que, diferentemente de um Estado dotado de Direito Consuetudinário, e de Constituição flexível como é o caso da Inglaterra, no país onde prevalecem a rigidez constitucional e o princípio da supremacia constitucional, novas leis não têm força para revogar o *status quo* de matéria constitucional.

É interessante notar que a rigidez da matéria de ordem constitucional desencadeia o princípio da supremacia constitucional que, *ipsis litteris*, significa que todas as demais normas devem estar em consonância com a Constituição, caso contrário serão inválidas ou declaradas inconstitucionais.

Dessarte, sendo a Constituição rígida, hierarquicamente superior às demais normas infraconstitucionais, imutável; contendo inclusive cláusulas pétreas, constata-se a necessidade de melhor interpretação e aplicabilidade do direito visto que a sociedade evolui e o direito carece de acompanhar essa metamorfose social. Todavia, o parâmetro para a construção de todos os atos normativos deve respeitar os princípios e regras constitucionalmente previstos.

### O QUE É CONSTITUIÇÃO?

Uma complexão de normas e princípios fundamentais de hierarquia suprema que, concatenados, visa regulamentar as normas organizacionais, estruturais e mantenedoras do Estado de Direito. *Lato sensu*, é um ato de constituir. Um conjunto de normas jurídicas, compondo, dessa maneira, um organismo vivo. A força constitucional é capaz de limitar o governo, possibilitando, assim, a garantia dos direitos fundamentais em uma dimensão política e social. Constituição, em sentido jurídico, para José Afonso da Silva (2012, p. 29), é um complexo normativo exaustivo e sistemático, em que se estabelecem as funções fundamentais do Estado, a regulação de seus órgãos e o âmbito de suas competências; é pois, um sistema de normas. Nas palavras de Bonavides, o conceito material de Constituição assim estabelecido:

Do ponto de vista material, a Constituição é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais. Tudo quanto for, enfim, conteúdo básico referente à composição a ao funcionamento da ordem política exprime o aspecto material da Constituição. [...] desse aspecto, não há Estado sem Constituição, Estado que não seja constitucional, visto que toda sociedade politicamente organizada contém uma estrutura mínima, por rudimentar que seja (BONAVIDES, p. 34, 2013).

O fenômeno Constituição é milenar, remonta preocupação desde o mundo antigo até a contemporaneidade. A ideia de constituição que se tem hoje é aquela herdada das Revoluções Burguesas: a Revolução Gloriosa Inglesa e a Revolução Francesa, já no século XVIII. Os parisienses deixaram um marco inexaurível para todo o Ocidente, de sua força política primordial estimulada a se desenvolver no sentido da defesa do diálogo e dos direitos civis. O anseio antiabsolutista das revoluções em comento acabou por atrelar, ainda que involuntariamente, a ideia de Constituição à de revolução. Foi preciso uma revolução, uma “Queda da

Bastilha”, para que o povo mostrasse sua força e, a partir daí, a transformação social; uma nova ordem hasteada sob a égide de liberdade (econômica), igualdade (jurídica) e fraternidade (política). Com a queda do Estado Absolutista renasce o conceito de Estado, Poder e Direito.

A tripartição dos poderes que o constitucionalismo tem como pequeno clarão é o alicerce da Constituição, poder que antes era uno e passa a ser dividido em três, cada qual com funções específicas: legislar, executar e julgar; assim, buscando incansavelmente evitar um retorno tórrido de flagelo político-social como o Estado Absolutista. Outro marco pertinente é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), direitos que foram negados por séculos, passaram a ser exigidos como imprescindíveis, ainda que implicitamente, a uma ideia de garantismo no conceito moderno de Constituição.

Nesse diapasão, decai a relevância do poder divino dos reis, poder uno, e passa a ter forma a soberania do povo, intrinsecamente, por meio de um contrato social coincidindo com a ideia de constituição escrita. Concebe-se na era moderna um ordenamento jurídico, surgindo, a partir de então, as constituições liberais, formais e cidadãs; oriundas de manifestações do poder constituinte originário sendo, dessa maneira, signatárias do Estado de Direito.

## A CONSTITUIÇÃO DE 1824

A história do constitucionalismo no Brasil coincide com grandes transformações do próprio Estado. O início deste constitucionalismo foi marcado pela violação dos direitos da sociedade de participar no processo, tanto que a Assembleia Constituinte, com ideias liberais, convocada pelo Imperador em 1823, fora dissolvida por ele mesmo, culminando, assim, na outorga da Constituição de 1824 por Dom Pedro I. Mesmo embrionária de um processo *mala fide*, à sombra de um absolutismo já derrotado na Europa, a Constituição de 1824 vigorou por 67 anos – a mais duradoura de toda a história do Brasil até hoje. A Constituição Política do Império do Brasil fora notadamente marcada pelo centralismo administrativo e político, com uma particularidade inusitada não prevista por Montesquieu na divisão dos poderes: um Poder Moderador. Além dos poderes legislativo, executivo e judiciário, a Majestade Imperial introduziu na Constituição uma função moderadora. Nesse sentido, Marcelo Vicente apud Oliveira Viana comenta:

[...] realmente, criando o Poder Moderador, enfeixado na pessoa real, os estadistas do antigo regime armam o soberano de faculdades excepcionais. Como Poder Moderador, ele age sobre o Legislativo pelo direito de dissolução da Câmara, pelo direito de adiamento e de convocação, pelo direito de escolha, na lista tríplice, dos senadores. Ele atua sobre o

poder judiciário pelo direito de suspender os magistrados. Ele influi sobre o poder executivo pelo direito de escolher livremente seus ministros de Estado e livremente demiti-los. Ele influi sobre a autonomia das províncias. E, como chefe do poder executivo, que exerce por meio de seus ministros, dirige, por sua vez, todo o mecanismo administrativo do País (PIMENTA, p. 53-54, 2007).

Diante do exposto, é possível notar que o Poder Moderador foi o ícone mais importante para manter a organização política exercida de forma privativa pela Dinastia do Brasil Império. O intento era assegurar a recente independência e prover o equilíbrio equalizando os demais poderes.

No período em tela, é possível apontar relevantes transformações, como a divisão territorial pela qual as outrora capitânias passaram a ser províncias subordinadas ao Poder central. O Poder Legislativo era exercido por duas Câmaras: uma de deputados e outra de senadores. No que tange ao Executivo, exercido pelo Imperador, todavia por intermédio dos Ministros do Estado, depois de 1831, quando da abdicação de D. Pedro I, o Brasil teve quatro Regências e, a partir de 1841, o monarca herdeiro do trono, D. Pedro II, assumiu o poder. Quanto ao Judiciário, era independente e exercido por juízes e jurados, em que a lei era aplicada pelos juízes e os jurados eram encarregados de argumentar sobre a situação fática.

A Constituição de 1824 é classificada como semirrígida, necessitando de um procedimento mais dificultoso e solene para possibilitar a alteração de determinadas normas. Como referido anteriormente, as Revoluções Burguesas contribuíram na perspectiva de uma constituição liberal no Brasil, tanto que nela continha previsão de direitos civis e políticos, desencadeando declarações de direitos e garantias nas constituições que sucederam a de 1824. Ainda que sintetizado, é impossível não trazer à baila que, embora o País tivesse uma Constituição com previsão de direitos civis, paradoxalmente perdurava a melancólica e forçada manutenção da escravidão; o que se figura em uma grande dicotomia quanto ao tratamento dado à pessoa; pois, ao mesmo tempo era proibida constitucionalmente a prisão arbitrária.

## **A CONSTITUIÇÃO DE 1891 – A PRIMEIRA DA REPÚBLICA**

A Constituição de 1891 inaugura o lugar de primeira da República dos Estados Unidos do Brasil e, desta vez, promulgada pelo Poder Constituinte. É marcada pelo fim do unitarismo e substituição da monarquia pela república. Houve a transformação de províncias em estado. O jurista Rui Barbosa teve seu papel em evidência em todo o processo de elaboração constitucional, contribuindo grandemente na criação do *habeas corpus* e no Controle de Constitucionalidade. Esta Constituição é reflexo de mudanças já preconizadas ao longo de décadas

com o desgaste da monarquia e foi especialmente lubrificada por sentimento republicano e federalista. O rompimento entre cetro e cajado desvincula Estado e Igreja, e o batismo deste novo Estado laico foi visivelmente externado pela inauguração do casamento civil. Mesmo com avanços políticos bem relevantes, este período ainda é marcado por muitas limitações, visto que predominou o domínio de classes da elite agrária. Foi extinto o poder moderador e os direitos e as garantias individuais estavam sob a égide da Constituição. O Brasil teve o poder central enfraquecido, mas isso não impediu o retrocesso político já que as forças oligárquicas, revezavam-se no poder, e também acabaram mantendo o país estagnado economicamente.

### **A CONSTITUIÇÃO DE 1934**

Embora em vigor por pouquíssimo tempo, buscou o fortalecimento do Estado na esfera econômica e social. Inovou em trazer a previsão do mandado de segurança na defesa do direito certo do impetrante. É inegável a grande dicotomia desta Constituição em comparação à de 1891. Aqui, as preocupações sociais ganham enfoque e a Revolução Constitucionalista de 1932 acaba por operar mudanças tão almejadas, contando com uma inquietação e anseio de mudança no âmbito nacional. Um marco pertinente a ser apontado é a permissão do voto feminino, mas ainda com caráter discriminatório, uma vez que, o voto era obrigatório para um grupo específico de mulheres, o de funcionárias públicas; sendo que para as demais, o voto permanecia proibido. Também foi nesta Constituição que se falou em educação, proteção à família, previdência social, legislação trabalhista e, aqui, com garantia e autonomia sindical. Entretanto, ao mesmo tempo em que a Constituição de 1934 trazia elementos liberais, também carregava tendências intervencionistas do Estado na economia, uma clara dubiedade que pouco depois resultou no Estado Novo de Getúlio. Nesse sentido, é necessário servir-se das palavras do professor Bonavides:

[...] A Carta é uma colcha de retalho, em que pese seu brilhantismo jurídico e sua lição histórica. Princípios antagônicos (formulados antagonicamente, inclusive) são postos lado a lado. Eles marcam duas tendências claramente definidas, dois projetos políticos diversos. Um deles havia de prevalecer. O que efetivamente aconteceu: sobreveio a ditadura Getulista a partir de 1937 (BONAVIDES, p. 320, 1991).

### **A CARTA POLÍTICA DE 1937**

A Carta outorgada de 1937 teve dispensada sua representação popular constituinte; considerada por alguns críticos como a primeira outorgada, uma vez que a assembleia constituinte de 1824 foi dissolvida depois do texto pronto, sendo aproveitado em quase a sua totalidade. A “Polaca”, que também sofreu

sérias influências do fascismo de Mussolini, usou o pretexto de proteção da estabilidade econômico-financeira para um golpe de Estado. Essa outorga fora promovida por Getúlio Vargas, em um regime ditatorial nominado de Estado Novo. Esse período é marcado por um trágico rompimento com o texto constitucional liberal de outrora, ficando em ênfase a centralização política e administrativa concentrada no executivo; restando a cargo do Presidente da República ampla discricionariedade. O Parlamento e os partidos políticos foram deixados à margem e até mesmo as organizações sindicais eram estimuladas ao corporativismo, evidenciando sobremaneira a influência já mencionada do fascismo. Assim, a Constituição que previa liberdades individuais e segurança não alcançou efetividade nem teve aplicação regular. O *modus faciend* da Carta resultou bem diferente do *modus agend*.

## A CONSTITUIÇÃO DE 1946

Depois de quase uma década, o Estado Novo desmorona com a força de um movimento nacional, e a Assembleia Constituinte promulga a Constituição de 1946. Em um mundo pós-guerra, o Brasil buscava caminho em direção à redemocratização. Esta Constituição remonta a algumas ideias da Constituição de 1934. Conforme preceitua Kildare Gonçalves Carvalho, cabe ressaltar alguns pontos importantes:

(...) o bicameralismo foi restabelecido; a figura do Vice-Presidente da República foi restaurada, cabendo-lhe ainda a função de presidir o Senado Federal; houve expansão dos Poderes da União, em detrimento dos Poderes dos Estados; na ordem econômica e social, a propriedade foi condicionada ao bem-estar social; introduzindo-se título novo referente à família, educação e cultura; no âmbito do Poder Judiciário, foram previstas a Justiça do Trabalho e o Tribunal Federal de Recursos (CARVALHO, p. 531, 2011).

Também foi conferida a esta Constituição declaração de direitos individuais em uma maior extensão e de forma mais rica em detalhes. Tecnicamente e até do ponto de vista ideológico, esta é vista como uma das melhores constituições, pois consegue abertura tanto no campo político como no social. Entretanto a Assembleia Constituinte foi eleita por apenas 15% da população, restringindo a percepção popular quanto à Constituição de 1946 como um instrumento de mudança.

Fatores de ordem diversa culminaram, de certa maneira, na queda do governo de João Goulart, herdeiro político de Getúlio. O movimento operário, o fortalecimento dos sindicatos, o movimento das ligas camponesas, a reforma agrária, uma política desenvolvimentista autônoma, tudo isso associado ao populismo, impossibilitava impedir um golpe de estado, o que veio a ocorrer em



1964. Um movimento revolucionário se instalou quando João Goulart foi acusado de servir ao comunismo internacional. Os militares do Supremo Comando da Revolução baixaram o primeiro Ato Institucional com inúmeras restrições à democracia, inclusive excluir da apreciação judiciária os atos decorrentes.

Embora o Regime Militar sustentasse que a Constituição de 1946 continuava a vigor, esta se encontrava desfigurada em sua essência desde o Ato Institucional I e os seguintes com a extinção dos partidos políticos, fato grave que descaracterizava sobremaneira aquela ordem constitucional. Os Atos Institucionais coagiram o poder constituinte. Nesse sentido, o professor Pedro Lenza leciona que:

[...] pode-se afirmar que a Constituição de 1946 foi suplantada pelo Golpe Militar de 1964. Embora continuasse existindo formalmente, o País passou a ser governado pelos Atos Institucionais e Complementares, com o objetivo de consolidar a “Revolução Vitoriosa”, que buscava combater e “drenar o bolsão comunista” que assolava o Brasil (LENZA, p. 136, 2013).

## A CONSTITUIÇÃO DE 1967 – O ESPÓLIO DA DITADURA MILITAR

66

A Constituição de 1967 seguiu em um trilho, de certa maneira, semelhante ao da de 1937 no que tange ao amplo poder conferido ao Presidente da República. O golpe militar acabou sendo também um golpe no federalismo, já que todo esse movimento tinha inclinação para um Estado unitário e centralizado. Teoricamente, nesta Constituição fora mantida a tríplice partição dos poderes, todavia, na prática o poder estava concentrado no executivo que se fortalecia ainda mais. Mais que isso, em determinadas matérias, apenas o Presidente da República poderia dar início ao processo legislativo, uma clara violação da tripartição dos Poderes.

Quanto à declaração de direitos, que em momento ulterior foram tutelados constitucionalmente, aqui, havia uma previsão descabida de possibilidade de suspensão de direitos políticos. A Junta Militar, com poderes exacerbados, utilizou-se de decretos-leis, leis delegadas e legislação de urgência para a adoção de eleição indireta para Presidente da República por um colégio membro do Congresso Nacional; suspendeu garantias da Magistratura por meio de Atos Institucionais; e, por mais estranho que pareça, a Justiça Militar passou a ter competência para processar e julgar crimes contra a segurança nacional.

Em 1968, a situação se tornou ainda mais grave com o Ato Institucional n. 5 (AI-5) a respeito do qual cabe lembrar as palavras do Kildare Gonçalves (2011, p. 535): “paralisou o funcionamento da Constituição, aniquilou o princípio da independência e da harmonia dos Poderes, tudo submetido ao arbítrio e à vontade

incontrolável do Presidente da República, que converteu o regime presidencial em Ditadura Constitucional”.

É de grande relevo destacar pelo menos duas das atrocidades prevista no AI-5; 1) a suspensão da garantia de *habeas corpus* nos casos de crimes políticos contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular; 2) a exclusão de apreciação do Judiciário quanto a todas as ações praticadas consoante o AI-5 e os seus Atos Complementares, até mesmo nos seus efeitos; um violento desrespeito aos direitos fundamentais. Este momento ainda foi marcado pelo fechamento do Congresso Nacional mediante um Ato Complementar.

Com todas as agressões trazidas por este trágico momento de retrocesso, o texto constitucional acabou sendo descaracterizado e, em 1969, recebeu a inserção da Emenda Constitucional n. 1. Há constitucionalistas que entendem ser essa Emenda uma Constituição outorgada pela Junta Militar que, inclusive, chegou a assumir o poder e promoveu uma consolidação da EC n. 1/69 no texto constitucional de 1967. As mudanças políticas são evidentes, deixando óbvio que a EC n. 1/69 decorreu de um novo poder constituinte; com prerrogativas para constitucionalizar de maneira outorgada todos os Atos por eles já baixados, inclusive o AI-5. Este momento é marcado pela repressão, pelo sombrio silêncio social, pelo exílio e prisão de líderes sociais.

Até aproximadamente 1974, o país passou pelo fenômeno denominado “milagre econômico”, o que levou à percepção, de certa maneira e por mais improvável que fosse, de que o novo regime tinha pontos positivos, uma ideia errônea.

Tão frágil era economia que, no governo do General Emílio Geisel (1974 a 1979), uma forte inflação desencadeou uma preocupante crise econômica; nesse momento, o governo perdia força política e já temia a oposição. Um marco importante que cabe trazer à baila, já no final do governo do Médici, foi o chamado “pacote de junho de 1978”, um rol de medidas adotadas como a revogação total do temido AI-5 e a eliminação de alguns dos poderes presidenciais.

Ainda que com pouca força, era o começo de um longo processo de redemocratização do país. Na sucessão dessas medidas, vieram também a Lei da Anistia, em 1979 (para crimes políticos e conexos); a Reforma Partidária pondo fim ao bipartidarismo e regulamentando a pluralidade partidária; eleições diretas para governador de estado (1980). Em 1983, a PEC n. 5/83 propôs eleições diretas para Presidente e Vice-Presidente da República que, todavia, mesmo com força e apoio popular, não foi aprovada. Dada a situação, as eleições de 1985 ainda foram com voto indireto, pelo Colégio Eleitoral; porém, depois de mais de 20 anos de ditadura militar, um civil fora eleito: Tancredo Neves; pondo fim ao regime militar para o começo de uma nova ordem democrática e social.

Com a morte de Tancredo, antes mesmo de sua posse, o vice-presidente da mesma chapa, José Sarney, assumiu a Presidência da República e logo instituiu decreto para uma Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, com o objetivo de desenvolver pesquisas e estudos para colaborar com a futura Assembleia Nacional Constituinte.

A referida Comissão, conhecida por Comissão Afonso Arinos, teve seu texto final rejeitado por Sarney, pois trazia o parlamentarismo como sistema de governo, diminuindo, dessa maneira, os poderes do Presidente da República. Em cumprimento da EC n. 26/85, uma Assembleia Nacional Constituinte foi convocada e instalada com muitas dificuldades e visões políticas divergentes. Aqui, o professor Pedro Lenza, apud Barroso, traduz de forma sucinta aquele momento:

(...) além das dificuldades naturais, advindas da heterogeneidade das visões políticas, também a metodologia de trabalho utilizada contribuiu para as deficiências do texto final. Dividida inicialmente, em 24 subcomissões e, posteriormente, em 8 comissões, cada uma delas elaborou um anteprojeto parcial, encaminhando à Comissão de Sistematização. Em 25 de junho do mesmo ano, o relator desta comissão, Deputado Bernardo Cabral, apresentou um trabalho em que reuniu todos esses anteprojetos em uma peça de 551 artigos! *A falta de coordenação entre as diversas comissões e a abrangência desmesurada com que cada uma cuidou de seu tema, foi responsável por uma das maiores vicissitudes da Constituição de 1988: as superposições e o detalhismo minucioso, prolixo, casuístico, inteiramente impróprio para um documento dessa natureza. De outra parte, o assédio dos lobbies, dos grupos de pressão de toda origem, gerou um texto com inúmeras esquizofrenias ideológicas e densamente corporativo* (LENZA, p. 142, 2013), (grifo nosso).

É neste contexto que nasce a Constituição cidadã de 1988, uma constituição de princípios, de direitos fundamentais e de justiça social.

## **A CONSTITUIÇÃO DE 1988 – CONSTITUCIONALIZAÇÃO E REDEMOCRATIZAÇÃO**

Erro crasso crer que apenas uma constituição escrita é capaz de gerir e regular o Estado e todas as cobiças sociais. O que por vezes ocorre é a transformação do próprio corpo social que abandona a inércia e se move, impulsionando as mudanças e promovendo a evolução. O desejo utópico de mudança fez os constituintes deixarem de atentar para a estrutura organizacional da Constituição, o que resultou em sua prolixidade demasiada, tratando não apenas de matérias constitucionais, como também infraconstitucionais e, ainda, por vezes de forma desordenada.

A racionalização e a ideia de Estado laico percorreram lado a lado, por longo período, um só caminho, mantendo, portanto, uma noção fundamental de

igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade. Nesse sentido, é possível afirmar que a Constituição vigente seguiu nesse trilho, tendo como fundamento a dignidade da pessoa e a democracia, já que o maior anseio social era a redemocratização. É inegável que a intensa mobilização social impulsionou a constituição cidadã, uma evidente busca de tutela de e de garantia de direitos.

A Constituinte de 1987 fora, entre todas, aquela com maior quantidade de sessões, horas de trabalho e servidores envolvidos. Além disso, contou com uma ampla participação popular. Dessa maneira, inevitável que, em determinados pontos, houvesse conflito de ideias. O texto da Comissão adotou o sistema parlamentar de governo, o que poderia contrariar os postulantes ao cargo de Presidente da República, pois este teria seus poderes reduzidos. Essa querela foi dirimida em 1993 com o primeiro plebiscito no Brasil, cujo resultado foi a manutenção da república constitucional e do sistema presidencialista de governo (disposição do art. 2º do ADCT prevendo a realização do plebiscito).

Com a sedenta necessidade de romper com tudo o que se relacionasse com o regime militar, antes mesmo da convocação da constituinte, três correntes divergiam na elaboração do texto constitucional. A primeira corrente defendia a convocação de uma assembleia exclusiva e soberana. A segunda, de caráter mais conservador, inclinava-se por outorgar ao Congresso poderes para redigir uma nova constituição. Já a terceira corrente, segundo Kildare Gonçalves Carvalho (2011, p. 537), a vencedora inclusive, obteve a convocação de um Congresso Constituinte: o anômalo exercício do desempenho da função legislativa ordinária pelo órgão do poder constituinte.

Diferentemente do que ocorre no Brasil, levando em consideração o Direito Comparado dos Estados Unidos, este tem uma Constituição minimalista, com menos de uma dezena de artigos e pouquíssimas emendas. É apenas um breve texto com direitos fundamentais e organização da soberania política nacional que se adapta ao dia a dia da vida pública por meio da jurisprudência. Com caráter rígido, é a primeira dos Estados Unidos, vigente desde 1787. A Constituição americana influenciou a Constituição Republicana brasileira de 1891, no que tange à instituição da federação e do princípio do governo presidencial.

A Constituição de 1988 é um texto rígido cujo conteúdo não pode ser modificado sem que haja um procedimento especial e de maior rigor. É escrita em sua totalidade e formal. Advém de promulgação, como já analisado anteriormente. É dogmática, elaborada pelo poder constituinte que sistematiza os dogmas e fundamentos do direito dominante daquele momento, no pensamento da sociedade. Diferente dos Estados Unidos, de Constituição concisa e sintética; a nossa é analítica, bastante prolixa, tratando de muitas matérias, inclusive de ordem não fundamental. A prolixidade, criticada por causar certa desordem no texto constitucional, todavia, é uma característica do neoconstitucionalismo que busca, na verdade, limitar ao máximo a livre atuação dos governos, tentando impedir o

possível tolhimento de liberdade e de garantias individuais que em ulterior momento foram tomados da sociedade. As constituições prolixas são aquelas que trazem objetos alheios à matéria constitucional propriamente dita. Trata-se de regulamentação que poderia ser abordada por legislação complementar, não incidindo, desse modo, no alargamento da Constituição. É o que ocorre com os direitos dos grupos intermediários que, agora constitucionalizados, contribuíram para tornar a Constituição ainda mais extensa.

## CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INFRACONSTITUCIONAL

O direito constitucional trata da organização jurídica do Estado, fixa normas fundamentais e valida todo o sistema jurídico, assim, promove uma compactação de todos os outros ramos do direito público e privado. Como ciência, o direito constitucional implica a abordagem de um conjunto de métodos que significa o caminho que conduz adequadamente às suas atividades. O que se busca, na maioria das vezes, é conciliar a dimensão jurídica e política em uma mesma constituição. Porém, o que se nota é que, no constitucionalismo clássico, prevalece a dimensão jurídica; já no constitucionalismo social contemporâneo, o que prepondera é a política. Se uma dessas duas dimensões se sobressai, tomando o espaço da outra, acaba por dificultar a reflexão e a análise.

70

Depois da segunda metade do século XX, no pós-Segunda Guerra, começa a tomar forma um novo paradigma, de um Estado Social e Democrático. A Constituição passa a ser o ícone central jurídico, não apenas formal, mas também material e axiológica. Essa supremacia constitucional se exerce na medida em que todo o direito deve estar em consonância com o texto constitucional. A hierarquia é, de fato, exercida para, especialmente, garantir direitos fundamentais e sua essência: dignidade da pessoa; e o poder judiciário é legítimo para dar o parecer final sobre a constituição.

É por esse prisma que a Constituição de 1988 merece análise, não apenas na relação que outras matérias guardam com o direito constitucional, mas a própria constitucionalização de normas infraconstitucionais. O Brasil só veio a experimentar a supremacia constitucional tardiamente, a partir de 1988, depois de viver um terrível retrocesso causado pela ditadura militar. O professor Luís Roberto Barroso leciona que:

O discurso acerca do Estado Moderno atravessou, ao longo do século XX, três fases distintas: a pré-modernidade (ou o Estado Liberal), a modernidade (ou o Estado Social), e a pós-modernidade (ou o Estado neoliberal). A constatação inevitável, desconcertante, é que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser liberal nem moderno. Herdeiro de uma tradição autoritária e populista, elitizada e excludente, seletiva entre amigos e inimigos, e não entre certo e errado, justo ou

injusto; mansa com os ricos e dura com os pobres, chegando ao terceiro milênio atrasado e com pressa (BARROSO, p. 5, 2003).

Na redemocratização do Brasil, foi aclamada a volta do direito; a lei de hierarquia suprema expressando a vontade geral e institucionalizada. O compromisso com a efetividade das normas e o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional transformaram o Estado e redefiniram a posição da Constituição no ordenamento jurídico pátrio. O direito regulador de relações privadas ganhou um fracionamento; microssistemas que se dividiram para regular direito do consumidor, direito da criança e do adolescente, direito de família, tudo tutelado pela Constituição. Nesse sentido, a Constituição além de harmonizar a interpretação dos demais ramos do Direito, é também parâmetro para isso. Cabe trazer aqui, as palavras do Barroso:

Este fenômeno, identificado por alguns autores como *filtragem constitucional*, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. *A constitucionalização do direito infraconstitucional não identifica apenas a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretção de seus institutos sob a ótica constitucional* (BARROSO, p. 44, 2003), (grifo nosso).

A expressão “constitucionalização do direito” significa que um assunto que poderia ser tratado por legislação ordinária passa, entretanto, a ser tutelado pela Constituição, ou seja, a reinterpretção do direito infraconstitucional é feita sob o crivo da Constituição vigente, em outras palavras, a interpretação jurídica geral é, antes de tudo, constitucional. A Constituição é o centro da força normativa que irradia por todo o sistema jurídico. Kildare Gonçalves Carvalho leciona que a constitucionalização do direito advém do neoconstitucionalismo e que:

A constitucionalização da ordem jurídica se acha presente, portanto, em vários ramos do Direito, cuja releitura se faz à luz da Constituição. O ordenamento jurídico, que não se restringe ao direito positivo, deve ser sistemático, orgânico, lógico, axiológico, uno, monolítico, centralizado, e a pluralidade de núcleos legislativos deve conviver harmonicamente com a ideia de unidade. Destarte, em razão da unidade que se tem como necessária à própria configuração do ordenamento jurídico, é que a interpretação desse processo deve ser feita à luz dos princípios constitucionais, com incidência direta das normas da Constituição sobre todo o sistema jurídico. No Brasil, a Constituição de 1988, que consagra valores materiais, como a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social, dando-lhes forma jurídica, viabiliza a filtragem constitucional de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional (CARVALHO, p. 19, 2011).

Destarte, o direito infraconstitucional nos códigos, que regula as relações sociais sem aplicabilidade direta, desloca-se para a Constituição que, além de regular a estrutura básica do Estado, com força normativa respeitada, acima de tudo fortalece a jurisdição constitucional. Com tantas matérias que passou a tratar, tornando-se muito extensa e volumosa, a preocupação protetiva e a rigidez da Constituição de 1988 buscaram, na verdade, a manutenção da paz social. Os grupos intermediários de convívio social como família, igreja, escola, minorias nacionais que hoje são tutelados pela Constituição, ou seja, constitucionalizados, por conseguinte, contribuíram para a sua prolixidade. Carvalho (2011) elenca alguns exemplos de constitucionalização do direito infraconstitucional:

No Direito Civil, anote-se, a sua constitucionalização refere-se ao fim da supremacia do marido no casamento, à plena igualdade entre os filhos, à função social da propriedade, à despatrimonialização e à responsabilização desse ramo do direito, em decorrência da irradiação do princípio da dignidade da pessoa humana e do reconhecimento de valores e princípios constitucionais sobre os valores meramente patrimoniais nas relações jurídico-privadas, em âmbito, portanto, antes reservado à autonomia privada (CARVALHO, p. 19, 2011).

72

Nesse diapasão, outras disciplinas servem de exemplo, como o Direito Administrativo, em que a Constituição traz inúmeros princípios norteadores como a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. A Constituição não apenas tutelou garantias fundamentais, como também impôs ao legislador a criminalização de determinadas condutas e a proibição de criminalizar outras. No que tange ao Direito Processual Civil, Penal e do Trabalho, a constitucionalização culmina uma reinterpretação, revogação ou inconstitucionalidade das normas, até mesmo o incentivo para a elaboração de novas normas. Aqui, caber destacar o princípio do devido processo legal que tem grande repercussão nas áreas do mencionadas do direito. Ainda como exemplo de constitucionalização do direito é a natureza alimentar do salário que adquire nova dimensão, enfatizando o dever de proteção e efetividade do direito fundamental ao salário do trabalhador.

A constitucionalização do direito, de certa maneira, se divide em duas vertentes: evocando matérias infraconstitucionais para a proteção da Lei Maior; e promovendo uma releitura das questões valorativas e principiológicas; isso ocorre tanto em garantias individuais como também institutos jurídicos. Na primeira análise, serve de exemplo o direito de herança posto no art. 5º, XXX<sup>1</sup> e o direito autoral art. 5º XXVII<sup>2</sup>. Embora tratado em lei outra do direito privado,

---

<sup>1</sup> CF/88. Art. 5º, XXX. É garantido o direito de herança.

<sup>2</sup> CF/88. Art. 5º, XXVII. Aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.

houve um chamamento para sua inclusão no texto constitucional. Já na segunda análise, a proteção de pequena propriedade rural está elencada no mesmo artigo, porém no inc. XXVI<sup>3</sup>, e no art. 226, § 6<sup>o</sup><sup>4</sup>, o amparo se refere à dissolução do casamento por meio do divórcio.

No ordenamento jurídico pátrio, cabe destacar que o princípio da igualdade perante a lei é tratado duas vezes: no caput do art. 5<sup>o</sup><sup>5</sup> e no inc. I<sup>o</sup> do artigo em tela. O constituinte não se limitou a dizer apenas “todos são iguais perante a lei”, pois elenca uma segunda vez a inviolabilidade do direito à liberdade; essa dupla referência buscou frisar uma obrigação e o reconhecimento da força normativa na garantia da igualdade de todos perante a lei.

Nessa ótica, reitera-se que a constitucionalização de normas infraconstitucionais é um reexame, uma releitura de todo o ordenamento jurídico à luz da Lei Maior Fundamental. As normas infra se encontram em intensa metamorfose, sendo modeladas pela doutrina, jurisprudência e essencialmente pela interpretação constitucional. É sabido que a ascensão científica e política do direito constitucional no Brasil coincide com a reconstitucionalização e redemocratização do país, com o advento da Constituição de 1988, intensificando sobremaneira causa e efeito. Quanto ao surgimento da Lei Maior de 1988, Bonavides sabiamente discorre que:

A Constituição, como Lei básica, é o princípio formal a que todo cidadão pode e deve recorrer. Por isso, a Carta Magna não pode ser apenas um espelho da sociedade e de suas relações, mas deve expressar as aspirações e os ideais dos cidadãos, deve apontar sempre para que o conjunto dos indivíduos encare como o objeto último da vida em comum. Todos têm o direito de nos rebelar contra qualquer espécie de coerção e abuso de poder, em qualquer instância em que se manifestem: nossa arma chama-se Constituição. Ela é a resposta à exigência também de Montesquieu há mais de dois séculos: “Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder” (BONAVIDES, p. 483, 1991).

Salienta-se que o trabalho final que resultou na Constituição vigente fora um tanto heterogêneo. De um lado, inovou em trazer a garantia dos direitos

<sup>3</sup> CF/88. Art. 5<sup>o</sup>, XXVI. A pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento.

<sup>4</sup> CF/88. Art. 226, § 6<sup>o</sup>. O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

<sup>5</sup> CF/88. Art. 5<sup>o</sup>. 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.

<sup>6</sup> CF/88. Art. 5<sup>o</sup>, I. Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.



fundamentais, inclusive no início do texto constitucional, e recuperou as prerrogativas da tripartição Poderes. Por outro lado, é inegável a proximidade do texto constitucional, não representando uma maturidade institucional; mas a busca de estabilidade democrática.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em linhas gerais, o direito na busca incansável de atenuar os conflitos sociais vem ao encontro da noção concebida de constitucionalidade. O direito constitucional, como instrumento de estupenda necessidade na manutenção da ordem social democrática, apenas ganhou força a partir de 1988, desta maneira, arraiando todo o ordenamento jurídico, sobretudo na interpretação das normas infraconstitucionais à luz da Lei Maior Fundamental.

A definição de proximidade na língua portuguesa significa que algo é muito longo ou difuso, fastidioso e enfadonho; e é dessa maneira que se afigura o texto constitucional, pois é demasiadamente expansivo em garantias, todavia não tem efetividade plena. Sabiamente, o professor Bonavides leciona que:

As Constituições se fizeram desenvolvidas, volumosas, inchadas, em consequência principalmente das seguintes causas: a preocupação de dotá-las de certos institutos de proteção eficaz, o sentimento de que a rigidez constitucional é anteparo ao exercício discricionário da autoridade, o anseio de conferir estabilidade ao direito legislado sobre determinadas matérias e, enfim, a conveniência de atribuir ao Estado, através do mais alto instrumento jurídico que é a Constituição, os encargos indispensáveis à manutenção da paz social (BONAVIDES, p. 96, 2013).

Os valores constitucionais se coadunam em princípios e axiomas para limitar a discricionariedade na elaboração das leis em geral e, por ora, impondo a realização de determinados direitos. O princípio mestre desta ordem é a dignidade humana, devendo ser respeitado em todas as situações abarcadas pela Constituição.

A garantia dos direitos fundamentais, especialmente tutelados, e a estabilidade democrática figuram como as maiores conquistas da Constituição de 1988. É inegável que esta seja a primeira com força normativa; mais do que isso, consegue transmitir ao brasileiro um sentimento de crença na atuação desta força normativa. É a Constituição democrática mais duradoura da história nacional. Isso é um avanço. É importante esclarecer que, evidentemente, há muito ainda a ser feito, o direito e o constitucionalismo não podem ser os únicos instrumentos de evolução e melhoria do corpo social.

Além da desordem estrutural na elaboração da Constituição, fruto do seu tempo, há outras vicissitudes crônicas no Brasil que precisam ser superadas. A maior delas é a desigualdade; esta se encontra na política, em que infelizmente

perduram “currais eleitorais”, uma herança histórica; na economia e, até mesmo, uma desigualdade filosófica. O “jeitinho brasileiro”, que faz parecer ser mais vantajoso um privilégio do que um direito, infelizmente permanece. Porém precisa todas essas vicissitudes precisam ser superadas em um desafio a ser enfrentado por todos como exercício de cidadania e, sem dúvida, coberto de valores éticos.

## REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

- ANGHER, Anne Joyce (Org.). *Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel*. 18. ed. São Paulo: Rideel, 2014.
- BARROSO. Luís Roberto. *A interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BONAVIDES, Paulo (Paes de Andrade). *História constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 17. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- FELIPPE, Donaldo J. *Dicionário jurídico de bolso*. 20. ed. Campinas: Millennium, 2010.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio: o minidicionário da língua portuguesa*. Marina Baird Ferreira (coordenação de edição). 7. ed. Curitiba: Positivo, 2008.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PIMENTA, Marcelo Vicente de Alkmim. *Teoria da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.



# GREVE DE FOME: O MITO DO MEIO NÃO VIOLENTO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

## HUNGER STRIKE: THE MYTH OF NON-VIOLENT CONFLICT RESOLUTION

Caroline Liebl\*

### RESUMO

Walter Benjamin, que compõe o marco teórico desta pesquisa, contrapõe a violência como meio à violência como fim. Sob tal perspectiva, é possível suscitar a ausência de pacificidade da greve de fome como instrumento, na contramão do que vem sendo disseminado. Assim, objetiva-se expô-la como recurso violento de resolução de conflitos, identificar os tipos de greve de fome considerando diferentes parâmetros, analisar a relevância da publicidade do ato do grevista, bem como a necessidade de sua vitimização para atingir os objetivos da greve, e debater a alimentação compulsória. Para tanto, utiliza-se o método hipotético-dedutivo ao se partir da hipótese de que a violência é inafastável nos casos de greve de fome, com uma abordagem analítica e crítica, por meio de pesquisa bibliográfica e documental em reportagens, literatura médica, jurídica e sociológica; e, por meio do método comparativo, verifica-se a presença de possíveis padrões entre os dados coletados, desvendando-se os tipos de greve de fome.

**Palavras-chave:** Greve de fome; Conflito; Violência; Direito.

### ABSTRACT

Walter Benjamin, who composes the theoretical framework of this research, opposes violence as a means against violence as an end. In this view, it is possible to bring up the absence of peacefulness of the hunger strike, on the opposite way of what have been broadcasted. Therefore, it is aimed to expose the hunger strike as a violent way of conflict resolution, to

---

\* Pós-graduada em Docência no Ensino Superior pelo Instituto Maria da Paz, graduada em Direito pela Universidade Federal do Maranhão – UFMA, servidora do Ministério Público do Estado do Maranhão, ex-integrante do grupo Cultura, Direito e Sociedade, na linha de pesquisa Direito, Estado e Controle Social. Correspondência para/Correspondence to: Avenida Dorival P. de Sousa, n. 1.400, apto. 904, Centro, Imperatriz/MA, CEP 65903-270. E-mail: carol.liebl@gmail.com. Telefone: (99) 98159-5925.

identify the hunger strikes types considering different criteria, to analyze the relevance of the publicity directed to the striker act, as well the requirement of his victimization in order to achieve the strike objectives, and to discuss about forced feeding. To this end, it is used the hypothetico-deductive method, starting from the hypothesis that is not possible to exclude the violence of hunger strikes, with an analytical and critical approach, using bibliographic and documentary research on reports and medical, legal and sociological literature, and, by the comparative method, it is verified the existence of possible repeating pattern in the collected data, revealing the types of hunger strike.

**Keywords:** Hunger strike; Conflict; Violence; Law.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda o tema da greve de fome a partir de um viés que a encara como um meio violento de resolução de conflitos, confrontando a perspectiva dominante que afirma sua não violência.

O conflito é inafastável quando o homem convive em sociedade. Por isso mesmo, sua resolução de modo não violento é tida como louvável, e aqueles que a praticam são admirados. Contudo, deve-se questionar se certos meios declarados como de resistência pacífica ou não violentos o são de fato, entre eles a greve de fome.

A greve de fome é difundida como meio não violento de resolução de conflitos, especialmente políticos, do qual Gandhi foi um grande expoente. Socialmente admirada, utiliza-se do aparato midiático para dar destaque ao ato, apelando à construção de uma falsa identidade com a massa, aproveitando a compaixão como forma de pressionar aquilo ou quem a greve se dirige. Todavia, há que se desconstruir a mitificação da imagem do grevista na sua busca por se tornar um mártir, bem como trazer à luz a violência que envolve tal ato.

O problema, então, é sua propagação equivocada como se fosse um mecanismo pacífico, o que produz diversos desdobramentos, como a afetação da legitimidade do Estado para impor a alimentação compulsória e a edificação da imagem do grevista como um mártir.

Na concepção de violência de Walter Benjamin, aqui escolhido para compor a base do marco teórico da pesquisa, é possível questionar a não violência da greve de fome, sobretudo quando encarada sua legitimidade concomitante ao seu estudo como meio de persecução de uma finalidade, e não como um fim em si mesma. Isso porque a ideia da violência traduzida apenas como agressão física deve ser afastada, compreendendo-se que a própria greve de fome, essencialmente, permeia-se de violência, inclusive contra o próprio grevista.

Assim, como objetivo, este artigo busca desconstruir o entendimento da greve de fome como meio não violento de resolução de conflitos, identificar os

tipos de greve de fome em relação a diferentes parâmetros e analisar a relevância da publicização do ato do grevista e a necessidade de sua vitimização para atingir os objetivos da greve.

Utiliza, de forma geral, o método hipotético-dedutivo, inclusive partindo da hipótese de que a violência é inafastável nos casos de greve de fome, com uma abordagem analítica e crítica, por meio de pesquisa bibliográfica e documental.

Para tanto, baseia-se em um levantamento de casos de greve de fome encontrados na literatura de ciências sociais, médica e jornalística, de obras voltadas ao tema, para verificar a presença de possíveis padrões entre os acontecimentos, bem como os aspectos em que se diferenciam. Da análise dos dados coletados, então, são desvendados tipos de greve de fome, essencialmente por método comparativo, denominados conforme suas características essenciais. No mesmo sentido, com base em tais informações, é apreciado o papel da publicidade conferida ao grevista, bem como de sua necessária vitimização, para, enfim, relacioná-lo à violência.

A estrutura do artigo divide-se em quatro partes. Primeiro, debate-se a violência como meio, e não como fim. Em seguida, parte-se para a exposição da greve de fome, oportunidade em que se busca desvinculá-la do ideal de não violência. Após isso, são identificados os tipos de greve de fome observados a partir da análise dos dados obtidos. Em quarto lugar, é debatida a construção da identidade com a sociedade e a vitimização do grevista como requisitos para a efetividade da greve. Por fim, expõe-se nova violência, legitimada pelo Estado, qual seja a alimentação compulsória dos grevistas.

### **VIOLÊNCIA COMO MEIO**

Como passo inicial, é necessário apreciar as conexões entre a justiça, o Direito e a violência, bem como as relações entre fins e meios, no intuito de compor a base do estudo.

A partir de uma revisão histórico-bibliográfica, é possível perceber a abstratividade da ideia de justiça. Na concepção de Hans Kelsen, “o anseio por justiça é o eterno anseio do homem por felicidade. Não podendo encontrá-la como indivíduo isolado, procura essa felicidade dentro da sociedade. Justiça é felicidade social, é a felicidade garantida por uma ordem social”<sup>1</sup>. Para John Rawls<sup>2</sup>, a justiça diz respeito substancialmente à equidade entre os homens por meio da observância aos princípios da igual liberdade e da diferença. O filósofo norte-americano chega inclusive a defender a desobediência civil quando não respeitadas as liberdades, apoiado em sua concepção de justiça. Enfim, para

---

<sup>1</sup> KELSEN, Hans. *O que é justiça?* a justiça, o direito e a política no espelho da ciência. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 2.

<sup>2</sup> Cf. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Brasília: UnB, 1981.

Habermas<sup>3</sup>, que substitui a razão prática pelo agir comunicativo, o conceito de justiça ultrapassa a equidade e a igualdade, buscando a imparcialidade na formação da concepção do justo, por meio até de inversão de papéis entre os envolvidos, o que se coaduna aos seus ideais de inclusão do outro.

Como Agamben afirma, ao expor a perspectiva de Schmitt, o funcionamento da ordem jurídica baseia-se, em última instância, em um dispositivo – o estado de exceção – que visa tornar a norma aplicável suspendendo, provisoriamente, sua eficácia. Ocorre que, a partir do momento em que a exceção se torna a regra, a máquina não pode mais funcionar. A regra, que coincide agora com aquilo de que vive, devora a si mesma<sup>4</sup>. No mesmo sentido, Benjamin concorda que a regra geral é o estado de exceção, como ensina a tradição dos oprimidos<sup>5</sup>.

A justiça, como virtude, e o Direito envolvem as relações éticas<sup>6</sup>, e é a partir da concepção de Direito e ordem jurídica que Walter Benjamin debate a moralidade da violência mediante sua relação entre meios e fins<sup>7</sup>. Ele supera a crítica dos meios em função dos fins, se justos ou injustos, e, mais profundamente, estuda se a violência seria ética ao serem justos os fins.

Nesse contexto, conforme se depreende dos ensinamentos de Benjamin<sup>8</sup>, para o Direito Natural a violência é um produto da natureza, e só há problemática quando se usa dela abusivamente para fins injustos; e, para Darwin, acompanhado da sua teoria da seleção natural, a violência seria o meio originário e único adequado para atingir todos os fins vitais. Juntos, levam a passos pequenos e dogmas grosseiros, já que concluiriam que toda violência que é adequada quase exclusivamente a fins naturais também o é no Direito. Por outro lado, o Direito Positivo situa a violência como devir histórico, garantindo a justiça dos fins pela justificação dos meios, ao contrário do Direito Natural, que justifica os meios pela justiça dos fins<sup>9</sup>.

---

<sup>3</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação*: ensaios filosóficos. São Paulo: Loyola, 2004.

<sup>4</sup> Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Homo Sacer II. Tradução de Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 90-91.

<sup>5</sup> BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito de história. In: BENJAMIN, Walter. *Magia e técnica, arte e política*. Tradução de Sérgio Paulo Rouanet. São Paulo: Brasiliense, 2005, p. 226.

<sup>6</sup> Cf. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

<sup>7</sup> MARTINS, Ricardo André Ferreira. A violência como fonte do poder totalitário: Walter Benjamin e Friedrich Nietzsche. *Revista Eletrônica Literatura e Autoritarismo*: dossiê n. 4, Santa Maria, nov./2010, p. 10-45. Disponível em: <<http://w3.ufsm.br/grpesqla/revista/dossie04/>>. Acesso em: 3 out. 2015.

<sup>8</sup> BENJAMIN, Walter. Para uma crítica da violência. In: Jeanne Marie Gagnebin (Org.). *Escritos sobre mito e linguagem (1915-1921)*. Tradução de Susana Kampff Lages e Ernani Chaves. São Paulo: Duas cidades/Editora 34, 2011, p. 121-156.

<sup>9</sup> BENJAMIN, Walter. Para uma crítica da violência. In: Jeanne Marie Gagnebin (Org.). *Escritos sobre mito e linguagem (1915-1921)*. Tradução de Susana Kampff Lages e Ernani Chaves. São Paulo: Duas cidades/Editora 34, 2011, p. 180.

Dessa forma resta claro que, em Benjamin, não é possível estudar a violência como meio se também for considerada a justeza dos respectivos fins. As limitações da linguagem e a perpetuação dos poderes revelam a dinâmica da opressão do eu individual, tendo como reflexo a imposição à classe dominada de conceitos que atendem aos interesses da classe dominante. Assim, e também considerando os ensinamentos de Nietzsche sobre a impossibilidade de se conceituar aquilo que tem história<sup>10</sup>, a ideia do que seria justiça mostra-se perigosamente vaga.

Também sem considerar a justiça, Benjamin distingue a greve geral política da greve geral proletária, pois aquela se compromissa com o poder enquanto sistema reprodutivo, ao passo em que esta pretende destruir e superar justamente o poder estatal. Ele recorda que “a institucionalização do direito é a institucionalização do poder (Macht), e, nesse sentido, um ato de manifestação imediata da violência”. Também leva ao raciocínio de que Justiça e Direito se excluem, pois uma se liga ao divino, e outra se conecta à Gewalt e ao mítico, afirmando que “a justiça é o princípio de toda instituição divina de fins, o poder é o princípio de toda institucionalização mítica do direito”<sup>11</sup>.

Walter Benjamin, de fato, pondera violência enquanto meio, ignorando a justiça dos fins, para, em seguida, questionar se seria ela, a violência, um meio para se atingir fins justos ou injustos, o que o leva à busca por um critério mais exato<sup>12</sup> e expõe que a crítica da violência seria a exposição de suas relações com o direito e a justiça, pois uma determinada causa só se transfigura em violência quando interfere em relações éticas<sup>13</sup>.

O presente artigo admite a violência como meio, levando em conta que, em Benjamin, o fato de o grevista ter acesso à violência é encarado por parcela do poder como uma ameaça, independentemente da consideração acerca de suas finalidades, se justas ou não.

Para tanto, inicialmente deve-se compreender o que é uma greve, de modo abrangente, e de que modo pode ser vista como manifestação de violência. Para

<sup>10</sup> “Todos os conceitos em que um processo inteiro se condensa semioticamente se subtraem à definição; definível é apenas aquilo que não tem história” (NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral: uma polêmica*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Cia. das Letras, 2009, p. 9).

<sup>11</sup> BENJAMIN, Walter. Crítica da violência: crítica do poder. Tradução de Willi Bole. *Revista Espaço Acadêmico*, ano II, n. 21, Maringá, fev./2003. Disponível em: <[http://www.espacoacademico.com.br/021/21tc\\_benjamin.htm](http://www.espacoacademico.com.br/021/21tc_benjamin.htm)>. Acesso em: 3 out. 2015.

<sup>12</sup> BENJAMIN, Walter. Para uma crítica da violência. In: Jeanne Marie Gagnebin (Org.). *Escritos sobre mito e linguagem (1915-1921)*. Tradução de Susana Kampff Lages e Ernani Chaves. São Paulo: Duas cidades/Editora 34, 2011, p. 124.

<sup>13</sup> Cf. BENJAMIN, Walter. Crítica da violência: crítica do poder. Tradução de Willi Bole. *Revista Espaço Acadêmico*, ano II, n. 21, Maringá, fev./2003. Disponível em: <[http://www.espacoacademico.com.br/021/21tc\\_benjamin.htm](http://www.espacoacademico.com.br/021/21tc_benjamin.htm)>. Acesso em: 3 out. 2015.



que ela se torne possível, o Estado renuncia à exclusividade que detém sobre a violência legalizada, concedendo parcela a certos grupos. Ele o faz não com o escopo de demonstrar a confiança que tem nos homens que a manusearão, mas sim, com o intuito de autopreservação. Em determinados momentos, a perpetuação do *Gewalt*<sup>14</sup> está mais segura se concedida uma fração ilusória de poder ao proletariado, por exemplo, pois o Estado ainda resguarda para si o direito de declarar a ilegalidade da greve. Assim, sendo legalizada, poder-se-ia dizer que a greve é um meio não violento de resolução de conflitos. Contudo, o grevista tanto a vê como um meio violento que dela se utiliza como a sua parcela de violência legalizada, à qual tem direito. Assim, destaca-se desde já o paradoxo da greve simultaneamente como violência e não violência.

Na definição de Cervelló Donderis, “huelga de hambre conceptualmente significa la negativa a recibir alimentación, decisión que puede provocar según las circunstancias graves daños a la salud o incluso la muerte si tiene una duración prolongada”<sup>15</sup>. Semelhantemente, tanto na greve (gênero) quanto especificamente na greve de fome (espécie), há casos em que a força policial intervém *por motivos de segurança* em contextos em que a situação de ameaça à saúde do grevista não é tão clara. A instituição de controle social, no contexto do Panopticon, agindo a mando do Estado e ele representando, demonstra, na prática, como o Direito é utilizado na manutenção da violência institucionalizada com fulcro na perpetuação de poder.

Assim, é extremamente necessário afastar a ideia primeira que vem à mente, a qual remete o termo *violência* a algo necessariamente físico, até mesmo porque “violence arising from anger is not a means but a manifestation”<sup>16</sup>. A palavra violência deriva do latim *violentia*, que significa veemência, ferocidade<sup>17</sup>, mas sua origem está relacionada ao termo *violare* (violação). O sufixo *vis* denota a ideia de força, poder, autoridade e ataque<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> O termo pode ser compreendido tanto como excesso de força, violência, quanto poder sobre algo ou alguém.

<sup>15</sup> DONDERIS, Vicenta Cervelló. La huelga de hambre penitenciaria: fundamento y límites de la alimentación forzosa. *Estudios Penales y Criminológicos*, v. XIX (1996). Cursos e Congresos n. 95, Servicio de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela, p. 53-164. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10347/4128>>. Acesso em: 3 out. 2015.

<sup>16</sup> ROBINSON, Andrew. An A to Z of Theory – Walter Benjamin: critique of the State. *Ceasefire Magazine*, 31 dez. 2013. Disponível em: <<https://ceasefiremagazine.co.uk/walter-benjamin-critique-state/>>. Acesso em: 5 out. 2015.

<sup>17</sup> BRASIL. *Dicionário escolar latino-português*. Ernesto Faria (Org.). 3. ed. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1962, p. 1.067. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me001612.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2014.

<sup>18</sup> BRASIL. *Dicionário escolar latino-português*. Ernesto Faria (Org.). 3. ed. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1962, p. 1.067. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me001612.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2014.

A ideia de violência varia entre as sociedades, a depender do contexto histórico-temporal em que se dá a conduta, mas, de modo geral, traduz-se no comportamento de um agente que, mediante força física ou psicológica, busca resolver a relação conflituosa atingindo, ao fim, seus interesses próprios (violência mantenedora) ou utilizando-a justamente para instalar um conflito (violência instauradora).

Difere-se da simples manifestação de interesse ou busca dos objetivos próprios na medida em que nesta a parte contrária não se vê obrigada à sujeição de imposições para evitar maiores danos. O diálogo figura como uma opção real de resolução pacífica do conflito, já que substituiria o meio, mantendo-se a finalidade almejada, e, assim como na mediação, é possível encontrar uma resposta na qual os próprios conflitantes abram mão, espontaneamente, de parcela de seus objetivos.

Porém, é nesse ponto que a análise deve ser revestida por especial cautela. Nos casos de greve de fome, como será debatido a seguir, há vezes em que o grevista afasta a possibilidade do diálogo por acreditar que ele não mais atende às suas ânsias, optando espontaneamente pela busca da inanição e não oferecendo alternativas outras ao alvo do movimento. Assim, o ato de não se alimentar se transforma em uma ação violenta, dirigida não só à pressão psicológica do outro, como também ao próprio grevista e, uma vez sendo ele também o alvo não só da outra parte conflituosa, mas também alvo de si mesmo, acaba passando, especialmente mediante apoio midiático, por um processo de vitimização e, consciente disso, dá-se conta de que a greve de fome pode lhe ser mais favorável do que a opção por um meio realmente não violento de resolução do conflito.

### A GREVE DE FOME

Para relacionar os fins da violência da greve de fome, é imperativo que primeiro se desenvolva a contextualização desta. A tradição da greve de fome é antiga e remonta ao século VIII, quando, na Irlanda, as pessoas cobravam dívidas e reparações de injúrias jejuando na porta do autor da ofensa<sup>19</sup>. No campo biológico, a resistência do grevista depende, principalmente, da severidade de restrição, inclusive de líquidos, e da quantidade de gordura corporal armazenada. Os reflexos biológicos são os mais diversos, iniciando com sensação de fome seguida por perda de apetite, apatia e irritabilidade, cefaleia, dificuldade de locomoção e concentração, ansiedade, insônia, náusea, úlcera, redução da pressão sanguínea e falha no funcionamento dos rins<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> SALATIEL, José Renato. *Greve de fome: método de resistência pacífica existe há séculos*. Especial para a Página Pedagogia & Comunicação. UOL, 22 mar. 2010. Disponível em: <<http://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/greve-de-fome-metodo-de-resistencia-pacifica-existe-ha-seculos.htm>>. Acesso em: 5 out. 2015.

<sup>20</sup> "Prolonged starvation can result in serious harm to a person's body and mind. When there is a deficit in energy intake, the body consumes its own stocks to maintain blood glucose, its

Além dos efeitos físicos, são destacadas também as implicações neuropsicológicas que a greve de fome desencadeia, como expõe Fessler:

The longer the hunger strike lasts, the starker the contrast becomes between, on the one hand, increasing levels of aggressivity, impulsivity, and anger, and, on the other hand, relatively constant levels of competence. With each successive day of fasting, the dangers of continuing the hunger strike rise. Although it is reasonable to narrow the boundaries of competency as the gravity of the decision facing a patient increases, provided that neither psychotic breaks nor clouding of the sensorium occur, according to contemporary criteria for competence we must continue to judge hunger strikers as competent even as they become increasingly outraged at their oppressors, increasingly focused on their own successes, and increasingly indifferent to the possibility of their own deaths. Difficult as it may be for attending physicians who witness these changes, the competence of hunger strikers must be acknowledged, and hence their refusal of food must be honoured and supported<sup>21</sup>.

A greve de fome difere-se do simples jejum em diversos aspectos<sup>22</sup>. Quem faz greve de fome inicia o processo sem qualquer perspectiva de quanto tempo durará, ao contrário daquele que jejua, o qual tem uma ideia do momento em que retornará à alimentação regular. A greve de fome pressiona por meio da possibilidade de morte, enquanto o jejum não objetiva atingir o outro, e é utilizado principalmente como meio purificador e de expiação<sup>23</sup>.

---

main fuel. The body will first use fat stocks. Then, the body will begin to use muscle and organ tissue to produce energy. Salt and vitamin deficiencies are also harmful for the body. During a hunger strike, in addition to weight loss, many other symptoms are common: • Sensation of hunger at the beginning then loss of appetite; Apathy and irritability; Headache, dizziness, difficulty getting up and moving, stroke; Anxiety, sadness, insomnia, impaired concentration; Abdominal pain, peptic ulcers, nausea, constipation (sometimes diarrhoea); Very painful nephrolithiasis, renal failure; Reduction of blood pressure and respiratory rates” (GÉTAZ, Laurent et al. Hunger strike among detainees: guidance for good medical practice. *Swiss Medical Weekly*, Muttentz, 142, set./2012. Disponível em: <<http://jme.bmj.com/content/29/4/243>>. Acesso em: 4 out. 2015).

<sup>21</sup> FESSLER, D. M. The implications of starvation induced psychological changes for ethical treatment of hunger strikers. *Journal of Medical Ethics*, Londres, v. 29, ed. 4, 2002. Disponível em: <<http://jme.bmj.com/content/29/4/243>>. Acesso em: 4 out. 2015.

<sup>22</sup> Nesse sentido, Miranda-Montecino et al.: “Una huelga de hambre, tal y como la entendemos, no es un simple dejar de comer. El dejar de comer no constituye un acto moralmente relevante, sino la mera descripción física de algo que puede ser una dieta, un ayuno religioso o un acto de darse muerte intencionalmente por omisión”. (MIRANDA-MONTECINOS, Alejandro; GARCIA-HUIDOBRO CORREA, Joaquín; CONTRERAS-AGUIRRE, Sebastián. La huelga de hambre como suicidio intencional. Una propuesta de valoración moral desde la tradición central de la ética. *Persona y bioética*, Chia, v. 19, n. 1, jan. 2015. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5294/PEBL.2015.19.1.6>>. Acesso em: 4 out. 2015).

<sup>23</sup> Como nos casos de jejuns religiosos.

De toda sorte, a vida, notadamente, é um bem jurídico indisponível – ao menos em regra –, que merece a máxima proteção estatal. O detentor desse bem tem um direito em função dele – o direito à vida –, porém não detém um direito sobre ele: ao mesmo tempo em que lhe é proporcionado o direito à vida, o Estado não permite que o indivíduo dela disponha como bem entender. Não há na legislação pátria o direito à própria morte; há apenas o direito de viver.

Nesse esteio, a greve de fome figuraria como uma ameaça à vida e, sendo ela um bem indisponível, suscitaria a questão de, moral e legalmente, ser aceitável ou não que o homem dela disponha de modo que possa encerrá-la.

A visão hodierna<sup>24</sup> da greve de fome é um método de resistência pacífica no qual o grevista abstém-se de comer e até mesmo beber enquanto aqueles a quem a greve pretende pressionar não atenderem suas exigências. Contudo, considerando as consequências que a greve impõe àquele a quem é dirigida, nota-se também sua violência, uma vez que se o alvo é omissivo, será repreendido pela morte do grevista, e se permanece com sua atuação, ora pelo grevista atacada, igualmente levará ao definhamento do manifestante, não lhe restando, portanto, alternativas, o que impõe a criação de uma nova ordem jurídica. É nesse sentido que Santos, ao considerar o posicionamento de Benjamin, aduz o seguinte:

Todo poder acaba enfraquecendo o caráter instituinte que representa, seja por resistência e oposições externas, ou desregramento de sua ordem interna. Quando o direito sente seu poder ameaçado, utiliza-se de instrumentos que possam garantir sua eficácia no tempo. O dispositivo estado de exceção, neste sentido, cumpre o papel de manter “por fora” do direito aquele poder que, em determinados momentos, o Estado não consegue mais sustentar com sua ordem jurídica interna<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Como exemplo, cita-se Dondéris Celledón que, expande especificamente os movimentos grevistas ocorridos no âmbito penitenciário, vislumbra a greve de fome como uma forma pacífica, e assim ilustra o tema: Las reivindicaciones judiciales o penitenciarias perseguidas de esta forma pacífica adquieren el carácter y significado político desde el momento en que por su necesaria trascendencia y resonancia social colocan al Estado en una posición comprometida, lo que hace que muchas veces el huelguista conseguida su finalidad de difusión la abandone cuando se presenta un riesgo grave de muerte. Este carácter reivindicativo implica que generalmente se trate de huelgas colectivas con trasfondo político ya que en el caso de delinquentes comunes además de no durar mucho tiempo suelen disolverse por la falta de cohesión interna y su carácter político explica que la aparición de las huelgas de hambre en el ámbito penitenciario haya ido frecuentemente unida a movimientos revolucionarios, testimoniales o de grandes cambios políticos y sociales (DONDERIS, Vicenta Cervelló. La huelga de hambre penitenciaria: fundamento y límites de la alimentación forzosa. *Estudios Penales y Criminológicos*, v. XIX (1996). Cursos e Congressos n. 95, Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela, p. 53-164. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10347/4128>>. Acesso em: 3 out. 2015).

<sup>25</sup> SANTOS, André Ricardo Dias. Violência e poder: o conceito de estado de exceção para Walter Benjamin e algumas de suas implicações na filosofia política contemporânea. *Prima Facie Internacional Journal*, v. 9, 16, jan.-jun./2010, p. 102-120. Disponível em: <<http://periodicos>.

Não se deve esquecer também que a resistência pacífica, diferentemente da *Satyagraha* pregada por Gandhi, pode ser um meio violento. O próprio Gandhi expõe o caso das sufragistas indianas como exemplo de ações de resistência pacífica e que ele considerava violentas, demonstrando que “não violência” diverge de resistência pacífica, a qual, por sua vez, pode até ser distinguida da *Satyagraha*<sup>26</sup>. Além disso, do seu ponto de vista, a resistência pacífica era reconhecida como uma arma dos fracos e que não necessariamente envolve a adesão à verdade em todas as circunstâncias.

*A desobediência civil pode ou não surgir da Satyagraha.* Ela – a desobediência – é vista como demonstração do papel político do cidadão exercitando sua liberdade de opinião e expressão<sup>27</sup>, enaltecendo a busca por modelos democráticos<sup>28</sup>. Na Índia, Gandhi iniciou diversos movimentos de desobediência civil direcionados à abstenção de produtos vindos do governo britânico, especialmente quando liderou seu povo na Marcha do Sal, em 1930<sup>29</sup>, estimulando as pessoas a coletarem seu próprio sal de cozinha – o que fez a comercialização do produto cair e, conseqüentemente, os impostos que sobre ele eram recolhidos, bem como quando estimulou a nação a vestir o traje caseiro indiano, o *khadi*, cessando a aquisição de têxteis britânicos. Como efeito, a pressão econômica por meio da desobediência civil buscava colocar a Índia como um negócio não rentável aos olhos da metrópole.

Já a *Satyagraha* é a não violência expressa de modo ativo, comissivo, até mesmo como uma filosofia de vida, observando o *himsa* – respeito total a qualquer forma de vida. Declara que não admite o uso de violência contra nenhum adversário, pois este deve ser desarmado dos seus erros com paciência e compaixão, já que o que para um pode ser a verdade, para o outro pode ser um erro. E paciência significa autossufrimento. Assim, a doutrina passou a reivindicar a verdade mediante a não inflição de sofrimento sobre o adversário, mas sobre si mesmo.

---

ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/download/6970/5421>. Acesso em: 6 out. 2015.

<sup>26</sup> Cf. GANDHI, M. K. *Collected works of Mahatma Gandhi*. Nova Déli: Divisão Governamental de Publicações da Índia, 1999, v. 19, p. 350. Disponível em: <[www.gandhiserve.org/cwmg/vol019.pdf](http://www.gandhiserve.org/cwmg/vol019.pdf)>. Acesso em: 5 out. 2015.

<sup>27</sup> Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. 2. ed. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2007.

<sup>28</sup> As benesses desse sistema devem ser, contudo, questionadas, ainda mais considerando os ensinamentos de Walter Benjamim na obra *Para uma crítica da violência*. Mesmo dentro da democracia se vive sem garantias caso assim deseje o poder soberano. O estado de exceção virou regra pela ameaça constante deste poder soberano em excluir os cidadãos, trazendo um contexto de anomia.

<sup>29</sup> “In the famous Salt March of April-May 1930, thousands of Indians followed Gandhi from Ahmadabad to the Arabian Sea. The march resulted in the arrest of nearly 60,000 people, including Gandhi himself” (HISTORY Chanel. *Mohandas Gandhi*. Disponível em: <<http://www.history.com/topics/mahatma-gandhi>>. Acesso em: 5 out. 2015).

A partir de tal declaração, a presente pesquisa desencadeia a compreensão de que a greve de fome, seja como hipotética manifestação de desobediência civil ou como seguimento da doutrina do *Satyagraha*, detém em si, desde sua concepção, e em função de sua natureza, um caráter de violência, posto que mesmo não se aceitando a realidade de que ela é direcionada ao adversário, resta iluminado o seu caráter de autoimolação, com o grevista desaguando a violência sobre si mesmo.

O próprio *himsa* deixa de ser observado no momento em que o homem assume a possibilidade de buscar determinado fim, mesmo que por intermédio de sua própria morte, pois ainda que o agente argumente não importar sua conduta em uma *malum prohibitum*, a sua doutrina de não violência contra qualquer vida deveria observar a greve de fome como um *malum in se*, uma vez que o grevista deve ver a si próprio como um ser vivo que merece respeito e compaixão, e a greve leva, invariavelmente, a sofrimento e castigo.

### TIPOS DE GREVE DE FOME E EXEMPLOS

Apropriando-se, então, das concepções de violência, finalidades e greve de fome, é possível relacioná-las para definir os tipos de greve observados. Para tanto, é necessário um critério de diferenciação entre os fins que se almejam por meio dela. Assim, para atingir os objetivos de especificação deste trabalho, a greve de fome é dividida em dois momentos: imediato e mediato.

No momento imediato ela se volta contra o agente, sendo seu objetivo primeiro a imposição da abstinência alimentícia. Aqui já se alcançou a compreensão de que a greve de fome é sempre uma violência contra quem a pratica, posto que se traduz em suplício.

Já o momento mediato é aquele em que está o objetivo último que se pretende ver realizado, a razão pela qual se instaurou a greve. É neste momento que se classificam os tipos de greve de fome. O critério de diferenciação utilizado é o que ou quem a greve de fome busca atingir, no momento mediato, para obter os fins que persegue.

A partir da análise dos dados coletados, foi verificada a preponderância de greves de fome na persecução de fins políticos. Desse modo, tem-se a primeira ruptura entre os tipos: de um lado, as greves de fome do tipo político e, de outro, do tipo não político. Entre os políticos, é notada ainda a subdivisão em políticos propriamente ditos e políticos em consonância. Por sua vez, os não políticos ramificam-se entre não políticos coletivos e não políticos meramente egoísticos ou pessoais, estes últimos ainda se dividindo entre legítimos e ilegítimos.

Posto isso e considerando que é possível enquadrar uma greve simultaneamente em mais de uma categoria, passa-se à análise de cada tipo singularmente. Inicialmente, serão tratados os tipos políticos.

A greve de fome política propriamente dita se caracteriza por ser iniciada em função de razões políticas e perseguir nesse campo a sua finalidade, sem trazer à baila outras questões, tais como econômicas ou culturais.

Um dos principais exemplos é a greve de fome coletiva do *Irish Republican Army* – IRA, liderada pelo irlandês Bobby Sands para pressionar o governo de Margaret Thatcher a reconhecê-los e tratá-los como prisioneiros políticos em vez de presos por delitos comuns<sup>30</sup>. Após 60 dias de greve de fome, Sands, de 27 anos de idade, e outros nove integrantes do movimento faleceram na prisão de Maze<sup>31</sup>. Morto, Sands passou a fazer parte do imaginário dos republicanos de Ulster e a sua memória perdura como um símbolo da luta pelo reconhecimento do movimento pela independência da Irlanda do Norte. Seu funeral em Belfast reuniu cerca de 70 mil pessoas, o segundo maior da história do país<sup>32</sup>.

Yulia Timonshenko, ex-primeira ministra da Ucrânia, que já havia sido condenada por abuso de poder, embora alegasse motivações políticas para a condenação, iniciou em outubro de 2012 uma greve de fome contra o que denominou “fraude nas eleições legislativas”<sup>33</sup>.

Também no Brasil há exemplos de greve de fome política propriamente dita, como a que aderiram Domingos Dutra, Manuel da Conceição e Teresinha Fernandes contra o apoio do Partido dos Trabalhadores – PT à família Sarney. Em repúdio à aliança imposta pelo PT ao partido de Roseana Sarney (PMDB) nas eleições do Maranhão em 2010, a greve de fome aconteceu no plenário da Câmara dos Deputados e tinha como meta a transferência do apoio do partido à candidatura do então deputado federal Flávio Dino (PCdoB) ao governo do Maranhão<sup>34</sup>.

Já as greves de fome que neste trabalho se denominam políticas em consonância buscam não só mudanças políticas, mas também têm outros interesses, destacando-se principalmente a luta pela efetivação dos direitos humanos.

O exemplo mais claro é o dos presos enclausurados indefinidamente em Guantánamo. A prisão, dividida em três campos e construída em um arrendamento

<sup>30</sup> HUNGER. Direção de Steve McQueen. Roteiro de Enda Walsh e Steve McQueen, 2008, 1 DVD (100 min.).

<sup>31</sup> Cf. BERESFORD, David. *Ten men dead: the story of the 1981 Irish hunger strike*. London: HarperCollins, 1987.

<sup>32</sup> *Diário de Notícias*. Irlanda do Norte recorda 25 anos da morte de Bobby Sands. Disponível em: <[http://www.dn.pt/especiais/interior.aspx?content\\_id=975692&especial=IRA&seccao=MUNDO](http://www.dn.pt/especiais/interior.aspx?content_id=975692&especial=IRA&seccao=MUNDO)>. Acesso em: 26 ago. 2014.

<sup>33</sup> Cf. UOL. *Após greve de fome, Timoshenko pode ser alimentada à força*. Disponível em: <<http://mais.uol.com.br/view/65k9fo807g7i/apos-greve-de-fome-timoshenko-pode-ser-alimentada-a-forca-0402CD9C3466CCA13326?types=A&>>>. Acesso em: 26 ago. 2014.

<sup>34</sup> DUTRA, Domingos; CONCEIÇÃO, Manuel da. *Domingos Dutra e Manoel da Conceição em greve de fome*. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=DR9m-aZxnp0>>. Acesso em: 26 ago. 2014.

perpétuo de área anteriormente pertencente a Cuba, é mundialmente conhecida pelas ilegalidades e afrontas aos direitos humanos<sup>35</sup>. Além da questão política, traduzida na construção de um inimigo por parte dos Estados Unidos utilizando-se exaustivamente a ideia de terrorismo<sup>36</sup>, os encarcerados em greve de fome lutavam pela efetivação de direitos humanos consagrados inclusive em acordos e tratados internacionais dos quais o Estado americano é signatário. Al-Kandari, um dos grevistas, assim como outros 85 detentos, já havia sido liberado para soltura, porém continuava detido sem qualquer acusação até 2013<sup>37</sup>. Muitos, presos sem julgamento há mais de uma década, alguns liberados, mas não libertados, ao iniciarem a greve de fome, chamaram a atenção do mundo não só para o fato da ideologia política que envolve as detenções, mas também para a omissão em relação à dignidade humana mínima.

Em exemplo complementar, há também a greve de fome dos muçulmanos afegãos da etnia Hazara, em Cabul, contra os ataques à minoria xiita no Paquistão. O protesto, em frente ao escritório da ONU, deu-se em fevereiro de 2013, como uma forma de reforçar o pedido de segurança para os xiitas na região<sup>38</sup>. A manifestação não se encerrou no pedido de garantia do direito à liberdade de culto, mas estendeu-se também ao próprio direito fundamental à vida.

Por sua vez, o caso de Pedro Reis Leão<sup>39</sup> é o exemplo brasileiro de greve de fome política em consonância, pois além de utilizar sua ação como meio para obter esclarecimentos sobre o massacre de Pinheirinhos, alegando golpe de interesses políticos aliados a questões econômicas, o fez em frente ao prédio da Rede Globo no Rio de Janeiro, um dos principais meios de formação de opinião de massa, com indícios de apoio a setores políticos desde o golpe militar em 1964<sup>40</sup>. Seu protesto atacou a abordagem dos meios de comunicação, que, segundo ele aduz, omitiram diversas barbáries e excessos policiais durante a desocupação da área.

<sup>35</sup> Sobre o tema, AMNESTY International. USA: *Guantánamo – A decade of damage to human rights*. Londres: Amnesty International Publications, 2011. Disponível em: <[http://www.amnestyusa.org/sites/default/files/guantanamo\\_10\\_report.pdf](http://www.amnestyusa.org/sites/default/files/guantanamo_10_report.pdf)>. Acesso em: 3 out. 2015.

<sup>36</sup> Nesse sentido, BOULTON, Jack. *Defining the Enemy: myth and representation in the War on Terror*. *Vis-à-Vis: explorations in anthropology*, v. 12, n. 01, Toronto, 2013, p. 54-66. Disponível em: <<http://vav.library.utoronto.ca/index.php/vav/article/view/17113/17129>>. Acesso em: 3 out. 2015.

<sup>37</sup> Cf. GUANTÁNAMO: o horror forçou detentos à greve de fome. *Carta Capital*. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/internacional/como-o-horror-de-guantanamo-forcou-os-detentos-a-greve-de-fome>>. Acesso em: 26 ago. 2014.

<sup>38</sup> Cf. AFP. *Violência no Paquistão gera greve de fome em Cabul*. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=rpucTLqCZzg>>. Acesso em: 26 ago. 2014.

<sup>39</sup> Cf. LEÃO, Pedro Rios. *Pedro Rios Leão explica sua greve de fome*. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=EORnfrgwyFQ>>. Acesso em: 26 ago. 2014.

<sup>40</sup> EKMAN, Pedro. Globo admite erro sobre ditadura. E o resto? *Carta Capital*, São Paulo, set/2013. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/blogs/intervozes/globo-admite-erro-sobre-ditadura-e-o-resto-3841.html>>. Acesso em: 26 ago. 2014.



Encerradas, então, as tipificações das greves de fome políticas, trata-se agora das greves de fome não políticas.

As não políticas coletivas o são em relação ao fim pretendido, não à quantidade de grevistas. Nelas, o objetivo, caso concretizado, beneficiará determinado grupo, mesmo que em detrimento de outro. Como exemplo, recentemente no Brasil três ex-funcionários da Varig iniciaram greve de fome no aeroporto de Santos Dumont. Há 7 anos, cerca de 10 mil ex-funcionários da Varig e da Transbrasil lutam na Justiça para receber seus depósitos no fundo de pensão Aerus, que está sob intervenção da União. Segundo eles, o dinheiro recolhido pelas empresas não foi repassado ao Aerus, o que acabou deixando o fundo sem recursos que, então, passou a pagar com atrasos as aposentadorias complementares<sup>41</sup>.

Do outro lado estão as greves de fome meramente egoísticas ou pessoais, quando os resultados atingidos são de interesse único dos grevistas, as quais se dividem entre legítimas e ilegítimas. Um exemplo claro destas é a sua utilização para fins banais e até mesmo infantis, como no caso de uma criança iniciar a greve de fome com a intenção de pressionar seu pai a comprar um brinquedo. Também se pode elencar o caso do idoso carioca que deu início à greve de fome alegando que a Prefeitura de Itaperuna estaria se negando a regularizar seu terreno<sup>42</sup>.

Por outro lado, da apreciação dos eventos levantados, desencadeou-se o raciocínio de que os meios legítimos figuram mais razoáveis, posto que apesar de atenderem necessidades unicamente dos agentes, os fins a que se prestam mostram-se socialmente plausíveis de serem buscados. Exemplo disso é uma família de Juazeiro do Norte que se absteve de alimentação buscando a concessão da curatela de seu genitor, acometido de Alzheimer, e que sofria privações impostas pela ex-funcionária e então representante dele, embora litigassem na justiça do Trabalho conforme afirmam<sup>43</sup>. A família alega também que, quando lúcido, o genitor registrou diversos boletins de ocorrência contra a então representante.

A greve de fome não política meramente egoística e legítima também foi o instrumento utilizado por Gabriel Montoya, no Chile, ao protestar contra a sua transferência para prisão de Chol Chol, distante de sua família<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> Cf. FARIAS, Carolina. *Aposentados da Varig fazem greve de fome em saguão de aeroporto no Rio*. Disponível em: <<http://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2013/08/12/aposentados-da-varig-fazem-greve-de-fome-em-saguao-de-aeroporto-no-rio.htm>>. Acesso em: 26 ago. 2014.

<sup>42</sup> Cf. ITAPERUNA, TV. *Idoso chega ao 5º dia da greve de fome para ser atendido pela Prefeitura de Itaperuna*. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=UagiOyrg0Y>>. Acesso em: 26 ago. 2014.

<sup>43</sup> Cf. JANGADEIRO, Online. *Família faz greve de fome para ter direito a cuidar do pai*. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=PHBFHGNYh6M>>. Acesso em: 26 ago. 2013.

<sup>44</sup> “A síndrome do encarceramento se caracteriza basicamente por tetraplegia, anartria e preservação do nível de consciência, além de certa movimentação ocular pela qual o paciente se co-

Caso especial é a greve de fome como meio para se atingir a eutanásia, como no caso do britânico Tony Nicklinson, que, em virtude de um derrame, desencadeou quadro de Síndrome do Encarceramento<sup>45</sup>. Comunicava-se com dificuldade piscando os olhos, em virtude da inércia do corpo, em que pese o regular funcionamento das faculdades mentais. Embora houvesse manifestado judicialmente seu desejo pela eutanásia, o pleito foi indeferido. Inconformado, deu início a uma greve de fome, vindo a falecer no 8º dia em razão de pneumonia<sup>46</sup>.

Em casos como esse não cabe a determinação de qual seria o tipo de greve de fome presenciado, posto que não é claro se ela é utilizada como meio ou se é um fim em si mesma<sup>47</sup>. Sendo a greve de fome um meio defendido em função do direito à liberdade, nos casos de eutanásia parece, em um primeiro momento, que não se protege tal instituto, mas, sim, defende-se o direito *sobre* a vida, buscando-se o resultado morte. Assim, a greve de fome para se atingir a eutanásia, como violência, figuraria como fim, e não meio; e, como efeito, não seria cabível seu enquadramento em um dos tipos levantados neste artigo.

### A VITIMIZAÇÃO DO GREVISTA

Além da própria greve de fome em si, se faz pertinente abordar os aspectos que a englobam, como a necessária vitimização do grevista. Em uma conjuntura atual, é consabido que a angústia do homem pós-moderno auxilia no processo de identificação com o outro<sup>48</sup>. Nesse contexto, parte-se do pressuposto de que é possível também verificar o desencadeamento de identificação entre um agente externo à greve e o próprio grevista, caso aquele seja induzido a crer que também é sua *luta* deste, o qual se põe como oprimido por forças invisíveis.

---

munica” (ARAGE FILHO, Miguel; GOMES, Mauro de Paiva. Síndrome do encarceramento (*locked-in syndrome*): registro de um caso e revisão de literatura. *Arquivos de Neuropsiquiatria*, São Paulo, v. 40, n. 3, p. 296-300, set. 1982. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0004-282X1982000300013>>. Acesso em: 5 out. 2015).

<sup>45</sup> Cf. TELESUR. *Jovem mapuche continua em greve de fome*. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=JiUy-BO00IE>>. Acesso em: 4 ago. 2015.

<sup>46</sup> MINAS, Estado de. *Inglês morre em greve de fome depois de perder na justiça o direito à eutanásia*. Disponível em: <[http://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2012/08/22/interna\\_internacional,313296/ingles-morre-em-greve-de-fome-depois-de-perder-na-justica-o-direito-a-eutanasia.shtml](http://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2012/08/22/interna_internacional,313296/ingles-morre-em-greve-de-fome-depois-de-perder-na-justica-o-direito-a-eutanasia.shtml)>. Acesso em: 20 set. 2013.

<sup>47</sup> MINAS, Estado de. *Inglês morre em greve de fome depois de perder na justiça o direito à eutanásia*. Disponível em: <[http://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2012/08/22/interna\\_internacional,313296/ingles-morre-em-greve-de-fome-depois-de-perder-na-justica-o-direito-a-eutanasia.shtml](http://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2012/08/22/interna_internacional,313296/ingles-morre-em-greve-de-fome-depois-de-perder-na-justica-o-direito-a-eutanasia.shtml)>. Acesso em: 20 set. 2013.

<sup>48</sup> Cf. LUCAS, Douglas Cesar. A proteção jurídica das identidades desconectadas: um mapa de sua ambivalência. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 215-236, jul.-dez. 2012.

Gandhi foi um recorrente praticante da greve de fome como forma de protesto, em geral sustentando por no máximo 21 dias a manifestação<sup>49</sup>. Ao longo de sua vida, levantando a bandeira da não violência, declarava buscar o bem da Índia e protegê-la especialmente do império britânico<sup>50</sup>. A opressão colonialista, por exemplo, foi seu alvo em maio de 1933 e novamente 6 anos depois. Como efeito, da análise bibliográfica das ações de Gandhi, esta pesquisa constatou que a nação indiana parecia quedar-se comovida a cada nova greve iniciada, materializando naquele homem o seu desejo de libertação. E esse reflexo construído necessita, em todos os tipos de greve de fome, ser otimizado. Quanto mais pessoas se compadecerem da dor e do sofrimento do grevista, maiores são suas chances de êxito nos objetivos mediatos. Assim, a falsa ideia de identidade<sup>51</sup> precisa ser protegida e expandida, com o intuito de pressionar, social e até moralmente, a pessoa a quem a greve é dirigida.

Em tal contexto, a partir dos dados analisados, esta pesquisa faz outras observações. Especialmente, foi constatada a importância do papel midiático na efetividade dos fins das greves de fome. Ao grevista, é imprescindível que haja apoio popular, especialmente se demonstrado por intermédio da compaixão. Para aumentar o contingente de comovidos, é preciso que se noticie o que está acontecendo e por que ele tomou tal atitude, preferencialmente destacando seu caráter humano, mas de renhida luta pacífica contra um alvo que seus potenciais aliados também possam tomar como inimigo. E tal objetivo é atingido mais facilmente por meio da veiculação massiva<sup>52</sup>, com o apoio de meios de comunicação, admitindo como produto a greve, sua causa e o agente grevista, e como consumidores aqueles que não compõem o objeto a que é direcionada.

Igualmente, neste trabalho perceberam-se indícios de que a construção do mito com base na imagem de Gandhi provavelmente não ocorreria, à época, na proporção

---

<sup>49</sup> SALATIEL, José Renato. *Greve de fome: o método de resistência pacífica existe há séculos*. Especial para a Página Pedagogia & Comunicação. UOL, 22 mar. 2010. Disponível em: <<http://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/greve-de-fome-metodo-de-resistencia-pacifica-existe-ha-seculos.htm>>. Acesso em: 26 ago. 2013.

<sup>50</sup> “He began his activism as an Indian immigrant in South Africa in the early 1900s, and in the years following World War I became the leading figure in India’s struggle to gain independence from Great Britain” (HISTORY Chanel. *Mihandas Gandhi*. Disponível em: <[www.history.com/topics/mahatma-gandhi](http://www.history.com/topics/mahatma-gandhi)>. Acesso em: 5 out. 2015).

<sup>51</sup> LUCAS, Doglas Cesar. A proteção jurídica das identidades desconectadas: um mapa de sua ambivalência. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 215-236, jul./dez. de 2012. p. 215-236.

<sup>52</sup> Analogamente, “a publicidade tem de interessar, persuadir, convencer e levar à ação, ou seja, tem de influir no comportamento das massas consumidoras” (SANT’ANNA, Armando. *Propaganda: teoria, técnica, prática*. 5. ed. São Paulo: Thomson Learning, 1995, p. 88). Daí se depreende que o grevista necessita conferir publicidade ao seu ato, uma vez que, ao influir no comportamento dos consumidores, logra êxito ao coletar apoio para sua causa, convencendo ao menos parcela da sociedade acerca da importância de sua greve de fome.

em que se deu, sem o auxílio da disseminação de seus atos. Posto isso, poder-se-ia questionar a legitimidade de Mahatma como expoente dos ideais que pregava, até mesmo com base nas contradições<sup>53</sup> entre as palavras que pregava e as atitudes que tomava em sua vida pessoal. Mas registros disso só são encontrados com muito esforço<sup>54</sup>, pois àquela época o mito ainda estava sendo construído, e era mais interessante difundir a construção do mártir – e assim obter lucros econômicos – do que interromper o processo e deflagrar uma onda de humanização, apontando seus erros. Nesse sentido, a história contada<sup>55</sup> presta-se tanto a difundir o suplício pelo qual passa o grevista, atribuindo-lhe o apoio social, quanto para afastar dos holofotes eventuais informações que possam abalar a imagem construída.

Da análise da literatura que envolveu a pesquisa em confronto com os casos apurados, percebeu-se que a vitimização do grevista importa sucesso na greve e lucratividade nos meios de comunicação, especialmente nas greves políticas. Nelas, constatou-se que o maniqueísmo é ainda mais presente, mesmo que de forma velada, pois o clamor público dedica-se a heróis, ainda mais quando se acredita que eles podem combater a desesperança social. E nas greves políticas, via de regra, notou-se que o grevista tende a representar para a sociedade todo o anseio que ela guarda em relação ao Estado, concentrando o desejo da transformação social em si, de tal forma que lhe seja socialmente conferida legitimidade para permanecer na sua “luta”, ao expor o Estado como a causa de diversas mazelas, especialmente a sua. Nesse sentido, Andrew Robinson sintetiza que Benjamin sugere ser impossível atingir a transformação social sem violência, pois, em que pese o argumento da não violência ser comumente utilizado para evitar o preço da violência, a busca da resolução não violenta leva à formação de “formas e virtudes” que não são apenas formalidades, e a implicação de tal análise é que agentes influentes só buscarão meios não violentos se necessariamente enfrentarem os custos da resolução violenta<sup>56</sup>.

---

<sup>53</sup> Sobre o outro lado de Gandhi: NARLOCH, Leandro. *Guia politicamente incorreto da história do mundo*. Rio de Janeiro: Leya, 2013.

<sup>54</sup> Nesse sentido, George Orwell traz em sua obra *1984* uma aguçada visão crítica em relação ao aparato midiático. A figura do Grande Irmão, líder e herói da “revolução”, era difundida enquanto o Partido buscava, de todas as formas, apagar qualquer registro que oferecesse risco à perpetuação de seu poder estatal. A figura do homem – Grande Irmão e Gandhi, por exemplo, pode até mesmo ser apagada, conquanto subsista o mito; a figura do herói acaba sendo maior, mais lucrativa e mais interessante que o próprio ser.

<sup>55</sup> Durante o Nazismo, Joseph Goebbels deu grandes demonstrações de como a história contada pode influenciar na formação de identidade de um povo e também como o Estado pode se aproveitar disso. Com o apoio de Hitler em 1933, foi nomeado Ministro da Propaganda, e uma de suas principais ações foi a queima geral de livros contrários aos interesses nazistas. Por meio de técnicas de propaganda, incutiu no povo alemão, pouco a pouco, o desejo de uma guerra, propagando uma ideologia com grande aceitação.

<sup>56</sup> RUIZ, Castro. Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua. *Revista do Instituto Humanitas Unisinos Online*, 371, Ano XI, 29 ago. 2011. Disponível em: <<http://www.ihuonline.unisinos>>.

Também se obteve como resultado a correlação fática entre o paradoxo proteção-ameaça do Direito e o contexto em que a maioria das greves de fome ocorreu. A possibilidade de a vida humana a qualquer momento ser decretada vida nua pela vontade soberana coloca-a sob a potencial exceção, pois seus direitos podem ser suprimidos a qualquer instante para que o soberano exerça controle de sua vida. “Uma vez que a vontade soberana não pode ser eliminada na ordem social, já que se origina daquela, nem o Estado de Direito é garantia plena da abolição da vontade soberana, o direito protege a vida parcialmente, pois a cuida ameaçando-a”<sup>57</sup>. É percebida, então, a violência inerente ao poder soberano, pois qualquer um, a qualquer momento, pode ser atingido pelo paradoxo de ser atacado por aquilo que esperava protegê-lo: o Direito. Como efeito, foi compreendido que a vontade soberana, à qual cabe decidir quem é perigoso, em regra, se volta contra aqueles que praticam greve de fome, o que até mesmo influencia no processo de identidade com as outras vidas humanas que também são atingidas pela instabilidade da política da exceção<sup>58</sup>.

Nesse ponto entra o temor estatal. O grevista, no contexto da biopolítica<sup>59</sup>, enquadra-se na visão do Estado como uma existência deletéria, sobre a qual se deve buscar o extermínio, já que é uma doença autoimune no organismo da comunidade, e cabe ao Estado proteger a sociedade não só dos agentes externos, mas também dos internos e que dela saem. Contudo, uma vez que a greve é instaurada com a bandeira de finalidades que causam compaixão ou identidade, a própria massa afasta a perda de sua individualidade, negando a ação repressiva do Estado como mecanismo de proteção, questionando a legitimação da violência – ainda que seletiva, como no caso de alimentação forçada. O agente, assim, caracterizado como vítima, consegue afastar a pretensão estatal de enquadrá-lo como inimigo, vez que se utiliza da – mesmo que falsa – ideia de identidade com os demais atores sociais. E, como afirma Agamben, “é letal toda política das identidades, ainda que se trate da identidade do contestatário e a do dissidente”<sup>60</sup>.

Ressalte-se ainda a constatação de que o processo de identidade com o grevista pode atingir patamares superiores, atribuindo à sua figura um potente e perigoso domínio sobre o outro. Surge uma influência capaz de levar um segui-

---

br/index.php?option=com\_content&view=article&id=4044&secao=371>. Acesso em: 6 out. 2015.

<sup>57</sup> RUIZ, Castro. Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua. *Revista do Instituto Humanitas Unisinos Online*, 371, Ano XI, 29 ago. 2011. Disponível em: <[http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=4044&secao=371](http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4044&secao=371)>. Acesso em: 6 out. 2015.

<sup>58</sup> Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

<sup>59</sup> *Ibidem*.

<sup>60</sup> COSTA, Flávia. Entrevista com Giorgio Agamben. *Revista do Departamento de Psicologia da UFF*, Niterói, v. 18, n. 1, jun. 2006, p. 131-136. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-80232006000100011>>. Acesso em: 5 out. 2015.

dor também ao extremo da greve de fome, em um ato semi-inconsciente como reflexo da busca por se encaixar em um grupo e, dentro dele, saciar a ânsia de se ver no outro. Aqui se compreende que a jornada pela identidade é direta e psicologicamente afetada pela renúncia à alimentação, e a vitimização do grevista pode ter como consequência a transformação de pessoas com sentimento de inadequação social em vítimas reais. Elas agem como se tivessem tomando suas próprias decisões, mas não se dão conta de que renunciam ao *eu* individual e acabam se entregando a uma ideologia, na qual sentem suas carências supridas, mas vão abrindo mão de seu poder de decisão.

O filósofo Luis Felipe Pondé<sup>61</sup> aborda o tema com sinceridade ao admitir que para o homem pós-moderno restou a consciência de que ele é posto no lugar da mercadoria e, frágil, sem forças para acreditar na possibilidade de sair da situação, o máximo que consegue de identidade é o estilo. O homem passa a crer que ele é o que veste, o que lê, os lugares que frequenta e as pessoas que acompanha. A personalidade é distanciada, vista como um trauma e, nesse sentido, passa a crer que é melhor ser raso, leve e, das memórias, só manter as boas. Assim, a modernidade desaguou na crença de um Estado racional capaz de resolver problemas.

De fato, aquele que busca a companhia de grevistas espirituais, por exemplo, almeja principalmente a liberdade do ser, empreende fuga da personalidade própria e, em seu lugar, prefere a *leveza* do se entregar a uma pretensa identidade, valorizando mais o sacrifício do que o violento embate fisicamente direto.

O próprio Nietzsche, por meio da transvalorização dos valores cristãos, busca demonstrar como o “culto ao sofrimento”<sup>62</sup> é irracional e desnecessário ao homem. O sofrimento pode ensinar-lhe importantes lições, mas deve ser combatida a ideia de inquestionável admiração e até mesmo a procura por ele. O super-homem de que trata em sua obra “A genealogia da moral” seria, este sim, capaz de se

---

<sup>61</sup> PONDÉ, Luis Felipe. *Zygmunt Bauman e a pós-modernidade*. Palestra proferida do projeto “Invenção do contemporâneo: o diagnóstico de Zygmunt Bauman para a pós-modernidade”, em Campinas/SP, 2010.

<sup>62</sup> “Um homem que diz: ‘isto me agrada, aproprio-me disto e quero protegê-lo e defendê-lo contra tudo’; um homem que se sente capaz de pelear por uma causa, de levar a cabo uma resolução, de manter uma ideia, de prender uma mulher, de punir e abater um temerário, um homem que tem sua cólera e sua espada, e perto dos quais os fracos, os aflitos, e oprimidos gostam de se refugiar, como animais, como seus tributários naturais, resumindo, um homem que nasceu ‘senhor’ – se um homem como este é tocado pela piedade, neste caso, a piedade tem um valor. Mas que importa a piedade daqueles que por si sós inspiram piedade? Ou daqueles que pregam a piedade! Em quase toda parte da Europa se encontra hoje uma irritabilidade, uma sensibilidade mórbida pela dor e, ao mesmo tempo, uma incontinência excessiva no lamentar-se, uma efeminação que quer se dar um ar de superioridade sob o espectro da religião ou o ouropel filológico – decretou-se um verdadeiro culto ao sofrimento. A falta de virilidade daquilo que foi batizado com o nome de piedade em certos cenáculos sentimentais é sempre, a meu ver, a primeira coisa que se mostra. É necessário banir enérgica e radicalmente este mau gosto da última moda” (NIETZSCHE, F. *Além do bem e do mal*. § 293, p. 222. Disponível em: <[https://nepcefe.ufg.br/up/4/o/Al\\_\\_m\\_do\\_\\_Bem\\_e\\_do\\_Mal.pdf](https://nepcefe.ufg.br/up/4/o/Al__m_do__Bem_e_do_Mal.pdf)>. Acesso em: 6 out. 2015).

desprender das amarras socialmente impostas de necessidade de sofrimento para validação de uma vitória ou admiração da jornada. A partir desse momento, o nihilismo ativo demonstraria que a vida é, afinal, feita de conflitos, mas o homem não desaparecerá – já que o futuro é fictício –, então é necessário corresponder ao presente positivamente: assumir quem se é realmente e aceitar a vida.

A pesquisa raciocina, então, que o conflito, assim, assumido de forma positiva, afastaria a idolatria que o homem moderno dirige especialmente àqueles que exteriorizam suas lutas, e aqui entraria o grevista. Ele não pode aderir ao pensamento de Nietzsche porque isso significaria sua não vitimização e, como consequência, a ineficiência da greve, já que não teria condão de pressão social. Também, por isso, aqui se conclui que ao grevista é interessante a constante renovação da publicidade do seu sofrimento, em uma busca pela compaixão do outro.

### **ALIMENTAÇÃO COMPULSÓRIA: VIOLÊNCIA LEGITIMADA PELO ESTADO**

Há que se debater, ainda, o papel dos médicos frente aos grevistas, especialmente quando estes estão encarcerados. Um novo conflito surge, posto que, especialmente nesses casos, se depara com o impasse em relação à alimentação forçada, contrária à vontade do manifestante.

96 De um lado, a liberdade individual do grevista, mesmo que a busca pelo objetivo signifique risco à sua vida. De outro, o juramento médico de proteção à vida, mesmo que isso signifique alimentação compulsória. Estes alegam que a inação do profissional da saúde significaria omissão de socorro ou induzimento ao suicídio, já que cúmplice do possível resultado morte. Aqueles sustentam que a alimentação forçada de um grevista consciente é tratamento desumano e tortura<sup>63</sup>.

Neste ponto situar-se-ia, então, a função do Direito na resolução do impasse. Apesar de já atuar previamente no processo legislativo, em busca de proteção positivada aos direitos à liberdade e à vida, o Direito manifesta-se também por intemédio do Judiciário, que, devidamente provocado, deve se pronunciar sobre se a liberdade do grevista é absoluta, mesmo que atue contra ele, e se o médico teria o poder de limitá-la de ofício baseado no juramento profissional feito.

Parece que mesmo sobrepondo a vida sobre a liberdade, não se pode exigir que um profissional da saúde, tão humano quanto o grevista, determine, recheado

---

<sup>63</sup> Nesse sentido: “Even if intended to benefit, feeding accompanied by threats, coercion, force or use of physical restraints is a form of inhuman and degrading treatment. The Declaration of Malta aims to set the same type of ethical norm as the Helsinki document. Physicians can no more ethically force-feed mentally competent hunger strikers than they can ethically conduct research on competent humans without informed consent” (ANNAS, George J.; CROSBY, Sandra S.; GLANTZ, Leonard H. Guantanamo Bay: A medical ethics – free zone? *New England Journal of Medicine*, Londres, 2013, 369, p. 101-103. Disponível em: <<http://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMp1306065#t=article>>. Acesso em: 6 out. 2015).

de subjetividade, o momento em que deve ser imposta a alimentação forçada. Tal tarefa não caberia também ao Judiciário. O Direito não deve ser utilizado como um meio para manutenção dos interesses maniqueístas estatais – posto que um grevista vivo é menos embaraçoso que um morto–, mas, sim, deve ser observado em ações distintas, como o acompanhamento psicológico dos manifestantes.

A alimentação forçada, aliás, é outra forma de violência do Estado contra o grevista, não só como meio para a redução de pressão política em relação à possibilidade de óbito, mas também pelo ato de infligir dor para gravar na mente do submetido uma memória do que não deve tornar a fazer.

A dor é eficiente meio de controle social. Sobre o tema, Nietzsche se pronunciou em *Genealogia da Moral*:

“Grava-se algo a fogo, para que fique na memória: apenas o que não cessa de causar dor fica na memória” – eis um axioma da mais antiga (e, infelizmente, mais duradoura) psicologia da terra. Pode-se mesmo dizer que em toda parte onde, na vida de um homem e de um povo, existem ainda solenidade, gravidade, segredo, cores sombrias, persiste algo do terror com que outrora se prometia, se empenhava a palavra, se jurava: é o passado, o mais distante, duro, profundo passado, que nos alcança e que refluí dentro de nós, quando nos tornamos “sérios”. Jamais deixou de haver sangue, martírio e sacrifício, quando o homem sentiu a necessidade de criar em si uma memória; os mais horrendos sacrifícios e penhores (entre eles, o sacrifício dos primogênitos), as mais repugnantes mutilações (as castrações, por exemplo), os mais cruéis rituais de todos os cultos religiosos (todas as religiões são, no seu nível mais profundo, sistemas de crueldades) – tudo isso tem origem naquele instinto que divisou na dor o mais poderoso auxiliar da mnemônica<sup>64</sup>.

97

A nutrição compulsória é aqui lida como um cruel meio de advertência a potenciais aderentes da greve, pois a inobservância ao princípio da dignidade da pessoa humana é materializada no prolongamento do sofrimento, na extensão do definhamento, na não desejada perpetuação da dor no tempo. Vendo o sofrimento adicional dos grevistas mediante a alimentação forçada, os simpatizantes que poderiam aderir à greve de fome<sup>65</sup> podem se sentir intimidados e, possivelmente, se absterem de atitudes positivas nesse sentido.

Essa nova espécie de violência inserida na greve de fome ataca a integridade física do manifestante. Há, inclusive, casos registrados, como as greves das

---

<sup>64</sup> NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral: uma polêmica*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Cia. das Letras, 1998, § 3º, tomo II.

<sup>65</sup> Acerca da possibilidade de simpatizantes aderirem ao movimento, social e psicologicamente, pode-se assim justificar a escolha por também participar do movimento grevista: “Hay algunos estímulos externos que pueden poseer en sí mismos un valor motivacional tan intenso



sufragistas no começo do século XX, que nos Estados Unidos e no Reino Unido morreram ao serem alimentadas à força nas prisões<sup>66</sup>.

Também os presos de Guantánamo em greve de fome, tanto na era Bush quanto na era Obama, foram alimentados utilizando-se uma sonda nasal até o estômago, em geral forçadamente<sup>67</sup>. Em que pese grupos retributivistas defendem as práticas<sup>68</sup>, deve-se questionar a quem interessou tal atitude e se ela se deu realmente sem excessos.

O Direito não pode ficar inerte diante das atrocidades cometidas dentro das prisões. Ocorre que a situação exposta é o retrato do que Agamben denominou *Homo Sacer*, que é a vida humana abandonada e excluída pelo Direito, é a vida nua de Benjamin, exposta sem defesa à violência, fruto da vontade soberana, a qual, por sua vez, só exerce tal poder fora e além do Direito. E isso só pode ocorrer no estado de exceção.

Nada ilustra tão bem a situação quanto a própria carta aberta dos grevistas de Guantánamo, com trecho reproduzido a seguir:

Eu não quero morrer, mas estou preparado para assumir o risco de que isso pode acabar acontecendo, porque estou protestando pelo fato de estar preso por mais de uma década, sem julgamento, sujeito a tratamento desumano e degradante, sendo-me negado acesso à justiça. Eu não tenho outro meio para atravessar minha mensagem. Vocês sabem que as autoridades tiraram tudo de mim.

---

como las estimulaciones internas del organismo. Es lo que denominamos incentivos. Definimos como incentivo todo aquello que incita a la acción por sus propiedades atractivas para el sujeto. Los organismos pueden perseguir incentivos: (...) 3. Que pueden oponerse a la satisfacción de las necesidades orgánicas. Es el caso del voto de castidad, las huelgas de hambre o las autolesiones de presos como acto reivindicativo. En muchas ocasiones la motivación por incentivos se explica destacando la capacidad de los incentivos para proporcionar placer al sujeto que los consigue (teorías hedonísticas). (...) Pero debe tenerse en cuenta que el valor de un incentivo suele ser aprendido ya que es el aprendizaje social el que nos hace valorar y encontrar placer en objetos que al principio no funcionaban como incentivos (En la publicidad vemos como habitualmente se suele intentar establecer esta relación entre poseer el objeto y el placer). Este modelo explicativo es el que mejor describe la mayor parte de las motivaciones culturales, la conducta moral o la creación artística” (BARREDO, José Vidal González. Introducción a la Psicología. *Análisis del comportamiento*. 2009-2010, p. 29-30. Disponível em: <<http://www.xtec.cat/~jgonza51/download/psicologia/Psicolog%EDA%20B1.doc>>. Acesso em: 6 out. 2015).

<sup>66</sup> SALATIEL, José Renato. *Greve de fome: o método de resistência pacífica existe há séculos*. Especial para a Página Pedagogia & Comunicação. UOL, 22 mar. 2010. Disponível em: <<http://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/greve-de-fome-metodo-de-resistencia-pacifica-existe-ha-seculos.htm>>. Acesso em: 26 ago. 2013.

<sup>67</sup> BBC. *Médicos forçam alimentação de presos em Guantánamo*. 30 abr. 2013. Disponível em: <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/05/130430\\_dentro\\_gunatanamo\\_1k](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/05/130430_dentro_gunatanamo_1k)>. Acesso em: 5 out. 2015.

<sup>68</sup> Como Eligio Resta bem tratou na obra “A guerra e a festa”, mesmo o povo sendo também tomado, cada qual individualmente como inimigo, ainda assim se mantém o maravilhamento com a imposição de sofrimento ao outro.

(...)

Vocês [médicos militares] dizem que cumprem seu dever médico de preservar minha vida. Essa atitude vai de encontro ao meu desejo expresso. Como os senhores devem saber, sou competente para tomar minhas próprias decisões sobre tratamento médico para mim mesmo. Quando tento recusar o tratamento que os senhores me oferecem, vocês o forçam a mim, às vezes com violência. Por essas razões, os senhores violam o compromisso ético profissional, como a Associação Médica Norte-Americana e a Associação Médica Mundial já deixaram claro. Minha decisão de fazer greve de fome e de manter-me em estado de semi-nutrição por mais de cem dias não foi tomada levemente. Estou fazendo isso porque é o único meio que tenho de fazer com que o mundo exterior preste atenção. Suas respostas à minha decisão cuidadosamente refletida não levam à conclusão lógica de que sua única meta é salvar minha vida – suas ações ao longo dos meses recentes não comprovam tal inferência. Para aqueles de nós que têm sido alimentados contra nossa vontade, o processo de ter um tubo repetidas vezes forçado para dentro de nossas narinas e garganta abaixo até o estômago, para que assim sejamos mantidos em estado de subnutrição, é extremamente doloroso, e as condições sob as quais isto é feito são abusivas. Se os senhores realmente tivessem em vista meus melhores interesses, os senhores poderiam ter conversado comigo sobre as minhas escolhas, como um ser humano, em vez de me tratarem como se estivesse sendo punido por alguma coisa<sup>69</sup>.

O conflito de interesse é explícito e, nesses casos, os enclausurados de Guantánamo, já rotineiramente atingidos por prisões arbitrárias, acabam sendo apenados de modo mais violento. Sem meios de defesa, eles são obrigados a subsistir em um desnecessário prolongamento de dor e sofrimento, não podendo sequer tomar as decisões sobre seus próprios corpos. Fica evidente, então, o caráter violento da alimentação compulsória.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Benjamin aprecia o Direito como violência em mão dupla, pois além de buscar garantir os fins jurídicos daquilo que ampara também procura monopolizar o poder ante os indivíduos para efetivar o próprio Direito, destacando seu caráter de controle e dominação.

Então, na linha de raciocínio de Benjamin, este trabalho primeiro analisou a greve de fome como um meio, sem considerar a justiça de seus fins, no intuito de apreciar a violência que a envolve, considerando-a instrumento. Em

---

<sup>69</sup> GUANTÁNAMO Bay prison detainees protest – open letter full text. *The Guardian*. Tradução de livre. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/world/interactive/2013/may/31/guantanamo-detainees-protest-letter>>. Acesso em: 26 ago. 2015.

decorrência do estudo, a greve de fome é aqui identificada como sendo um meio violento de resolução de conflitos, especialmente considerando os efeitos físicos e psicológicos que impõe ao grevista, a violência empregada a quem a greve é dirigida, e o estímulo velado de apoio à causa, inclusive com a possibilidade de adesão à greve por outra pessoa e com resultado morte.

Seguindo com os resultados da análise dos dados coletados, agora considerando seus fins, é possível classificar as greves de fome em políticas e não políticas, subdividindo-se aquelas em políticas propriamente ditas e políticas em consonância, e estas em não políticas coletivas e não políticas meramente egoísticas, esta última ramificando-se em meramente egoísticas legítimas e meramente egoísticas ilegítimas.

A alimentação compulsória, por seu turno, embora se situe na delicada tensão entre a liberdade individual do grevista e o dever médico de proteção da vida, na realidade é aqui constatada como prática que reforça as conexões entre violência e Direito, já que legitimada pelo próprio Estado. No caso de grevistas encarcerados, é possível afirmar que eles são a figura do *homo sacer* e representam a vida nua em um Estado de Exceção.

Ademais, a desconstrução do entendimento da greve de fome como meio não violento de resoluções de conflitos gera outros desdobramentos. Como efeito, a publicização do ato grevista demonstra ser relevante, já que ela é expoente da pressão socialmente dirigida a quem é o alvo da greve de fome, o que pode ser determinante no sucesso da efetivação do objetivo almejado. No mesmo sentido, ela influencia, também, o processo de identidade entre grevista e público, em um artifício que obtém a compaixão do outro como meio de legitimação da greve e forma de se blindar face ao poder soberano, que poderá sopesar as consequências caso decreta sua exceção. Nesse contexto, então, resta claro que a vitimização do grevista e a publicidade de seu sofrimento são condições sem as quais dificilmente o manifestante logrará êxito, já que auxiliam na diminuição da incidência da constante ameaça de redução do grevista à condição de *homo sacer*. Não se identifica, portanto, a possibilidade de um agir não violento por parte do grevista.

É nesse sentido que se conclui pela inafastabilidade da violência dos casos de greve de fome.

## REFERÊNCIAS

AFP. *Violência no Paquistão gera greve de fome em Cabul*. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=rpucTLqcZzg>>. Acesso em: 26 ago. 2013.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. 2. ed. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2007.

AFP. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

AMNESTY International. *USA: Guantánamo – A decade of damage to human rights*. Londres: Amnesty International Publications, 2011. Disponível em: <[http://www.amnestyusa.org/sites/default/files/guantanamo\\_10\\_report.pdf](http://www.amnestyusa.org/sites/default/files/guantanamo_10_report.pdf)>. Acesso em: 3 out. 2015.

ANNAS, George J.; CROSBY, Sandra S.; GLANTZ, Leonard H. Guantanamo Bay: A medical ethics – free zone? *New England Journal of Medicine*, Londres, 2013, 369, p. 101-103. Disponível em: <<http://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMp1306065#t=article>>. Acesso em: 6 out. 2015.

ARAGE FILHO, Miguel; GOMES, Mauro de Paiva. Síndrome do encarceramento (*locked-in syndrome*): registro de um caso e revisão de literatura. *Arquivos de Neuropsiquiatria*, São Paulo, v. 40, n. 3, p. 296-300, setembro de 1982. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0004-282X1982000300013>>. Acesso em: 5 out. 2015.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002. BARREDO, José Vidal González. Introducción a la Psicología. *Análisis del comportamiento*. 2009-2010, p. 29-30. Disponível em: <<http://www.xtec.cat/~jgonza51/descarga/psicologia/Psicolog%EDa%20B1.doc>>. Acesso em: 6 out. 2015.

BBC. *Médicos forçam alimentação de presos em Guantánamo*. 30 abr. 2013. Disponível em: <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/05/130430\\_dentro\\_gunatanamo\\_1k](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/05/130430_dentro_gunatanamo_1k)>. Acesso em: 5 out. 2015.

BENJAMIN, Walter. Crítica da violência: crítica do poder. Tradução de Willi Bole. *Revista Espaço Acadêmico*, ano II, n. 21, Maringá, fev/2003. Disponível em: <[http://www.espacoacademico.com.br/021/21tc\\_benjamin.htm](http://www.espacoacademico.com.br/021/21tc_benjamin.htm)>. Acesso em: 3 out. 2015.

BENJAMIN, Walter. Para uma crítica da violência. In: BENJAMIN, Walter. *Escritos sobre mito e linguagem (1915-1921)*. Organização de Jeanne Marie Gagnebin. Tradução de Susana Kampff Lages e Ernani Chaves. São Paulo: Duas cidades/Editora 34, 2011.

BERESFORD, David. *Ten men dead: the story of the 1981 Irish hunger strike*. London: HarperCollins, 1987.

BOULTON, Jack. Defining the Enemy: Myth and representation in the War on Terror. *Vis-à-Vis: explorations in anthropology*, vol. 12, n. 01, Toronto, 2013, p. 54-66. Disponível em: <<http://vav.library.utoronto.ca/index.php/vav/article/view/17113/17129>>. Acesso em: 3 out. 2015.

BRASIL. *Dicionário escolar latino-português*. 3. ed. Ernesto Faria (Org.). Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1962, p. 1067. Disponível em: <<http://www.dominio-publico.gov.br/download/texto/me001612.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2014.

COSTA, Flávia. Entrevista com Giorgio Agamben. *Revista do Departamento de Psicologia da UFF, Niterói*, vol. 18, n. 1, junho de 2006, p. 131-136. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-80232006000100011>>. Acesso em: 5 out. 2015.

DONDERIS, Vicenta Cervelló. La huelga de hambre penitenciaria: fundamento y límites de la alimentación forzosa. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XIX (1996). Cursos e Congresos n. 95, Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela, p. 53-164. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10347/4128>>. Acesso em: 3 out. 2015.

DUTRA, Domingos; CONCEIÇÃO, Manuel. *Domingos Dutra e Manoel da Conceição em greve de fome*. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=DR9m-aZxnpo>>. Acesso em: 26 ago. 2013.

EKMAN, Pedro. Globo admite erro sobre ditadura. E o resto? *Carta Capital*, São Paulo, set/2013. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/blogs/intervozes/globo-admite-erro-sobre-ditadura-e-o-resto-3841.html>>. Acesso em: 26 ago. 2014.

FARIAS, Carolina. *Aposentados da Varig fazem greve de fome em saguão de aeroporto no Rio*. Disponível em: <<http://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2013/08/12/aposentados-da-varig-fazem-greve-de-fome-em-saguao-de-aeroporto-no-rio.htm>>. Acesso em: 26 ago. 2013.

FESSLER, D. M. The implications of starvation induced psychological changes for ethical treatment of hunger strikers. *Journal of Medical Ethics*, Londres, vol. 29, 4. ed., 2002. Disponível em: <<http://jme.bmj.com/content/29/4/243>>. Acesso em: 4 out. 2015.

GANDHI, M. K. *Collected works of Mahatma Gandhi*. Nova Déli: Divisão Governamental de Publicações da Índia, 1999, vol. 19, p. 350. Disponível em: <[www.gandhiserve.org/cwmg/vol019.pdf](http://www.gandhiserve.org/cwmg/vol019.pdf)>. Acesso em: 5 out. 2015.

GÉTAZ, Laurent et al. Hunger strike among detainees: guidance for good medical practice. *Swiss Medical Weekly*, Muttentz, 142, set./2012. Disponível em: <<http://jme.bmj.com/content/29/4/243>>. Acesso em: 4 out. 2015.

GUANTÁNAMO: o horror forçou detentos à greve de fome. *Carta Capital*. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/internacional/como-o-horror-de-guantanamo-forcou-os-detentos-a-greve-de-fome>>. Acesso em: 26 ago. 2014.

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

HISTORY Chanel. *Mihandas Gandhi*. Disponível em: <[www.history.com/topics/mahatma-gandhi](http://www.history.com/topics/mahatma-gandhi)>. Acesso em: 5 out. 2015.

HUNGER. Direção de Steve McQueen. Roteiro de Enda Walsh e Steve McQueen. 2008. 1 DVD (100 min.).

ITAPERUNA, TV. *Idoso chega ao 5º dia da greve de fome para ser atendido pela Prefeitura de Itaperuna*. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=UagiOyrg0Y>>. Acesso em: 26 ago. 2014.

JANGADEIRO, Online. *Família faz greve de fome para ter direito a cuidar do pai*. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=PHBFHGNYh6M>>. Acesso em: 26 ago. 2013.

KELSEN, Hans. *O que é Justiça? a justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LEÃO, Pedro Rios. *Pedro Rios Leão explica sua greve de fome*. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=EORnfrgwyFQ>>. Acesso em: 26 ago. 2013.

LUCAS, Douglas Cesar. A proteção jurídica das identidades desconectadas: um mapa de sua ambivalência. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 215-236, jul.-dez. 2012.

MINAS, Estado de. *Inglês morre em greve de fome depois de perder na justiça o direito à eutanásia*. Disponível em: <[http://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2012/08/22/interna\\_internacional,313296/ingles-morre-em-greve-de-fome-depois-de-perder-na-justica-o-direito-a-eutanasia.shtml](http://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2012/08/22/interna_internacional,313296/ingles-morre-em-greve-de-fome-depois-de-perder-na-justica-o-direito-a-eutanasia.shtml)>. Acesso em: 26 ago. 2013.

MIRANDA-MONTECINOS, Alejandro; GARCIA-HUIDOBRO CORREA, Joaquín; CONTRERAS-AGUIRRE, Sebastián. La huelga de hambre como suicidio intencional. Una propuesta de valoración moral desde la tradición central de la ética. *Persona y bioética*, Chia, v. 19, n. 1, Jan. 2015. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5294/PEBI.2015.19.1.6>>. Acesso em: 4 out. 2015.

NARLOCH, Leandro. *Guia politicamente incorreto da história do mundo*. São Paulo: Leya, 2013.

## Greve de fome: o mito do meio não violento de resolução de conflitos

NIETZSCHE, F. *Além do bem e do mal*. Disponível em: <[https://neppec.fe.ufg.br/up/4/o/Al\\_\\_m\\_do\\_\\_Bem\\_e\\_do\\_Mal.pdf](https://neppec.fe.ufg.br/up/4/o/Al__m_do__Bem_e_do_Mal.pdf)>. Acesso em: 6 out. 2015.

NIETZSCHE, F. *Genealogia da moral: uma polêmica*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Cia. das Letras, 2009.

NIETZSCHE, F. *Genealogia da moral: uma polêmica*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, tomo II.

Diário de Notícias. *Irlanda do Norte recorda 25 anos da morte de Bobby Sands*. Disponível em: <[http://www.dn.pt/especiais/interior.aspx?content\\_id=975692&especial=IRA&secao=MUNDO](http://www.dn.pt/especiais/interior.aspx?content_id=975692&especial=IRA&secao=MUNDO)>. Acesso em: 26 ago. 2013.

ORWELL, George. 1984. São Paulo: Cia. Das Letras, 2005.

PONDÉ, Luis Felipe. *Zygmunt Bauman e a pós-modernidade*. Palestra proferida do projeto “Invenção do contemporâneo: o diagnóstico de Zygmunt Bauman para a pós-modernidade”, em Campinas/SP, 2010.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Brasília: UnB Editora, 1981.

RESTA, Eligio. *A guerra e a festa*. Tradução de livre. Mensagem recebida por anotnioco-elhojr@hotmail.com em 26 ago. 2013.

ROBINSON, Andrew. An A to Z of Theory – Walter Benjamin: critique of the State. *Ceasefire Magazine*, 31 dez. 2013. Disponível em: <<https://ceasefiremagazine.co.uk/walter-benjamin-critique-state/>>. Acesso em: 5 out. 2015.

RUIZ, Castro. Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua. *Revista do Instituto Humanitas Unisinos Online*, 371, Ano XI, 29 ago. 2011. Disponível em: <[http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=4044&secao=371](http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4044&secao=371)>. Acesso em: 6 out. 2015.

SALATIEL, José Renato. *Greve de fome: o método de resistência pacífica existe há séculos*. Especial para a Página Pedagogia & Comunicação. UOL, 22 mar. 2010. Disponível em: <<http://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/greve-de-fome-metodo-de-resistencia-pacifica-existe-ha-seculos.htm>>. Acesso em: 26 ago. 2013.

SANT'ANNA, Armando. *Propaganda: teoria, técnica, prática*. 5. ed. São Paulo: Thomson Learning, 1995.

SANTOS, André Ricardo Dias. Violência e poder: o conceito de Estado de Exceção para Walter Benjamin e algumas de suas implicações na Filosofia Política contemporânea. *Prima Facie Internacional Journal*, v. 9, 16, jan-jun/2010, p. 102-120. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/download/6970/5421>>. Acesso em: 6 out. 2015.

TELESUR. *Jovem mapuche continua em greve de fome*. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=JiUy-BO00IE>>. Acesso em: 26 ago. 2013.

UOL. *Após greve de fome, Timoshenko pode ser alimentada à força*. Disponível em: <<http://mais.uol.com.br/view/65k9fo807g7i/apos-greve-de-fome-timoshenko-pode-ser-alimentada-a-forca-0402CD9C3466CCA13326?types=A&>>. Acesso em: 26 ago. 2013.

Data de recebimento: 19/09/2015

Data de aprovação: 14/10/2015



# INSTITUIÇÕES FUNDAMENTAIS: EM TEMPO DE CONCRETIZAÇÕES ATEMPORAIS

## FUNDAMENTAL INSTITUTIONS: IN TIME OF TIMELESS ACHIEVEMENTS

*Eliese Almeida\**

### RESUMO

---

Este trabalho aborda o Estado-Instituição privilegiando o prisma funcional desde a sua provável idealização e criação, bem como os influxos de suas originais razões justificadoras e legitimadoras, em comparativo com a era contemporânea. Atenta para a importância de escolher princípios justos, logo, impessoais, que devem embasar uma Constituição, que, por seu turno, institui o ente público abstrato. Enfatiza a relevância e a necessidade de seriedade e de fidelidade às razões justificadoras e legitimadoras do Estado no desempenho das funções públicas. Pontua que tais funções devem ser estritamente vocacionadas para a concretização dos objetivos do ente abstrato e para a implementação dos ditames estabelecidos pela Carta Fundamental.

**Palavras-chave:** Instituições; Constituição; Funções do estado; Princípios.

### ABSTRACT

---

This work discusses the State-Institution focusing on the functional perspective since its creation probable and possible, it points inflows from its original reasons, justified and legitimate, for the contemporary era. It considers the importance of choosing just principles, so impersonal, which must base a constitution which, in turn, establishes a public entity ABSTRACT. Emphasizes the importance and necessity of the seriousness and loyalty about the justified and legitimate reasons in the performance of public functions, highly committed to achievement of goals of the state and dictates of the Constitution.

**Keywords:** Institutions; Constitution; Functions of the State; Principles.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela PUCRS, Especialista em Direitos Fundamentais e Constitucionalização do Direito pela mesma Instituição, Especialista em Direitos Difusos e Coletivos pela Fundação Escola Superior do Ministério Público/RS e Advogada. E-mail da autora: eliese\_almeida@hotmail.com.



## INTRODUÇÃO

Partindo-se de uma contextualização histórica de instituições fundamentais da sociedade, faz-se, neste ensaio, uma abordagem a temas tão desafiadores quanto inesgotáveis. Arremessa-se em busca de ilações e compartilham-se perplexidades que, provavelmente, conduzirão a sucessivas inquietações.

Trata-se de analisar o percurso evolutivo tecido pelas principais instituições, assim consideradas, Constituição e Estado, tendo como principal enfoque uma aproximação acerca das finalidades que as justificaram e as legitimaram, desde as pretensas idealizações iniciais, ou, em uma expressão, seus aportes teleológicos, bem como a preservação das razões para que se mantenham no atual modelo.

Tais elementos ganham especial relevo ao serem visualizados em um cenário, a exemplo do brasileiro, de Estado Social e Democrático de Direito. Para tanto, importa confrontar o portentoso modelo estrutural adotado (e sua trajetória) com a efetiva operacionalidade produzida na realidade contemporânea.

Para o que cabe nesta proposta, cumpre desenvolver sucinta análise acerca da coerência na atuação funcional das instituições, tomando por base os valores subjacentes que moveram todo esse processo histórico desde Maquiavel, pontuando questões eleitas como mais relevantes nesse sentido. Dessa forma, volta-se um olhar para a mais primária organização do Estado-Instituição e as respectivas incumbências “oficiais” que deveriam e devem ser (per)seguidas e concretizadas pelas poderosas funções desse Estado. E isso, com lastro na teoria reinante no ambiente em que o ente abstrato fora idealizado, na concepção contratualista.

Nesse quadro, algumas questões emergem: a escolha dos princípios e valores que devem nortear as instituições que dão concretude funcional ao Estado, quem os deve eleger, como chegar a um consenso e como saber se são justos; ponderar se é possível vislumbrar uma perspectiva atemporal, ou seja, estabelecer elos que, de alguma forma, contribuam com a era contemporânea ou se, ao contrário, percebe-se cada vez maior desvirtuamento, afastando-se dos remotos propósitos idealizadores.

## ASPECTOS TELEOLÓGICOS E FUNDAMENTOS PRIMEIROS DA INSTITUIÇÃO-ESTADO

Ao se refletir e questionar acerca do atual momento brasileiro, no que se refere à democracia e aos valores necessariamente subjacentes a um Estado Democrático, deve-se marcar que há cerca de meio século era deflagrado o golpe militar, em consequência do qual tantas vozes se calaram, tantos ideais se sufocaram e tantos flagelos se perpetraram. Contudo, com o mesmo sentido que a Declaração Universal dos Direitos Humanos sucedera a Segunda Guerra Mundial,

a “Constituição Cidadã” pôs fim ao regime militar. Nessa sequência, contempla-se um quarto de século de liberdade e um texto constitucional irretorquível. A Carta de 1988, na seara dos direitos fundamentais, “nada fica a dever às mais modernas cartas políticas”<sup>1</sup>. Não obstante, constata-se um ambiente ainda demasiado distante da solidez institucional minimamente desejável (comparando-se ao que poderia ter sido construído, por quem “de dever”, nesse precioso lapso temporal).

Eis um espaço oportuno para que se levantem questões acerca do importante papel das instituições e, mais, a quem estão “servindo”, efetivamente. Releva salientar, pois, o cenário em que foi sentida a necessidade de alguma sistematização e, especificamente, de um poder a organizar e nortear o ambiente de convívio e as relações que se desenvolviam, relações estas, conforme se tem notícia, em uma perspectiva mais remota, em “estado de natureza”, ou seja, caracterizadas por um jogo de sobreposições marcado por conflitos e ameaças insólveis à luz do equilíbrio, cujo resultado era determinado pela própria força que o “personagem” lograsse, por alguma sorte, possuir. Dessa forma, percebe-se como “regra” a não prevalência da vida ou do respeito do “ser” pelo seu “igual”, até mesmo porque o que permitia a continuidade da vida estava exatamente no diferencial representado pela violência, e a sobrevivência restava exclusivamente ao que conquistasse a ventura de banir seu adversário. Contemplava-se um ambiente primitivo, de selvageria.

A partir desse cenário, vislumbra-se, no grande contexto e conforme as etapas perpassadas ao longo desse processo de evolução, uma concepção de postura cuja finalidade, de alguma forma, ostenta a qualidade de “legítima”, por parte das instituições, seja na atuação empreendida diretamente pelo Estado, seja ditada pelo Direito (o que, igualmente, não deixa de ser manifestação estatal). Dito de outro modo, trata-se, assim, de resgatar o aspecto teleológico das instituições<sup>2</sup> em conformidade com o que cada um desses conceitos (e tantos outros, mais tarde agregados) reflete para os diversos momentos que a História revela, reservando-se um especial enfoque para Estado e constituição e, por conseguinte, o Estado Constitucional contemporâneo.

Nesse quadro, importa questionar qual (ou se há) influência da ação do tempo na referida evolução. Em outras palavras, confrontando o passado com o presente, analisar-se se o transcurso do tempo contribuiu (ou deveria contribuir)

---

<sup>1</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 205.

<sup>2</sup> Esclareça-se que, ao citar Constituição e Estado como Instituições (e a Constituição como a mais importante delas), segue-se a lição de John Rawls. Ver p. 8 de: RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3. ed. Nova tradução, baseada na edição americana revista pelo autor, Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

para o aprimoramento das abstratas criações estatais de outrora, mais do que isso, estendendo essa arguição para a conduta humana, notadamente, no “honorável” desempenho das funções públicas. Ou se, na verdade, o que se vislumbra é um afastamento (ou esquecimento), cada vez maior, dos nobres fins para os quais se justifica, hoje, a existência dos entes, órgãos e funções públicas, em especial, no plano ideal propugnado e reforçado pelo constitucionalismo ao longo da História.

O resultado da análise desse questionamento lançado conduzirá, invariavelmente, a uma de três possibilidades: evolução; retrocesso; ou estagnação. Particularmente, no que se refere ao cumprimento das funções precípua do Estado, redundará na concretização (ou não) dos ditames constantes da “Carta fundacional”<sup>3</sup> da sociedade<sup>4</sup>. Parece restar evidente que, das três, a única alternativa satisfatória é a primeira, já que só ela reflete um comprometimento com a eficácia, com o crescimento efetivo que avança cada vez mais, e sempre, na consecução dos fins a que se destina o ente público. Também soa óbvio que se esse ideal já tivesse sido alcançado, possivelmente, não se precisaria dedicar mais tempo a construções e a combates (particularmente na doutrina, na jurisprudência e no âmbito da política) na tentativa de coibir as “patologias” que se experimentam nessa seara e cujo objetivo é o de contribuir para consolidar um caminho que seja estritamente dirigido pelos princípios e valores norteadores da atividade estatal, fidelidade às instituições. Tais normas deveriam pautar, invariável e permanentemente, o desempenho de qualquer função<sup>5</sup> pública, por meio das instituições e dos agentes do Estado.

Com efeito, a partir desse panorama, merece ênfase uma abordagem analítica e crítica com tendência para a leal operacionalização do sistema e do modelo, de modo a propiciar a concretização das promessas que justificaram a criação e manutenção dos entes artificiais e que impõem, na medida das justas expectativas que despertam nos cidadãos, o decorrente aprimoramento do aparato es-

<sup>3</sup> RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3. ed. Nova tradução, baseada na edição americana revista pelo autor, Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 14.

<sup>4</sup> Não é demais esclarecer que o modelo de Constituição a ser levado em conta, para que tais proposições possam ser consideradas, é, a exemplo do Brasil, aquele que privilegia a proteção e efetivação dos direitos fundamentais da pessoa, atribuindo deveres inafastáveis ao ente público, ou seja, em um contexto de Estado Social e Democrático de Direito. Nesse sentido: STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 15.

<sup>5</sup> Oportuno atentar que a noção de “função” denota um sentido de incumbência, de dever. Assim, quem desempenha uma função realiza atividades voltadas para o cumprimento de determinadas finalidades em benefício de interesse alheio, e mais, com o “dever” de se utilizar das prerrogativas constitucionais e legais necessárias para tal desiderato. In: MARTINS, Ricardo Marcondes. Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado. *Revista de Direito do Estado*. Ano 3, n. 11, jul./set. 2008, p. 170.

tatal como um todo (abrangendo, indistintamente, todas as funções do Estado e, como não poderia deixar de ser, os agentes por meio dos quais essas funções “devem” ser materializadas). Perceba-se que, nesse enfoque, evidenciam-se os valores que outrora se impuseram na condição de reveladores da necessidade da criação de um mecanismo regente e cogente, qual seja, o ente abstrato detentor de poder normativo, de mando e de coerção (logo, superior) sobre os “súditos”.

Parte-se para estabelecer, em linha de continuidade, uma abordagem analítica quanto ao processo de construção e de evolução do Estado e do Direito na sociedade, desde a época pretensamente inicial até a era contemporânea. Frise-se, ressalvadas as limitações que cada momento histórico guarda, pode-se deduzir que os ideais propulsores (do passado) refletiram, em regra, altruísmo dos idealistas dos novos caminhos e das novas construções.

A partir dessa digressão, analise-se a legitimidade da conduta daqueles que representam o ente abstrato (artificial), manifestando-se em seu nome e no desempenho de suas mais elevadas funções idealizadas. Mais especificamente, uma análise questionadora sobre o enfoque que move as instituições e que deve conduzir, de modo inafastável, a conduta daqueles que desempenham as funções justificadoras de sua criação. Trata-se de refletir se essa atuação concreta (cor) responde, com coerência, ao plano resultante e idealmente construído ao longo de uma evolução justamente esperada pela Humanidade.

### O PACTO ORIGINAL

#### Do instrumento como fundamento

Conforme se observa dos apontamentos de Jacques Chevallier<sup>6</sup>, a eclosão da organização política, baseada em valores modernos e instituidora do Estado, é um fenômeno recente que prosperou, fundamentalmente, com o fim da era feudal e a partir de um conjunto de fatores favoráveis, quais sejam: (1) **mutações econômicas**, com o desenvolvimento das relações de mercado; (2) **mutações sociais**, com a decomposição das estruturas feudais; (3) **mutações políticas**, vontade de dominação dos príncipes; (4) **mutações ideológicas**, com a ascensão do individualismo, da secularização e do racionalismo (grifou-se).

Entretanto, como cediço, esse processo de construção do ente abstrato alberga, desde seu início, as tensões subjacentes peculiares da época moderna. Maior expressão disso é o totalitarismo, regime revelador de um implacável e inquestionável poder do soberano que se estende sobre a totalidade dos indivíduos, os súditos, aos quais nada mais resta além de obedecer, cegamente, à

---

<sup>6</sup> CHEVALLIER, Jacques. *O estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 25.

“vontade” do seu “senhor”. E nessa perspectiva, oportuno registrar que, conforme lição de Canotilho, uma abordagem conceitual de Estado remete às construções de Jean Bodin e Thomas Hobbes. E nesse sentido, aduz o autor:

O Estado é, assim, uma forma histórica de organização jurídica do poder dotada de *qualidades* que a distinguem de outros “poderes” e “organizações de poder”. Quais são essas qualidades? Em primeiro lugar, a qualidade de *poder soberano*. A soberania, em termos gerais e no sentido moderno, traduz-se num *poder supremo* no plano interno e num *poder independente* no plano internacional [...]<sup>7</sup>.

E nesse espaço marcado pelo absolutismo do poder do governante (Estado), figura que não deve ser esquecida é Maquiavel, para quem tanto a conquista quanto a conservação do poder se fazem mediante emprego de força, ou seja, por meio da guerra. Isso vale, antes de tudo, contra a “inconstância” do povo. Nessa linha de entendimento, e declarando a crueldade como um dos mecanismos que favorecem a conservação do poder, Maquiavel distingue as crueldades em dois tipos, quais sejam, as “bem” ou as “mal praticadas”. As “bem praticadas” seriam as perpetradas “todas ao mesmo tempo, no início do reinado, a fim de prover à segurança do novo príncipe” (sic). Seguindo esse raciocínio, o novo príncipe deveria determinar e executar todas as crueldades em conjunto. Ao contrário, se fossem impingidas lenta e demoradamente, seriam consideradas crueldades “mal praticadas”. E Maquiavel justifica seu entendimento porque, neste último caso, segundo ele, os súditos perderiam a possível sensação de segurança, já que se sentiriam “atormentados por uma contínua inquietude, sempre estimulada”. Disso resultaria que o príncipe não poderia contar com a dedicação ou fidelidade dos seus servís, na qualidade de armas, que os tem<sup>8</sup>.

Segundo revela Jean Jacques Chevallier<sup>9</sup>, a ideia central que justifica essa forma de tirania, para governar, propugnada por Maquiavel, está no objetivo (precípua) de conservar e consolidar o poder para não “perder” o Estado, exatamente como uma consequência da ruína do príncipe. E isso, na esteira do pensamento construído pelo autor de *O Príncipe*, implica ser mais “temido” em vez de “amado”. Com efeito, na convicção de Maquiavel, o homem é ingrato, inconstante, dissimulado e trêmulo diante dos perigos que se apresentam. Nessa perspectiva, seria movido por seus (diga-se, efêmeros) interesses, servindo ao que lhe parecer necessário ou conveniente, no momento. Nessas condições, o vínculo

<sup>7</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 89-90.

<sup>8</sup> CHEVALLIER, Jean Jacques. *As grandes obras políticas*: de Maquiavel a nossos dias. Tradução de Lydia Christina. Rio de Janeiro: Agir, 1973, p. 26-32.

<sup>9</sup> CHEVALLIER, Jean Jacques. *As grandes obras políticas*: de Maquiavel a nossos dias. Tradução de Lydia Christina. Rio de Janeiro: Agir, 1973, p. 36-39.

afetivo se prestaria a tais mutações, já que se “rompe” e cede diante do perigo resultante das inevitáveis agruras externas. Isso não acontece quando se trata de temor a um castigo (não do ódio), que não se esquece jamais<sup>10</sup>.

A propósito, Norberto Bobbio assinala que na “construção” de um Estado detentor de poder ilimitado, a ideologia de Maquiavel, ou o maquiavelismo, representa uma teoria totalmente independente. Em outras palavras, acima do bem e do mal, da religião e dos possíveis limites ditados pelos princípios da moral, em uma concepção “mais audaciosa sobre o absolutismo do poder estatal”<sup>11</sup>.

Assim sendo, enquadra-se, melhor do que nunca, a concepção das “razões próprias do Estado”, uma vez que os benefícios e as vantagens devem ser perseguidos e se justificam segundo a utilidade que refletem para o ente artificial. É isso que considera virtude. Dessa forma, é de todo irrelevante tomar conhecimento acerca de outros valores, diversos de tais “questões de Estado”, a exemplo da (mencionada) moral ou da própria “bondade” para com os interesses dos governados: os súditos. Por outro lado, os vícios são as condutas que conduzem à própria destruição do Estado. E segue o autor:

[...] Com a expressão “razão de Estado” deve ser entendido que o Estado tem as suas próprias razões, que o indivíduo desconhece. Em nome de tais razões, o Estado pode agir de maneira diferente daquela pela qual o indivíduo deveria comportar-se nas mesmas circunstâncias. Em outras palavras, a moral do Estado, ou seja, daqueles que detêm o poder supremo de um homem sobre os outros homens, é diferente da moral dos indivíduos. O indivíduo tem obrigações que o soberano não tem. A teoria da razão de Estado é, portanto, uma outra maneira de afirmar o absolutismo do poder do soberano, o qual não está obrigado a obedecer nem às leis jurídicas nem às leis morais [...]<sup>12</sup>.

O fato é que, Jean Jacques Chevallier<sup>13</sup> conclui o capítulo de sua obra, destinado a um breve estudo da teoria esboçada por Maquiavel, pontuando que, de alguma forma, as grandes guerras do século XX tiveram inspiração exatamente na teoria de tirania, de Maquiavel, em especial, na obra *O Príncipe*. Ademais, refere certa equiparação entre a derrota de Maquiavel e a derrota de Hitler.

<sup>10</sup> Nesse sentido, especial ênfase quanto ao capítulo XVIII: MACHIAVELLI, Niccolò. *O príncipe*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Livraria Exposição do Livro, 1966.

<sup>11</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. Tradução de Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000, p. 21.

<sup>12</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. Tradução de Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000, p. 22-23.

<sup>13</sup> CHEVALLIER, Jean Jacques. *As grandes obras políticas: de Maquiavel a nossos dias*. Tradução de Lydia Christina. Rio de Janeiro: Agir, 1973, p. 48.

Por outra ótica, cumpre asseverar que também em tempos bem anteriores aos horrores do nazismo, o “estado de natureza” de Hobbes<sup>14</sup> deixara o seu “legado” como contributo para a evolução da história da humanidade e das instituições. E nessa perspectiva, partindo de uma noção de igualdade, por exemplo, em vaidade, em sabedoria, em necessidades e em força, o pensador ilustra com a possibilidade de dois homens desejarem a mesma coisa ao mesmo tempo e a conseqüente impossibilidade de disporem, concomitantemente, de tal bem. Pois é nesse cenário que se revela cada indivíduo na qualidade de opositor do outro, em estado de guerra, movimento de destruição e subjugação na busca por acumulação de elementos suficientes a propiciarem a sua conservação e, com isso, então, alcançar o objetivo final, seja a sua sobrevivência, seja por mera satisfação de contemplar as próprias conquistas.

Assim, Hobbes apresenta três pontos principais, condutores de discórdia humana: (1) competição em busca do “lucro”; (2) desconfiança em razão da necessidade de se sentir seguro; (3) glória, que denota sua reputação e simboliza a sua vaidade. A resultante invariável desse contexto é a natureza de guerra de todos contra todos e o decorrente medo da morte violenta. Com efeito, o “ser humano” – que não guarda aptidão para viver isolado – constitui-se em fonte permanente de peculiares necessidades de bens e valores, alguns diretamente ligados à sobrevivência, logo, indispensáveis, outros de “mero” deleite ou conforto, que favorecem uma melhor qualidade de vida, logo, instrumentos coadjuvantes na eterna busca da felicidade. E nessa perspectiva, contempla-se um binômio inevitável: “necessidades humanas” e “bens e valores”. Isso se dá em um quadro de concreta realidade, ou seja, vida em comunidade, paralelamente a bens – em sua grande maioria – esgotáveis e até escassos, o que conduz a uma luta de todos contra todos, em disputa fiel à natureza instintiva de manutenção do bem maior: a vida, e vida plena.

Cada semelhante representa, nesse cenário inicialmente percebido por Hobbes, uma ameaça, um concorrente, um “tudo ou nada”, um contexto de (necessárias) exclusões recíprocas, abrindo espaço a um verdadeiro embate pela sobrevivência. Ocorre que o reconhecimento das suas fragilidades e dos conseqüentes riscos que daí advêm, a exemplo do “medo da morte violenta”, impele o ser humano a exercitar sua racionalidade objetivando a busca de uma solução pacífica no sentido de preservação do bem maior, com disciplina e regras a todos igualmente impostas, em uma relação de sujeição. E é nesse quadro que Albano Marcos Bastos Pepe<sup>15</sup> faz alusão às ideias contratualistas de Hobbes, no sentido

<sup>14</sup> HOBBS DE MALMESBURY, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 74-77.

<sup>15</sup> PÊPE, Albano Marcos Bastos. O jusnaturalismo e o juspositivismo modernos. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). *Constituição*,

de enfatizar o ameaçador “estado de anarquia” que resultaria da não obrigatoriedade do cumprimento das leis do Direito Natural. Pois, a partir dessa perspectiva, percebe-se a necessidade de um pacto impositivo de restrições e renúncias a direitos que todos pensam – até então – ter sobre todas as coisas. Dessa forma, seria instituído um poder protetivo contra ameaças estrangeiras e ameaças internas no país, para propiciar um ambiente de “paz” e “segurança necessárias”. Atenta o autor para a ilustração de Hobbes no sentido de evidenciar a necessidade de construir um pacto de paz entre os homens. Com isso, o fundamento normativo deixaria de ser estabelecido pelo “estado de natureza” e passaria a ser criação da razão humana (cultural) e voltado para a sociedade civil.

Wladimir Barreto Lisboa<sup>16</sup> registra que, conforme Hobbes, o ser humano está sempre em “movimento”, determinado a partir de seus “apetites e aversões”, na busca de bens que garantam a preservação da vida (algo semelhante à inconstância descrita por Maquiavel). O autor<sup>17</sup> observa que, entretanto, não se vislumbra explicação para a competitividade existente nesse movimento pela preservação da vida, nem por que se faz necessário acumular bens para garantir a subsistência. E nesse contexto, refere-se à inserção de dois elementos, a saber: igualdade humana e escassez de bens. Partindo, então, desse cenário, aduz que “é por relação à capacidade de matar, diz-nos Hobbes, que os homens são radicalmente iguais”. Quanto ao acúmulo de bens, o filósofo o vincula diretamente ao poder e diz que seria um jogo de “soma zero”, dito de outro modo, o aumento de bens – por conseguinte, de poder – por parte de um indivíduo, representaria redução para outro indivíduo.

Nessa arquitetônica contratualista, contudo, outra questão que se apresenta é quanto à estruturação das partes no contrato, uma vez que, de um lado deve estar um ente “superior” a todos os outros, com o que se impõe a criação de um ser fictício – artificial. Para Hobbes, esse ser superior é o Soberano, ou seja, o Estado<sup>18</sup>. Trata-se, como se pode observar, do Estado Absoluto detentor de um

---

*sistemas sociais e hermenêutica*. Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Anuário 2006 n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 19.

<sup>16</sup> LISBOA, Wladimir Barreto. A filosofia civil em Thomas Hobbes. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Anuário 2006 n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 234.

<sup>17</sup> LISBOA, Wladimir Barreto. A filosofia civil em Thomas Hobbes. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Anuário 2006 n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 236-237.

<sup>18</sup> LISBOA, Wladimir Barreto. A filosofia civil em Thomas Hobbes. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Anuário 2006 n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 242.



poder que se põe acima de tudo e de todos. Norberto Bobbio<sup>19</sup> consigna que “o Estado absoluto se coloca como a encarnação mais perfeita da soberania entendida como poder que não reconhece ninguém superior”. Registre-se que esse Estado é o que emerge da dissolução da sociedade medieval.

O fato é que, considerando o peculiar atributo do homem, chamado “razão”, impõe-se, por questão de sobrevivência, a necessidade de abandonar tal “estado de natureza”, como único caminho para uma possibilidade de salvação, ou melhor, para evitar a temida “morte violenta”. A “solução” encontrada seria a renúncia ao (natural) direito absoluto que todos (enquanto concorrentes) detinham sobre todas as coisas. Por outro lado, restava inequívoco que, nada obstante o temor em razão do risco de morte violenta, em meio à “guerra de todos contra todos”, na disputa de bens que garantissem a conquista e manutenção do poder (por conseguinte, da sobrevivência – na forma das concepções reinantes na época), o “acordo” não seria naturalmente honrado, senão debaixo da imposição de alguma forma de castigo aos possíveis transgressores desse acordo proposto, ou instituído.

Entretanto, eis uma questão a ser enfrentada nesse contexto, relata Jean Jacques Chevallier<sup>20</sup>: de que forma e por meio de qual “ente”, ou instrumento, seria possível aplicar esse ideal como mecanismo de solução para o conflito generalizado que pautava a vida cotidiana, ainda que de modo latente.

114

Inicialmente, releva não esquecer que, diferentemente do entendimento de Aristóteles, para Hobbes o homem não é um ser naturalmente sociável e político, mas sim movido e conduzido pelo que melhor atende e satisfaz os seus próprios interesses. Dessa forma, a sociedade política (diga-se, ordenada) só pode resultar de um artifício, ou de um pacto interesseiro. Por conseguinte, a resposta para o questionamento exposto no parágrafo anterior, em Hobbes, está em um homem artificial, no Estado Leviatã. E nesse panorama, isso se daria mediante contrato (frise-se, um pacto de renúncia ao direito que todos teriam sobre todas as coisas) firmado em favor de um terceiro, estranho às partes, ou seja, nem para o homem isoladamente considerado, nem para a sociedade por ele formada. Eis que surge, nesse cenário, o *Leviatã*. Na concepção de Hobbes, o poder atribuído por meio desse pacto é singularmente forte. Exorbitante. Desse modo, a renúncia é irratável, e nada mais resta para opor contra a legitimidade das ordens do soberano. Entretanto, cabe questionar em que bases devem se fundamentar tais ordens, ou quais interesses devem preponderar. E aduz Chevallier:

---

<sup>19</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. Tradução de Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000, p. 17.

<sup>20</sup> CHEVALLIER, Jean Jacques. *As grandes obras políticas: de Maquiavel a nossos dias*. Tradução de Lydia Christina. Rio de Janeiro: Agir, 1973, p. 70.

Aqui, tudo decorre da razão de ser e do próprio conteúdo do **pacto original**. Para que reine a paz, bem supremo, cada um fez ao soberano entrega do direito natural *absoluto* sobre todas as coisas. A renúncia a um direito absoluto não pode deixar de ter sido *absoluta*. A transmissão só pode ter sido total. Do contrário, o estado de guerra natural continuaria entre os homens, na justa medida em que tivessem conservado, por pouco que fosse, a sua liberdade natural. HOBBS, não por amor ao absolutismo, conforme se pode pensar, mas por saber “um pouco de lógica elementar” (OAKESHOTT) recusa o ajuste, que LOCHE adotará –, segundo o qual os homens teriam sacrificado *apenas uma parte* do seu direito natural<sup>21</sup> (sic) (grifou-se).

Para o que se pretende ilustrar, cumpre asseverar, na dicção do que o autor relata, o objetivo maior da criação desse ente artificial é a segurança no meio em que os homens precisavam conviver. Esse seria o propósito e a justificativa para tal criação institucional, nos moldes assim idealizados. Por outro lado, diante dessa nova perspectiva de edição de normas, por parte do soberano, passa-se que a medida da liberdade de cada indivíduo é a exata medida que corresponde ao silêncio, já que o que não era normatizado pelo ente superior era tido como margem livre de conduta dos súditos.

Feitas essas observações, atente-se (sobretudo sob um novo quadro que se entende como existente, desde então e sempre, no que diz com as funções do Estado, notadamente no âmbito da Administração Pública) para o dever do soberano com relação ao asseguramento de proteção dos súditos, já que essa era a razão de sua instituição (ainda que, sob um olhar contemporâneo, por vias absolutamente desnecessárias e equivocadas). Tal é a seriedade desse comprometimento, que o não cumprimento era a única situação excepcional a permitir a revogação dessa renúncia absoluta do Direito Natural em favor do soberano<sup>22</sup>. Dito de outro modo, observe-se que, no vazio (ou inércia) do Estado, perde ele a sua razão de ser e o indivíduo passa a ocupar e atuar na condição de “senhor” do espaço que originária e naturalmente lhe pertencia.

Oportuno registrar, ainda, até mesmo para estabelecer uma ligação com a noção de “Estado de Direito” (evidentemente, em linha oposta de direção) que, para Hobbes, a sujeição do soberano às leis também o enfraqueceria. Diante disso, percebe-se que, nos termos daquele antigo modelo, o soberano legislava, mas, do alto da sua superioridade, não se rendia a obedecer ao regramento por ele ditado.

---

<sup>21</sup> CHEVALLIER, Jean Jacques. *As grandes obras políticas*: de Maquiavel a nossos dias. Tradução de Lydia Christina. Rio de Janeiro: Agir, 1973, p. 73.

<sup>22</sup> CHEVALLIER, Jean Jacques. *As grandes obras políticas*: de Maquiavel a nossos dias. Tradução de Lydia Christina. Rio de Janeiro: Agir, 1973, p. 76.

## A existência humana como fundamento

Acreditando-se ter chegado ao ponto mais elevado do absolutismo, e que tudo está em constante movimento, imagina-se que essa ideologia deveria tender, em um dado momento, a um processo de recuo, relativizando esse poder extremo de mando, até mesmo como possível decorrência de natural necessidade de equilíbrio. Com efeito, no final do mesmo século em que se notabilizou o *Leviatã*, de Hobbes, na esteira de padrões semelhantes aos de Maquiavel, em momento de sublimação do absolutismo, ou seja, de um Estado tirano em detrimento de seus súditos que, presumivelmente, não encerrariam atributos ou condições suficientes para “administrar” uma sobrevivência ordeira no convívio em sociedade, eis que têm início os primeiros reveses ao modelo idealizado como solução primeira para uma sobrevivência pacífica ou, pelo menos, no sentido de afastar a constante ameaça de morte violenta.

Talvez isso fosse a medida máxima de evolução que a época permitia idealizar. E a objeção a essa construção vem na obra de Locke. O filósofo parte das mesmas concepções de Hobbes, quais sejam, **estado de natureza e contrato original**, contudo, se Hobbes enfatiza a autoridade absoluta como único meio para conter o estado de anarquia, Locke se opõe ao absolutismo (a que chama “estado de guerra”<sup>23</sup>) e propugna pela contenção da autoridade na medida do consentimento<sup>24</sup> do povo e do Direito Natural, afastando, assim, o risco de dominação desenfreada do governante e, por conseguinte, da arbitrariedade, ainda (ou desconsiderando) que isso possa representar uma ameaça de retorno ao estado de anarquia.

Nessa perspectiva (e diferentemente de outrora), vislumbra-se o homem na condição de ser, naturalmente, dotado de razão e de sociabilidade, daí por que seus direitos naturais não podem ser, simplesmente, “varridos pela soberania no estado de sociedade”, já que tais direitos se constituem em fundamento do estado de liberdade e do estado de igualdade, intrinsecamente considerados, o que significa dizer, na condição de atributos decorrentes da própria existência humana.

O fato é que a diferença fundamental entre as teorias dos filósofos Hobbes e Locke está em que, para Locke o consentimento dado pela sociedade não compromete os direitos naturais do ser humano, muito pelo contrário, tais direitos

---

<sup>23</sup> LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973, v. XVIII.

<sup>24</sup> À luz dos registros de Hooker, no sentido de que a sociedade procura naturalmente “*comunhão e camaradagem com outros indivíduos*” e a partir daí se originam as sociedades políticas, Locke atenta para o consentimento das pessoas que as faz integrantes de tais sociedades políticas. In: LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973, v. XVIII, p. 45.

têm de permanecer reservados no âmbito de cada indivíduo para que seja possível limitar o poder social em benefício da liberdade desses membros integrantes da sociedade. Com efeito, o Filósofo vê no Estado Absoluto (poder ilimitado conferido ao soberano) um estado de guerra do “qual não há apelo senão para o céu”. Evitar essa condição é o motivo principal para formar uma sociedade, ultrapassando o “estado de natureza” e confiando o poder a quem puder dar amparo nas controvérsias. Assim que, onde for pactuado, de um lado, autoridade e poder (limitado – Tribunal ou jurisdição superior na Terra) e, de outro, obediência, termina o “estado de guerra e de escravidão enquanto durar o pacto”.<sup>25</sup> Isso se justifica claramente compreensível, exatamente porque a finalidade desse consentimento (da delegação) de poder é no sentido de melhorar a vida das pessoas, mas não para causar restrições ainda mais severas do que as vivenciadas até então, o que representaria uma contramão na direção dos objetivos buscados na construção do artifício estatal. Diante disso, Locke, considerando o poder consentido como um depósito em confiança ao governante, mas em benefício do povo, do bem público, defende a retomada da soberania original quando desrespeitadas as condições de tal acerto, e quem teria legitimidade para julgar tal situação seria o titular dos bens em evidência, o povo, na qualidade de depositante<sup>26</sup> (ou delegante do poder).

De tudo, importa destacar que o ideal antiabsolutista, advindo do pensamento de Locke, direciona para outro modelo de governo porque dita os parâmetros sobre os quais se estabelecerá a democracia liberal, (modelo individualista) inspirando, a partir de tais bases, as subsequentes Declarações de Direitos qualificados como inalienáveis e imprescritíveis<sup>27</sup>. Importante atentar que isso refletia largos passos de uma trajetória evolutiva, evidentemente, dentro dos limites e das necessidades peculiares vivenciadas na época.

Por derradeiro, impõe-se lembrar um contributo de Jean Jacques Rousseau, notadamente em sua obra *Do Contrato Social*. E, nesse quadro, em meio a tantos escritores políticos, Chevallier indaga<sup>28</sup>: onde estaria a originalidade de Rousseau na teoria contratualista para explicar a passagem do estado de natureza para o estado social? E o próprio Chevallier responde: na liberdade e na igualdade, na condição de características peculiares do estado de natureza, as quais Rousseau pretende encontrar também no estado de sociedade, entretanto, modificadas. A

<sup>25</sup> LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973, v. XVIII, p. 48-49.

<sup>26</sup> CHEVALLIER, Jean Jacques. *As grandes obras políticas*: de Maquiavel a nossos dias. Tradução de Lydia Christina. Rio de Janeiro: Agir, 1973, p. 113.

<sup>27</sup> CHEVALLIER, Jean Jacques. *As grandes obras políticas*: de Maquiavel a nossos dias. Tradução de Lydia Christina. Rio de Janeiro: Agir, 1973, p. 115.

<sup>28</sup> CHEVALLIER, Jean Jacques. *As grandes obras políticas*: de Maquiavel a nossos dias. Tradução de Lydia Christina. Rio de Janeiro: Agir, 1973, p. 159 e ss.

partir dessa conotação a inovação na ordem norteadora do ambiente de convívio passa a contar com o elemento *justiça*. Isso, frise-se, como resultante da adoção desse mecanismo de *contrato*, agora, na versão proposta por Rousseau, diferenciado da abordagem esboçada pelos demais contratualistas<sup>29</sup>. E, nessa perspectiva, o ser humano lograria ter superado, no estado social, a zona propulsora de conflito, contemplada no confronto entre as noções de interesse individual e deveres coletivos.

A segunda proposição de Rousseau, que distingue seu pensamento dos demais, é quanto à diferenciação entre soberano e governo. Tal invenção seria, nas palavras de Chevallier, “decisiva para a evolução do direito público”. Nesse quadro, Rousseau pontua que soberano é o povo corporificado em cada um que é investido de legítimo poder para editar a lei, daí por que a lei é sempre justa. Já o governante, na qualidade de delegado, nunca estaria acima das leis do soberano. Enfatize-se que, nessas condições, só há liberdade sob a sujeição das leis emanadas do soberano. O autor assinala que, já das primeiras linhas do Contrato Social, deflui, de forma inequívoca, um enfoque lastreado no Direito. Dito de outro modo, voltado para a legitimidade jurídica e afastando imposições por intermédio da força. Com isso, o fundamento legítimo da obrigação passa a encontrar respaldo na convenção celebrada, de maneira universal, entre os construtores e integrantes da sociedade. Nessas condições, o “[...] pacto social não pode ser legítimo senão quando se origina de um consentimento necessariamente unânime”<sup>30</sup>.

Importa consignar que vontade geral, para Rousseau, não é mera concórdia numérica de maioria, coincidente em opinião de vontades particulares. É, isto sim, a que traduz o que há de comum nas vontades individuais: o “substrato coletivo das consciências”. Assim, o interesse comum (objeto da vontade

---

<sup>29</sup> Norberto Bobbio, ao abordar a questão dos fundamentos que justificam o Poder, elenca três grupos de teorias, quais sejam: (1) fundamento teológico, segundo o qual, o poder do soberano emana de Deus; (2) fundamento histórico: para esse segmento, o poder resulta dos acontecimentos históricos ou da tradição de um determinado povo; (3) este grupo abarca as *teorias do fundamento voluntarista do poder*. Este último afasta-se dos dois primeiros enfoques citados para, desse modo, centrar atenção na liberdade de celebrar acordo entre os homens. De fato, utilizando-se dessa liberdade, em determinado momento da história, entenderam por bem criar o Estado. Eis o grupo que acolhe a doutrina dos **contratualistas**. E é exatamente nessa esteira que se vêm desenvolvendo as sistematizações dos idealizadores dessa doutrina, que se ocupa da passagem do estado de natureza para o estado de sociedade civil, seja para os que entendem de uma forma mais radical, como renúncia total aos direitos naturais da pessoa em favor de um ente de poder supremo, seja para os que propugnam por uma delegação com reserva dos inalienáveis direitos naturais do ser humano (grifou-se). In: BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. Tradução de Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000, p. 28-31.

<sup>30</sup> CHEVALLIER, Jean Jacques. *As grandes obras políticas*: de Maquiavel a nossos dias. Tradução de Lydia Christina. Rio de Janeiro: Agir, 1973, p. 162.

geral) é de todos e de cada um, enquanto integrantes da sociedade, dito de outro modo, reflete relevância tanto na seara individual quanto na coletiva<sup>31</sup>. Dessa forma: “[...] no consenso da vontade geral, cada qual deve pensar em si, pensando nos demais, e pensar nos demais, pensando em si. O egoísmo natural transforma-se no senso de justiça do homem socializado”<sup>32</sup>.

Chevallier destaca questão de alta relevância para Rousseau: a “moralidade”. Com efeito, o filósofo vislumbra a moralidade na qualidade de elemento determinante para separar as fronteiras entre o “mundo do Pecado”, de um lado, marcado por um olhar que privilegia a primazia dos interesses particulares e, do outro lado, o “mundo da Redenção”, este último voltado para o interesse público e para a vontade geral. Nesse contexto, o poder do (já nem tão) soberano é fruto da vontade geral, em que a lei, por sua vez, só pode decorrer, legitimamente, de um poder cujos fundamentos se edificam a partir de valores de igualdade real entre os governados. Para esse pensador, ao contrário de renunciar (ou “empenhá-los”), deve o homem conservar seus atributos a fim de não “arruinar” a si próprio. O cenário idealizado é de agregar forças e obedecer a si mesmo. A partir dessa construção, o filósofo propugna que compelir alguém a cumprir a lei seria o mesmo que o compelir a ser livre, já que se negar a obedecê-la restaria configurado como um engano. Em outras palavras, aquele que intentar fazer prevalecer sua vontade particular, e não a vontade geral, na verdade, está divergindo do seu genuíno querer, e isso, conclui, é não ser livre<sup>33</sup>.

O fato é que Rousseau, expressando inequívoca e intensa ideologia legalista, em nome da preservação de uma liberdade estável, entende que somente se pode conceber dependência à lei, enquanto materialização da vontade geral. Daí por que a lei teria poder para afastar a dependência recíproca entre os homens (seres esses, originariamente, instáveis, porque expostos e vulneráveis às oscilações de suas particulares vontades). Assim, partindo da essência fundamental do contrato social, tem-se a consagração da igualdade de condições no que diz respeito aos direitos e às obrigações de cada um e de todos. Com isso, logra-se contemplar, “por convenção e direito”, o retorno da “igualdade natural”<sup>34</sup>, entretanto, conforme se destacou, depois de submetida a tal processo de transformação.

---

<sup>31</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973, v. XXIV, p. 49, notas 88-90.

<sup>32</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973, v. XXIV p. 55, nota 124.

<sup>33</sup> CHEVALLIER, Jean Jacques. *As grandes obras políticas: de Maquiavel a nossos dias*. Tradução de Lydia Christina. Rio de Janeiro: Agir, 1973, p. 164.

<sup>34</sup> CHEVALLIER, Jean Jacques. *As grandes obras políticas: de Maquiavel a nossos dias*. Tradução de Lydia Christina. Rio de Janeiro: Agir, 1973, p. p. 165.

Por seu turno, também Norberto Bobbio<sup>35</sup> destaca o diferencial de Rousseau, a quem designa como “o último jusnaturalista”, já que apresenta solução diversa da propugnada por seus antecessores. Consigna que, conforme sua obra, o filósofo não admitia incompatibilidade entre Estado civil e liberdade, senão necessidade de se conciliarem esses dois elementos. Por isso, a construção desse seu ideal em *Do Contrato Social*. Sua teoria assenta os fundamentos na democracia, ou no Estado Democrático. De outro lado, celebrado o pacto, as partes desfrutariam de uma liberdade civil ordenada, obedecendo a leis que o próprio indivíduo se impôs e, mais, essa imposição de restrição ao direito de todos sobre tudo (por meio de lei), a que todos se submeteriam, seria realizada no exercício da **autonomia** de cada um. As pessoas teriam aptidão para se impor restrições, por meio de suas próprias leis, exatamente porque são seres dotados de autonomia. E este é um ponto diferencial na ideologia de Rousseau: a liberdade civil do indivíduo decorre e se fundamenta na sua autonomia.

Oportuno consignar que Thadeu Weber, ao tecer comentários em torno da quarta formulação do imperativo categórico, de Kant, aborda a questão da autonomia da vontade. E nesse sentido, aduz: “Somos os autores da lei a que obedecemos. Estamos sujeitos à lei, tão somente porque somos considerados os autores da lei. Isso é vontade livre ou autonomia”<sup>36</sup>.

120

Feitas essas considerações em torno do *Pacto Original*, e acompanhando uma trajetória evolutiva que contempla construções de diversos pensadores, que se conduzem sempre na busca por soluções mais confortáveis para os conflitos, anseios ou inquietações da humanidade, desperta-se para descobrir, perceber ou entender que, na verdade, não se pode conceber, convergindo com o pensamento de Rousseau, que o Estado possa encerrar em suas mãos um poder tirânico, já que o ser humano é, sim, dotado de razão e autonomia. E, nessas condições, reduzir-se o indivíduo à tirania, afinal, poderia representar uma pena de, mais uma vez, subjugar-lo, agora, a circunstâncias ainda mais desvantajosas do que as originalmente vivenciadas na experiência do *estado de natureza*.

## DA POSIÇÃO ORIGINAL

### Desafios: diversidade e consenso

Depois de discorrer sobre o ente artificial, nesta oportunidade intenta-se, na perspectiva do “véu da ignorância”, de John Rawls, abordar como devem ser eleitos os princípios justos sobre os quais devem se fundar e edificar as instituições, a

---

<sup>35</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. Tradução de Alfredo Fait. São Paulo: Mandarin, 2000, p. 70-74.

<sup>36</sup> WEBER, Thadeu. *Ética e filosofia política: Hegel e o formalismo kantiano*. Porto Alegre: EDI-PUCRS, 1999, p. 42.

exemplo das principais delas, Constituição e Estado. Isso para, na sequência, lançarem-se algumas ideias em torno do constitucionalismo contemporâneo e suas (inexoráveis) incursões na trajetória do ente público, pontualmente, da Administração Pública, com destaque a aspectos atinentes à seguinte dualidade de perspectivas: deveres do Estado Constitucional *versus* direitos do indivíduo (pessoa humana ou cidadão-contribuinte) e da sociedade.

A ênfase destacada à dualidade referida liga-se diretamente à necessidade de tomada de consciência acerca das razões que justificam a criação e permanência de tais entes, acima de tudo, e cada vez mais, em benefício da vida. Trata-se da prevalência da dignidade da vida na sua diversidade de expressões, em uma tendência comprometida com a concepção crescente de abrangência e de plenitude. Mais do que tudo, de forma efetiva: no mundo dos fatos, na realidade das pessoas e dos seres em geral, de todos, enquanto sociedade, e de cada um, individual e peculiarmente considerado.

Nessa senda, segundo teoriza John Rawls, “A justiça é a virtude primeira das instituições sociais, assim como a verdade o é dos sistemas de pensamento”<sup>37</sup>. Explorando a proposição de Rawls, propõe-se estabelecer um paralelo semelhante, nos seguintes termos: a ética está para as pessoas assim como a justiça para as instituições. Com efeito, atente-se para a imensurável complexidade que alberga tão singela proposição, em particular, no que diz com o (necessário) entrelaçamento de conceitos que constituem um universo invencível e, por isso mesmo, deveras desafiador.

Assim sendo, importa asseverar que mais inquietante se torna o cenário quando ponderadas tais concepções (de dever inexorável de ética e de necessária concretização de justiça) em um contexto de Administração Pública<sup>38</sup>. De fato, tal assunto ganha especial relevo a partir do enfoque contemporâneo que vem sendo construído acerca de tal função desenvolvida pelo Estado, cujo sentido precípuo é de dever inafastável de se implementarem os direitos outorgados e garantidos pelo sistema jurídico de um Estado que se diz constitucional. E mais, de modo fiel e em obediência à hierarquia constitucional e internacional de tutela dos direitos fundamentais e humanos<sup>39</sup>, respectivamente. Isso significa dizer:

---

<sup>37</sup> RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3. ed. Nova tradução, baseada na edição americana revista pelo autor, Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 4.

<sup>38</sup> Estrutura incumbida de desempenhar “[...] as atividades preponderantemente executórias, definidas por lei como funções do Estado, gerindo recursos para a realização de objetivos voltados à satisfação de interesses especificamente definidos como públicos”. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 125.

<sup>39</sup> Esclareça-se: um dos traços distintivos marcantes entre os dois universos conceituais é que os direitos humanos ostentam uma perspectiva de direito internacional, decorrentes diretamente da natureza humana; os direitos fundamentais seriam os positivados no texto constitucional



dever de abstrair os interesses pessoais do agente estatal e de exigir conduta rigorosamente ética dos administradores na condução dos seus deveres funcionais e, por conseguinte, atuação institucional limitada por parâmetros justos frente aos administrados, os cidadãos-contribuintes. Em poucas palavras: agir em conformidade com o sistema jurídico<sup>40</sup>.

Diante desse panorama outras questões se põem. O avanço ímpar da tecnologia e a tendência pela flexibilização de fronteiras, que o contexto mundial vem lutando por consolidar, trazem a lume condutas autoritárias e aviltantes de governantes e propiciam um debate transnacional acerca da tutela de direitos humanos e de interesses comuns. Outrossim, promovem uma visibilidade reveladora de cenários complexos. Como salienta Thadeu Weber<sup>41</sup>, a multiplicidade de tipos de grupos sociais, evidentemente, com características muito peculiares a ostentar “diversidade de convicções morais, filosóficas e religiosas”<sup>42</sup>, dificulta o alcance de um consenso no que diz com os princípios de justiça que devem, por exemplo, lastrear uma constituição, entre outros tantos elementos divergentes. E é nessa perspectiva de complexidade, constituída por severas desigualdades (diga-se, paralelamente às referidas diferenças entre culturas de grupos e nações), que John Rawls<sup>43</sup> adverte que os princípios de justiça são a parte mais importante

---

de cada país, reconhecidos às pessoas a partir de uma pertinência com determinada nação, seja em razão da nacionalidade, seja por territorialidade. Ver: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 31 e ss.

Interessante ainda atentar para a vigência dos direitos humanos acima de qualquer posituação em cartas constitucionais ou tratados internacionais, uma vez que, conforme se disse acima, tais direitos restam vinculados de modo estreito e direto com a própria dignidade da pessoa humana. Ver: COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 227.

<sup>40</sup> Na lição de Juarez Freitas, sistema jurídico é “uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição”. In: FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 54.

<sup>41</sup> Thadeu Weber, ao abordar a questão Justiça e poder discricionário, atenta para a discricionariedade com enfoque para a atuação dos juízes, no exercício da atividade jurisdicional. Entretanto, a proposta de reflexão que se faz, neste estudo, é no sentido de direcionar o mesmo raciocínio desenvolvido pelo professor aplicando-o em outra função desenvolvida pelo Estado, ou seja, na seara de atuação do administrador público enquanto gestor das finanças, do patrimônio e, em larga medida, dos interesses da sociedade. In: WEBER, Thadeu. *Justiça e poder discricionário*. *Revista Direitos Fundamentais e Justiça*, ano 2, n. 2, jan./mar. 2008, p. 214 e ss.

<sup>42</sup> WEBER, Thadeu. *Justiça e poder discricionário*. *Revista Direitos Fundamentais e Justiça*, ano 2, n. 2, jan./mar. 2008, p. 215.

<sup>43</sup> RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3. ed. Nova tradução, baseada na edição americana revisita pelo autor, Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 11.

do ideal social e que, por seu turno, estão ligados à concepção peculiar de cada sociedade, notadamente a partir dos objetivos eleitos nesses ambientes diversos.

Exatamente em razão da diversidade suprarreferida ilustrativamente e da instabilidade das sociedades, surgem questionamentos que dificultam, ou mesmo obstaculizam, a construção ou a escolha de tais princípios de justiça. Nesse quadro, Thadeu Weber assinala que a teoria desenvolvida por Rawls tem por escopo a concepção de “justiça como equidade”, com viés político e público de justiça. Dito de outro modo, levando em conta exclusivamente os aspectos políticos. Para tanto, Rawls explicita que seu objetivo está em apresentar uma concepção de justiça que generalize e logre alcançar um mais elevado grau de abstração para a teoria do contrato social. Dessa forma, afasta do contrato social a anterior missão de constituir a sociedade ou implementar determinada forma de governo, mas defende a ideia, segundo a qual a finalidade do acordo original seria conquistar os princípios de justiça, na qualidade de estruturadores a pautar a sociedade.

Nessa linha de construção, Rawls idealiza uma situação hipotética que possibilite alcançar uma concepção de justiça. E, nesse quadro, originariamente, todos os envolvidos no processo de escolha ou de construção dos princípios fundantes estariam em igualdade de condições. Para tanto, a característica fundamental a ser levada em conta seria a da “ignorância”, já que, nessa perspectiva, todos devem desconhecer a posição que ocupam no grupo social, despojando-se dos seus valores, esquecendo as realidades vivenciadas e as concepções acumuladas, a exemplo das suas prioridades e expectativas de vida, dos recursos de que dispõem, bem como das necessidades e privações que experimentam ou experimentaram. Nessa oportunidade, nem mesmo “suas concepções do bem nem suas propensões psicológicas especiais”<sup>44</sup> devem guardar qualquer relevância<sup>45</sup>.

Rawls propugna que, para procederem à escolha dos princípios de justiça, é necessário que as partes envolvidas se ponham atrás do “véu da ignorância”. Para o autor, esse é o caminho possível para garantir que ninguém seja favorecido ou desfavorecido. Tais circunstâncias simétricas, tendentes a objetivos convergentes, propiciam que se logre obter, como resultado, um pacto justo, a partir

---

<sup>44</sup> RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3. ed. Nova tradução, baseada na edição americana revista pelo autor, Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 15.

<sup>45</sup> Pois transponha-se essa proposta de “véu da ignorância” como uma necessidade para a Administração Pública do Estado de Direito. Nesse sentido, Cármen Lúcia Antunes Rocha assevera: “O princípio da impessoalidade administrativa objetiva, basicamente, não permitir que o administrador se privilegie, pois deste privilégio do agente público nasce o prejuízo de toda a sociedade. A relação principal enfatizada na impessoalidade é a do agente administrativo com a Administração Pública e, em especial, com o Poder Público, no exercício do qual todos os privilégios podem ser angariados por maus agentes”. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 153.

de um consenso equitativo. Eis uma das características da concepção política de justiça adotada por Rawls, a justiça como equidade.

Nessa perspectiva, releva remeter, mais uma vez, à abordagem feita por Thadeu Weber da quarta formulação do imperativo categórico, de Kant, em razão da similitude de “fórmulas”, ou seja, despojamento de circunstâncias pessoais. O autor adverte que Kant rechaça que interesses ou vontades contingentes possam influenciar a vontade moral autônoma, no que diz com a produção de uma lei universal. Dessa forma, consigna:

É importante salientar que, para uma vontade ser autônoma, ou seja, ser forma legisladora universal, é necessária uma primeira condição: a independência de todo conteúdo empírico (desejos, interesses, etc.). É a liberdade negativa. A possibilidade do imperativo categórico inclui essa restrição do uso puro prático da razão, isto é, a liberdade transcendental. A partir disso, pode se falar em liberdade como autonomia. Quando a vontade não pode buscar na matéria (algum interesse, inclinação ou desejo) a sua determinação, terá que fazê-lo a partir de si mesma. É a vontade como forma legisladora universal – a liberdade positiva<sup>46</sup>.

124

Superada a etapa de mentes neutras para a escolha dos princípios que regularão a condução subsequente das instituições, em Rawls, o próximo passo é a escolha de uma constituição e de uma legislatura para editar as leis. Tudo isso em conformidade com os princípios adrede acordados como justos e, enquanto tais, eleitos. Supõe que quando as instituições cumprem ditos princípios, tais como sua origem, ou seja, livres de interesses e conveniências promotoras de benefícios ou privilégios pessoais, seus personagens estão “cooperando em condições com as quais concordariam se fossem pessoas livres e iguais cujas relações mútuas fossem equitativas”. No mesmo modelo estariam as restrições, já que a submissão que se dá é a princípios universalmente escolhidos se, hipoteticamente, todos fossem livres e iguais. Com isso, presumem-se as obrigações como “autoassumidas”<sup>47</sup>.

O próximo passo dessa concepção política de justiça é a efetivação, por parte das pessoas postas na situação inicial, da escolha de dois princípios. São eles: (1) igualdade na outorga de direitos e deveres fundamentais aos indivíduos; e (2) favorecimento aos membros menos afortunados da sociedade, justificado pela cooperação ou divisão de vantagens com quem delas necessitar, como garantia de bem-estar de todos.

---

<sup>46</sup> WEBER, Thadeu. *Ética e filosofia política: Hegel e o formalismo kantiano*. Porto Alegre: EDI-PUCRS, 1999, p. 42.

<sup>47</sup> RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3. ed. Nova tradução, baseada na edição americana revista pelo autor, Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 16.

## Abstração e igualdade: uma questão de imperativo constitucional

Para o raciocínio proposto, volte-se um olhar para os agentes públicos<sup>48</sup> com especial enfoque para aqueles que detêm, pelo menos, algum poder maior de comando ou manejo da coisa pública. E, mais especificamente, atente-se para cargos a cujo acesso antecede-se uma escolha feita pelo povo, ou seja, mediante voto popular<sup>49</sup>, até porque mais diretamente vinculados ao caráter representativo, o que “sugere” um comprometimento, proporcionalmente, de maior fidelidade e, por conseguinte, transparência e dever de prestar de contas da respectiva atuação na **função** pública que desempenham.

Ocorre que, em linha oposta de direção do que seria justo esperar, o que o atual cenário prático revela é que se trata de funções altamente “promissoras” e garantistas de odiosos privilégios pessoais. Para melhor ilustrar, citem-se: viagens a serviço; cartões corporativos; frotas de carros e imóveis oficiais (“devidamente” guarnecidos). O “detalhe” é que o legítimo titular, na esmagadora maioria, não conta, nem de longe, com toda essa ostentação de recursos e conforto, na sua vida pessoal e familiar. Oportuno indagar: então delega o que ele próprio não tem, ou, mesmo, ao delegar, renuncia? Tudo em homenagem à democracia, à representatividade, ao desempenho do mandato atribuído, em nome da viabilidade do funcionamento dos Poderes do Estado! Assevere-se que, em grande medida, essas questões, bem como os valores envolvidos, são ocultadas da sociedade e só vêm ao conhecimento público por intermédio da (vigilante) imprensa. E, nesse ambiente, descaracterizam-se institutos e se perde completamente o sentido dos objetivos das instituições (desde os mais remotos até os proclamados pela atual Constituição da República).

É preciso que se saliente que tais cargos são (de modo voluntário) intensamente disputados pelos candidatos, cada qual bradando para demonstrar sua capacidade ímpar de prometer e realizar os anseios de cada cidadão e da sociedade toda, voltados para solucionar os problemas que desventuram os “delegantes”, em particular quanto aos mais necessitados. Contudo, o que a realidade retrata é um infundável cenário de condutas arbitrárias e à margem de concepção

---

<sup>48</sup> Cumpre consignar algumas notas em torno do que se entende por “agentes públicos”. Celso Antônio Bandeira de Mello traz que se trata de expressão de maior abrangência, uma vez que abarca todos os sujeitos que, de alguma forma, “servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação”, o que vai desde o chefe do Executivo (em todas as esferas) até aqueles que prestam um serviço ocasional, remunerados ou simplesmente prestadores de um múnus público. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

<sup>49</sup> São os denominados *agentes políticos*, ocupantes de cargos de estrutura da organização política do país previstos diretamente na Constituição, e atuam na “condução dos destinos da Sociedade”. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

“séria” do que possa ser administrar coisa alheia ou honrar Constituição, e no extremo oposto de qualquer compreensão da prometida abnegação. Tão distante dos ideais dos grandes pensadores de outrora quanto dos ditames constitucionais de agora.

O fato é que esses desvios patológicos impedem o país de se desenvolver, tanto no âmbito interno: no atinente à saúde, segurança, educação, moradia e diversos outros itens, quanto na seara internacional, notadamente no que diz com a repercussão da confiabilidade que o país deve ostentar frente à comunidade internacional, com poder de atrair ou afastar investimentos estrangeiros que poderiam gerar maior arrecadação de tributos e aumento no número de empregos, por exemplo<sup>50</sup>.

Com efeito, cabe questionar o que, verdadeiramente, move, o que atrai, de fato, para a escolha por desempenhar tais funções públicas, notadamente quanto a servidores, de quem seria justo esperar, tivessem “alma” de estadistas, a exemplo de antigos pensadores. Ressalvadas honrosas exceções, soa imperativo questionar se a sua força motriz está consubstanciada em elevados valores éticos e princípios de justiça (altruísmo de nobres seres abnegados), ou simplesmente no imoral, antiético e injusto intuito de locupletamentos pessoais, custeados por toda a sociedade, pelos cidadãos-contribuintes e sócios-proprietários da grande “empresa” formada pelo patrimônio e pelas finanças do povo. Trata-se, é bom salientar, de numerosos e substanciais benefícios e privilégios incomuns nos contratos de trabalho da seara privada. Até porque nenhuma empresa suportaria tão altos custos.

Saliente-se que, diferentemente do que John Rawls explicita, em sua *Justiça como equidade*, Canotilho<sup>51</sup>, ao abordar a questão de leis boas ou más, arbitrárias ou não, justas ou injustas, assevera que o “homem comum intui perfeitamente o que é o ‘bom direito’, o que é o ‘direito justo’, o que são os princípios materialmente valiosos”, e ilustra que esse homem saberia identificar que leis instituídas de tortura, penas cruéis, degradantes ou desumanas são leis más e, por conseguinte, injustas. Atenta para a perversidade e aduz que um Estado que adota privações injustas a direitos “não é um Estado de Direito porque o ‘direito’ que corre nas veias das regulações é mau, é perverso”.

Pois essa perversidade, “solenemente” materializada nos milhões de cidadãos brasileiros privados dos seus (mais) sagrados direitos fundamentais, fazendo-os “invisíveis”, à margem de inserção e de garantias mínimas, convive com

---

<sup>50</sup> Sobre a importância da “confiabilidade jurídico-administrativa como requisito de estabilidade institucional...”, ver: FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 96.

<sup>51</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. Lisboa: Gradiva Publicações, 1999, p. 51.

“intocáveis” agentes que, ao desempenhar função pública, ostentam e desfrutam de regalias e experiências que o dinheiro (público) cobre, abstraindo o Direito, os princípios e os valores morais vetores deste Estado Social e Democrático de Direito<sup>52</sup>. Em meio a esse manancial de comprometimentos e frustrações, calha lembrar a indagação de Peter Singer, se os valores morais devem ser conquistados e cultuados, ainda que impostos por circunstâncias externas, ou seriam intrínsecos à natureza do ser humano<sup>53-54</sup>.

Entre questões morais e práticas, de fato, o que estaria faltando para impulsionar uma mobilização social, à altura da força necessária, para mudar o quadro de impunidade e retomar a posição de titularidade que a sociedade, teoricamente, logrou conquistar?

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir desse sucinto apanhado teórico, que se iniciou em Maquiavel e alcançou Rawls, note-se a possibilidade de estabelecer um processo dialógico apontando a luta de idealistas contemporâneos frente ao “estado de natureza” em que ainda se percebe a sociedade, enquanto refém do “reinado” da corrupção. O fato é que não faltam elementos jurídicos (a exemplo do atual princípio

---

<sup>52</sup> Sobre a nomenclatura adotada, ver Ingo Wolfgang Sarlet, para quem, nada obstante não haja inclusão expressa da palavra “social”, adjetivando o Estado brasileiro como Social e Democrático de Direito, tem-se como amplamente aceito que tal concepção (Estado Social) resta albergada pela atual Constituição. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 62. Nesse mesmo sentido, pronuncia-se Weida Zancaner e consigna: “O Estado Social é aquele que além dos direitos individuais assegura os direitos sociais, sendo obrigado a ações positivas para realizar o desenvolvimento e a justiça social [...]”. A autora ilustra tal afirmação com fundamento nas disposições dos arts. 1º, III; 3º, I, III e IV; 5º, LV, LXIX, LXXIII, LXXIV, LXXVI; 6º; 7º, I, II, III, IV, VI, X, XI, XII; 23; 170, II, III, VII e VIII, da Constituição Federal de 1988. In: ZANCANER, Weida. *Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do estado social e democrático de direito*. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador: Centro de atualização Jurídica, ano I, n. 9, dezembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: dez. 2006.

<sup>53</sup> SINGER, Peter. *Ethics and intuitions*. Disponível em: <<http://www.utilitarian.net/singer/by/200510>>. Acesso em: abr. 2010.

<sup>54</sup> Cármen Lúcia Antunes Rocha traz: “A corrupção é inerente ao ser humano, ou é fruto da ganância pelo dinheiro e pelo poder?” Assim, a imoralidade é ínsita ao ser humano ou a má conduta tem espaço a partir de flexibilização da ordem jurídica a ser observada? A isso, aduz a autora que dificilmente se encontrará uma resposta peremptória. Entretanto, entende que tal questão não se encerra na seara das virtudes humanas, simplesmente. Ponto de alta relevância, situa-se na “qualidade dos sistemas jurídico, político e administrativo vigentes em determinada sociedade estatal” [...] “Homens são os mesmos em todos os lugares: têm as mesmas necessidades, as mesmas aspirações, o mesmo ideal de ser feliz. O que muda de um para outro lugar e tempo é o sistema de normas de convivência por eles concebido e praticado para o atingimento de seus objetivos”. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 184-185.

constitucional da impessoalidade, que se poderia ilustrar o “véu da ignorância” de outrora), mecanismos e instrumentos para viabilizar a concretização da Constituição e dos genuínos fins do Estado: o interesse público ou a melhor realização da sociedade em cada um dos seus integrantes.

Temas de importância determinante, que percorrem o tempo e atravessam séculos, sinalizando para a alta relevância do debate e da análise da efetividade das instituições, a fidelidade ao aspecto teleológico: de concretizar os ideais do Estado, no caso, o inaugurado em 1988.

Trata-se, exatamente, de enfrentar o trágico abismo que se plasmou, simbolizando derrota para o Estado, para a Constituição e, fundamentalmente, para a sociedade, personificada em cada indivíduo que se vê na condição de invisível ou de excluído da sua própria e inerente dignidade humana. Esse cenário remete à concepção principiológica que, já na época mais primitiva do Estado-instituição, reprovava o verdadeiro “festival” de episódios de corrupção a que se assiste nos tempos mais recentes.

Na verdade, o intento é de compartilhar inquietações que possam alimentar um debate necessário, de modo a oferecer uma parcela de contribuição para a manutenção da reflexão que tem o poder de construir os caminhos de um futuro melhor.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

128

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. Tradução de Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. Lisboa: Gradiva Publicações, 1999.

CHEVALLIER, Jacques. *O estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CHEVALLIER, Jean Jacques. *As grandes obras políticas: de Maquiavel a nossos dias*. Tradução de Lydia Christina. Rio de Janeiro: Agir, 1973.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 2004.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2009.

HOBBS DE MALMESBURY, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

LISBOA, Wladimir Barreto. A filosofia civil em Thomas Hobbes. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Anuário 2006 n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973, v. XVIII.

MACHIAVELLI, Niccolò. *O príncipe*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Livraria Exposição do Livro, 1966.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado. *Revista de Direito do Estado*. Ano 3, n. 11, jul./set. 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PÊPE, Albano Marcos Bastos. O jusnaturalismo e o juspositivismo modernos. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Anuário 2006 n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Nova tradução, baseada na edição americana revista pelo autor, Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução Álvaro de Vita. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973, v. XXIV.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SINGER, Peter. Ethics and intuitions. Disponível em: <<http://www.utilitarian.net/singer/by/200510>>. Acesso em: abr. 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*: uma nova crítica do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

WEBER, Thadeu. *Ética e filosofia política*: Hegel e o formalismo kantiano. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.

WEBER, Thadeu. Justiça e poder discricionário. *Revista Direitos Fundamentais e Justiça*, ano 2, n. 2, jan./mar. 2008.

ZANCANER, Weida. Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do estado social e democrático de direito. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador: Centro de atualização Jurídica, ano I, n. 9, dez., 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: dez. 2006.

Data de recebimento: 04/08/2015

Data de aprovação: 30/10/2015





# INTERESSE, RAZÃO E AFETO: A HISTÓRIA DO POVO E DO APARELHO DO ESTADO PELAS LINGUAGENS DA DEMOCRACIA

## INTEREST, REASON AND AFFECTION: THE STORY OF THE PEOPLE AND STATE THROUGH THE LANGUAGES OF DEMOCRACY

Davi Augusto Santana de Lelis\*

### RESUMO

---

O presente texto analisa o problema de como a formação democrática brasileira influenciou o aparelho administrativo do Estado. A hipótese central é a de que a democracia aqui exercida foi moldada pela busca constante da ruptura com o passado. Por meio de uma metodologia que faz uso da revisão bibliográfica e construção narrativa, objetivou-se demonstrar que as rupturas serviram apenas para não permitir a junção das três linguagens da democracia: a dos interesses; a da razão; e a dos afetos. Nesse movimento histórico, surge o aparelho do Estado que também afasta as linguagens democráticas e torna-se afeito aos interesses privados e não efetivação do texto constitucional. Em comum às duas linhas de análise, o afastamento do povo do processo democrático. Assim, as reflexões sobre a democracia permitem construir alternativa que revigore a participação popular na construção de uma sociedade ética e distante da matriz meramente racional.

**Palavras-chave:** Democracia; Direito Administrativo; Povo.

### ABSTRACT

---

This paper analyzes the problem of how the Brazilian democratic formation influenced the public administration. The central hypothesis is that democracy exercised in Brazil was in constant pursuit of breaking with the past. Through a methodology that makes use of literature review and

---

\* Professor Assistente de Direito Administrativo na Universidade Federal de Viçosa (UFV). Doutorando em Direito Público na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Bolsista CAPES. Correspondência para/*Correspondence to:* Departamento de Direito, Av. P.H. Rolfs, s/n, Campus da Universidade Federal de Viçosa, Viçosa/MG, 36570-000. E-mail: davi.lelis@ufv.br. Telefone: (31) 3899-2874.

narrative construction it is demonstrated that the breaks have only served to one purpose, not allow the junction of the three languages of democracy: the interests; the reason; and the affections. In this historical movement, arises the public administration which also removes the democratic languages and become an advocate to private interests leaving the constitutional text behind. The result is the removal of the people of the democratic process. So, the languages of democracy allow an alternative take, that will strengthen popular participation in an ethical society that has nothing to do with an merely rational one.

**Key-words:** Democracy; Administrative Law; People.

## INTRODUÇÃO

Tradicionalmente, a história do direito administrativo é contada para relacionar a administração pública ao Estado democrático de direito e para reafirmar a separação dos poderes<sup>1</sup> Executivo, Legislativo e Judiciário. Entretanto, conforme demonstra Binенbojm<sup>2</sup>, essa versão não passa de um mito. O Conselho de Estado francês, que elegeu as categorias básicas da disciplina, tratou apenas de reafirmar a autovinculação do poder Executivo à sua própria governança: o Estado, em antítese ao Estado democrático de direito, legisla para si e julga a si próprio. Assim, o direito administrativo “nascido da superação histórica do antigo regime, serviu como instrumento retórico para a preservação daquela mesma lógica de poder”<sup>3</sup>.

A lógica de poder referida por Binенbojm é a de um poder Executivo que edita as suas próprias normas, julga a si próprio e justifica a sua ação, discricionária, por meio da supremacia do interesse público. Trata-se, portanto, de um direito que tenta “diminuir as garantias de que os cidadãos disporiam caso pudessem submeter o controle da atividade administrativa a um poder equidistante, independente e imparcial”<sup>4</sup>.

O modelo de administração da tradição continental europeia, nascido da construção jurisprudencial do Conselho de Estado francês, desembarcou no Brasil com os retoques lusitanos, que apenas “aguçaram as contradições intrínsecas que o modelo jusadministrativista europeu continental trazia desde a sua gênese”<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Alega-se o nascimento do direito administrativo pela *Lei de 28 de pluvoise* do ano VIII, editada em 1800. A lei supostamente organizava e limitava externamente a administração pública.

<sup>2</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

<sup>3</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 308.

<sup>4</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 13.

<sup>5</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 17.

No Brasil, a “servidão colonial impôs um molde específico à evolução das instituições políticas e administrativas”<sup>6</sup>. O reino português, geograficamente pequeno, conseguiu, antes dos demais Estados europeus, a unidade política capaz de lhe garantir um desenvolvimento econômico e social superior ao de seus vizinhos<sup>7</sup>. Esse poderio econômico permitiu que Portugal realizasse, antes dos demais, conquistas além-mar. Quando o Brasil foi conquistado, o Império Português passou a experimentar um declínio nas demais áreas, o que conferiu às terras brasileiras importância dentro dos planos lusitanos. Instalou-se, então, uma administração meramente fiscalizatória, que por todos os meios possíveis busca reter e encaminhar para a Metrópole quantidades cada vez maiores de recursos extraídos da colônia<sup>8</sup>.

Essa administração, contudo, muito pouco apresenta da uniformidade e simetria das administrações contemporâneas. Mesmo sem ter a sistemática atual, essa gênese brasileira da administração pública é importante, pois, a fiscalização era exercida em especial nas Câmaras Municipais, compostas por vereadores e presididas por juizes ordinários, ambos escolhidos pelos homens de bens: fazendeiros e mineradores, entre outros homens que, em razão de seu poder econômico, exploravam o trabalho alheio. Por meio desse embrião de organização política e administrativa, constituiu-se uma prevalência do poder privado sobre o público, característica que marca a administração pública brasileira até nossos dias<sup>9</sup>.

Ainda hoje, características influenciadas por fatores exógenos ao Direito, como a política e a economia, permeiam a administração pública. Essas características são um reflexo da formação histórica do Estado brasileiro e, consequentemente, da criação do instrumento – administração pública –, criado para dar amparo a atuações autoritárias, autopoéticas, pessoais e privatistas ao longo da história brasileira. Os atuais pensadores do direito administrativo brasileiro questionaram a origem desse ramo jurídico em busca de novos paradigmas para administração pública. As críticas e paradigmas, até então estabelecidos tratam apenas de fatores endógenos, não se aprofundando pelos caminhos da formação do direito administrativo brasileiro, por suas raízes históricas, por seus vícios extrínsecos, por sua íntima relação com o poder privado, político e econômico.

Nesse sentido, este trabalho pretende demonstrar que o direito administrativo, surgido na França, nasce, ainda que autoritário, em um Estado capaz de

<sup>6</sup> VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968, p. 20.

<sup>7</sup> FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 6. ed. São Paulo: Edusp, 1999, p. 22.

<sup>8</sup> VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968, p. 22.

<sup>9</sup> VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968, p. 23.

produzir uma democracia que interligue três linguagens da democracia – do interesse, da razão e do afeto – em uma vertente modernizante e que culmina em uma república democrática capaz de ampliar, em sua narrativa histórica, os direitos<sup>10</sup>. No Brasil, entretanto, após a chegada da família real – evento tomado aqui como marco inicial da administração pública brasileira –, tem-se como hipótese a presença de apenas a linguagem do afeto, motivo pelo qual a administração pública, em sua moral enviesada, além de autoritária, procurou sempre afastar a população de suas decisões e atender aos interesses particulares, políticos e econômicos, evitando assim, por diversas rupturas ao longo da história, que se construísse uma narrativa capaz de produzir por aqui uma “religião civil”<sup>11</sup>.

### A FALTA DE NARRATIVA

A falta de narrativa de república, tal qual observa Barboza Filho, leva, no Brasil<sup>12</sup>, a que cada novo período histórico tente fazer esquecer o antigo. Em 1822, deixa-se de criar um Estado com vida própria e decide-se copiar o modelo europeu e norte-americano estabelecendo uma república que deve ser esquecida em 1930, quando forma-se a nova república. Entre 1945 e 1964, tenta-se estabelecer um período democrático, que em 1964, é abandonado para evitar a ameaça comunista e todas as conquistas até então efetuadas; adentra-se em anos de ditadura. Em 1988, a democracia é retomada e um novo Estado nasce, mas, já em 1994, um novo modelo de atuação estatal é estabelecido, tornando a administração gerencial, e o Estado um regulador das políticas econômicas.

As rupturas históricas da narrativa brasileira tiveram por consequência as rupturas de formação do aparato estatal. Assim, a reconstrução do direito administrativo brasileiro pode ser inútil se não houver um entendimento sobre sua gênese nacional e razões históricas que culminaram na aparente prevalência de interesses privados, políticos e econômicos. Já no início dessa disciplina, nos tempos de colônia portuguesa, é possível perceber que a serventia aos interesses privados e ao poder econômico estavam intimamente ligados à prática

<sup>10</sup> BARBOZA FILHO, Rubem. A modernização brasileira e o nosso pensamento político. *Perspectivas*, São Paulo, v. 37. p. 15-64, jan./jun., 2010.

<sup>11</sup> O termo “religião civil” é utilizado tanto para uma legitimação política quanto para uma coesão social, equiparando-se, portanto, a um patriotismo constitucional. PINHEIRO, Douglas Antônio Rocha. O Estado laico e a emergência de uma nova religião civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, subsecretaria de edições técnicas, ano 49, n. 195, jul./set. 2012, p. 60.

<sup>12</sup> Citam-se, a título de exemplo, o Estado italiano que conta sua história desde a formação de Roma; os Estados Unidos, que remetem sua criação aos fundadores do país e aos valores de sua constituição e detêm uma “religião civil” identificada por Tocqueville; e a França que, por meio de sua revolução liberal, estabeleceu os patamares para a nação francesa. O movimento pode ser percebido também em países latinos como a Argentina que rejeitou até mesmo o estilo arquitetônico espanhol em nome de sua própria identidade.

administrativa. Assim, para permitir que o Estado realize sua norma máxima por meio de seu aparato administrativo é preciso entender as razões do instrumento e incentivar a participação democrática em prol do desenvolvimento de uma ética republicana que saiba promover uma narrativa nacional contínua e capaz de produzir uma ‘religião civil’.

Há então, dois modelos de administração pública em vigor – por um lado, tem-se o Estado como refém da atividade econômica e privada; e, de outro, o público, que busca agir em prol do interesse público. Tendo por fundamento a falta de compreensão das raízes históricas da administração pública, questiona-se de que forma a história contribuiu para o que hoje se observa na atuação estatal da administração pública.

Afastar a população das decisões democráticas pode ser uma consequência da tentativa lusitana, quando da formação do Estado brasileiro, de aniquilar as tradições e a narrativa histórica de nossa nação às raízes ibéricas. As constantes rupturas históricas fizeram a administração pública brasileira se instrumentalizar continuamente de forma autoritária e de modo a afastar a população das decisões democráticas. Distante das realizações previstas no texto constitucional, ainda nos dias atuais, a Administração atende os interesses particulares e, por consequência, os econômicos.

Esse Estado brasileiro, que se formou sem suas tradições, compreendeu erroneamente as funções de seu aparato administrativo, favorecendo a corrupção da moralidade e da impessoalidade. A compreensão da república democrática pode ser o caminho para estabelecer uma ‘religião civil’, capaz de sedimentar o conteúdo da Constituição de 1988 na população brasileira, permitindo que o instrumento administrativo seja utilizado de acordo com seus novos paradigmas e realize, da forma mais democrática e republicana, o interesse público.

O que se propõe é que a atuação equivocada da administração pública pode decorrer da incompreensão histórica das linguagens democráticas e republicanas, evitando que o aparelho estatal se preste a efetivar os ditames constitucionais. Assim, para que a administração pública se afine com a Constituição no paradigma do Estado democrático de direito, pode ser necessário compreender as suas raízes históricas e suas influências exógenas.

## AS LINGUAGENS DA DEMOCRACIA

O povo brasileiro nasce do barroco ibérico<sup>13</sup> e se forma em cópia do modelo europeu<sup>14</sup>, mas, em seu movimento modernizante, Portugal tentava eliminar

<sup>13</sup> RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Cia. das Letras, 2006.

<sup>14</sup> Em contraposição, na América do Norte, o estilo identificado por Ribeiro (RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Cia. das Letras, 2006) é o gótico, que

três séculos de história; nesse processo, arrebatava-se da vida política do jovem Estado brasileiro o sujeito capaz da transformação democrática: o povo<sup>15</sup>.

O povo segundo Restrepo<sup>16</sup> é condição de validade dentro do ordenamento jurídico que se reputa democrático, afinal a criação democrática só existe de uma ordem de indivíduos que reconhecem em seu passado o momento constitutivo de sua unidade. Mas ao contrário do que se passou na França<sup>17</sup>, berço do Direito Administrativo, no Brasil a república surge para criar um povo para uma sociedade moderna, fruto de uma constituição liberal e democrata. A imposição da visão do Estado, ente criado para legal e institucionalmente manter a vida moderna, que planejava eliminar a história até então construída, pode ter acabado por criar consequências antidemocráticas que até os dias atuais perfazem a atuação da administração pública brasileira. Para recontar essa história, recorre-se às linguagens da democracia identificadas por Barboza Filho<sup>18</sup>. São elas: a linguagem dos interesses; a da razão e; a dos afetos.

A linguagem dos interesses informa que cada indivíduo é “revestido com os direitos civis ou negativos, de tal modo que todos tenham o máximo possível de liberdade para a realização de seus fins particulares”<sup>19</sup>. Essa linguagem democrática está relacionada com os direitos de primeira dimensão, composta por direitos civis e políticos que realçam o princípio da liberdade. De caráter negativo, não exigem atuação por parte do Estado, apenas definem que ele não interfira no exercício da liberdade dos indivíduos desde que o exercício das faculdades individuais se mantenha dentro dos limites da legalidade. Esses direitos se prestaram a “fundamentar a estruturação de mecanismos políticos e institucionais

---

se preocupou apenas em retirar da paisagem o índio. Ao sul do equador, o índio, ainda que desprovido de direitos, recebia do europeu o tratamento de mão de obra. Além da diversidade de tratamento para com os nativos, as intenções das metrópoles acabariam por traçar o destino do liberalismo a ser formado no norte e daquele a ser formado no sul do continente americano.

<sup>15</sup> BARBOZA FILHO, Rubem. A modernização brasileira e o nosso pensamento político. *Perspectivas*, São Paulo, v. 37, p. 15-64, jan./jun. 2010.

<sup>16</sup> RESTREPO, Ricardo Sanín. *Teoría crítica constitucional*. Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat. Universidade Autónoma de San Luís Potosí; Maestria em Derechos Humanos; Educación para las Ciencias em Chiapas. Aguascalientes/San Luís Potosí/San Cristobal de Las Casas, 2013, p. 127.

<sup>17</sup> Segundo Barboza Filho, na França a república surge como uma sociedade política socialmente estabelecida em que cidadãos simetricamente protegidos por direitos unem-se para preservar sua pluralidade e exercer a sua cidadania por meio do estado de direito.

<sup>18</sup> Weber também se apoia em três móveis fundamentais para a ação humana: a tradição; o afeto; e a razão. Mas há aqui uma diferença, Weber tem como objetivo comparar a sociedade oriental com a ocidental. Barboza Filho deseja tratar das sociedades pós-tradicionais, situação que se adéqua aos fins propostos de uma investigação histórica e políticas das razões da administração pública brasileira de ser.

<sup>19</sup> BARBOZA FILHO, Rubem. A modernização brasileira e o nosso pensamento político. *Perspectivas*, São Paulo, v. 37, p. 15-64, jan./jun. 2010, p. 22.

destinados a assegurar a preservação da autonomia do indivíduo em face do Estado”<sup>20</sup>, Tais direitos demonstram uma dimensão econômica e privatista, podendo ser classificados como

(...) direitos aos quais o Estado não impeça ou sirva de obstáculo a determinadas ações do titular do direito; (...) por direitos sobre os quais o Estado não afete determinadas propriedades ou situações do titular do Direito; (...) por direitos que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular<sup>21</sup>.

Segundo Barboza Filho<sup>22</sup>, os direitos negativos, que asseguram a igualdade em relação aos outros e o maior grau de liberdade possível para a realização dos interesses, transformam o indivíduo no elemento original da sociedade. No entanto, em um cenário hobbesiano, a busca constante pela felicidade pode ameaçar a própria vida, individual e social, ao criar o espírito de guerra de todos contra todos. Entretanto, esse risco de dissolução social pode ser cancelado por meio do contrato racionalmente construído<sup>23</sup>. Na linguagem dos interesses, o contrato que cria o Estado é posterior à existência do indivíduo, que se vale desse instrumento para sua própria proteção, de sua liberdade e de sua propriedade. Assim, o Estado é “aparato externo à sociedade, destinado tão somente a garantir a livre movimentação dos indivíduos e dos interesses, sem se reclamar como garantia de existência da sociedade”<sup>24</sup>.

A linguagem da razão, inaugurada por Descartes e tendo como representantes Rousseau e Kant<sup>25</sup>, é mais republicana e se expressa por meio da lei, que deve atender aos interesses da sociedade. O conteúdo dessa linguagem possibilita a criação dos direitos fundamentais de segunda dimensão<sup>26</sup>, traduzida em direitos econômicos, sociais e culturais que realçam o princípio da igualdade.

<sup>20</sup> DALLARI, Pedro. Desenvolvimento sustentável em favor da Justiça Social no Brasil. In: José Augusto Pádua (Org.). *Desenvolvimento, justiça e meio ambiente*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009, p. 197.

<sup>21</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 189.

<sup>22</sup> BARBOZA FILHO, Rubem. As linguagens da democracia. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 23, n. 67, jun. 2008, p. 18.

<sup>23</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Disponível em: <<http://www.ebah.com.br/content/ABAAA-A3ywAF/leviata-thomas-hobbes>>. Acesso em: 14 set. 2013.

<sup>24</sup> BARBOZA FILHO, Rubem. As linguagens da democracia. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 23, n. 67, jun. 2008, p. 23.

<sup>25</sup> BARBOZA FILHO, Rubem. As linguagens da democracia. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 23, n. 67, jun. 2008, p. 24.

<sup>26</sup> “Os direitos negativos, se existem, permanecem subsumidos aos direitos positivos, diretamente vinculados a esta nova natureza humana criada pela razão, hierarquia estabelecida por uma comunidade eticamente autoconsciente e sabedora dos riscos do interesse”. As linguagens da democracia. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 23 n. 67, jun. 2008, p. 23.



Segundo Dallari<sup>27</sup>, surgem da timidez na implementação dos preceitos dos direitos da primeira dimensão de direitos. Esses direitos englobam aqueles relacionados ao trabalho; ao seguro social; à subsistência; à educação; à segurança alimentar; e ao amparo à doença e à velhice; entre outros. Surgiram com a dupla revolução do século XVIII, a industrial e a política, mais especificamente, a francesa. Eles têm caráter positivo, ou seja, exigem que o Estado atue na promoção da igualdade e consequente bem-estar social.

Nessa linguagem, o Estado é formado previamente, em um exercício de direito que compele o indivíduo a racionalmente realizar o contrato social e a elaborar uma constituição composta de normas racionais e formais deduzidas dos imperativos categóricos kantianos e do princípio do direito. Só após a constituição do Estado é que o indivíduo estará apto para realizar sua integralidade. Atente-se que os imperativos categóricos kantianos reverberam a linguagem dos interesses, mas se esses interesses são racionalmente distribuídos para toda sociedade, há compatibilização das duas linguagens e, por consequência, uma democracia mais forte.

A linguagem dos afetos informa que, além de racional, o contrato social “deveria ser um ‘contrato sentimental’ e criador de uma ‘religião civil’”<sup>28</sup>. Essa linguagem guarda relação com os direitos fundamentais de terceira dimensão, direitos atribuídos a qualquer formação social de modo que realcem o princípio da fraternidade. Surgem no contexto político e social “da segunda metade do século XX”<sup>29</sup>. Esses direitos englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, à qualidade de vida e à paz e outros direitos difusos e coletivos, traduzindo um exercício de liberdade universal<sup>30</sup>.

A linguagem dos afetos permite ir além da racionalidade que controla os sistemas sociais. Segundo Honneth<sup>31</sup>, a vida pública não deve ser considerada apenas como o resultado de uma restrição recíproca dos espaços privados, mas como a possibilidade de realização da liberdade de todos os indivíduos em particular. Contudo, não se trata de uma individualidade absoluta, mas de uma responsabilidade ética pelo próximo, de um contrato que não finda a condição

---

<sup>27</sup> DALLARI, Pedro. Desenvolvimento sustentável em favor da Justiça Social no Brasil. In: José Augusto Pádua (Org.). *Desenvolvimento, justiça e meio ambiente*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009, p. 198.

<sup>28</sup> BARBOZA FILHO, Rubem. A modernização brasileira e o nosso pensamento político. *Perspectivas*, São Paulo, v. 37, p. 15-64, jan./jun. 2010, p. 26.

<sup>29</sup> DALLARI, Pedro. Desenvolvimento sustentável em favor da Justiça Social no Brasil. In: José Augusto Pádua (Org.). *Desenvolvimento, justiça e meio ambiente*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009, p. 203.

<sup>30</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 104.

<sup>31</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003, p. 48.

precária de luta por sobrevivência de todos contra todos, mas, inversamente, a luta como um *medium* moral que leva a uma relação ética.

Na linguagem analisada, o Estado é o espaço em que se pode desenvolver plenamente a individualidade, e sua importância é a resposta para a questão, proposta por Barboza Filho, “por que entrar continuamente em um contrato social e por que obedecer à lei e às suas finalidades?”<sup>32</sup> Pela linguagem dos interesses, a resposta seria a autopreservação. Mas essa perspectiva pode não construir, por si só, um Estado sólido. Pela linguagem da razão, a resposta seria a de que contratos de obediência são racionais, mas isso também pode ser pouco: Restrepo<sup>33</sup>, com sua proposta de democracia radical, defende a ideia de que o poder pertence ao povo antes, durante e após o contrato social que forma o Estado. Dessa forma, não seria defensável afirmar que somente após a constituição do Estado o indivíduo estaria apto a exercer a sua integralidade. O indivíduo e, por consequência, o povo devem ser capazes de exercer a sua integralidade antes, durante e depois da formação do Estado. Para a linguagem dos afetos, a constituição de uma religião civil é necessária para socializar e internalizar a disciplina republicana, para a criação do patriotismo e para que o aparato estatal possa funcionar em prol, não apenas da preservação dos direitos individuais ou por motivos racionais de cumprimento de normas, mas por que há algo maior anterior ao próprio Estado. Assim, se, na linguagem dos interesses, o indivíduo realiza sua totalidade antes do contrato social; e, na linguagem da razão, após o contrato social; na linguagem dos afetos, o indivíduo só é total na sociedade<sup>34</sup>.

Na França, a aliança principal entre seus revolucionários se deu entre a linguagem da razão e dos afetos culminando na criação de um Estado republicano e democrático dotado de uma religião civil organizada para a formação de novos cidadãos. De igual forma, os Estados Unidos, ao promoverem a sua revolução liberal, também harmonizaram as linguagens da democracia e construíram a ‘religião civil’ comentada por Tocqueville<sup>35</sup>. No Brasil colonial, é possível teorizar a existência apenas da linguagem dos afetos, o que acabou deturpando a moral social e resultando na criação do Estado como uma forma de imposição da linguagem dos interesses e da razão. Nota-se que os caminhos de formação do

<sup>32</sup> BARBOZA FILHO, Rubem. As linguagens da democracia. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 23 n. 67, jun. 2008, p. 23.

<sup>33</sup> RESTREPO, Ricardo Sanín. *Teoría crítica constitucional*. Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat. Universidade Autónoma de San Luís Potosí; Maestria em Derechos Humanos; Educación para las Ciencias en Chiapas. Aguascalientes/San Luís Potosí/San Cristobal de Las Casas, 2013.

<sup>34</sup> BARBOZA FILHO, Rubem. As linguagens da democracia. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 23 n. 67, jun. 2008, p. 26.

<sup>35</sup> TOCQUEVILLE, Alexis. *Democracia na América*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

Estado francês<sup>36</sup> e norte-americano<sup>37</sup> são distintos da formação do Estado brasileiro e, por consequência, a formação do aparelho estatal, com seus instrumentos administrativos, também ocorre de forma distinta, cabendo aqui a investigação de como o Estado brasileiro cria e mantém em curso seu Direito Administrativo para além da gênese dessa disciplina no Conselho de Estado francês.

Barroso<sup>38</sup> afirma que se vivencia merecidamente o ápice tardio do Direito Constitucional em nosso país, com consequente constitucionalização dos demais ramos jurídicos. Isso porque toda e qualquer realização do Direito deve envolver direta ou indiretamente a aplicação da Constituição<sup>39</sup>. O Direito Administrativo recebe interferência da constitucionalização. À luz do neoconstitucionalismo, a mudança dos paradigmas no Direito Administrativo brasileiro compreende, segundo Binenbojm<sup>40</sup>, quatro tópicos: i) superação da supremacia do interesse público para a colocação do dever da administração pública de utilizar o critério da proporcionalidade em suas ações; ii) ampliação da legalidade para além da vinculação positiva à lei, tornando-a próxima da juridicidade; iii) superação da discricionariedade administrativa para a implementação dos graus de vinculação à juridicidade; iv) criação de uma Administração policêntrica em contraposição ao Executivo unitário.

Ao criticar a origem formal do Direito Administrativo, Binenbojm<sup>41</sup> afirma que a administração pública se estruturou no princípio da autoridade, que de forma alguma pretendia promover as conquistas liberais e democráticas. Assim, da autoridade nasce a ideia de supremacia do interesse público e, portanto, a primeira mudança de paradigma: (i) a supremacia do interesse público para o

---

<sup>36</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite (*Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 245), informa que o Estado absolutista francês foi absorvido pela administração revolucionária, assim como o povo com todo o seu legado de história e tradição.

<sup>37</sup> “Se os valores políticos haviam mudado, especialmente pela necessidade de ruptura, era preciso que fosse reinterpretada a herança. Entretanto, nos dois casos [o francês e o norte-americano], evoluiu-se para um modelo de acréscimos constitucionais, próximo ao modelo inglês, seja porque a França, mesmo com as sucessivas Constituições, manteve o traço de continuidade. (...) seja porque os Estados Unidos passaram por significativas modificações formais (fim da escravidão) e informais (*New Deal*), sem perder, contudo, o sentido garantista do texto original”.

<sup>38</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 9, mar./abr./maio, 2007.

<sup>39</sup> Na aplicação direta, a pretensão encontra fundo em uma norma constitucional; na indireta, a pretensão fundamenta-se em norma infraconstitucional que, obrigatoriamente, deve ser compatível com a Constituição. Neoconstitucionalismo é o nome que se dá a esse movimento de constitucionalização.

<sup>40</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

<sup>41</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

dever de proporcionalidade: uma norma que determina a supremacia *a priori* de um valor não pode ser qualificada como princípio, pois o princípio é uma norma aberta cujo fim deve ser sempre ponderado com outros princípios. Assim, o interesse público,

só pode ser obtido a partir de um procedimento racional que envolve a disciplina constitucional de interesse individuais e coletivos específicos, bem como um juízo de ponderação que permita a realização de todos eles na maior extensão possível. O instrumento desse raciocínio ponderativo é o postulado da proporcionalidade<sup>42</sup>.

O problema teórico verdadeiro não é a prevalência do interesse público, conceito que deve ser mantido nos novos paradigmas da administração pública, mas o conteúdo do que deve prevalecer. Nesse ponto, entende-se que o conteúdo deve ser sempre a realização da constituição da república, em especial a realização de seus direitos e garantias fundamentais.

O segundo paradigma proposto é o de: ii) ampliação da legalidade para além da vinculação positiva à lei, tornando-a próxima da juridicidade. Essa ampliação do princípio da legalidade se dá pela identificação de uma crise da lei formal, causada por uma inflação legislativa, pelo uso da lei como um instrumento de injustiças, pelo controle excessivo do processo legislativo pelo poder executivo, pelo advento da constitucionalização do direito e, pela multiplicação de novas formas de juridicidade, como os regulamentos e fontes normativas de origem privada<sup>43</sup>. Assim, o fundamento da atuação administrativa não é a lei, mas sim a constituição, entendida como um sistema de regras e princípios.

A essa ampliação, Carvalho dá o nome de mutação, de modo que o sistema não é legítimo se meramente cumpre as regras legais que o integram. É necessária a mutação para ampliar a legalidade para a juridicidade, “em cujo bojo inserem-se valores como eficiência, moralidade, segurança jurídica, proporcionalidade”<sup>44</sup>. Essa mutação permite, portanto, afirmar que no processo de atuação administrativa deve aplicar não apenas a lei, mas os valores consagrados na sociedade e os objetivos expressos na Constituição, inadmitindo-se “uma absurda inversão hierárquica entre os valores fundamentais que devem prevalecer na sociedade e regras específicas tantas vezes divorciadas das finalidades públicas”<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 308-309.

<sup>43</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 311.

<sup>44</sup> CARVALHO, Raquel Melo Urbano de Carvalho. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2009a, p. 55.

<sup>45</sup> CARVALHO, Raquel Melo Urbano de Carvalho. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2009a, p. 56.

A terceira mudança: iii) superação da discricionariedade administrativa para a implementação dos graus de vinculação à juridicidade. A discricionariedade é, segundo Binенbojm um atributo do poder real absoluto, situada fora do direito, que sobreviveu ao advento do Estado de Direito. Para se adequar aos novos paradigmas, a discricionariedade deve ser entendida como graus de vinculação à juridicidade. Essa vinculação deve se dar por meio das regras, dos conceitos jurídicos indeterminados e dos princípios (constitucionais, legais e regulamentares).

A quarta e última mudança de paradigma é a: iv) criação de uma Administração policêntrica em contraposição ao Executivo unitário. A criação das agências reguladoras rompe com a concentração de poder no chefe do poder executivo, para tornar a administração policêntrica, e não mais concentrada. O fenômeno mundial da regulação ocorreu por diversas formas no mundo e no Brasil, as agências surgiram com a tarefa de regular as privatizações e desestatizações de maneira independente. Entretanto, essa independência gera, segundo Binенbojm<sup>46</sup>, focos de tensão com a estrutura do Estado democrático de direito: a independência política e competência para edição de regulamentos gera tensão com a legalidade; a independência administrativa gera tensão na ausência de controle das ações regulatórias; e a independência financeira gera tensão com o regime democrático, pois os administradores das agências não estão sujeitos ao crivo eleitoral, são escolhidos politicamente e podem ter mandatos que ultrapassam os limites dos agentes políticos eleitos.

142

Para solucionar esses problemas, Binенbojm<sup>47</sup> preconiza o aprimoramento de um sistema de controles parciais da atuação das agências, tanto pelo setor político, quanto jurídico e social. Além da solução interna, deve-se notar que, em especial quanto ao último paradigma exposto, há forte influência do setor político e econômico. Avelãs Nunes<sup>48</sup> afirma que a regulação é apenas mais uma máscara do Estado capitalista, que faz uso das agências reguladoras para separar o Estado da economia, pois economia, segundo os defensores do modelo, é assunto do setor privado. Ao Estado restariam apenas a função política, a “administração da cidade, o governo da *res publica*, o exercício da cidadania e da soberania”<sup>49</sup>. As agências reguladoras estariam livres da influência política para regular de maneira isenta o mercado, mas a solução brasileira para a nomeação de dirigentes já vincula essas ações aos interesses políticos do governo e aos

---

<sup>46</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 317.

<sup>47</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

<sup>48</sup> AVELÃS NUNES, Antônio José. As duas últimas máscaras do Estado capitalista. *Pensar*, Fortaleza, v. 16, n. 2, 2011, p. 409-476.

<sup>49</sup> AVELÃS NUNES, Antônio José. As duas últimas máscaras do Estado capitalista. *Pensar*, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 409-476, 2011, p. 417.

interesses econômicos das empresas reguladas<sup>50</sup>, criando um poder tecnocrático definidor de critérios de alta relevância social sem nenhuma construção democrática ou politicamente responsável.

Pelo exposto, em especial quanto ao último paradigma, a proposta de mudança tem caráter exclusivamente endógeno, pois analisa apenas os instrumentos administrativos, ignorando, de certo modo, o conteúdo econômico e político de que muitas vezes esses instrumentos se revestem. Entender essa dinâmica requer, portanto, aprofundar nas raízes históricas do direito administrativo brasileiro e na própria formação de nosso Estado. Pois, fazer o instrumento funcionar de acordo com os novos paradigmas propostos exigirá o conhecimento de como o seu conteúdo é formado e por que esse conteúdo não atende aos preceitos constitucionais.

### Considerações sobre o povo no processo histórico

Com o objetivo de ilustrar a reconstrução histórica, são apresentados nesse tópico eventos históricos de tentativa de formação de um povo brasileiro sob a luz das três linguagens da democracia. Restrepo<sup>51</sup> afirma que o povo deve se reconhecer como uma coletividade que cria os seus próprios termos de ser. O povo está no começo detendo o poder e mantém-se como tal após a formação do ordenamento jurídico, de modo que o pressuposto da democracia é que o sujeito político é ao mesmo tempo o governante e o governado, ao mesmo tempo administrador e administrado, sem categoria previamente definida, o povo são os excluídos, sem necessidade de dinheiro, força ou sabedoria para governar.

Toma-se como marco inicial da administração pública brasileira a vinda da Família Real e da Corte, em 1808<sup>52</sup>, para o Brasil<sup>53</sup>. Na bagagem, além de todo o

<sup>50</sup> AVELÃS NUNES (As duas últimas máscaras do Estado capitalista. *Pensar*, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 409-476, 2011, p. 420) constrói o raciocínio para dizer que os dirigentes, quase sempre oriundos do mercado, transformam a mão invisível de Adam Smith (1996) em mão visível, com braço e corpo controlados pelo próprio mercado. Para o autor português, “o mercado são eles”.

<sup>51</sup> RESTREPO, Ricardo Sanín. *Teoría crítica constitucional*. Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat. Universidade Autónoma de San Luís Potosí; Maestria em Derechos Humanos; Educación para las Ciencias en Chiapas. Aguascalientes/San Luís Potosí/San Cristobal de Las Casas, 2013, p. 138-139.

<sup>52</sup> A definição de um marco não nega a existência de um aparato estatal e administrativo durante o período colonial, mas por enquanto deseja-se apenas tratar da administração pública realizada no Brasil. Para compreender o aparato administrativo colonial, seria preciso se desfazer da noção contemporânea de Estado, esfera pública e privada, esfera de governos e divisão de poderes. Confusão que nos dias de hoje ainda se faz presente da prática administrativa estatal. COSTA, Frederico Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 42, p. 829-874, set./out. 2008, p. 832.

<sup>53</sup> COSTA, Frederico Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 42, p. 829-874, set./out. 2008, p. 832.

acervo administrativo, trazia consigo um projeto de modernização iniciado por Sebastião José de Carvalho e Melo, o Marquês de Pombal. Barboza<sup>54</sup>, informa que 200 anos antes de Pombal, não há, na estrutura social portuguesa, nenhum traço modernizante. Existe apenas uma matriz social e política autossuficiente compreendida pela matriz medieval; essa é a tradição ibérica que Pombal pretendeu enterrar com seu projeto de modernização inspirado na Inglaterra e, por consequência, formar uma nova sociedade organizada em torno do Estado e do mercado.

Traduzir esses eventos históricos para as linguagens da democracia significa dizer que o Estado que aqui se formava aparentemente tentava impor as linguagens dos interesses e da razão sobre a linguagem dos afetos até então existente: uma linguagem barroca fruto de uma sociedade política fundada na lei natural que impossibilitava a existência do indivíduo antes da sociedade. A administração pública de então refletia essa sociedade barroca, pois era, segundo Costa<sup>55</sup>, uma administração centralizada, sem diferenciação de funções, legalista, formalista e morosa. Assim sendo, não havia possibilidade de contrato social, pois se tem uma sociedade anti-individualista e antirracionalista que cancela de pronto a ideia de competição e felicidade coletiva<sup>56</sup>. Ao propor a modernização, as linguagens dos interesses e da razão encontraram limites na escravidão, no latifúndio, na ganância da Metrópole, “impedindo o desenvolvimento de uma linguagem bem compreendida do interesse, capaz de se articular com a linguagem dos sentimentos [afetos]”<sup>57</sup>.

144

As características iniciais do surgimento da administração pública brasileira se projetam no tempo, em princípio por meio de revoltas populares em um período amplo que vai de 1770 a 1930: Guerra dos Farrapos; Inconfidência Mineira; Cabanagem; Balaiada; Revolta da Vacina; Canudos. Todas demandas oriundas da linguagem dos afetos contra a racionalidade e interesses que o Estado tentava impor, sem entretanto haver nenhuma incorporação dessas demandas ao projeto modernizante em curso. Segundo Ribeiro, a resistência às forças inovadoras não nasceu no povo, mas nas classes dominantes. Essa descontinuidade reside na oposição entre os interesses dessa classe economicamente dominante e os interesses do povo brasileiro. Essa oposição de interesses se mantém ao longo da história brasileira, “pelo domínio do poder institucional e do controle

---

<sup>54</sup> BARBOZA FILHO, Rubem. A modernização brasileira e o nosso pensamento político. *Perspectivas*, São Paulo, v. 37, p. 15-64, jan./jun. 2010, p. 30.

<sup>55</sup> COSTA, Frederico Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 42, p. 829-874, set./out. 2008, p. 834.

<sup>56</sup> BARBOZA FILHO, Rubem. A modernização brasileira e o nosso pensamento político. *Perspectivas*, São Paulo, v. 37, p. 15-64, jan./jun. 2010, p. 32.

<sup>57</sup> BARBOZA FILHO, Rubem. A modernização brasileira e o nosso pensamento político. *Perspectivas*, São Paulo, v. 37, p. 15-64, jan./jun. 2010, p. 34.

da máquina do Estado nas mãos da mesma classe dominante, que faz prevalecer uma ordenação social e legal resistente a qualquer progresso generalizável a toda a população<sup>58</sup>.

Com a independência, esperava-se que a prática perversa do passado fosse abandonada e o Estado brasileiro, por meio de suas elites, recriasse sua trajetória e adequasse valores às linguagens do interesse e da razão, organizando-se de forma a “proteger a liberdade, promover o progresso através de um mercado dinâmico e garantir a organização de uma sociedade civil livre”<sup>59</sup>, mas a nova nação aparentemente apenas prolonga o que havia de velho e antagônico: a classe dominante esperava apenas lucrar com o regime autônomo tal como lucrara com o regime colonial, mantiveram-se também nas entranhas da administração a pessoalidade, a imoralidade e o favorecimento aos interesses privados. Feita a nação, o governo se direcionava contra os interesses do próprio povo<sup>60</sup>.

A Primeira República (1889-1930) aparentemente também demonstra os traços iniciais, tem-se uma constituição americanizada, que adota o liberalismo e um novo rompimento com a tradição até então estabelecida pelo Brasil. O Positivismo influenciava a construção da nova república, pleiteando ordem e progresso, e progresso significava “a modernização da sociedade através da ampliação dos conhecimentos técnicos, do crescimento da indústria, da expansão das comunicações”<sup>61</sup>. Entretanto, o projeto modernizante de então mantinha as linguagens da democracia mal compreendidas e incapazes de produzir uma ação estatal harmonizadora, nas palavras de Barboza Filho<sup>62</sup>, “o que escapa de nosso Liberalismo é o papel de uma ‘religião civil’, cujo alcance é claramente maior do que aquele suposto na necessidade de mera legitimação das formas de poder da sociedade”. Sem a ‘religião civil’, sem a linguagem dos afetos bem compreendida, a sociedade permanece como um mero contrato, uma estrutura sem sentido, que não atende de forma justa as exigências das três linguagens<sup>63</sup>.

<sup>58</sup> RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Cia. das Letras, 2006, p. 229.

<sup>59</sup> BARBOZA FILHO, Rubem. A modernização brasileira e o nosso pensamento político. *Perspectivas*, São Paulo, v. 37, p. 15-64, jan./jun. 2010, p. 40.

<sup>60</sup> Sobre a máquina administrativa esclarece-se que: “Nessas circunstâncias, o Estado apresenta também mais continuidades do que rupturas, estruturando-se como uma máquina político-administrativa de repressão, destinada a manter a antiga ordenação, operando nas mesmas linhas a serviço da velha elite, agora ampliada pelas famílias fidalgas que vieram com o monarca e por novos-ricos que surgem com a modernização” RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Cia. das Letras, 2006, p. 230.

<sup>61</sup> FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 6. ed. São Paulo: Edusp, 1999, p. 246.

<sup>62</sup> BARBOZA FILHO, Rubem. A modernização brasileira e o nosso pensamento político. *Perspectivas*, São Paulo, v. 37, p. 15-64, jan./jun. 2010, p. 43-44.

<sup>63</sup> Restrepo entende que o reconhecimento do povo depende de uma invocação pessoal, um fato que faça o povo se reconhecer no ato de um indivíduo. Como exemplo, é citado o tunisiano Mohamed Bouazizi que ateou fogo em seu próprio corpo em protesto contra o confisco de



A revolução de 1930 buscava, mais uma vez, reinventar o Brasil: os novos grupos oligárquicos que tomavam o poder pretendiam “a passagem do Brasil agrário para o Brasil industrial”<sup>64</sup> e, nesse cenário criado, Barboza Filho<sup>65</sup> lembra que não há direitos, salvo aqueles que o construtivismo estatal concede à sociedade para viabilizar o projeto modernizador para esculpir, pela lei e pela força, os novos personagens. Mais uma vez, há falha na construção de uma sociedade ética capaz de somar o conteúdo das três linguagens democráticas.

O período seguinte, Estado Getulista (1930-1945), inicia-se com uma revolução composta por classes heterogêneas<sup>66</sup> e culmina em um Estado populista e de poder centralizado, que permitiu a burguesia vez e força no interior do governo. Novamente a política estatal beneficia alguns e deixa à margem outros tantos. Nesse período, surgem instrumentos administrativos ainda hoje em vigor, como o decreto lei da desapropriação<sup>67</sup>, repleto de posições autoritárias e poucos direitos para os administrados. Para tentar reverter esse panorama, em 1945, após a queda de Getúlio Vargas, reinaugura-se a democracia e dá-se início a um novo projeto modernizante interrompido pelo golpe de 1964.

O golpe de 1964, mais um corte abrupto no caminho da modernização que a linguagem dos afetos tentava construir. Costa<sup>68</sup> informa que, apesar dos avanços, a reforma administrativa de 1967, não conseguiu eliminar os vícios da administração pública brasileira, os entes administrativos indiretos, fazendo uso indevido da linguagem dos interesses e do afeto, tornaram-se fonte de recrutamento de pessoal, prescindindo, em geral do concurso público. Em 1968, através do Ato Institucional n. 5, o Brasil entrava no mais longo período ditatorial de sua história<sup>69</sup>. A burocracia, problema recorrente desde o modelo inaugural da administração pública, também se manteve arraigada na máquina pública. Não é demais especular, que nesse período a linguagem dos afetos não encontrou nenhuma possibilidade de se relacionar com a linguagem dos interesses e da razão, essa última, fruto apenas das razões militares<sup>70</sup>. A solução seguinte seria a deses-

---

suas mercadorias e se tornou o catalisador da revolução tunisiana. RESTREPO, 2013, p. 140.

<sup>64</sup> COSTA, Frederico Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 42, p. 829-874, set./out. 2008, p. 841.

<sup>65</sup> BARBOZA FILHO, Rubem. A modernização brasileira e o nosso pensamento político. *In: Perspectivas*, São Paulo, v. 37, p. 15-64, jan./jun. 2010, p. 47.

<sup>66</sup> FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 6. ed. São Paulo: Edusp, 1999, p. 325.

<sup>67</sup> O decreto lei em questão é o de número 3.365 de 21 de junho 1941, de autoria de Getúlio Vargas, que dispõe sobre a desapropriação por utilidade pública.

<sup>68</sup> COSTA, Frederico Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 42, p. 829-874, set./out. 2008.

<sup>69</sup> GASPARI, Elio. *A ditadura envergonhada*. São Paulo: Cia. das Letras, 2002, p. 35.

<sup>70</sup> Toma-se como exemplo a postura de Ernesto Geisel, militar que esteve presente na origem do golpe de 1964, no centro do primeiro governo constituído após a chegada dos militares ao

tatização<sup>71</sup>, que toma forma no período de transição entre o regime autoritário e o democrático.

Em 1988, a retomada de democracia possibilita uma nova oportunidade para a modernização da linguagem dos afetos e harmonização com a linguagem dos interesses e da razão: da perspectiva da administração pública à Carta de 1988, tentou diminuir as disparidades entre a administração direta e indireta dando às duas formas de atuação o mesmo tratamento jurídico. Para Costa<sup>72</sup>, há, com a Constituição de 1988, retrocesso do ponto de vista gerencial, mesmo com as previsões de maior participação democrática na gestão da máquina pública. Mas, novamente, a imposição das linguagens dos interesses e da razão sobrepõe as vontades estatais à população, em 1990, imediatamente após tomar posse, Fernando Collor de Melo apresenta um conjunto de medidas, conhecido como Plano Collor, objetivando reduzir a intervenção do Estado na vida social<sup>73</sup>.

No decorrer da década de 1990, a nova reforma do aparelho do Estado foi elaborada por Luiz Carlos Bresser-Pereira, pretendendo efetivar uma atuação estatal para a cidadania<sup>74</sup>. Entretanto, os efeitos da reforma são tidos como neoliberais. Fernando Henrique Cardoso e Luís Inácio Lula da Silva, valendo-se da reforma de Bresser-Pereira, remodelam o capitalismo nacional e incluíram milhões no consumo de mercado. Os que não conseguiram se incluir aguardam, sob a proteção do Estado, a oportunidade de se injetarem no modelo capitalista<sup>75</sup>. Mas nem mesmo essas reformas e consequentes inclusões sociais na economia de mercado foram capazes de harmonizar as três linguagens da democracia; os problemas da administração pública permaneceram e agora devem ser combatidos por um Estado regulador, afastado da atividade econômica, potencialmente evidenciando os problemas ilustrados por Avelãs Nunes<sup>76</sup>.

---

poder, e na presidência entre 1974 e 1979: postura moralista, defensor de um poder executivo forte, crítico do legislativo e contrário ao sufrágio universal. Pelo marco teórico exposto, identifica-se apenas a presença da linguagem da razão. GASPARI, Elio. *A ditadura envergonhada*. São Paulo: Cia. das Letras, 2002, p. 36.

<sup>71</sup> A década de 1970 marcou o declínio das ideias keynesianas e a aposta em um modelo de desestatização levou o Brasil a promover mais uma ruptura na narrativa da administração pública, o Decreto-Lei n. 83.740 de 18 de julho de 1979, tentava desburocratizar e criar um sistema livre da forte presença estatal na economia.

<sup>72</sup> COSTA, Frederico Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 42, p. 829-874, set./out. 2008, p. 859.

<sup>73</sup> CARVALHO, Ney. *A guerra das privatizações*. São Paulo: Editora de Cultura, 2009b.

<sup>74</sup> BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para a cidadania*. Brasília: ENAP, 1998.

<sup>75</sup> BARBOZA FILHO, Rubem. A modernização brasileira e o nosso pensamento político. *Perspectivas*, São Paulo, v. 37, p. 15-64, jan./jun. 2010, p. 53.

<sup>76</sup> AVELÃS NUNES, Antônio José. As duas últimas máscaras do Estado capitalista. *Pensar, Fortaleza*, v. 16, n. 2, p. 409-476, 2011.

Em 2013, o Brasil experimenta a sua primavera e o povo foi às ruas protestar contra tudo. A onda de protesto demonstrou que é possível influenciar o centro do sistema político por meio de atores sociais independentes de partidos políticos e do aparelho do Estado<sup>77</sup>. A resposta mais significativa do Estado ocorre um ano depois com o Decreto n. 8.243 de 23 de maio de 2014 que instituiu a política e o sistema nacional de participação social como uma forma de ampliar os canais comunicativos entre a periferia e o centro do sistema político. Trata-se de verdadeira tentativa de comungar as três linguagens da democracia, ampliando a democracia participativa e fortalecendo o poder legislativo e a representação – que ganha mais canais de acesso aos representados. Entretanto, a iniciativa de mais participação popular sofre ataques que tentam mais uma vez excluir o povo do processo de formação nacional<sup>78</sup>.

Nota-se que ao longo da história e dos institutos administrativos, há sempre a ideia de ruptura, de criação de um novo marco zero que renove a modernização e impeça a percepção de uma trajetória nacional. Sem a possibilidade de fazer comunicar entre si as três linguagens da democracia, faltam o mito nacional, a religião civil e, por consequência, instituições administrativas sólidas, bem estruturadas, atuantes em prol da realização de interesses públicos resguardados no texto constitucional. Repete-se, reforma após reforma, o erro português do início dessa história, a tentativa constante de arrebatá-la da vida política do Estado brasileiro o sujeito capaz da transformação democrática: o povo.

148

Nesse cenário, não basta repensar os paradigmas do Direito Administrativo, é preciso imaginar uma sociedade diferente, é preciso devolver o senso de história, interromper a relação metafísica com o pensamento europeu e norte-americano<sup>79</sup> e reconstruir um ponto de vista externo do futuro, com a possibilidade de que a administração pública brasileira se torne instrumento de uma verdadeira e consciente história de liberdade, igualdade e fraternidade.

---

<sup>77</sup> LELIS, Davi Augusto Santana de; FARIA, Edimur Ferreira de. Controle social da sociedade civil sobre o Estado. In: Marcos Augusto Maliska (Coord.). *Direitos fundamentais e democracia II*. Organização CONPEDI/UFSC; Florianópolis: CONPEDI, 2014.

<sup>78</sup> Os contrários ao Decreto n. 8.243 de 23 de maio de 2014 afirmam que se trata de um fortalecimento do executivo que anularia todo o processo democrático eleitoral. Por toda a exposição, acredita-se que o Decreto n. 8.243 não fortalece o poder executivo, anulando o processo democrático eleitoral, pois é possível ver na crítica apenas uma tentativa de manutenção do *status quo* de uma elite que não quer perder a realeza histórica e deseja em seu íntimo que o povo não participe do processo democrático com oportunidades de, enfim, fazer acontecer a junção das linguagens dos interesses, da razão e dos afetos.

<sup>79</sup> A frase é uma adaptação feita por Barboza Filho sobre a frase de Marx: “Marx dizia que o presidente tem uma relação metafísica com a nação, e o parlamento uma relação abstrata. (...) é possível imaginar que nosso horizonte (...) esteja contaminado pelo ceticismo pós-moderno (...) porque vivemos uma relação metafísica com o pensamento europeu e norte-americano e uma relação mais abstrata com a nossa própria sociedade”. BARBOZA FILHO, Rubem. A modernização brasileira e o nosso pensamento político. *Perspectivas*, São Paulo, v. 37, p. 15-64, jan./jun. 2010, p. 54.

## CONCLUSÃO

A história da formação brasileira não aponta um momento fundador capaz de conferir significado à noção de povo. Não se identifica uma tradição, religião, utopia, economia, guerra ou outro fator equivalente que realce a construção e posição do povo em nosso processo histórico. A cada período inaugurado, o entendimento predominante era o de se esquecer do precedente, movimento que trata apenas de manter viva a linguagem democrática da razão e manutenção do *status quo* vigente desde os tempos do império. A linguagem dos interesses, por sua própria matriz histórica, encontra forças para persistir, mas a linguagem dos afetos não encontra vez e voz.

O aparelho do Estado que se forma nessa ausência de participação popular não poderia ter outra perspectiva senão a da encriptação de suas instituições e leis, do domínio do privado sob o público, do afastamento do povo de todo o processo democrático. O desafio que se impõe é o de revitalizar as três linguagens da democracia, em especial a dos afetos, para que em conjunto elas possam efetivar a reconstrução de nossas formas democráticas e de ética social e possam desenvolver um senso de história que vá além do êxtase do consumo.

Espera-se que com esse movimento desenvolva-se uma sociedade que não seja o mero resultado do axioma de Hobbes – o homem é o lobo do homem –, pois essa é uma sociedade em que as instituições e leis do Estado derivam apenas das consequências da guerra entre os homens. Espera-se uma sociedade que resulte da limitação de que o homem é para o homem, de que existe um componente ‘afetivo’ que relembra a todo o momento que democracia é o poder do povo.

Nesse horizonte teórico, a Constituição deixa de ser motivo de afastamento de poder e povo. A linguagem constitucional se revitaliza, efetiva-se – por meio do interesse público defendido pela administração pública, e não por outros poderes.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- AVELÁS NUNES, Antônio José. As duas últimas máscaras do Estado capitalista. *Pensar*, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 409-476, 2011.
- BARBOZA FILHO, Rubem. As linguagens da democracia. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 23 n. 67, jun. 2008.
- BARBOZA FILHO, Rubem. A modernização brasileira e o nosso pensamento político. *Perspectivas*, São Paulo, v. 37, p. 15-64, jan./jun. 2010.
- BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Rio de Janeiro: Edições 70, 1991.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 9, mar./abr./maio, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para a cidadania*. Brasília: ENAP, 1998.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de Carvalho. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2009a.

CARVALHO, Ney. *A guerra das privatizações*. São Paulo: Editora de Cultura, 2009b.

COSTA, Frederico Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 42, p. 829-874, set./out. 2008.

DALLARI, Pedro. Desenvolvimento sustentável em favor da Justiça Social no Brasil. In: José Augusto Pádua (Org.). *Desenvolvimento, justiça e meio ambiente*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 6. ed. São Paulo: Edusp, 1999.

GASPARI, Elio. *A ditadura envergonhada*. São Paulo: Cia. das Letras, 2002.

GUSTIN, Miracy B. S; DIAS, Maria Teresa Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HÍNCAPE, Gabriel Méndez; RESTREPO, Ricardo Sanín. La Constitución Encriptada: Nuevas formas de emancipación del poder global. *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales* [s.n.], 2003.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Disponível em: <<http://www.ebah.com.br/content/ABAA-AA3ywAF/leviata-thomas-hobbes>>. Acesso em: 14 set. 2013.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LELIS, Davi Augusto Santana de; FARIA, Edimur Ferreira de. Controle social da sociedade civil sobre o Estado. In: Marcos Augusto Maliska (Coord.). *Direitos fundamentais e democracia II*. Organização CONPEDI/UFSC, Florianópolis: CONPEDI, 2014.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. *Direito administrativo democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

PINHEIRO, Douglas Antônio Rocha. O Estado laico e a emergência de uma nova religião civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, subsecretaria de edições técnicas, ano 49, n. 195, jul./set. 2012.

POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. 5. ed. São Paulo: Cultrix, 1993.

RESTREPO, Ricardo Sanín. *Teoria crítica constitucional*. Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat. Universidad Autónoma de San Luís Potosí; Maestria em Derechos Humanos; Educación para las Ciencias en Chiapas. Aguascalientes/San Luís Potosí/San Cristobal de Las Casas, 2013.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Cia. das Letras, 2006.

## Interesse, razão e afeto

RODRIGUES, José Honório. *Teoria da história do Brasil: introdução metodológica*. 3. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1969.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

TOCQUEVILLE, Alexis. *Democracia na América*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968.

Data de recebimento: 20/11/2014

Data de aprovação: 19/08/2015



# LIMITE CONSTITUCIONAL DE JORNADA, DANO EXISTENCIAL E TRABALHO ESCRAVO

## CONSTITUTIONAL JOURNEY LIMIT, EXISTENCIAL DAMAGE AND SLAVE LABOR

Amauri Cesar Alves\*

### RESUMO

Os Tribunais Trabalhistas insistem em interpretar o disposto no inciso XIII do artigo 7º da Constituição da República como mera referência para pagamento de contraprestação por disponibilidade de trabalho, e não como limite (diário e semanal) de exploração da força produtiva. É necessário, entretanto, que se perceba que apenas extraordinariamente (inciso XVI do artigo 7º) pode haver extrapolação do limite diário de 08 horas e da disponibilidade semanal máxima de trabalho, fixada em 44 horas. Não há que se falar em jornada legal de 10 horas e nem muito menos em horas extras habituais. Caso o empregador inobserve o limite constitucional de jornada e exija sobrejornada habitual poderá haver caracterização de conduta trabalhista ilícita que enseja indenização, seja por trabalho escravo, seja por dano existencial.

**Palavras-chave:** Constituição. Jornada. Limites.

### ABSTRACT

The labor courts insist on interpreting the provisions of section XIII in article 7th of the Constitution as a mere reference to payment for job availability and not as (daily and weekly) limit of labor power exploitation. However, it's necessary to realize that only extraordinarily (section XVI of article 7th ) extrapolation can happen from the daily limit of 8 hours and the maximum weekly availability of work, set in 44 hours. There is no need to talk about neither legal labor journey of 10 hours nor usual overtime. If the employer doesn't respect the constitutional limit hours and requires regular overtime it may be characterized as illicit conduct implying labor compensation either by slave labor or existential damage.

**Keywords:** Constitution. Journey. Limits

---

\* Bacharel, Mestre e Doutor em Direito – PUC Minas. Professor da Universidade Federal de Ouro Preto – UFOP. Editor do *site* [www.direitodotrabalhoessencial.com.br](http://www.direitodotrabalhoessencial.com.br). Correspondência para/Correspondence to: Rua Alvorada, n. 211, Bairro Ferreiras, Pedro Leopoldo, Minas Gerais, CEP 33.600-000, e-mail [amauri.alves.dte@gmail.com](mailto:amauri.alves.dte@gmail.com). Telefone (31) 98702-6870.



## INTRODUÇÃO

Impressiona, negativamente, o déficit de efetividade de certos dispositivos constitucionais no cenário jurídico brasileiro, mesmo em se tratando de direitos fundamentais. A norma constitucional, não obstante sua centralidade e supremacia, parece ser apenas um programa, uma proposta, um projeto a ser concretizado futuramente. O futuro, mais de 25 anos depois da promulgação da Constituição Cidadã, parece sempre distante... Apenas para exemplificar, brevemente, a pouca preocupação (sobretudo do Poder Judiciário e do Poder Legislativo) brasileira com a efetividade de normas constitucionais, as seguintes regras do art. 7º: inciso I, que trata do emprego protegido contra dispensa arbitrária ou sem justa causa; inciso XI, que trata da participação nos lucros e resultados e na gestão da empresa; inciso XXI, que trata da proteção à mulher no mercado de trabalho; inciso XXIII, que trata do adicional por atividades penosas; inciso XXVII, que trata da proteção ao emprego em face da automação. Também não recebem correta interpretação e implementação as normas constitucionais fundamentais referentes ao salário-mínimo e às férias (incisos IV e XVII), pois podem ser reduzidos e fracionados livremente pelo empregador nos casos de trabalho em tempo parcial (CLT, art. 58-A). Na mesma linha padece o art. 8º da Constituição da República de implementação fática, sobretudo decorrente da interpretação que lhe dá o Tribunal Superior do Trabalho, que aplica restritiva e retrospectivamente regras e princípios de Direito Sindical. Por fim merece destaque no presente estudo o reiterado descumprimento dos limites de jornada estabelecidos nos incisos XIII e XIV do art. 7º da Constituição da República, bem como a equivocada interpretação de seu inciso XVI.

É perceptível que muitos são os magistrados e demais intérpretes do Direito do Trabalho que não aplicam as regras dos incisos XIII e XIV do art. 7º da Constituição da República<sup>1</sup> como definidoras de *limites constitucionais de jornada*, mas, sim, como meras referências legais para pagamento ordinário do salário. Limitação de jornada é, historicamente, conquista elementar da classe trabalhadora. As primeiras regras protetivas trabalhistas, que remontam à Europa do final do século XVIII e início do século XIX, diziam respeito aos limites de jornada, pois a superexploração do trabalho é prejudicial à saúde e à segurança do trabalhador, bem como à sua inserção familiar, comunitária, religiosa e política. Não é admissível que o trabalhador se submeta a trabalho sem limites. Cabe ao Estado, qualquer que seja ele (central ou periférico, liberal ou intervencionista), limitar objetiva, clara e sufi-

---

<sup>1</sup> “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XIII – duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; XIV – jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva”.

cientemente a disposição máxima de trabalho diária e semanal. O Brasil, entretanto, parece negligenciar a importância da imposição de limites à ganância patronal.

A Constituição da República fixou limite de oito horas para a disposição diária de trabalho. Entretanto, é muito comum verificar, mediante pesquisas científicas ou mesmo empiricamente, que basta ao empregador uma simples ordem para que tal limite seja ultrapassado. O mesmo se dá com a disponibilidade semanal máxima de trabalho, fixada em 44 horas. Qual é a explicação para que um direito fundamental do cidadão trabalhador, fixado constitucionalmente, seja descumprido sem que haja maior repercussão? A resposta parece estar no disposto no art. 59, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho, que estabeleceu, em 1943, que “a duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de 2 (duas), mediante acordo escrito entre empregador e empregado, ou mediante contrato coletivo de trabalho”. Assim, parece ainda hoje preponderar a equivocada interpretação de que o limite de exploração de trabalho no Brasil, se é que há, é de 10 horas diárias (8 constitucionais + 2 celetistas) e 50 semanais... Para os intérpretes retrospectivos, que analisam a Constituição da República em consonância com o disposto na CLT, e não o contrário, o empregador pagará salário sem acréscimo até a 8ª hora, pagando o adicional de horas extras na 9ª e 10ª, sem se preocupar com a ideia de limite. Aqui o que há, então, é uma mera *referência* para pagamento ordinário ou extraordinário, sendo pouco relevantes os conteúdos normativos constitucionais. Pouco importa, também, o motivo ensejador da exigência de sobrejornada, desde que haja seu pagamento (hoje excepcional) ou sua compensação no “banco de horas”.

Ocorre que as tais “horas suplementares” previstas na CLT não se encontram em consonância com o disposto na Constituição da República. O que pode haver, excepcionalmente, é a exigência de horas extraordinárias, nos termos da melhor interpretação do art. 7º, XVI, da Constituição da República, que prevê “remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal”. Deveria ser simples e bastaria uma análise terminológica para se alcançar o comando constitucional: *extraordinário*, ou seja, não ordinário; fora do comum; espantoso; que só ocorre em dadas circunstâncias; imprevisto; extremo; excepcional; fora do habitual. Ora, como explicar, hoje, as expressões (não se discute a correção dos enunciados das súmulas quanto ao mérito, dada a interpretação majoritária) contidas nas Súmulas 115 e 172 do TST? O Tribunal

---

<sup>2</sup> SUM-115 HORAS EXTRAS. GRATIFICAÇÕES SEMESTRAIS (nova redação) – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. O valor das horas extras habituais integra a remuneração do trabalhador para o cálculo das gratificações semestrais.

SUM-172 REPOUSO REMUNERADO. HORAS EXTRAS. CÁLCULO (mantida) – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Computam-se no cálculo do repouso remunerado as horas extras habitualmente prestadas.

Superior do Trabalho se refere às *horas extras habituais* como se isso fosse juridicamente possível. Com o devido respeito, isso não é possível sequer do ponto de vista terminológico. Ou algo é extraordinário ou é habitual! Jamais pode haver, a não ser em textos poéticos, o extraordinário habitual. É um contrassenso. Um paradoxo. Mas é a prática brasileira, que deve ser revista e combatida, para que se restabeleça o comando constitucional.

## SOBREJORNADA NO BRASIL

Quando das discussões sobre limites de jornada na Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988, o Brasil permitia disponibilidade semanal de 48 horas, limite (ou padrão) excepcional no mundo capitalista ocidental de então. Já àquela época os empregadores em geral reclamavam (como sempre)<sup>3</sup> da pouca produtividade do trabalhador brasileiro, que podia se tornar fator insustentável caso houvesse significativa diminuição da disponibilidade semanal de trabalho. O discurso patronal não considerava, é claro, o baixíssimo valor do salário-mínimo praticado à época no Brasil, como se pode perceber da tabela a seguir:

**Tabela 1** – Salário-mínimo e disponibilidade semanal de trabalho em 15 países em agosto de 1986

PAÍS	SALÁRIO-MÍNIMO (COTAÇÃO EM DÓLAR)	HORAS/SEMANA
França	617,61	39:00
Inglaterra	555,68	37:30
Itália	504,68	40:00
Japão	455,50	44:00
Índia	344,05	44:00
Paraguai	300,00	40:00
Espanha	271,17	48:00
Nicarágua	152,14	44:00
Argentina	139,45	40:00
Portugal	110,00	42:00
Equador	104,44	40:00
Colômbia	84,01	40:00
Uruguai	74,58	44:00
Brasil	58,39	48:00
Peru	53,05	40:00

**Fonte:** DIEESE. In: BOITO Jr. Armando. *O Sindicalismo de Estado no Brasil: uma análise crítica da estrutura sindical*. São Paulo: Hucitec, 1991, p. 223.

<sup>3</sup> Sobre a eterna insatisfação, ainda que teórica, do empregador brasileiro em geral veja nosso artigo intitulado “Função Capitalista do Direito do Trabalho no Brasil”, publicado na *Revista LTR*, ano 77, set. 2013, p. 1.067-1.082. Disponível em: <www.direitodotrabalhoessencial.com.br>.

## Limite constitucional de jornada, dano existencial e trabalho escravo

A situação brasileira no final dos anos 1980 era vergonhosa, como se pode facilmente perceber pela tabela, pois, ainda que o salário-mínimo peruano fosse menor, exemplificativamente, sua disponibilidade semanal máxima de trabalho era 40 horas, patamar que até hoje não foi alcançado pelo Brasil! Também desconsideravam os detentores do poder político e econômico do final da década de 1980 o fato de que o trabalhador brasileiro sempre teve de trabalhar mais do que o ordinário para poder subsistir. Dados do Dieese revelam tal situação, historicamente:

**Tabela 2** – Horas de trabalho necessárias para a compra da cesta básica de alimentos prevista na Constituição

ANO	HORAS DE TRABALHO	ANO	HORAS DE TRABALHO
1965	88:16 min.	1975	149:40 min.
1966	109:15 min.	1976	157:29 min.
1967	105:16 min.	1977	141:49 min.
1968	101:35 min.	1978	137:37 min.
1969	110:23 min.	1979	153:04 min.
1970	105:13 min.	1980	157:32 min.
1971	111:47 min.	1981	149:40 min.
1972	119:08 min.	1982	163:45 min.
1973	147:04 min.	1983	243:58 min.
1974	163:32 min.	1984	228:22 min.

**Fonte:** DIEESE. In: SANDRI, Adriano. *Os trabalhadores e o movimento sindical no Brasil*. Belo Horizonte: Gefase, 1990, p. 155.

O texto constitucional de 1988, no que concerne à jornada, resultou, como em diversos outros temas, no consenso possível, ponderado entre as pretensões dos trabalhadores (40 horas) e os dramáticos apelos patronais por manutenção dos padrões de disponibilidade semanal de trabalho (48 horas). Assim, o limite constitucional de 44 horas de trabalho semanais já nasceu defasado em relação a diversos outros países (Tabela 1). Hoje, poucos são os Estados nacionais que ainda permitem tal exploração. Apenas exemplificativamente, o Dieese relacionou, em 2010, alguns países que têm como limite 40 horas semanais: Áustria, Canadá, Camarões, Casaquistão, Congo, Costa do Marfim, China, Coreia do Sul, Croácia, Bulgária, Bahamas, Benin, Egito, Equador, Espanha, Estônia, Eslováquia, Eslovênia, Finlândia, Holanda, Indonésia, Itália, Japão, Lituânia, Luxemburgo, Nigéria, Nova Zelândia, Noruega, Macedônia, Madagascar, Mali, Maurítânia, Moldávia, Mongólia, Polônia, Portugal, República

Tcheca, Romênia, Rússia, Senegal e Togo<sup>4</sup>. O brasileiro, então, trabalha mais do que seus companheiros de boa parte do mundo. O pior, entretanto, é que, aqui, como já exposto e conforme será desenvolvido, as horas extraordinárias são admitidas como algo que pode ser habitual. Também por isso a proporção de assalariados que trabalham mais do que a jornada legal é significativa no Brasil. Apenas exemplificativamente, tomem-se os assalariados da indústria na Região Metropolitana de São Paulo, os do comércio da Região Metropolitana de Belo Horizonte e os dos serviços na Região Metropolitana de Recife, conforme dados históricos do Dieese.

**Tabela 3** – Proporção dos assalariados que trabalham mais do que a jornada legal

PERÍODO	SÃO PAULO	BELO HORIZONTE	RECIFE
	INDÚSTRIA	COMÉRCIO	SERVIÇOS
1988	21,3	-	-
1989	42,1	-	-
1990	34,8	-	-
1991	38,3	-	-
1992	36,7	-	-
1993	38,7	-	-
1994	39,8	-	-
1995	42,5	-	-
1996	41,4	57,2	-
1997	42,2	58,1	-
1998	37,9	56,0	37,7
1999	40,7	58,1	38,5
2000	44,4	57,1	37,1
2001	43,4	56,8	37,5
2002	44,1	56,2	36,9
2003	43,2	55,3	39,0
2004	42,4	51,8	39,1
2005	38,8	51,9	39,4
2006	36,7	49,0	39,5
2007	33,3	48,4	37,0
2008	31,6	53,7	38,4

**Fonte:** PED – Pesquisa de Emprego e Desemprego – Convênio Dieese/Seade, MTE/FAT e convênios regionais. Elaboração: DIEESE. Organização do autor.

<sup>4</sup> Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/notatecnica/2010/notatec91JornadaTrabalhoMundo.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2014.

## Limite constitucional de jornada, dano existencial e trabalho escravo

Dados recentes demonstram que não houve alteração significativa no plano pesquisado pelo Dieese e acima destacado, conforme se vê na Tabela 4:

**Tabela 4** – Proporção de ocupados que trabalham mais que a jornada legal, segundo setores de atividade econômica (em %) – Regiões Metropolitanas 2012-2013

SETORES	BELO HORIZONTE		FORTALEZA		SÃO PAULO		PORTO ALEGRE		RECIFE		SALVADOR	
	2012	2013	2012	2013	2012	2013	2012	2013	2012	2013	2012	2013
Total de ocupados	29,4	30,0	40,7	42,6	33,0	32,3	34,9	30,8	52,6	50,9	44,1	41,1
Indústria	30,3	34,2	40,8	41,7	23,8	22,8	25,6	20,3	58,9	55,6	42,0	39,7
Comércio	46,5	47,7	54,2	56,1	51,1	49,8	54,3	50,7	67,7	66,7	60,5	58,1
Serviços	23,8	23,8	37,1	37,1	29,9	28,9	30,6	26,7	42,9	42,9	38,5	35,2
Construção civil	28,2	27,5	35,1	35,1	34,8	35,1	36,5	31,0	60,4	60,4	51,2	47,0

Fonte: Dieese/Seade, MTE/FAT e convênios regionais. PED – Pesquisa de Emprego e Desemprego. Elaboração: DIEESE.

Além da sobrejornada típica, que diz respeito à extrapolação do termo final do horário de trabalho, há outras possibilidades cada vez mais comuns no cenário laboral brasileiro, como exemplificativamente os minutos residuais, o sobre-aviso e o teletrabalho.

Horas extraordinárias podem ser definidas como período de disponibilidade de trabalho em que o trabalhador desenvolve seu labor além do que é ordinariamente previsto em seu contrato (verbalmente ou por escrito, observado o princípio da primazia da realidade sobre a forma) ou do que é fixado como limite constitucional ou legal (nos casos de jornadas reduzidas).

Os minutos que antecedem o início do efetivo trabalho (denominados comumente “minutos residuais”), ainda que o empregado não esteja cumprindo ordens, também integram a jornada, desde que este se coloque à disposição do empregador em seu estabelecimento empresarial. O conteúdo do § 1º do art. 58 da CLT é nesse sentido<sup>5</sup>. Somente não são considerados integrantes da jornada as frações de tempo iguais ou inferiores a cinco minutos antes ou após o horário contratual. Assim, se o horário contratual do empregado é das 8 às 17 horas, com uma hora de intervalo para alimentação e descanso, e ele ingressa no estabelecimento empresarial às 7h45, por exemplo, ainda que não haja ordens para tanto, estará à disposição, devendo ser tal tempo remunerado. No exemplo citado haverá

<sup>5</sup> “§ 1º Não serão descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações de horário no registro de ponto não excedentes de cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários.”

15 minutos extraordinários por dia. No mesmo sentido o disposto na Súmula 366 do TST<sup>6</sup>.

Considera-se em sobreaviso o trabalhador que, em seus períodos de descanso, aguarda eventual ordem patronal para retornar ao trabalho. Em tal período não há efetivo trabalho, mas há, de modo inequívoco, contingenciamento da liberdade do trabalhador durante o descanso, o que traz potencial prejuízos à sua inserção familiar, comunitária, política e religiosa (por exemplo) em tais momentos. O “trabalhador de plantão”, como é conhecido na prática o sobreaviso, não está tecnicamente em sobrejornada, pois não há trabalho, mas também não descansa plenamente. Por isso a ordem jurídica determina o pagamento de 1/3 do valor da hora normal de trabalho como remuneração do período, nos termos de interpretação do art. 244, § 2º, da CLT e em conformidade com o disposto na Súmula 428 do TST<sup>7</sup>. É claro que se o empregado for efetivamente chamado ao trabalho durante o período de descanso haverá repercussões próprias de sobrejornada, com o pagamento de horas extras.

Os avanços vistos nas áreas de telecomunicações e de tecnologia da informação nos últimos anos acarretam, em diversas situações fáticas, aumento na disponibilidade de trabalho, em vez de possibilitar, como seria de se supor, maior oportunidade de tempo livre. É o que se dá em situações de teletrabalho, por exemplo<sup>8</sup>.

A relação entre o tempo de trabalho e o tempo extratrabalho (tempo livre) foi objeto de estudo desenvolvido pelo Ipea, por meio de seu Sips (Sistema de Indicadores de Percepção Social), sob a coordenação de Sandro Pereira e denominação “Trabalho e tempo livre”. Embora não se refira especificamente ao

---

<sup>6</sup> SUM-366 CARTÃO DE PONTO. REGISTRO. HORAS EXTRAS. MINUTOS QUE ANTECEDEM E SUCEDEM A JORNADA DE TRABALHO (conversão das Orientações Jurisprudenciais n. 23 e 326 da SBDI-1) – Res. 129/2005, *DJ* 20, 22 e 25.04.2005. Não serão descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações de horário do registro de ponto não excedentes de cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários. Se ultrapassado esse limite, será considerada como extra a totalidade do tempo que exceder a jornada normal. (ex-OJs da SBDI-1 n. 23 – inserida em 03.06.1996 – e 326 – *DJ* 09.12.2003).

<sup>7</sup> SUM-428 SOBREAVISO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º, DA CLT (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) – Res. 185/2012 – *DEJT* divulgado em 25, 26 e 27.09.2012.

I – O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso.

II – Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso.

<sup>8</sup> As ideias aqui parcialmente revisitadas com relação ao teletrabalho foram publicadas no jornal do 52º Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho (2012), organizado pela Editora LTr (p. 122-125).

teletrabalho, a pesquisa do Ipea traz dados relevantes à compreensão do mundo do trabalho em geral e deste fenômeno em particular. As respostas aos questionamentos feitos a 3.796 trabalhadores (empregados e autônomos) brasileiros são relevantes para a compreensão do tempo cotidianamente gasto com trabalho remunerado e interessam diretamente ao presente estudo. A pesquisa Ipea/Sips “Trabalho e tempo livre” revelou que 45,4% dos entrevistados têm dificuldade para se desligar totalmente do trabalho remunerado (subordinado e autônomo). Desses trabalhadores, 26% ficam de prontidão (leia-se sobreaviso) para eventual atividade extraordinária e 8% planejam ou desenvolvem atividades via internet ou celular. A percepção que o trabalhador tem hoje de que seu tempo livre vem diminuindo foi relatada por 37,7% dos entrevistados, destacando-se, nesse grupo, motivos como o excesso de atividades no trabalho (18%), o fato de levar trabalho para casa (8%) e estar de prontidão para emergências (2,6%). No que se refere ao comprometimento de seu bem-estar decorrente do tempo dedicado ao trabalho, a pesquisa revelou que 39,5% dos entrevistados acham que suas atividades laborais cotidianas comprometem sua qualidade de vida. Nesse ponto os destaques são o estresse (13,8%), o comprometimento de relações familiares (9,8%), do tempo de estudo, de lazer e de atividades físicas (7,2%)<sup>9</sup>.

Nesse contexto entrou em vigor a Lei n. 12.551/2011, que criou o parágrafo único do art. 6º da CLT e que vem ensejando polêmica entre juristas, patrões e empregados<sup>10</sup>. Tem havido, em decorrência do dispositivo celetista, questionamentos sobre serem ou não devidas horas extras no trabalho a distância, sobretudo naquela modalidade específica que ficou conhecida como *teletrabalho*. A resposta, de antemão, é que é possível, sim, a ocorrência de sobrejornada no trabalho a distância, sobretudo naquele qualificado como teletrabalho, sendo necessária análise fática para a distinção entre as figuras jurídicas passíveis de caracterização e pagamento das horas extraordinárias em casos concretos. Para melhor compreensão vale partir de um primeiro caso corriqueiro para a definição dos seus conteúdos jurídicos: determinado trabalhador empregado, em vez de desenvolver seu labor no estabelecimento empresarial do empregador o faz em outro local, com destaque aqui para sua residência<sup>11</sup>. Independentemente do disposto no parágrafo único do art. 6º da CLT, o período de labor do teletrabalhador deve ser compreendido na

<sup>9</sup> Pesquisa Ipea/Sips “Trabalho e tempo livre”, disponível em <www.ipea.gov.br>.

<sup>10</sup> “Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego. Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.”

<sup>11</sup> O teletrabalho pode se dar em *centro satélite* (*Satellite Office Center*), em *centro local* (*Telecenter*), em *escritório em casa* (*Home office*), em *escritório virtual* (*Virtual office*), dentre outras diversas formas, conforme ALVARO MELLO, *Teletrabalho* (Telework). Rio de Janeiro: Qualimark, 1999. p. 6.



forma do art. 4º consolidado, ou seja, considera-se como tempo de serviço efetivo o período em que o empregado está à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens. Assim, desde que seja possível o controle de jornada, na forma da interpretação constitucional do art. 62 da CLT, o teletrabalhador que fica à disposição além da 8ª hora diária estará em sobrejornada, fazendo jus à remuneração extraordinária.

Há uma segunda situação fática, também bastante comum, que é a de determinado trabalhador que, ao findar seu expediente no escritório, continua, em casa ou em qualquer outro local, *on-line*, dedicando-se às suas tarefas profissionais cotidianas (vendas, projetos, análises, pesquisas, contatos com clientes, exemplificativamente). Tem havido, desde a edição da Lei n. 12.551/2011, o entendimento de que tal trabalho será, somente agora, remunerado como extraordinário. Independentemente do disposto no parágrafo único do art. 6º da CLT, tal período de disponibilidade do trabalhador, por qualquer meio, sempre foi, legal e constitucionalmente, período de sobrejornada, ensejando, portanto, o pagamento de horas extras, desde que, é claro, o teletrabalho seja suscetível de controle patronal. Ora, se o trabalhador cumpre sua jornada ordinária em escritório, mas continua à disposição do empregador executando ordens, ou seja, cumprindo suas tarefas cotidianas fora dele, então tal tempo sempre foi de *efetivo serviço*, nos termos do art. 4º da CLT, devendo ser remunerado como sobrejornada se tal trabalho externo for compatível com o controle pelo empregador, conforme previsão do art. 62, I, consolidado.

Há ainda uma terceira possibilidade concreta, também usual, que poderá caracterizar o sobreaviso: determinado trabalhador termina seu expediente no escritório, mas sabe que deve manter-se *on-line* e/ou atento ao telefone (fixo ou celular) para um eventual chamado de seu empregador. Nesse caso, no período em que não está no escritório, o trabalhador somente desenvolverá suas tarefas se for expressamente convocado para tanto pelo seu empregador. O caso, então, é e sempre foi de sobreaviso, que deve ser remunerado pelo empregador em conformidade com a já citada Súmula 428 do TST.

Entrevistas realizadas recentemente em Minas Gerais sinalizam a realidade laborativa dos trabalhadores em geral com relação aos temas aqui tratados. Foram entrevistados 151 trabalhadores, sendo 132 empregados celetistas, 1 empregado doméstico, 11 servidores públicos e 6 trabalhadores autônomos. Aqui, por motivos óbvios, interessam os 132 empregados celetistas ouvidos entre os dias 13.03.2013 e 03.04.2013 nas cidades de Belo Horizonte, Betim, Contagem, Divinópolis, Juiz de Fora, Pedro Leopoldo, Lagoa Santa, Matozinhos e Sete Lagoas<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Tais informações não seriam colhidas não fosse a colaboração inestimável de prezados amigos advogados, meus sempre alunos de graduação e pós-graduação: Adriana Castilho Ramos,

## Limite constitucional de jornada, dano existencial e trabalho escravo

Entre os empregados celetistas, cerne da presente análise, 17,42% são comerciantes, 31,06% são industriários, 38,64% são trabalhadores nos serviços e 12,88% trabalham em outros ramos de atividade econômica.

Interessante destacar, de início, que número expressivo dos entrevistados chegam mais cedo ao local de trabalho: 71,21% têm jornada elástica em decorrência do que aqui se denomina “minutos residuais”. Com relação ao fato de deixarem o local de trabalho depois do horário ordinário 54,54% responderam positivamente. Também significativo foi o número de trabalhadores em sobreaviso: 38 dos entrevistados responderam que ficam atentos a eventual chamado do empregador durante períodos de descanso, o que corresponde a 28,79% dos entrevistados, sendo que 28 deles (73,68% dos empregados em sobreaviso) não recebem qualquer valor em decorrência de tal fato. Na mesma linha, 30 dos entrevistados disseram que acessam a internet para trabalhar durante o período que deveria ser destinado exclusivamente ao descanso, o que corresponde a 22,73% dos entrevistados. Aqui também o pagamento da sobrejornada decorrente do teletrabalho não é feito como deveria: 28 dos 30 teletrabalhadores em sobrejornada, 93,33%, não recebem nenhum valor em decorrência do excesso de trabalho.

É importante, então, que haja especial atenção para o problema da inobservância impune dos limites de jornada no Brasil, com destaque para a atuação dos sindicatos, do Ministério do Trabalho e Emprego, do Ministério Público do Trabalho e do Poder Judiciário Trabalhista. Uma releitura do ordenamento jurídico brasileiro deve fixar a norma constitucional do art. 7º, XIII, como limite de disponibilidade de trabalho, e não como mera referência para pagamento ordinário.

163

## ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL AO LIMITE DE JORNADA

Inicialmente, é necessário reafirmar a supremacia das normas constitucionais no plano da interpretação e aplicação de direitos trabalhistas (constitucionais e infraconstitucionais) nos diversos casos concretos que envolvem relações empregatícias. Infelizmente ainda há intérpretes do Direito do Trabalho, magistrados inclusive, que solucionam controvérsias aplicando uma incompreensível e inexistente (no plano teórico) “pirâmide normativa invertida”, que tem no topo as Súmulas de Jurisprudência do TST, seguidas de Orientações Jurisprudenciais,

---

Ariane Priscila de Almeida e Alves, Danielle de Jesus Dinali, Elisângela Maria Cordeiro, Flávio Soares da Cunha Filho, Josiane Veridiana Carmelito, Lucilene Aidê Rabelo, Marcos Roberto da Costa, Moacyr Moreira Penido Jr., Pamela Gandra Dornas, Paula Iziz Moreira Melo, Ramon Figueiredo Minas Costa, Roberto Henrique Silva Rocha, Silvânia Ferreira, Thiago Moraes, Valdene Lucena Soares e Companheiros do Sinticomex (Pedro Leopoldo e Região). A todos meu muito obrigado!

regras celetistas, legislação infraconstitucional e, na base, utilizadas apenas supletivamente, normas constitucionais. Há uma clara inversão de valores, que deve ser rechaçada para o bem do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho no Brasil.

Nunca é demais então lembrar que a melhor interpretação de uma situação concreta envolvendo disposição (diária, semanal, mensal) de trabalho é aquela que reconhece a supremacia das normas constitucionais e de que trata o disposto no art. 7º, XIII e XIV, como limites e não como meras referências para pagamento ordinário. A supremacia da norma constitucional decorre de seu conteúdo, da posição de preeminência do Poder Constituinte originário, da rigidez constitucional e de sua vocação de permanência, conforme esclarece Luís Roberto Barroso<sup>13</sup>. Tal preponderância da norma constitucional, entretanto, somente desponta clara no mundo a partir da segunda metade do século XX, e, no caso brasileiro, após a Constituição da República de 1988, o que talvez explique (embora não justifique) a interpretação retrospectiva que insistentemente se vê em julgados trabalhistas. Mesmo após 1988, há ainda intérpretes e julgadores que não conseguem compreender a supremacia constitucional e optam, talvez sem maior reflexão, por uma falsa regra de especialidade, como se aplicar a CLT em detrimento do texto constitucional se justificasse pela especificidade das regras infraconstitucionais trabalhistas em certos casos. Some-se ainda o fato de que o texto constitucional promulgado começou a ser implementado, e sobretudo interpretado, em um momento de agressão ao sistema protetivo trabalhista vigente no plano infraconstitucional, o que impôs aplicação restritiva e limitadora de direitos, em consonância com o neoliberalismo hegemônico, que como tal atingiu também o Poder Judiciário. Houve a promulgação de uma Constituição Social seguida dos governos neoliberais<sup>14</sup> de Fernando Collor de Melo e Fernando Henrique Cardoso, o que talvez explique a interpretação conservadora, e muitas vezes retrospectiva, que se faz de seu texto.

Muito do que se decide hoje em termos de limite de jornada está fundamentado em termos positivistas, de aproximação quase plena entre direito e regra legal, sem que se estabeleçam juízos de valor nas razões de decidir. Há, ainda, um legalismo acrítico e que não reconhece a normatividade de princípios constitucionais e sua preponderância (em relação à regra infraconstitucional) em toda e qualquer relação jurídica intersubjetiva. É necessária, então, uma postura pós-positivista, que supere o positivismo por meio da reconstrução dos valores

---

<sup>13</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>14</sup> Sobre os impactos do neoliberalismo no Direito do Trabalho, veja artigo deste autor intitulado “Neoliberalismo, ‘flexibilização a sangue-frio’ e perspectivas do Direito do Trabalho no Brasil”, publicado na *Revista LTr*, ano 74, out. 2010, p. 1245-1255. Disponível em: <www.direito-dotrabalhoessencial.com.br>.

## Limite constitucional de jornada, dano existencial e trabalho escravo

éticos da sociedade, materializados que estão em princípios constitucionais, conforme bem leciona Luís Roberto Barroso<sup>15</sup>.

Apenas a título de exemplificação e com a devida vênia, veja-se a “jornada de 10 horas” que vem sendo usada como limite<sup>16</sup> pelo Poder Judiciário Trabalhista:

EMENTA: HORAS EXTRAS. ACORDO. LIMITE. Mesmo o Acordo válido está sujeito ao **limite de 10 (dez) horas diárias**, pena de desrespeito ao artigo 59, parágrafo 2º, da CLT (TRT, 3ª Região, 5ª Turma, processo n. 00347-2004-099-03-00-0 RO, publicação em: 25.09.2004. Disponível em: <www.trt3.jus.br>. Grifos não constam do texto original).

EMENTA: HORAS EXTRAS. REGIME DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA VÁLIDO. Conforme entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula 85 do colendo TST, em se tratando de compensação de jornada, é necessária, para sua validade, a existência de acordo escrito prevendo-a, coletivo ou mesmo individual, quando inexistir norma coletiva dispendo em contrário (inteligência dos itens I e II da referida súmula). Na espécie, havendo autorização coletiva para o denominado “banco de horas”, e restando extrapolado o **limite diário de 10 horas** para a validade da compensação (CLT, art. 59, § 2º), é o caso de se aplicar o entendimento que encerra o item III do verbete sumular em questão, sendo devido apenas o adicional correspondente às horas excedentes à jornada normal diária (TRT, 3ª Região, 6ª Turma, processo n. 0118400-49.2009.5.03.0098 RO, publicação em: 31.05.2010. Disponível em: <www.trt3.jus.br>. Acesso em: 04 set. 2014. Grifos não constam do texto original).

EMENTA: REGIME ESPECIAL DE JORNADA. VALIDADE. EXIGÊNCIA DE ACORDO. O turno de trabalho de 12 horas, como situação especialíssima de excesso de jornada, que ultrapassa o **limite de 10 horas diárias** previsto no artigo 59 da CLT, só pode existir mediante acordo expresso que, consoante jurisprudência consubstanciada na Súmula nº 444 do TST, deve ser coletivo. Ainda que se admita a negociação individual entabulada diretamente com o trabalhador, esta deve ser específica, delimitando claramente os limites de jornada, sob pena de ser invalidado o ajuste (TRT, 15ª Região, 4ª Turma, 7ª Câmara, processo n. 0000154-39.2012.5.15.0136 RO. Disponível em: <www.trt15.jus.br>. Grifos não constam do texto original).

EMENTA: REGIME DE COMPENSAÇÃO. INVALIDADE E CONSEQUÊNCIAS. APLICABILIDADE DA SÚMULA 85, DO TST. O art. 7º, inciso XIII, da Constituição da República de 1988, quando estabelece o

<sup>15</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>16</sup> As decisões não desconhecem o padrão de oito horas como referência para horas ordinárias, sendo a nona e a décima horas remuneradas como extraordinárias ou compensadas.

limite máximo de jornada diária em oito horas e semanal de quarenta e quatro, facultando a compensação de horários, exige que esta ocorra mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho, com previsão expressa acerca dos dias em que haverá excesso e daqueles em que haverá redução ou supressão de jornada, para não deixar cláusula essencial do contrato de trabalho ao arbítrio do empregador (art. 122, do Código Civil). A seguir, é necessário estabelecer acordo escrito com o obreiro, para a pactuação e especificação de tal regime, contendo todas e quaisquer cláusulas limitativas do direito do empregado aos limites legais de jornada. Ainda, a validade do acordo condiciona-se à inexistência de desrespeito ao **limite diário fixado no artigo 59 da CLT (10 horas)**; à ausência de horas extras juntamente com a compensação e à ausência de trabalho em sábados, quando visada a supressão do labor em tais dias. A consequência da não observância desse roteiro, com o desrespeito aos requisitos formais ou materiais para o acordo de compensação semanal enseja o pagamento de horas extras, não se aplicando a Súmula 85 do TST (TRT, 9ª Região, 4ª Turma, processo n. 42392-2013-001-09-00-4, publicação em: 12.08.2014. Disponível em: <www.trt9.jus.br>. Acesso em: 04 set. 2014. Grifos não constam do texto original).

166

Não se pretende aqui dizer que são injustas as decisões acima, mas apenas que trabalham com um limite que não é aquele fixado na Constituição da República. Não tem havido espaço jurídico processual (teses, antíteses e sínteses) para discussão sobre a essência da norma constitucional de limitação de jornada. O que se aceita, equivocadamente, é que o empregador pode exigir dez horas de trabalho diariamente desde que pague como extraordinárias a 9ª e a 10ª horas ou promova a sua compensação. Não se discutem processualmente os fatos ensejadores da exigência de sobrejornada ou se a regra constitucional do inciso XIII do art. 7º estabelece limite ou referência. Há, ainda, interpretação no sentido de que o inciso XIII do art. 7º da Constituição da República estabelece a apenas a disposição *normal* de trabalho, sendo possível a exigência ordinária de labor em sobrejornada.

É urgente, então, interpretação coerente das normas constitucionais dos incisos XIII e XIV, bem como do disposto no inciso XVI, todos do art. 7º. Há que se compreender, de antemão, que “em qualquer operação de concretização do Direito haverá a aplicação da Constituição, que se dará de maneira direta ou indireta. Será direta quando determinada pretensão se fundar em um dispositivo constitucional”<sup>17</sup>. Assim, situações controvertidas envolvendo limitação de jornada deverão considerar o limite constitucional de oito horas, em interpretação

---

<sup>17</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 152.

direta do texto constitucional, com sua aplicação, com força normativa, para a solução do caso concreto. A interpretação será indireta sempre que uma “pretensão se basear em uma norma infraconstitucional. É que, nesse caso, a Constituição figurará como parâmetro de validade da norma a ser aplicada, além de pautar a determinação de seu significado”<sup>18</sup>. No que concerne à situação analisada, então, é necessária uma releitura do disposto no art. 59, *caput* e § 2º, da CLT, em conformidade com o art. 7º, XIII e XVI, da Constituição da República.

A Constituição da República em seu art. 7º limita a jornada de trabalho a oito horas (inciso XIII), podendo haver extraordinariamente (inciso XVI) a extrapolação desse limite, circunstância ensejadora de pagamento de adicional. A pretensa liberdade celetista de elasticidade do limite de jornada a dez horas, ainda que remunerado o trabalho com acréscimo de adicional, não encontra respaldo constitucional, não sendo minimamente razoável falar-se em horas extras habituais, como já foi acima destacado.

A norma do art. 59, *caput*, da CLT deve ser compreendida como regra que fixa, em consonância com a Constituição, limite de jornada de 8 horas, sendo possível que haja a exigência de trabalho em sobrejornada em situações extraordinárias. Na mesma linha o § 2º do mesmo art. 59 da CLT, que permite a compensação de horas extraordinárias pela figura do “banco de horas”<sup>19</sup>, mas apenas havendo, no caso concreto, situação também extraordinária. A referência normativa a regular o que é extraordinário está fixada no *caput* do art. 61 da CLT, que trata da *necessidade imperiosa* de jornada extraordinária, “seja para fazer face a motivo de força maior, seja para atender à realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto”. É claro, então, que o empregador só pode exigir trabalho em sobrejornada extraordinariamente, e não como estratégia ordinária de gestão. Não se pode compreender lícita a extrapolação dos limites constitucionais como forma de redução de custos. O empregador que exige sobrejornada habitualmente deve se abster de tal prática e contratar mais empregados para o desenvolvimento das tarefas ordinárias de seu empreendimento.

As normas constitucionais do art. 7º, XIII e XVI, deverão ser interpretadas em consonância com a ideia fundamental da República Brasileira consistente em valorização social do trabalho (Constituição da República, art. 1º, IV), bem como sempre em conformidade com o princípio basilar de dignidade da pessoa humana (Constituição da República, art. 1º, III). Assim,

---

<sup>18</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 152.

<sup>19</sup> A figura do “banco de horas” é de duvidosa constitucionalidade, ideia desenvolvida pelo autor em diversos artigos, disponíveis no site <[www.direitodotrabalhoessencial.com.br](http://www.direitodotrabalhoessencial.com.br)> e no livro *Direito do trabalho essencial*, publicado pela Editora LTr.

somente extraordinariamente pode haver exigência de jornada de trabalho superior a oito horas, devendo tal extrapolação de limites ser remunerada com acréscimo de adicional constitucional.

Com relação à expressão “facultada a compensação de horários” do art. 7º, XIII, da Constituição da República, não é justificável manter interpretação no sentido de que é possível, ordinariamente, a inobservância ao limite de oito horas. Pode ocorrer, sim, a conhecida “compensação de sábado”, situação em que o trabalhador tem sua jornada elasticada para que complete suas 44 horas semanais de trabalho de segunda a sexta-feira. Também é possível, consoante jurisprudência majoritária, a compensação anual, por meio do “banco de horas”, mas sempre em situações extraordinárias.

Tal postura interpretativa, por óbvio, não depende de alteração normativa. Trata-se de mutação constitucional decorrente apenas da mudança no sentido da norma por revisão da interpretação preexistente<sup>20</sup>. O inciso XIII do art. 7º da Constituição da República deve ser interpretado como limite, e não como mera referência para pagamento de remuneração ordinária.

Em análise sistemática, que privilegia o princípio da unidade da Constituição, deve-se compreender que a norma constitucional do inciso XXII do art. 7º<sup>21</sup> está em consonância com a interpretação aqui lançada no que concerne aos incisos XIII e XIV. Maurício Godinho Delgado<sup>22</sup> defende que “a modulação da duração do trabalho é parte integrante de qualquer política de saúde pública, uma vez que influencia, exponencialmente, a eficácia das medidas de medicina e segurança do trabalho adotadas na empresa”. Ora, não é possível a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” prevista na Constituição da República se não se compreender e aplicar efetivamente limitação de jornada e de disponibilidade semanal de trabalho no Brasil.

## **EFETIVIDADE DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS SOCIAIS TRABALHISTAS**

A questão central do presente artigo se põe, necessariamente, no plano da efetividade dos direitos sociais constitucionais trabalhistas. Não basta a garantia constitucional de “duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais” (Constituição da República, art. 7º, XIII), facultada

<sup>20</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>21</sup> “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;”

<sup>22</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2014. p. 901.

a compensação de trabalho. É necessária a concretização de tais limites no plano dos contratos de emprego, ressalvadas apenas situações extraordinárias (Constituição da República, art. 7º, XVI).

A efetividade dos direitos constitucionais não se confunde, obviamente, com a sua eficácia. O estudo da eficácia das normas constitucionais se contenta, em síntese, com a sua aptidão para a produção de efeitos, imediatamente ou não, de modo pleno ou contido (consoante doutrina majoritária). O estudo da efetividade das normas constitucionais, por outro lado, pretende pesquisar a realização concreta do direito posto, ou seja, “a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais” o que conduz necessariamente a uma “aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social”, consoante lições de Luís Roberto Barroso<sup>23</sup>. Há, então, como anteriormente delineado, a necessidade de análise da realidade social, política e econômica que envolve o fenômeno jurídico e, mais do que isso, o estudo de possibilidades jurídicas para enfrentamento do déficit de efetividade da norma constitucional em análise.

De início vale aqui destacar a fundamentalidade dos direitos sociais trabalhistas. Em síntese, são os direitos constitucionais trabalhistas fundamentais? Há diferença, em relação ao regime jurídico, entre direitos trabalhistas (arts. 7º, 8º e 9º) e direitos individuais consagrados no art. 5º da Constituição da República? Por fim: os direitos constitucionais trabalhistas são plena e diretamente exigíveis, nos mesmos termos em que são os direitos fundamentais individuais? A resposta, para todas as perguntas, deve ser positiva.

Os direitos constitucionais trabalhistas, fixados principalmente nos arts. 7º, 8º e 9º da Carta da República, são direitos fundamentais. Tal afirmação pode decorrer tanto de uma análise formal, topográfica, quanto material, que destaca a relevância dos bens jurídicos tutelados.

Formalmente, em análise topográfica dos direitos constitucionais sociais trabalhistas, é simples a constatação de sua fundamentalidade. Basta verificar que as normas contidas nos arts. 7º, 8º e 9º da Constituição da República se inserem no Capítulo II (Dos Direitos Sociais) do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais). Visto, então, que a Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988 decidiu, soberanamente, gravar como fundamentais os direitos sociais trabalhistas, o que, por si só, já deve servir de argumento para seu tratamento jurídico em tais termos. Mas não é só.

Materialmente, nos termos da análise de Ingo Wolfgang Sarlet, há que se reconhecer também a fundamentalidade dos direitos sociais constitucionais, dentre eles os trabalhistas. Para o citado autor, “os direitos fundamentais só

---

<sup>23</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 243.



podem ser considerados verdadeiramente fundamentais quando e na medida em que lhes é reconhecido (e assegurado) um regime jurídico privilegiado no contexto da arquitetura constitucional<sup>24</sup>. Tal regime jurídico privilegiado consiste, em síntese, em proteção especial contra revisão do legislador constitucional reformador (cláusulas pétreas) e aplicação direta e imediata. Em síntese, a fundamentalidade material decorre da aplicação, aos direitos sociais, das regras constitucionais dos arts. 60, § 4º, IV, e 5º, § 1º.

Com relação ao segundo critério (aqui visto primeiramente), de aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais, a análise parece ser mais simples, pois a norma constitucional do art. 5º, § 1º, expressa e claramente dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, não restringindo tal comando ao disposto no Capítulo I, do Título II, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos. Não obstante tal compreensão, há quem sustente que o fato de ser parágrafo (primeiro) do art. 5º restringe a aplicação da norma às situações de seu *caput* e incisos, sem que se irradie para os demais artigos constitucionais. Ingo Wolfgang Sarlet, reafirmando a fundamentalidade material e em interpretação sistemática do Texto Constitucional, rebate a crítica e explica:

Neste sentido, percebe-se, desde logo, que o Constituinte não pretendeu (e nem é legítimo presumir isto!) excluir, os direitos políticos, de nacionalidade do âmbito do art. 5º, parágrafo 1º, de nossa Carta, que, assim como os direitos sociais, integram o conjunto dos direitos cuja fundamentalidade foi expressamente afirmada na Constituição. (...) Parece evidente que a ausência de uma distinção expressa entre o regime dos direitos sociais e os demais direitos fundamentais, somada ao texto do parágrafo 1º do artigo 5º da CF, ainda mais em face da circunstância de que os direitos sociais (mas pelo menos os elencados no Título II da CF) são direitos fundamentais, deve prevalecer sobre uma interpretação notadamente amparada em critério meramente topográfico<sup>25</sup>.

Com relação ao primeiro critério, impossibilidade de reforma, a defesa é um tanto mais complexa, vez que a análise literal do disposto no art. 60, § 4º e inciso IV, pode conduzir a uma compreensão distorcida. A regra citada define a

---

<sup>24</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. “Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: Contributo para um Balanço dos Vinte anos da Constituição Federal de 1988” *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel, BINENBOJM, Gustavo (Coords.), “Vinte anos da Constituição Federal de 1988”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 488.

<sup>25</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. “Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: Contributo para um Balanço dos Vinte anos da Constituição Federal de 1988” *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel, BINENBOJM, Gustavo (Coords.), “Vinte anos da Constituição Federal de 1988”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 489.

impossibilidade de reforma constitucional por emenda apenas no que concerne aos “direitos e garantias individuais”, o que excluiria, em perspectiva literal, os direitos constitucionais fundamentais que não constam do rol do art. 5º. De início Sarlet afasta tal leitura com os seguintes argumentos:

Caso fôssemos nos aferrar a esta exegese de cunho estritamente literal, teríamos de reconhecer que não apenas os direitos sociais (artigos 6º a 11), mas também os direitos de nacionalidade (artigos 12 e 13), bem como os direitos políticos (artigos 14 a 17, com exceção do direito de voto, já previsto no elenco do inciso IV do parágrafo 4º do art. 60) estariam todos excluídos da proteção outorgada pela norma contida no artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, de nossa Lei Fundamental. Aliás, por uma questão de coerência, até mesmo os direitos coletivos (de expressão coletiva) constantes no rol do artigo 5º não seriam merecedores desta proteção. Já esta simples constatação indica que tal interpretação dificilmente poderá prevalecer, pelo menos não na sua versão mais extremada<sup>26</sup>.

Para o citado autor, a proteção referente às cláusulas pétreas deve decorrer de interpretação sistemática do texto constitucional. Explica o citado autor que a Constituição da República não faz distinção expressa entre “direitos de liberdade (defesa) e direitos sociais, inclusive no que diz com eventual primazia dos primeiros sobre os segundos”. O autor defende também a existência de “íntima vinculação dos direitos fundamentais sociais com a concepção de Estado”, conforme normas do art. 1º, I, II e III, bem como do art. 3º, I, III e IV<sup>27</sup>. Tal constatação permite inferir uma identidade da Constituição, que consagra limites materiais implícitos à reforma constitucional. Além disso, insiste o citado autor, em perspectiva lógica, ao argumentar que “um extenso rol de direitos sociais no título dos direitos fundamentais seria, na verdade, destituída de sentido, caso o Constituinte, ao mesmo tempo, lhes tivesse assegurado proteção jurídica diminuída”<sup>28</sup>. Por fim e não menos importante no que concerne ao presente estudo, há direitos constitucionais trabalhistas que são claramente de titularidade individual, em consonância então com a literalidade da regra do art. 60, § 4º,

<sup>26</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. “Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: Contributo para um Balanço dos Vinte anos da Constituição Federal de 1988” In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel, BINENBOJM, Gustavo (Coords.), “Vinte anos da Constituição Federal de 1988”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 490.

<sup>27</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. “Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: Contributo para um Balanço dos Vinte anos da Constituição Federal de 1988” In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel, BINENBOJM, Gustavo (Coords.), “Vinte anos da Constituição Federal de 1988”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 491-492.

<sup>28</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. “Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: Contributo para um Balanço dos Vinte anos da Constituição Federal de 1988” In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel, BINENBOJM, Gustavo (Coords.), “Vinte anos da Constituição Federal de 1988”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 492.

IV. Ora, o destinatário do direito a férias, 13º salário, salário-mínimo e limitação de jornada é o indivíduo, da mesma forma que “é o indivíduo que tem direito à saúde, assistência social, aposentadoria, etc.”<sup>29</sup>. Por fim, sintetiza Sarlet que “a função precípua das assim denominadas ‘cláusulas pétreas’ é a de impedir a destruição dos elementos essenciais da Constituição, encontrando-se, neste sentido, a serviço da preservação da identidade constitucional, formada justamente pelas decisões fundamentais tomadas pelo Constituinte”<sup>30</sup>.

Assim, não há diferença, em relação ao regime jurídico, entre direitos trabalhistas (arts. 7º, 8º e 9º) e direitos individuais consagrados no art. 5º da Constituição da República. São todos fundamentais, gravados de imutabilidade, reveladores das mais importantes decisões do legislador constituinte originário. E mais, os direitos constitucionais trabalhistas são plena e diretamente exigíveis, nos mesmos termos em que são os direitos fundamentais individuais. É possível inferir, portanto, que empregadores e Estado têm o dever de observar os direitos fundamentais do cidadão trabalhador, ainda que não expressos na específica legislação trabalhista. A norma empresarial, o agir patronal ou a atuação estatal contrários ao direito constitucional fundamental social devem receber competente reprimenda, nos termos da ordem jurídica vigente<sup>31</sup>.

Portanto, limite de jornada não superior a oito horas e de disponibilidade semanal de trabalho em 44 horas é expressão de garantia básica de direito fundamental, insuscetível de redução de seu alcance por norma infraconstitucional ou por interpretação retrospectiva. Como tal limite é atualmente visto apenas como referência, forçoso é constatar que a norma constitucional do art. 7º, XIII, não tem a efetividade que deveria ter. Tal constatação, entretanto, impõe um desafio: como efetivar tal conteúdo constitucional? Duas são as possibilidades, sendo uma no campo da interpretação constitucional e outra no plano da aplicação estratégica de seu conteúdo. No que concerne à interpretação, é necessário que se reafirme o anteriormente exposto no presente trabalho: somente extraordinariamente pode haver exigência de jornada de trabalho superior a oito horas, devendo tal extrapolação de limites ser remunerada com acréscimo de adicional

<sup>29</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. “Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: Contributo para um Balanço dos Vinte anos da Constituição Federal de 1988” *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel, BINENBOJM, Gustavo (Coords.), “Vinte anos da Constituição Federal de 1988”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 492.

<sup>30</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. “Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: Contributo para um Balanço dos Vinte anos da Constituição Federal de 1988” *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel, BINENBOJM, Gustavo (Coords.), “Vinte anos da Constituição Federal de 1988”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 492.

<sup>31</sup> Sobre a aplicação direta e imediata de direitos constitucionais sociais trabalhistas, veja artigo deste autor, intitulado “A eficácia dos Direitos Fundamentais no âmbito das relações trabalhistas”, publicado na *Revista LTr*, ano 75, out. 2011, p. 1209-1218. Disponível em: <<http://www.direitodotrabalhoessencial.com.br>>.

## Limite constitucional de jornada, dano existencial e trabalho escravo

constitucional. Sobre aplicação estratégica, há duas perspectivas, dependendo da situação concreta: caracterização de trabalho escravo e/ou de dano existencial, o que atingirá, efetivamente, o empregador.

### TRABALHO ESCRAVO E SOBREJORNADA

O trabalho escravo é uma das maiores vergonhas do Brasil desde sempre, e persiste, ainda que com novos contornos, neste início de século XXI. É triste constatar que 2.063 trabalhadores tiveram que ser resgatados da escravidão pelo Ministério do Trabalho e Emprego no ano de 2013, em 179 operações que inspecionaram 300 estabelecimentos. Pior ainda é saber que os números certamente são bem maiores do que os oficiais. Os dados, alarmantes, constam da seguinte tabela:

**Tabela 5** – Quadro geral das operações de fiscalização para erradicação do trabalho escravo – SIT/SRTE 1995 a 2013

ANO	OPERAÇÕES	ESTABELECIMENTOS INSPECIONADOS	TRABALHADORES RESGATADOS
2013	179	300	2.063
2012	141	255	2.750
2011	170	341	2.485
2010	142	310	2.628
2009	156	350	3.769
2008	158	301	5.016
2007	116	206	5.999
2006	109	209	3.417
2005	85	189	4.348
2004	72	276	2.887
2003	67	188	5.223
2002	30	85	2.285
2001	29	149	1.305
2000	25	88	516
1999	19	56	725
1998	17	41	159
1997	20	95	394
1996	26	219	425
1995	11	77	84

**Fonte:** Ministério do Trabalho e Emprego. Relatórios Específicos de Fiscalização para Erradicação do Trabalho Escravo.

Quem explora trabalho em condições análogas à escravidão certamente faz pouco do Estado Democrático de Direito, que consagrou princípios constitucionais reveladores de direitos fundamentais inafastáveis, conforme visto anteriormente. A reprimenda nesses casos deve ser extremamente severa, sob pena do reconhecimento da falência do Estado. No trabalho escravo o ser humano é visto pelo explorador como sua propriedade, ou apenas uma peça integrante de seu complexo empresarial, em uma repugnante relação dominial, em que não há mera subordinação jurídica, mas verdadeira sujeição pessoal. O alcance do poder de fato do patrão escravista não se restringe ao modo da prestação laborativa e invade os mais elementares aspectos da vida privada do trabalhador. Tais absurdos não decorrem de ausência de regra legal, mas da sensação de impunidade que vigora nas relações capital-trabalho. O Código Penal brasileiro tipifica, em seu art. 149, o crime de redução a condição análoga à de escravo<sup>32</sup>. Tal conformação legal pode e deve servir de parâmetro também para punições trabalhistas concernentes à reparação de danos (individuais e coletivos).

Análise da Constituição da República em conjunto com o disposto no *caput* do art. 149 do Código Penal permite a determinação dos bens jurídicos protegidos no caso em exame: dignidade da pessoa humana, liberdade, vida, saúde e segurança do cidadão trabalhador.

174

Ainda há entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido da exigência de privação da liberdade de locomoção (liberdade de ir e vir) para que se configure o ilícito penal, o que tornaria insuficiente a caracterização das condutas de agressão à dignidade, à vida, à saúde e à segurança do trabalhador para a criminalização do agente. Tal compreensão se baseia na topografia do tipo penal do art. 149, inserido que está no Capítulo VI, “Dos crimes contra a liberdade individual”, do Título I, “Dos crimes contra a pessoa”. Assim, a restrição da liberdade de ir e vir seria imprescindível à caracterização do ilícito. Os Auditores

---

<sup>32</sup> “Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I – contra criança ou adolescente;

II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

Fiscais do Trabalho Vitor Araújo Filgueiras e Jeane Sales Alves<sup>33</sup> discordam da compreensão supra e explicam:

Além de poder atentar diretamente contra a liberdade individual (apesar de não haver, em geral, tal necessidade), a compulsão do capital ameaça a saúde dos trabalhadores, dignidade, segurança, e, inclusive, desconhece o limite físico do próprio elemento que lhe sustenta. Segundo Silva (2006), a vida útil dos trabalhadores no corte de cana nas décadas de 1990 e 2000 girava entre 10 e 15 anos, ou seja, menor do que os referidos 20 anos dos escravos do século XIX.

Também no sentido mais amplo do tipo penal José Cláudio Monteiro de Brito Filho<sup>34</sup> esclarece que o STF já decidiu que “o crime tipificado no art. 149 do Código Penal deve ser entendido como uma das hipóteses de crime contra a administração do trabalho, uma vez que esses crimes (...) não estariam previstos, de forma taxativa” no título próprio (Título IV, “Dos crimes contra a organização do trabalho”).

A doutrina, tanto no âmbito penal quanto na seara trabalhista, é no sentido de que para a constatação do crime previsto pelo art. 149 do Código Penal é necessária a caracterização da *relação de trabalho*, que será ou não reconhecida como relação de emprego a depender das circunstâncias fáticas. Normalmente as situações de trabalho escravo indicam a presença dos requisitos do art. 3º da CLT. Condutas semelhantes e que não envolvem uma relação de trabalho (com ou sem vínculo de emprego) poderão caracterizar crimes diversos, como constrangimento ilegal, sequestro, cárcere privado, entre outros, mas não aquele previsto pelo art. 149 do Código Penal.

Sete são, basicamente, as condutas ilícitas previstas no art. 149 do Código Penal: trabalhos forçados, jornada exaustiva, condições degradantes, restrição de locomoção, cerceamento de transporte, vigilância ostensiva e apropriação de documentos. Ao presente trabalho interessa a redução ao trabalhador à condição análoga à de escravo em decorrência de jornada exaustiva, que merece análise detida, visto não ser imediatamente associável (na prática cotidiana) ao trabalho escravo, pois o excesso de jornada no Brasil parece ser a regra, conforme anteriormente exposto.

José Cláudio Monteiro Brito Filho<sup>35</sup> defende que a caracterização do trabalho escravo por jornada exaustiva exige a extrapolação dos limites constitucionais

<sup>33</sup> FILGUEIRAS, Vitor Araújo; ALVES, Jeane Sales. Trabalho análogo ao escravo no Brasil: regulação em disputa e recentes resgates no Estado da Bahia. *Revista do TST*. Brasília, v. 80, n. 1, jan./mar. 2014, p. 313.

<sup>34</sup> BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Caracterização do trabalho escravo no Brasil: perspectiva penal. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, n. 302, ago. 2014, p. 27.

<sup>35</sup> BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Trabalho decente: análise jurídica da exploração do trabalho*. Trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 70.

fixados no inciso XIII do art. 7º da Constituição da República, a inobservância aos limites celetistas para a sobrejornada (art. 59), além de prejuízo, ainda que potencial, à saúde do trabalhador. Destaca, por fim, a imposição da sobrejornada pelo contratante, com anulação da vontade do trabalhador.

Wilson Ramos Filho<sup>36</sup> faz análise objetiva do que seja jornada exaustiva:

Perseguindo a mesma linha de raciocínio que se adotou para a caracterização das “condições degradantes de trabalho”, constata-se que a legislação “legaliza” a prestação de horas para além da carga horária diária máxima, ao estipular que se remunere tal carga horária como “horas extras”, ou seja, com adicional de 50%. Sendo assim, o direito do trabalho autoriza o empregador a exigir do empregado horas de trabalho além do limite constitucional de oito horas diárias, cumpridas dadas condições, irrelevantes na presente linha de argumentação.

O tipo penal alude a jornadas exaustivas. Obviamente tal qualificação deve adequar-se à forma que cada trabalho assume, pois, em um trabalho mais intenso, mais rapidamente se atinge a exaustão, enquanto em um trabalho meramente contemplativo pode prolongar-se por muito mais tempo antes que condições de esgotamento equivalentes se instalem. Por essa razão, a legislação prevê intervalos intrajornadas mais frequentes naqueles. Mas, independentemente de tais ponderações, na busca de um critério objetivo para tal caracterização, seria possível identificar como jornada exaustiva (qualquer que seja a atividade) aquela exigida, regularmente, do trabalhador, para além da décima hora em uma mesma jornada diária; ou seja, para todo trabalho a décima hora, em um mesmo dia, se imporia como o limite quantitativo.

Note-se que o *caput* do artigo 149 menciona três situações que caracterizariam o trabalho em condições análogas à de escravo, sendo a primeira delas a submissão a trabalho forçado ou a jornadas exaustivas, e exatamente nesse contexto que se deve perquirir a melhor hermenêutica. Para o legislador, essa primeira forma de trabalho em condições análogas à de escravo consiste não apenas naquela descrita internacionalmente como “trabalho forçado”, muitas vezes associado à restrição à liberdade de locomoção, mas também naquele prestado em relações em que o empregador exige do empregado trabalho em quantidade (máximo de dez horas diárias) ou em intensidade superiores às forças humanas, remetendo a um critério qualitativo para mais adequada configuração. A questão adquire relevância quando se consideram as importantes alterações na maneira de se gerirem as empresas, experimentadas em nosso novo, e precário, mundo do trabalho (ALVES, 2000),

<sup>36</sup> RAMOS FILHO, Wilson. Trabalho degradante e jornadas exaustivas: crime e castigo nas relações de trabalho neo-escravistas. *Revista do TRT – 9ª Região*, v. 61, jul./dez. 2008.

identificadoras de um novo espírito do capitalismo (BOLTANSKI & CHIAPELO, 2002) no qual a intensidade do trabalho resta potencializada para ampliação crescente das margens de lucro.

Sendo assim, independentemente de o empregador remunerar as horas extras corretamente, sempre que exigir do empregado, com habitualidade, horas de trabalho que ultrapassem o limite máximo de dez horas diárias, uma situação fática de exigência de jornadas exaustivas se consuma.

O ponto referencial de compreensão do crime e ilícito trabalhista deve ser, assim, a imposição de sobrejornada sem que tenha o trabalhador, na prática, o direito de se insurgir contra a determinação patronal, de modo a prejudicar o empregado em sua vida privada (saúde e segurança, além de inserção comunitária, familiar, política, religiosa). Diante do exposto no presente estudo, caracteriza-se a jornada exaustiva sempre que houver, ordinariamente, inobservância ao limite constitucional de disponibilidade diária ou semanal de trabalho, independentemente do *quantum*, ou seja, de quantas horas extraordinárias empreendeu o trabalhador. Os pontos característicos serão a habitualidade da sobrejornada imposta pelo empregador<sup>37</sup> e o potencial prejuízo à integridade física ou moral do cidadão trabalhador.

### DANO EXISTENCIAL E SOBREJORNADA

177

Sem pretender incentivar o que se costuma cognominar “indústria do dano moral”, é necessário estudar a estreita relação existente entre o dano existencial e a sobrejornada. Doutrina e jurisprudência, além da normatização heterônoma, lidam cotidianamente com diversas possibilidades de responsabilidade civil no âmbito trabalhista, surgindo agora novo instituto, intitulado “dano existencial”. Rodolfo Pamplona Filho e Luiz Carlos Vilas Boas Andrade Júnior<sup>38</sup> criticam tal “novidade” e se referem à “Torre de Babel das novas adjetivações do dano”. Compreendem tal fenômeno relacionado à positivação constitucional da dignidade humana como fundamento da República

A elevação do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento de todo o ordenamento jurídico brasileiro acabou gerando uma

---

<sup>37</sup> Tal imposição, conforme será visto adiante no item 6, decorre de mera subordinação jurídica, não sendo exigível, para sua caracterização, sujeição pessoal, uso de força física ou coação moral. Tal constatação decorre da restrição fática ao inconformismo contratual obreiro decorrente da inaplicabilidade da regra constitucional de garantia de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa (art. 7º, I, CR), o que, na prática, inviabiliza a recusa do trabalhador quanto ao cumprimento de trabalho em sobrejornada.

<sup>38</sup> PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos Vilas Boas. A Torre de Babel das novas adjetivações do dano. *Revista LTr*, v. 78, n. 5, maio 2014, p. 557.



expansão qualitativa, na medida em que novos interesses, sobretudo de natureza existencial e coletiva, passam a ser considerados pelos tribunais como merecedores de tutela, consubstanciando-se a sua violação em novos danos ressarcíveis.

Entendem os citados autores que os danos extrapatrimoniais autônomos previstos no sistema jurídico brasileiro são apenas três: material, moral e à imagem. Os “novos danos” (estético, psicológico, existencial, biológico, dentre outros) seriam, em tal linha, meras adjetivações doutrinárias e jurisprudenciais. Não obstante a crítica, é possível a análise do dano existencial e de sua relação com a sobrejornada, ainda que se compreenda, conforme o caso, tratar-se de dano moral em sua conceituação clássica. O que importa, aqui, é o reconhecimento do dano indenizável e sua suficiente reparação em casos de sobrejornada ordinária.

Sônia Mascaro Nascimento<sup>39</sup> relata a criação da expressão “*danno esistenziale*” na doutrina italiana como originária do tratamento jurídico da situação juslaboral em questão no Brasil e traz sua conceituação:

[...] qualquer prejuízo que o ilícito [...] provoca sobre atividades não econômicas do sujeito, alterando seus hábitos de vida e sua maneira de viver socialmente, perturbando seriamente sua rotina diária e privando-o da possibilidade de exprimir e realizar sua personalidade no mundo externo. [...] O dano existencial funda-se sobre a natureza não meramente emotiva e interiorizada (própria do dano moral), mas objetivamente constatável do dano, através da prova de escolhas de vida diversas daquelas que seriam feitas, caso não tivesse ocorrido o evento danoso.

O dano existencial vem sendo reconhecido pela doutrina e jurisprudência trabalhistas no Brasil e tem como característica mais marcante a frustração de um projeto de vida em decorrência de ato ilícito trabalhista patronal decorrente de limitações impostas à plena realização de direitos de personalidade por excesso de trabalho. A reparação do dano impõe, portanto, a comprovação de ilícito trabalhista (relacionado ao excesso de trabalho, principalmente e com destaque para o presente estudo), prejuízo referente a projeto de vida e a nexos de causalidade entre ambos.

O dano existencial nas relações de trabalho decorre, regra geral (que comporta exceções), do desrespeito patronal aos períodos de descanso do empregado e aos limites de jornada. O empregado explorado tem comprometida sua inserção comunitária, religiosa, política e, principalmente, familiar. O excesso de trabalho prejudica a família do trabalhador não só por sua ausência física, mas, também,

---

<sup>39</sup> NASCIMENTO, Sônia Mascaro. Dano existencial nas relações de trabalho. *Revista LTr*, v. 78, n. 8, ago. 2014, p. 967.

pela perda da qualidade da presença, vez que a exaustão física e mental prejudica a vida familiar plena. Assim, os projetos de vida e as relações pessoais do trabalhador ficam prejudicados em decorrência do excesso de trabalho imposto pelo empregador.

Na prática o principal ponto distintivo do dano existencial é o prejuízo ao projeto de vida do empregado, sendo, aqui, essencial a análise da imposição do excesso de trabalho pelo empregador. A pergunta básica é: exige-se sujeição pessoal ou a mera subordinação jurídica<sup>40</sup> é suficiente à caracterização da imposição ilícita de sobrejornada? A subordinação jurídica no contexto atual do capitalismo brasileiro e principalmente da legislação trabalhista permissiva no que tange à rescisão contratual injustificada tende a ser suficiente à caracterização da imposição de excesso de trabalho. Não há necessidade de que o empregador, pela força (física ou moral), imponha irremediavelmente sua vontade contra eventual decisão contrária do trabalhador. O risco de perder o emprego mesmo imotivadamente faz com que o trabalhador acate ordens patronais abusivas ou ilícitas (do ponto de vista trabalhista) e cumpra jornadas que comprometem sua inserção familiar e seus projetos de vida. Mesmo quando a sobrejornada é remunerada, interessando em tese também ao empregado, é possível a caracterização do dano existencial.

Os tribunais trabalhistas decidem litígios que envolvem o dano existencial decorrente de sobrejornada e determinam sua reparação:

EMENTA: DANO EXISTENCIAL. A indenização por dano moral decorrente do contrato de trabalho pressupõe a existência de um ato ilícito praticado pelo empregador, de um prejuízo suportado pelo ofendido e do nexo de causalidade entre a conduta injurídica do primeiro e o dano experimentado pelo último, a teor dos arts. 186, 927 do CC e art. 7º, XXVIII da CR/88. Verificando-se no caso em discussão que o reclamado exigia cumprimento de jornada desumana e extenuante de trabalho, com patente prejuízo ao direito ao descanso e ao lazer, não há dúvida quanto à configuração dos danos morais (TRT, 3ª. Região, 1ª Turma, RO, processo n. 0001527-60.2013.5.03.0086, Rel. juiz convocado Paulo Eduardo Queiroz Gonçalves, publicação em: 06.08.2014. Disponível em: <[www.trt3.jus.br](http://www.trt3.jus.br)>. Acesso em: 04 nov. 2014).

---

<sup>40</sup> Maurício Godinho Delgado (2014, p. 303) estabelece distinção entre subordinação jurídica e sujeição pessoal: “Como se percebe, no Direito do Trabalho a subordinação é encarada sob um *prisma objetivo*: ela atua sobre o *modo de realização* da prestação e não sobre a pessoa do trabalhador. É, portanto, incorreta, do ponto de vista jurídico, a *visão subjetiva* do fenômeno, isto é, que se compreenda a subordinação como atuante sobre a pessoa do trabalhador, criando-lhe certo estado de sujeição (*status subjectiones*). Não obstante essa situação de sujeição possa concretamente ocorrer, inclusive com inaceitável frequência, ela não explica, do ponto de vista sociojurídico, o conceito e a dinâmica essencial da relação de subordinação”.

JORNADA DE TRABALHO EXCESSIVA. DANO MORAL. CABIMENTO. A excessiva jornada de trabalho a que era submetido o reclamante impossibilitava-o de relacionar-se adequadamente com sua família, bem como o impedia de sociabilizar-se, além de não assegurar ao trabalhador a reposição das energias despendidas ao longo da jornada laboral. Sua relação de trabalho era manifestamente sujeita a condição ilegal de domínio do empregador, pois submetido à jornada excessiva e de trabalho degradante, restando frustrado, inclusive, seu projeto de vida de angariar melhor colocação no mercado de trabalho, tendo em vista a dificuldade de realizar um curso profissionalizante em virtude de labor excessivo. Patente a configuração do dano, que corresponde à dor moral que uma pessoa sofre quando lesado um direito não patrimonial seu, que lhe atinge a personalidade e a dignidade da pessoa humana, a ensejar a reparação dos prejuízos (danos) causados, com previsão no art. 5º, X, da Constituição Federal e artigos 186 e 927, ambos do Código Civil. Recurso patronal que se nega provimento, neste tópico (TRT, 6ª Região, 2ª Turma, processo n. 0000757-12.2012.5.06.0121 RO, Rel. Des. Acácio Júlio Kezen Caldeira. Disponível em: <www.trt6.jus.br>. Acesso em: 04 nov. 2014).

Ainda que tenham negado a pretensão obreira, são significativas, por seus fundamentos, as seguintes decisões do Tribunal Superior do Trabalho e do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região:

180

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. DANOS MORAIS. PRESTAÇÃO EXCESSIVA DE HORAS EXTRAS. 1. O e. TRT registrou que “o reclamante trabalhava essencialmente em atividades externas, consistentes em viagens bastante frequentes (vide diversos bilhetes aéreos carreados aos autos pelo próprio trabalhador, fls. 33/68), inclusive algumas internacionais (como admitido às fls. 03 e 432), e havia controle de sua jornada com, ‘o acesso ao sistema de ponto feito pela internet e de forma quinzenal’, conforme afirmou a testemunha”. Manteve a condenação derredor das horas extras, tendo por base a jornada fixada na origem (de 8h:30 às 22h:30), com 1h:30 de intervalo intrajornada, de segunda a sexta-feira. Na sequência, consignou que “A prestação habitual de horas extras não enseja indenização a título de danos morais, até porque dispõe o empregado de meios legais e judiciais para enfrentar a situação. Cumpre registrar, ainda, que a conquista jurídica e sua elevação a nível constitucional (art. 5º, V, *in fine*) deve ser reivindicada de forma séria e bem fundamentada, sob pena de banalização e descrédito”. 2. O dano existencial, ou o dano à existência da pessoa, “consiste na violação de qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa, tutelados pela Constituição Federal, que causa uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas com vistas ao projeto de vida pessoal, prescindindo de qualquer

## Limite constitucional de jornada, dano existencial e trabalho escravo

repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer.” (ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, n. 24, mês out/dez, 2005, p. 68), hipótese aqui não verificada. 3. Nesse contexto, não se divisa violação dos arts. 5º, V, e X, da Constituição da República e 927 do CCB. Agravo de instrumento conhecido e não provido (TST, 1ª Turma, AIRR 308-86.2012.5.03.0008, Reç Min. Hugo Carlos Scheuermann, publicação em: 23.05.2014. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 04 nov. 2014).

EMENTA: DANOS EXISTENCIAIS. INDEFERIMENTO. JORNADA EXAUSTIVA NÃO CONFIGURADA. Dano existencial é expressão usada para designar as lesões que comprometem a liberdade de escolha e frustram o projeto de vida que a pessoa elaborou para sua realização como ser humano. Nos danos desse jaez, o ofendido se vê privado do direito fundamental, constitucionalmente assegurado, de, respeitando o direito alheio, livremente dispor de seu tempo fazendo ou deixando de fazer o que bem entender. Em última análise, ele se vê alijado em seu direito à liberdade e ferido em sua dignidade. E esse, não é o caso dos autos, vez que não provada a jornada exorbitante contida na peça de ingresso. Recurso patronal a que se dá parcial provimento (TRT, 6ª Região, 2ª Turma, processo n. 0000655-84.2012.5.06.0122, Rel. Des. Paulo Alcântara. Disponível em: <www.trt6.jus.br>. Acesso em: 04 nov. 2014).

181

Recentemente e pela primeira vez a imprensa brasileira deu destaque a processo judicial trabalhista envolvendo dano existencial. O título da notícia no site do TRT da 4ª Região (21.07.2014) foi bastante efetivo no sentido de trazer o tema à reflexão mais ampla: “Trabalhadora que teve o casamento prejudicado por exigência de jornadas muito extensas deve ser indenizada por dano existencial”. O assunto gerou debates tanto na grande mídia quanto nas redes sociais. Parte considerável dos entrevistados entendeu injustificada a indenização, vez que a trabalhadora não foi fisicamente obrigada ao trabalho extraordinário e que na prática teria optado por investir em sua carreira em detrimento do casamento. Tal “escolha” não deveria, segundo muitos, ensejar reparação a cargo do empregador. Nos autos do processo, a decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, por sua 4ª Turma, foi no sentido de que a “árdua rotina de trabalho restringia as atividades que compõem a vida privada” da trabalhadora, o que comprometeu a realização de seu projeto de vida consistente na vida matrimonial<sup>41</sup>. A fundamentação do acórdão e os detalhes do processo merecem o destaque dado pela imprensa brasileira e pelo presente estudo:

---

<sup>41</sup> EMENTA: DANO EXISTENCIAL. As condições em que era exercido o trabalho da reclamante no empreendimento réu apontam a ocorrência de dano existencial, pois sua árdua rotina de trabalho restringia as atividades que compõem a vida privada lhe causando efetivamente um

No presente caso, o contrato de trabalho da reclamante com a parte ré estendeu-se de 04.06.2007 a 01.09.2012 (termo de rescisão das fls. 54/55). Seu trabalho na reclamada – empresa de logística – desenvolveu-se como analista de gestão, com o controle de indicadores (de custo, de movimentação de carga, abastecimento de veículos, melhoria contínua) e como coordenadora de processos (controle de diesel, financeiro, recursos humanos, faturamento) de unidades da ré neste Estado. Portanto, o trabalho da reclamante envolvia o controle de inúmeros setores da empresa de logística. Ainda, constata-se que, durante a contratualidade, a trabalhadora executava extensa jornada laboral, das 08h às 20h de segunda a sexta-feira, das 08h às 16h aos sábados e das 08h às 13h em dois domingos ao mês. Também está demonstrado nos autos que teve, por exemplo, que comparecer à empresa em razão de acidente de trabalho fatal quando se encontrava em um parque aquático com o marido em um domingo. Resta incontroversa, igualmente, a realização de viagens ao interior do Estado para visitação das estações da reclamada (depoimento da preposta – fl. 324, verso).

As condições em que era exercido o trabalho da reclamante no empreendimento réu apontam a ocorrência do dano existencial, pois sua árdua rotina de trabalho restringia o exercício das atividades que compõem a vida privada lhe causando efetivamente um prejuízo que comprometeu a realização de um projeto de vida. De fato, a reclamante tinha poucas horas para dedicar-se, por exemplo, ao descanso, ao convívio familiar e social e ao lazer, atividades que orientam o plano existencial de cada indivíduo. No caso, a repercussão nociva do trabalho na reclamada na existência da autora é evidenciada com o término de seu casamento enquanto vigente o contrato laboral, rompimento que se têm como lastreado nas exigências da vida profissional da autora. Acerca do tema, a testemunha Juliana Leal Nunes afirma saber “que a separação dela foi porque ficava pouco em casa”. Sobre o assunto, a autora refere em seu depoimento pessoal: “*que a depoente se separou na época em que trabalhou para a reclamada; que a depoente no período em que estava desempregada ficava bastante em casa e seu marido chegava em casa por volta das 17h; que quando entrou na reclamada queria muito crescer profissionalmente; que passaram a se ver pouco em razão do trabalho; que quando a depoente passou para Canoas passava muito tempo em trajeto (viagens); que a depoente passou a ficar muito tempo fora; que o marido da depoente passou a viver “a vida dele”; que não se*

---

prejuízo que comprometeu a realização de um projeto de vida. No caso, a repercussão nociva do trabalho na reclamada na existência da autora é evidenciada com o término de seu casamento enquanto vigente o contrato laboral, rompimento que se entende provado nos autos teve origem nas exigências da vida profissional da autora. (TRT, 4ª Região, 4ª Turma, RO, Processo 1533-23.2012.5.04.0006, publicação em 10/07/2014, disponível em [www.trt4.jus.br](http://www.trt4.jus.br), consulta em 04/11/2014).

## Limite constitucional de jornada, dano existencial e trabalho escravo

*viam mais; que acabaram se separando; que a iniciativa para a separação foi do ex-marido da depoente”.*

O trabalho desenvolvido na reclamada assumiu proporção prejudicial à vida particular da autora, inviabilizando a execução das atividades capazes de lhe trazer realização pessoal. Há efetiva comprovação do dano existencial advindos com a conduta da reclamada resta demonstrado no fato de que ocorreu o rompimento conjugal da reclamante. Estas conclusões são corroboradas pela minuciosa descrição das reações da autora realizada pelo Julgador de origem em sentença: “*na audiência, o questionamento a respeito da separação foi deixado para o final. A pergunta foi direta: “O Rodrigo que teve iniciativa de se separar?” A reclamante contraiu os ombros, apertou os lábios, ficou com os olhos marejados. Não respondeu de imediato. Respirou e falou que sim. Não teatralizou. Tentou esconder a emoção, mas não conseguiu. Foi contida, sincera e não deixou a menor sombra de dúvida de que sua narrativa é verdadeira”.* Resta, portanto, demonstrada que a reclamada provocou lesão existencial à reclamante (TRT, 4ª Região, 4ª Turma, processo n. 0001533-23.2012.5.04.0006 RO, publicação em: 10.07.2014. Disponível em: <www.trt4.jus.br>. Acesso em: 04 nov. 2014).

Neste e em outros casos concretos similares não há que se falar em liberdade do trabalhador para licitamente se insurgir contra os abusos patronais. Por certo a trabalhadora necessitava do emprego e, por isso, empreendeu sobrejornada excessiva. Ora, o ser humano não pode ser reduzido a instrumento de trabalho. O princípio da dignidade da pessoa humana traz em si um *valor comunitário*, consistente até mesmo na proteção do indivíduo contra si próprio. Assim, mesmo que razoável fosse a tese de que a trabalhadora livremente optou pelo crescimento profissional em detrimento da vida pessoal, esposada em voto vencido<sup>42</sup>, não seria lícita tal “opção”. Eis as lições de Luís Roberto Barroso<sup>43</sup>:

O *valor* comunitário constitui o elemento social da dignidade humana, o indivíduo em relação ao grupo. Aqui, a dignidade é moldada pelos valores compartilhados pela comunidade, seus padrões civilizatórios, seu ideal de *vida boa*. O que está em questão não são escolhas individuais,

---

<sup>42</sup> Voto vencido, parcialmente transcrito: “Emerge de tais declarações o fato de que a reclamante optou pelo crescimento profissional, circunstância que, como é consabida, muitas vezes, acarreta maior tempo de dedicação ao trabalho, deslocamentos, estudos, etc., em detrimento da vida pessoal, o que, por evidente, ocasionou um contraste com a situação pessoal do tempo de desemprego. Nessa perspectiva, ainda que lhe fossem exigidas extensas jornadas, não verifico conduta ilícita da reclamada a ensejar a indenização postulada” (TRT, 4ª Região, 4ª Turma, Processo n. 1533-23.2012.5.04.0006 RO, publicação em: 10.07.2014. Disponível em: <www.trt4.jus.br>. Acesso em: 04 nov. 2014).

<sup>43</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 46.

mas responsabilidades e deveres a ela associados. A autonomia individual desfruta de grande importância, mas não é ilimitada, devendo ceder em certas circunstâncias. A dignidade como valor comunitário destina-se a promover, sobretudo:

(...)

b) *a proteção do indivíduo contra si próprio*: em certas circunstâncias, o Estado tem o direito de proteger as pessoas contra atos autorreferentes, suscetíveis de lhe causar lesão.

Assim, não é razoável supor que o trabalhador livremente concorde com a supressão de seus mais básicos direitos pelo simples fato de se ter silenciado durante a prestação laborativa exaustiva. Cabe ao Ministério do Trabalho e Emprego impedir violações e, caso ocorram, ao Poder Judiciário determinar a reparação do dano.

Em síntese no que concerne à sobrejornada, é possível compreender que sua exigência habitual pode acarretar dano existencial, desde que comprove o trabalhador, também, prejuízo referente a projeto de vida e afronta a direito de personalidade.

## CONCLUSÃO

184

É possível concluir, diante de todo o exposto, que a Constituição da República consagrou, em seu art. 7º, XIII, limite de jornada e não mera referência para pagamento ordinário. Sendo assim, apenas extraordinariamente (inciso XVI do art. 7º) pode haver extrapolação do limite diário de oito horas e da disponibilidade semanal máxima de trabalho, fixada em 44 horas. Não há que se falar, portanto, em jornada legal de 10 horas e nem muito menos em horas extras habituais. Caso o empregador inobserve o limite constitucional de jornada e exija sobrejornada habitual, poderá haver caracterização de conduta trabalhista ilícita que enseja indenização, seja por trabalho escravo, seja por dano existencial.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BOITO Jr., Armando. *O sindicalismo de estado no Brasil: uma análise crítica da estrutura sindical*. São Paulo: Hucitec, 1991.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Caracterização do trabalho escravo no Brasil: perspectiva penal. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, n. 302, ago. 2014, p. 24-33.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Crime e castigo nas relações de trabalho neo-escravistas. *Revista do TRT – 9ª Região*. Curitiba, a. 33, v. 61. jul./dez. 2008.

## Limite constitucional de jornada, dano existencial e trabalho escravo

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Trabalho decente: análise jurídica da exploração do trabalho. Trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2014.

FILGUEIRAS, Vitor Araújo; ALVES, Jeane Sales. Trabalho análogo ao escravo no Brasil: regulação em disputa e recentes resgates no Estado da Bahia. *Revista do TST*. Brasília, v. 80, n. 1, jan./mar. 2014.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do trabalho*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

MELLO, Alvaro. *Teletrabalho (Telework)*. Rio de Janeiro: Qualimark, 1999.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. Dano existencial nas relações de trabalho. *Revista LTr*, v. 78, n. 8, ago. 2014.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos Vilas Boas. A Torre de Babel das novas adjetivações do dano. *Revista LTr*, v. 78, n. 5, maio 2014.

RAMOS FILHO, Wilson. Trabalho degradante e jornadas exaustivas: crime e castigo nas relações de trabalho neo-escravistas. *Revista do TRT – 9ª Região*, v. 61, jul./dez. 2008.

SANDRI, Adriano. *Os trabalhadores e o movimento sindical no Brasil*. Belo Horizonte: Gefasi, 1990.

SARLET, Ingo Wolfgang. “Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: Contributo para um Balanço dos Vinte anos da Constituição Federal de 1988” In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel, BINENBOJM, Gustavo (Coords.), *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.





# MAPA DO TRABALHO ESCRAVO RURAL CONTEMPORÂNEO: A ESCRAVIDÃO EM MATO GROSSO DO SUL

## MAP OF SLAVE LABOR RURAL CONTEMPORARY: SLAVERY IN MATO GROSSO DO SUL

*Douglas Ferreira Santos\**

### RESUMO

As novas relações entre capital e trabalho decorrentes da evolução da sociedade fizeram surgir um novo conceito de exploração no Brasil: o trabalho escravo contemporâneo. O assunto tem sido objeto de árduas discussões, inclusive no Legislativo, que aprovou recentemente a nova redação do art. 243 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, impondo punições mais severas a quem submeter trabalhadores a essas condições. Desta feita, tornou-se necessário definir objetivamente o que caracterizaria, atualmente, trabalhadores laborando em condições análogas à de escravo. A partir da análise de situações encontradas em todo o Brasil e de experiências práticas em Mato Grosso do Sul, é possível traçar um cenário que traduz a realidade no meio rural do país. Como resultado, toma-se uma série de características que, se constatadas, podem objetivamente indicar uma relação de trabalho como análoga à de escravo.

**Palavras-chaves:** Trabalho degradante; Condições análogas à de escravo; Dignidade; Liberdade; Trabalho escravo rural contemporâneo.

### ABSTRACT

The new relationship between labor and capital arising from changes in society made a new concept of exploitation in Brazil emerge: the modern-day slavery. The issue has been the subject of arduous discussions, including the Legislature, which recently approved the new wording of Article 243 of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, imposing harsher punishments to workers who undergo these conditions.

---

\* Acadêmico de Direito da Universidade Federal da Grande Dourados – UFGD, ocupante do cargo de Auditor Fiscal do Trabalho. Correspondência para/*Correspondence to:* Rua Joaquim Alves Taveira, 2195, apt. 203, Vila Planalto, Dourados/MS, 79824-100, e-mail: douglasmgsp@yahoo.com.br. Telefone: (67) 8118-9704.

This time, it has become necessary to define objectively what would currently workers working in conditions analogous to slavery. From the analysis of situations found throughout Brazil and experiences practical in Mato Grosso do Sul, one can draw a scenario that reflects the reality in rural areas of the country. As a result, it takes a series of features which, if found, may objectively indicate an employment relationship as analogous to slavery.

**Keywords:** Degrading work conditions; Analogous to slavery; Dignity; Freedom; Contemporary rural slave labor.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O trabalho escravo é utilizado pelas civilizações desde o início dos tempos. De prisioneiros de guerra até pessoas recrutadas em colônias de povos subjugados, a prática é comum para se conseguir mão de obra sem custo, viabilizando o acúmulo de grandes riquezas sem esforço algum, como os gregos e os romanos, por exemplo.

Com o passar do tempo e as mudanças nas sociedades, esse modelo de escravidão foi sendo extinto gradualmente na Idade Moderna. As nações aderiram a tratados internacionais, o que ocorreu de maneira mais intensificada a partir da Segunda Guerra Mundial, almejando a garantia dos direitos humanos, dispondo sobre o mínimo que deve ser assegurado para uma existência digna. Assim, aquele modelo explícito e violento de exploração perdeu seu lugar, tornando-se inaceitável aos olhos das sociedades contemporâneas e, nesse sentido, refletindo-se em posicionamento de seus respectivos Estados a partir do século XIX, não somente pelo viés humanista da questão. Houve uma grande pressão para a extinção de práticas escravocratas e similares provenientes das potências capitalistas industrializadas (e destaca-se a Inglaterra), visto que apenas a modalidade assalariada de trabalho poderia garantir o efetivo desenvolvimento do capitalismo.

O surgimento dos organismos internacionais deu um forte amparo às questões decididas em âmbito global. Cumpre destacar a construção do Direito Internacional do Trabalho fortemente influenciada por necessidades do desenvolvimento econômico. Apesar de ter sua efetividade questionada, a simples participação das organizações internacionais em alguns acordos, com possibilidade inclusive de impor sanções aos países, oferece mais credibilidade aos tratados e convenções sobre o assunto. A OIT (Organização Internacional do Trabalho) é um desses organismos que estabelecem as convenções como forma de direcionamento de políticas protetivas do trabalhador e se destaca como sujeito de Direito Internacional mais proeminente no combate a todas as formas de precarização do trabalho.

Os próprios países têm dado ao tema uma maior importância. Tanto é que, no Brasil, tratados ratificados sobre o tema entram no ordenamento jurídico com *status* de norma supralegal, acima das normas legais e logo abaixo das constitucionais, conforme art. 5º, § 2º, da CRFB/88.

Não obstante o término da prática da escravidão nos moldes clássicos (Lei Áurea de 1888), pode-se dizer que a contemporaneidade trouxe consigo uma nova variação da exploração da mão de obra de pessoas. É o estudo dessa nova vertente que se aborda neste artigo, mais especificamente no que diz respeito à situação no estado de Mato Grosso do Sul.

O presente estudo presta-se a discorrer sobre a prática do trabalho escravo no estado de Mato Grosso do Sul, notadamente no meio ambiente de trabalho rural. Buscar-se-á analisar as características que permeiam essa prática no estado, como as atividades nas quais é encontrada, os principais pontos em comum e as peculiaridades atinentes a cada atividade na qual é constatada.

Além disso, o artigo tem o condão de apontar diretrizes para a configuração do trabalho escravo, pois não existe um critério objetivo que o define como tal. Assim, estabelecido um padrão, os auditores fiscais do trabalho teriam como fundamentar mais solidamente suas ações de caracterização de trabalho escravo, afastando o argumento de arbitrariedade muitas vezes levantado pelos empregadores flagrados em situação irregular quando submetem seus empregados a condições degradantes<sup>1</sup>.

A definição de critérios objetivos para a configuração de trabalho escravo daria maior segurança jurídica aos auditores fiscais do trabalho que analisariam pontos preestabelecidos e de conhecimento geral para sua atuação, e também aos empregadores que não ficariam reféns da subjetividade inerente à situação atual.

O estudo se desdobra por meio da revisão bibliográfica, baseando-se em artigos, obras literárias, artigos acadêmicos, documentos oficiais (leis e políticas públicas, *v. g.*), bem como todo material com potencial contribuição para o tema. Acresce-se ao material textual a também experiência como auditor fiscal do trabalho que conta com algumas situações nas quais foi configurado trabalho análogo ao de escravo, com emissão de interdições, autos de infração e relatórios para os órgãos competentes.

A pesquisa constituiu-se de fases específicas. A primeira buscou revisitar o conceito de trabalho escravo rural contemporâneo e a prevalência dos elementos de privação da liberdade e da dignidade como requisitos para configurar a prática criminosa. Os resultados desse levantamento de dados possibilitaram a produção do tópico 2. A fase seguinte do processo de pesquisa primou pela

---

<sup>1</sup> Para fins de esclarecimentos iniciais, empregadores rurais argumentam haver abuso na discricionariedade dos auditores fiscais que, segundo eles, banalizam a questão, atribuindo a qualquer situação a alcunha de trabalho escravo.

determinação de critérios objetivos no ato da fiscalização, as dificuldades e controvérsias sobre o conceito e a mencionada delimitação à luz das Normas Regulamentadoras – NR. A terceira fase da pesquisa se compôs da análise da realidade do Mato Grosso do Sul e dos critérios objetivos de acordo com as atividades produtivas, traçando um mapa da questão.

Inserire-se a questão no contexto jurídico como tópico de grande pertinência para o cenário atual, tanto pelo número de resgates como pela atenção midiática oferecida. Trata-se de tema salutar na seara do Direito, dialogando de forma interdisciplinar com ramos diversos do conhecimento jurídico como o Direito do Trabalho, Constitucional, Penal, Medicina e Segurança do Trabalho, História, Sociologia, entre outros.

### **TRABALHO ESCRAVO RURAL CONTEMPORÂNEO E O CRITÉRIO DA “COISIFICAÇÃO” DO TRABALHADOR PELA PERDA DA DIGNIDADE**

O trabalho escravo, a despeito de inexistir oficialmente desde 1888, com a Lei Áurea, é de verificação comum no Brasil, principalmente no interior de estados menos desenvolvidos. Tanto que a chamada “Lista Suja”, documento elaborado pelo Ministério do Trabalho e Emprego que relaciona os empregadores flagrados submetendo pessoas a condições de trabalho degradantes, é formada majoritariamente por empresas de estados como Pará e Mato Grosso, somando quase a metade dos casos. A necessidade de mão de obra pouco qualificada, recebendo baixos salários e disposta a trabalhar em quaisquer condições, é suprida pela por pessoas que vivem à margem da sociedade, que não gozam de nenhum direito teoricamente assegurado pelo Estado e que, como única saída para sobreviver, se submetem ao que lhes é imposto.

#### **Análise normativa do Trabalho Escravo Contemporâneo.**

É importante ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro, por meio do Código Penal, coíbe essa prática em três artigos: 149, 203 e 207. Em linhas gerais, esses dispositivos protegem a pessoa de violações à legislação trabalhista, sob violência ou ameaça; do aliciamento de trabalhadores para os levarem a outras localidades em que exerceriam suas funções; e da redução da pessoa a condições análogas à de escravo propriamente dita por meio de trabalhos forçados, jornada exaustiva, condições degradantes ou restrição de locomoção.

Conjugados, os referidos artigos tentam, de forma ainda não muito eficiente<sup>2</sup>, proteger o trabalhador das ingerências cometidas pelos empregadores,

---

<sup>2</sup> Não se critica, aqui, a qualidade do texto legal ou mesmo a proposta legislativa. Critica-se a eficiência dos dispositivos na aplicação prática. Ainda que haja previsão legal, as condenações são insignificantes ou mesmo inexistentes.

principalmente quando se encontram em localidades distantes, aonde os olhos do Estado, operacionalizados pela fiscalização do trabalho, dificilmente conseguem chegar.

O primeiro documento de âmbito internacional a tratar da proibição do trabalho escravo foi a Convenção sobre a Escravatura de 1926 (Decreto 58.563/66), em vigor no Brasil desde 1966, definindo escravidão como “o estado ou condição de um indivíduo sobre o qual se exercem total ou parcialmente os atributos do direito de propriedade”. Posteriormente, na tentativa de reforçar o compromisso internacional com o fim do trabalho escravo, foram firmadas as Convenções 29, de 1930, e a 105, de 1957, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), promulgadas pelos decretos 42.721/1957 e 58.822/1966, respectivamente. A primeira dispõe sobre a eliminação do trabalho forçado em todas as suas formas. Define como trabalho forçado ou obrigatório “todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob ameaça de sanção e para a qual não se tenha oferecido espontaneamente” (art. 2 da Convenção. 29). Observa-se que, nessa definição, são abordados apenas os aspectos de coação e vontade da pessoa, sendo deixadas de lado as condições às quais essas pessoas são submetidas.

Coagir pessoas a se submeterem a determinadas situações, levando-se em conta também a época em que tais documentos foram elaborados, significa impor, mediante violência (física, psicológica e moral), a vontade de quem ocupa a posição de mando. Pressupõe necessariamente a imposição forçada de um ato, retirando a possibilidade de escolha do coagido.

Já a Convenção 105 da OIT dispõe sobre a abolição do trabalho forçado ou obrigatório em todas as suas formas, firmando um compromisso dos países signatários em eliminar a prática em seus domínios como meio de coerção ou de educação política, como castigo por expressão de opiniões políticas ou ideológicas, a mobilização de mão de obra, como medida disciplinar no trabalho, punição por participação em greves, ou como medida de discriminação. Casos em que seriam permitidas apenas as situações elencadas no art. 2 da Convenção 29 da OIT.

Dessa forma, a dignidade da pessoa é flagrantemente lesada ao se eliminar a sua liberdade, que deve ser entendida, neste contexto, não apenas como liberdade de locomoção, mas também como a liberdade de escolha dos indivíduos que se veem obrigados a se submeterem às condições a eles impostas, considerando sempre a posição que eles ocupam na sociedade.

A retirada da liberdade implica necessariamente na lesão da dignidade. Entretanto, é preciso ponderar que a dignidade pode ser ofendida sem que o direito de “ir e vir” seja tolhido ou cerceado. A restrição da liberdade e da dignidade são elementos importantes para a configuração da prática do trabalho escravo, segundo as produções doutrinárias. Há que se ponderar que costumeiramente

prepondera a importância da “liberdade” ao ponto de se correr o risco do esvaziamento do conceito de trabalho escravo. É nessa perspectiva de análise crítica que se passa a delinear.

## Dignidade e Liberdade

A compreensão da expressão “dignidade da pessoa humana” se apresenta como algo muito amplo. Considerado um macroprincípio que abrange várias ideias como condições dignas, uma boa saúde, boa educação, direitos garantidos, entre outras coisas que estão abarcadas. Trata-se, sem dúvida, de um dos mais importantes de nossa Constituição que, ao considerá-lo princípio basilar do estado democrático de direito, mostra-nos uma grande preocupação com o povo, com o que é melhor para a coletividade.

Piovesan é precisa ao dizer que:

Considerando que toda Constituição há de ser compreendida como unidade e como sistema que privilegia determinados valores sociais, pode-se afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade humana como valor essencial, que lhe dá unidade de sentido. Isto é, o valor da dignidade humana informa a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma função particular<sup>3</sup>.

192

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 realmente se preocupou em tratar a dignidade da pessoa humana de maneira diferenciada, dando grande importância para tal princípio, pois se trata de algo extremamente importante para uma nação. A imprecisão da expressão tem uma utilidade jurídica. Tratando-se de um termo tão flexível, é possível revisá-lo e atualizá-lo de acordo com as necessidades dos direitos humanos.

A autora ainda diz que:

A dignidade da pessoa humana é princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo, assumindo especial prioridade. A dignidade humana simboliza, desse modo, verdadeiro superprincípio constitucional, a norma maior a orientar constitucionalismo moderno<sup>4</sup>.

Evidente é a importância do princípio ora em análise, que passa a ser necessário para um Estado democrático. Sua análise torna-se obrigatória, pois a partir dela se consegue observar tudo de maneira mais igualitária. É inaceitável pensar a existência humana, na atual conjuntura jurídica, apartada da dignidade. Trata-se

---

<sup>3</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 83.

<sup>4</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.83.

de preceito internacional inafastável de qualquer interpretação em um estado democrático de direito, tal como se lê do art. 1º, Declaração Universal da Organização das Nações Unidas (ONU) que diz: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir umas para com as outras em espírito e fraternidade”.

Menciona-se o referido artigo por sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana. Partindo dessa noção de que todos são iguais, toda interpretação deve se dar sob o princípio considerado basilar. Muito se criticou a posição em que este foi colocado em nossa Constituição Federal, estando expresso em seu art. 1º, III, na qualidade de princípio fundamental.

O fato é que a dignidade da pessoa humana tem uma grande importância no ordenamento jurídico e, por isso, seria mais abrangente do que um princípio. Diante disso, prevalece no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que a dignidade da pessoa humana tem caráter jurídico-normativo<sup>5</sup>.

A dignidade da pessoa humana é inerente a todas as pessoas, sendo indisponível, conforme Sarlet<sup>6</sup>: “em função da dignidade que lhe é atribuída, cada ser humano é único e como tal titular de direitos próprios e indisponíveis”. Ou seja, em regra, ninguém será excluído, pois a dignidade não pode sofrer restrição ou renúncia.

O referido princípio, então, “informa todos os ramos do Direito, além de influir nas condutas humanas particulares”<sup>7</sup>. Dito isso, complementa Delgado:

No desempenho das relações sociais, em que se destacam as trabalhistas, deve ser vedada a violação da dignidade, o que significa que o ser humano jamais poderá ser utilizado como objeto ou meio para a realização do querer alheio<sup>8</sup>.

Nesse mesmo sentido, já lecionava Immanuel Kant, como elucidado por Saulo de Oliveira Pinto Coelho<sup>9</sup>, ao defender que o ser humano não pode ser utilizado para a simples satisfação da vontade alheia, devendo ser, ao contrário, um fim em si mesmo, independentemente de ser a relação com o Estado ou com

<sup>5</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e a assim chamada constitucionalização do direito penal e processo penal no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminas RBCCrim*, São Paulo, ano 21, n. 102, mai./jun. 2013, p. 27.

<sup>6</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e a assim chamada constitucionalização do direito penal e processo penal no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminas RBCCrim*, São Paulo, ano 21, n. 102, mai./jun. 2013, p. 20.

<sup>7</sup> MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. *Trabalho escravo contemporâneo: conceituação à luz do princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: LTr, 2011, p. 64.

<sup>8</sup> DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006, p. 80.

<sup>9</sup> PINTO COELHO, Saulo de Oliveira; CALIXTO MELLO, Rodrigo Antônio. *A sustentabilidade como um direito fundamental: a concretização da dignidade da pessoa humana e a necessidade de interdisciplinaridade do direito*. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 8, n. 15, 2011, p. 15.



particulares. O ímpeto em desvincular o ser humano de qualquer subjugação é uma lógica decorrente da natureza intrínseca do ser humano, livre para pensar e com autonomia sobre seus atos.

A constitucionalização do princípio da dignidade humana representa justamente que o Estado (e o Direito) foi feito para o homem que, por meio de condições asseguradas pela entidade, atingiria seus fins. Mais do que isso, este superprincípio “impregna toda a elaboração do direito, porque ele é o elemento fundante da ordem constitucionalizada e posta na base do sistema”<sup>10</sup>.

Em sentido perfeitamente claro, também se desenvolveu a lógica da compreensão da dignidade da pessoa humana também no âmbito do trabalho. É impossível pensar que exista dignidade para um indivíduo se sua realidade laboral está apartada dessa mesma dignidade. Na relação de trabalho, a ofensa à dignidade humana está justamente na utilização de uma pessoa como meio de obter um lucro injusto que, dessa maneira, mostra-se indevido. Essa ideia (da utilização e exploração da mão de obra) não deve ser compreendida segundo o conceito histórico de subordinação, que invariavelmente remete à noção clássica de escravidão. Dentro dessa lógica tradicional, a pessoa torna-se um verdadeiro objeto sob domínio de outra, tendo como principal característica a restrição de liberdade e a realização de trabalhos forçados. Nessa perspectiva clássica, cumpre esclarecer, pouco ou nada se discute sobre a dignidade humana.

194

De fato, na visão de alguns estudiosos do assunto, a supressão do *status libertatis* é ainda uma forte característica do trabalho escravo no Brasil<sup>11</sup>. Para Rodrigo Garcia Schwarz, a restrição da locomoção, mediante violência, grave ameaça ou fraude, inclusive por retenção de documentos ou em razão de dívidas contraídas com o empregador, ainda é uma das principais marcas dessa prática em nosso país.

Não obstante tal concepção guarde certa coerência em alguns casos, o cerne do problema parece ser de outra monta. Muitas vezes, as pessoas são contratadas pelos empregadores espontaneamente, e no local de trabalho são submetidas a condições degradantes quanto à higiene e segurança no trabalho. Mesmo com a liberdade de locomoção, podendo ir embora do estabelecimento quando quiser, esses indivíduos não saem por não terem para onde ir ou não terem esperança de achar algo melhor em que possam se engajar. Na maioria das vezes,

---

<sup>10</sup> PINTO COELHO, Saulo de Oliveira; CALIXTO MELLO, Rodrigo Antônio. *A sustentabilidade como um direito fundamental: a concretização da dignidade da pessoa humana e a necessidade de interdisciplinaridade do direito*. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 8, n. 15, 2011, p. 17.

<sup>11</sup> SCHWARZ, Rodrigo Garcia. *Trabalho escravo: a abolição necessária: uma análise da efetividade e da eficácia das políticas de combate à escravidão contemporânea no Brasil*. São Paulo: LTR, 2008, p. 110.

já estão acostumados com as condições ali expostas, não as considerando uma agressão a sua dignidade.

Diversas são as situações passíveis de ofensa à dignidade do trabalhador. Nesses casos, também existe a violação de outros direitos trabalhistas, como remuneração abaixo do salário mínimo, falta de registro, a não concessão de descanso semanal remunerado, o não recolhimento de contribuição previdenciária e o não fornecimento de equipamentos de proteção individual, entre outros.

Embora os direitos trabalhistas possam ser de desconhecidos por muitos dos trabalhadores, os empregadores sabem o que deve ser feito para garantir as mínimas condições de trabalho de acordo com a legislação vigente. Destaque-se que eles acabam submetendo os trabalhadores a tais condições por acreditar na impunidade resultante da ineficiência do poder do Estado e por notar que, aparentemente, seus empregados não reclamam da situação. Empregadores também tiram proveito intencionalmente de toda a situação, auferindo maiores lucros oriundos dos custos mínimos em que incorrem com a mão de obra assim contratada.

O conjunto das infrações (já mencionadas), intencionalmente cometidas aos direitos trabalhistas, acaba por colocar o indivíduo em condições degradantes, consideradas indignas e, por isso, vistas como análogas à de escravo. No mesmo sentido, apontam as palavras de Livia Miraglia:

E é exatamente essa intenção de instrumentalizar o ser humano que se percebe no trabalho em condições análogas à de escravo. Nesse caso, a subjugação de uma pessoa ao poder de outra, que a utiliza como mero objeto para a consecução de lucro, representa evidente violação ao princípio da dignidade da pessoa humana<sup>12</sup>.

195

A utilização de pessoas para atingir fins lucrativos, submetendo-as a condições nas quais a sua dignidade é deixada de lado, priorizando-se somente o alcance de lucros cada vez maiores, é uma forte característica do trabalho em condições degradantes. Neste, o trabalhador é desconsiderado como ser humano que possui direitos sociais garantidos constitucionalmente, servindo apenas como um meio para a consecução dos objetivos do empregador.

### **CRITÉRIOS OBJETIVOS NO ATO DA FISCALIZAÇÃO: DIFICULDADES PRÁTICAS**

Essencial para a eficiência das ações de fiscalização e imprescindível para a segurança jurídica dos administrados, um dos maiores entraves para a eliminação do trabalho escravo e para a punição dos infratores é a caracterização do crime.

---

<sup>12</sup> MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. *Trabalho escravo contemporâneo: conceituação à luz do princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: LTr, 2011, p. 66.

Apesar de estar tipificado na legislação, a sua definição não é clara o suficiente para afastar as controvérsias.

### As dificuldades para a apresentação de um conceito

A constatação de uma situação como de “trabalho escravo” ainda é subjetiva, o que dá margem a interpretações conflitantes. Por consequência, as decisões judiciais são sempre cercadas de polêmicas e árduas discussões.

O problema não persiste apenas entre fiscalização e fiscalizados. Até mesmo entre os auditores fiscais do trabalho (autoridades que têm o dever de enquadrar determinada situação como degradante ou não), muitas vezes, paira a dúvida sobre a respectiva definição. Não é raro ocorrer debates internamente, entre os próprios auditores, durante as fiscalizações, antes de se definir uma situação como análoga à de escravo.

A controvérsia existe também em outros âmbitos, como o próprio Poder Legislativo. Os parlamentares da bancada ruralista defendem que a definição de escravidão inclua apenas os casos em que a submissão se dê com base em violência física direta, fato que não reflete a realidade na maior parte dos casos no país. Há, assim, uma tentativa de esvaziamento do conceito de trabalho escravo, o que dificultaria ainda mais a tomada de medidas eficazes para a sua coibição.

Com a recente aprovação da Emenda Constitucional 81/2014, que altera a redação do art. 243 da Constituição Federal, permitindo a expropriação de imóveis onde forem flagrados trabalhadores em situações de trabalho escravo, o tema sobre a definição da referida condição é cada vez mais debatido, acirrando-se as controvérsias acerca do assunto. Para a efetivação da EC 81, será necessário regulamentar a definição de trabalho escravo, que para muitos é o principal entrave à validade e à eficácia da norma.

A legislação penal já define “condições análogas à de escravo”, como visto anteriormente, assim como a legislação trabalhista, por meio da Instrução Normativa 91/2011 da Secretaria de Inspeção do Trabalho (SIT), que amplia e esclarece os itens a serem observados. Para muitos, a definição de trabalho escravo deveria apenas repetir o que explicita essas normas, opinião contrariada pelos representantes dos ruralistas, que pretendem afastar os requisitos de trabalho degradante e jornada exaustiva.

No entanto, o cerne do problema é definir o que caracteriza um trabalho como degradante e, conseqüentemente e da mesma forma, como trabalho escravo, para que sejam aplicadas todas as medidas cabíveis ao caso flagrado.

### Rompendo os horizontes de conceituação tradicional

A definição de trabalho escravo deve seguir critérios objetivos, mas não podem ser os mesmos para todas as atividades que envolvem a força de trabalho

humana. As condições às quais são submetidos os trabalhadores de carvoarias no norte do país são totalmente diferentes daquelas em que se encontram os trabalhadores flagrados na indústria da confecção têxtil no interior de São Paulo, por exemplo. Deve-se levar em conta, entre outros fatores, o local da constatação e a atividade desenvolvida.

Há ainda quem conceitue o trabalho escravo de acordo com paradigmas tradicionais, referindo-se à restrição da liberdade como preceito fundamental para caracterizá-lo. Inclusive, inúmeras decisões judiciais acerca do assunto buscam nesse conceito o fundamento para isentar empregadores dessa responsabilidade, ignorando a nova forma de exploração de mão de obra.

Exemplo disso é a decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (São Paulo), proferida em novembro de 2013, em sede de mandado de segurança (Processo SDI-6 n. 1001621-82.2013.5.02.0000). Na ocasião, o Tribunal afastou o encargo do empregador por submeter os trabalhadores a condições degradantes, uma vez que não havia “qualquer forma de intimidação visando restringir a liberdade de locomoção” dos empregados.

No caso da escravidão rural contemporânea, é preciso se levar em conta, além das condições oferecidas durante o trabalho, as condições de estadia dos trabalhadores, já que, na grande maioria das vezes, eles ficam alojados no local de trabalho. A Norma Regulamentadora 31 (NR-31), instituída pela Portaria 86/2005, do Ministério do Trabalho e Emprego, dispõe sobre o mínimo que deve ser oferecido ao trabalhador para garantir um trabalho seguro e que não afetar sua saúde.

Ao contrário do que alegam os críticos das ações de combate ao trabalho escravo, não é uma simples irregularidade trabalhista, especificamente infrações com relação à NR-31, que definirá uma situação como degradante. Se assim fosse, o problema estaria resolvido, pois não haveria discussões acerca do tema. O desafio é definir o que coloca as pessoas em condições indignas, sem a observância dos direitos humanos que configuraria, assim, um quadro de degradação.

Podemos entender indignidade, nesse caso, como a não observância e o não provimento das condições mínimas que devem ser oferecidas ao trabalhador para que exerça suas atividades satisfatoriamente, sem prejudicar sua integridade física e psicossocial. Aqui se incluem também as questões de saneamento básico, cujo atendimento é indispensável para o desenvolvimento sadio do ser humano.

É possível separar a análise em duas partes: o trabalho em si; e as condições de estadia dos trabalhadores. Conforme as irregularidades verificadas, tanto em uma seara quanto na outra, estaria configurado o trabalho degradante.

No que concerne à análise do trabalho do obreiro em si, um aspecto de imprescindível observação é a jornada de trabalho. A jornada exaustiva é, inclusive, um ponto incontroverso sobre o assunto, explícita tanto no Código Penal quanto na Instrução Normativa do MTE. Assim, o trabalhador submetido à jornada

exaustiva, podendo esta ser assim considerada quando acima de 10 (dez) horas diárias (o máximo permitido pela legislação brasileira, de acordo com o art. 59 da Consolidação das Leis do Trabalho), sem a concessão do descanso semanal, pode ser considerado um empregado trabalhando sob condições análogas à de escravo.

Importante ressaltar aqui que o trabalho rural apresenta características intrínsecas de labor que exigem grande esforço físico, o que aumenta a fadiga causada pelo trabalho, contribuindo para a ocorrência de acidentes no ambiente laboral. A exposição de trabalhadores ao risco grave e iminente de acidente de trabalho é totalmente contrária às suas garantias constitucionais, inclusive no que concerne à dignidade do ser humano. Mesmo que os salários e as horas extraordinárias estejam sendo pagos diuturnamente, a lesão à saúde do trabalhador está sendo efetivada, podendo refletir na redução de suas capacidades no futuro e com potencial para causar acidentes no ambiente de trabalho.

Na ocorrência de jornada exaustiva, é possível considerar que, indiretamente, está sendo executado também o trabalho forçado. Isso porque ninguém se dispõe espontaneamente a trabalhar mais do que seu limite permite, por um longo período. Esporadicamente, é possível que isso aconteça, mas não de maneira contínua.

Objetivamente, a jornada excessiva seria o melhor critério para se caracterizar o trabalho degradante. Existem outros critérios, como as condições de segurança oferecidas no trabalho, mas são de difícil mensuração e varia muito caso a caso, mas há situações em que é perfeitamente cabível. Observando-se as condições de estadia dos trabalhadores, também é possível avaliar objetivamente uma situação como degradante. É necessário, nesse caso, avaliar as condições de alojamento e disponibilização de insumos básicos aos empregados.

Nessa hipótese, cabe analisar o caso à luz da NR-31. Essa norma regulamentadora define as condições mínimas a serem oferecidas aos empregados inseridos no trabalho rural, inclusive no que diz respeito ao alojamento, ao fornecimento de alimentação e às condições sanitárias.

O alojamento deve oferecer condições mínimas de conforto e higiene, tornando possível a estadia de uma pessoa por um longo período. Dessa forma, o local deve ser efetivamente protegido contra intempéries, como sol e fortes chuvas que venham a ocorrer, além de servir de abrigo contra animais que naturalmente circundam o meio rural.

Assim, não seria aceitável a situação de trabalhadores em barracos de lona, folhas de bananeira ou feitos de outro material que não garanta seu resguardo contra os fenômenos apontados, e com piso constituído apenas por terra em condição semelhante.

A alimentação deve ser fornecida em condições higiênicas batida ou de consumo e armazenamento. O provimento de água, aliás, é a questão mais sensível: a água deve ser potável e armazenada em local apropriado, evitando risco de contaminação, o que a tornaria imprópria para consumo.

Configura caso de inobservância das condições mínimas de saúde dos trabalhadores a coleta de água proveniente de riachos e córregos utilizados para lavar roupas e utensílios. Muitas vezes, por se situarem em locais não servidos por abastecimento de água, os empregados acabam tendo que utilizar a água não potável de rios, colocando em risco a sua saúde. Além disso, essa água usualmente é armazenada em recipientes inapropriados, como galões de fertilizantes e agrotóxicos, fato que aumenta ainda mais o risco de danos à saúde do trabalhador.

A disponibilização de instalações sanitárias aos empregados é outra questão que envolve direitos básicos do ser humano. Atualmente, é descabida a existência de locais sem instalações sanitárias destinados à ocupação de pessoas. Essas instalações fazem parte da higiene pessoal do trabalhador e da salubridade do ambiente, que se torna inabitável sem elas.

Por isso, não é possível admitir a sua ausência, que caracterizaria grave lesão aos direitos mínimos do trabalhador, guardando relação, inclusive, com a dignidade de sua pessoa. A simples existência de aberturas no piso em locais destinados à satisfação das necessidades fisiológicas não supre a obrigatoriedade de instalações sanitárias, que devem obedecer aos requisitos mínimos dispostos na NR-31.

A inexistência de qualquer uma das três condições supracitadas agride violentamente o *status* do ser humano como portador de direitos fundamentais indisponíveis, que guardam estreita relação com o provimento de uma vida digna. No entanto, quando somadas, colocam o trabalhador à margem da sociedade, em condições de vida degradantes, exigindo a intervenção enérgica dos órgãos fiscalizadores com o intuito de fazer cessar a situação, transferindo ao empregador toda a responsabilidade e todo o ônus das consequências da medida, sempre em busca da proteção dos que se situam na extremidade hipossuficiente da relação de trabalho.

Tanto é que, analisando-se os relatórios de 10 resgates de trabalhadores submetidos a condições análogas à de escravo no ano de 2013 em Mato Grosso do Sul, emitidos pelos auditores fiscais do trabalho lotados no estado, percebe-se que em todos eles foram encontradas as irregularidades citadas no que concerne às questões de segurança e saúde no trabalho. A falta de registro de empregados aparece como outro fato constante, mas que, apesar de extremamente prejudicial ao trabalhador, não chega a caracterizar o trabalho como degradante.

### **REALIDADE DO MATO GROSSO DO SUL E OS CRITÉRIOS OBJETIVOS À LUZ DAS ATIVIDADES PRODUTIVAS: UM MAPA DA QUESTÃO NO CENÁRIO ESTADUAL**

O Mato Grosso do Sul é nacionalmente conhecido pela sua força em atividades rurais, tanto na pecuária como na agricultura. Isso demanda uma grande quantidade de mão de obra, fornecida majoritariamente por trabalhadores do

próprio estado. Em regiões de fronteira, é possível encontrar também, além de sul mato-grossenses, paraguaios e bolivianos em alguns setores.

Em certas atividades, é comum encontrar trabalhadores em situação degradante, como na pecuária, corte de eucalipto, carvoarias e, mais recentemente, na atividade de arrancar mandioca. Em todos os casos, as irregularidades apontadas no capítulo anterior se repetem, expondo os trabalhadores a situações que ferem a dignidade da pessoa por não lhes proporcionarem o mínimo necessário a uma condição de vida digna.

Para ilustrar a situação descrita, é possível recorrer a dados oficiais sobre as constatações de trabalhadores em condições degradantes no estado de Mato Grosso do Sul no ano de 2013, flagradas por equipes de fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego. No total, 97 (noventa e sete) trabalhadores foram encontrados nessa situação em 10 estabelecimentos rurais distintos, principalmente na atividade de criação de bovinos e preparo do pasto.

Analisando-se os 10 relatórios emitidos ao fim das ações, com destinação ao DETRAE (Divisão de Fiscalização para Erradicação do Trabalho Escravo) e outros órgãos, como Ministério Público do Trabalho, verifica-se que em todos eles foram citadas as condições de alojamento, higiene e alimentação para fundamentar a caracterização daquela situação como degradante, sendo também objeto de lavratura de autos de infração, capitulados na NR-31. Há também outras irregularidades que se repetem, como a falta de registro e a não submissão de empregados a exames médicos, mas que, isoladamente, configuram infrações trabalhistas que, apesar de graves, não são suficientes para caracterizar uma condição de trabalho como degradante.

É importante fazer a distinção entre meras infrações trabalhistas e condições de trabalho que ferem a dignidade do ser humano. A falta de registro, por exemplo, pode ser sanada com o registro retroativo dos empregados e o pagamento de todas as verbas remuneratórias a que ele tem direito, inclusive o recolhimento de alíquotas previdenciárias. Diferente é da submissão de pessoas a condições precárias e, muitas vezes, humilhantes, que ferem diretamente a dignidade da pessoa por desprezar o mínimo existencial que deve ser garantido a todos, até mesmo por obediência à Constituição da República Federativa do Brasil/88. Caso contrário, há o risco de se banalizar o enquadramento de uma situação como degradante, minando a efetividade da luta pela erradicação do trabalho escravo no País.

No trabalho rural em Mato Grosso do Sul, percebe-se um certo padrão das irregularidades que acabam configurando o trabalho degradante, mais especificamente no que concerne à tríade alojamento, alimentação e higiene.

Os alojamentos são, na maioria das vezes, feitos de lona, no meio da mata, sem oferecer privacidade e proteção contra intempéries e animais selvagens. No inverno, as baixas temperaturas tornam o local insuportável. Não são

disponibilizadas camas aos trabalhadores, devendo estes improvisar utilizando pedaços de madeira encontrados no local para confeccionar algo similar para sua acomodação. Colchões e roupas de cama só existem quando os próprios empregados levam por conta própria. Além disso, o alojamento é frequentemente utilizado para guardar produtos tóxicos, como adubos e fertilizantes, e para o preparo de alimentos, com pequenas fogueiras improvisadas que, ao queimar a brasa, liberam grandes quantidades de monóxido de carbono que podem asfixiar os trabalhadores.

Os alimentos são preparados precariamente sem nenhuma condição de higiene e armazenados em locais impróprios por muitos dias, até que sejam inteiramente consumidos. Obviamente, não existe nenhum sistema de refrigeração para a sua conservação. Em virtude de sua exiguidade resultante do abastecimento inadequado, os alimentos são ingeridos mesmo quando impróprios para consumo. A água utilizada para consumo e cozimento de alimentos é retirada de córregos e riachos próximos às instalações, e armazenadas em recipientes impróprios, como galões de agrotóxicos reutilizados, por exemplo. O mesmo riacho que provê água também é utilizado para higienização de roupas e dos próprios trabalhadores.

Instalações sanitárias são raras. Geralmente, não há nenhum local destinado à satisfação das necessidades fisiológicas e ao banho dos trabalhadores. Quando há, consiste apenas em um buraco no chão cercado por lona, sem condições sanitárias e de higiene mínimas. Em razão das péssimas condições oferecidas, os trabalhadores preferem utilizar o espaço das cercanias para satisfazer suas necessidades.

Observando-se o mapa que retrata os locais onde foram verificadas situações de trabalho degradantes, é possível tecer alguns comentários acerca da regionalização das atividades envolvidas. Na região oeste e central do estado, a pecuária aparece como principal setor em que foram constatados empregadores submetendo pessoas a condições de trabalho análogas à de escravo. Em regra, os trabalhadores limpam e preparam o pasto para o gado; oferecem seus serviços por meio de “empreiteiros” que negociam diretamente com os vários empregadores da região. É comum os trabalhadores serem alojados em barracos de lona, com alimentação e condições de higiene precárias.

A roçada do pasto é essencial para a engorda mais rápida do gado, que se vê livre das ervas daninhas que predominam no pasto. Estas são pobres em nutrientes e competem com as plantas que servem de alimento aos animais, prejudicando a sua nutrição adequada. Os trabalhadores utilizam foices para efetuar a limpeza, em procedimento pouco eficaz, já que em pouco tempo as plantas indesejadas rebrotam.

Na região norte, a pecuária divide espaço com o corte de madeira em floresta nativa e carvoarias. A correlação entre essas atividades é óbvia: corta-se a floresta nativa para a formação de pasto para o gado e a madeira extraída se destina às carvoarias para a sua transformação em carvão.



O corte de madeira em floresta nativa é realizado de maneira amadora e perigosa, expondo a integridade física dos trabalhadores. Eles utilizam motosserras e outros equipamentos para cuja operação não têm capacitação, arriscando-se diariamente na atividade. Como se deslocam conforme avança a necessidade do serviço, são alojados improvisadamente em barracos de lona, sem nenhuma condição sanitária e de alimentação.

As carvoarias são construídas próximas do local de onde é obtida a madeira. São feitos fornos para o carvoejamento da madeira, realizado por trabalhadores contratados, em geral, pelo responsável pela retirada da madeira. Diferentemente das demais atividades, aqui é possível encontrar melhores alojamentos, construídos em alvenaria ou madeira de qualidade razoável. Isso pode ser explicado pelo fato de a carvoaria ser uma atividade de maior duração, já que os fornos são fixados naquele local, e pela grande quantidade de madeira a ser processada. Assim, os trabalhadores costumam ficar alojados por períodos mais longos, justificando a construção de alojamentos em condições razoáveis.

Esse fato, de acordo com Antônio Maria Parron, auditor fiscal do trabalho e coordenador do Grupo de Fiscalização Rural do Mato Grosso do Sul, explica o baixo número de ações em que é flagrado o trabalho degradante em carvoarias. Segundo Parron, apesar da precariedade do trabalho, inerente à própria atividade, os trabalhadores são bem acomodados, recebendo alimentação adequada e condições sanitárias satisfatórias, já que, juntamente com os quartos, são construídas instalações sanitárias.

202

A atividade de corte de eucalipto em reflorestamento é a que mais abriga trabalhadores em condições degradantes na região sul. Os trabalhadores são aliciados pelos “empreiteiros” – que, na verdade, são os antigos “gatos”, mas agora com empresa constituída – e alojados próximos ao local de corte, utilizando potentes motosserras e realizando o trabalho de maneira precária. Nesse caso, também são alojados em barracos de lona, sem acesso a instalações sanitárias, bebendo água de riachos e com alimentação imprópria.

Mais recentemente, o alto preço da mandioca tem incentivado os agricultores a investirem no seu cultivo, principalmente na região Sul e no Vale do Ivinhema, gerando uma grande demanda por mão de obra na época da colheita. Isso atraiu trabalhadores para o setor e, como nas demais atividades rurais de curta duração, iniciou-se também a prática de trabalho degradante envolvendo esse ramo. Houve, inclusive, constatação de trabalho análogo ao de escravo envolvendo mais de 20 paraguaios laborando na retirada da mandioca, no município de Naviraí. Depois disso, várias outras propriedades que cultivam mandioca foram fiscalizadas, encontrando-se indícios dessa infração em algumas delas, mas já sem os trabalhadores presentes em razão de a atividade ser sazonal.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho em condições análogas à de escravo, a despeito do que muitos imaginam, existe em grande parte do Brasil e, com destaque, no Mato Grosso do Sul. Houve uma mudança no conceito de escravo no decorrer dos anos. Atualmente, a legislação pátria não permite mais subjugar pessoas como era feito na época da colonização, com violência e restrição de liberdade que as transformavam em propriedade de outras. Com a evolução do ordenamento jurídico e das relações de trabalho, o conceito de trabalho escravo também evoluiu, sendo motivo de constantes controvérsias entre aqueles que lidam com o assunto.

Importante ressaltar, para a análise adequada do trabalho escravo contemporâneo, a alteração das características básicas que o configuram, tendo como paradigma o trabalho escravo clássico, predominante na época da colonização do país. Nesta, a restrição da liberdade e o ânimo de propriedade eram os quesitos marcantes da escravidão, evidenciando tal prática de pronto.

Atualmente, com todo o aparato jurídico que defende a liberdade e direitos indisponíveis do ser humano, este modelo de submissão tornou-se impraticável em nossa sociedade. O desrespeito à dignidade do ser humano, que pode ser atingida de várias formas, aparece agora como fator primordial para se considerar um trabalho como escravo.

Com o surgimento do modelo capitalista vigente na maioria dos países, que busca a obtenção de lucro a qualquer custo, a mão de obra humana é vista como um custo que deve ser reduzido cada vez mais. E isso é feito, na maior parte das vezes, com a precarização das condições de trabalho, em um processo de “coisificação” do ser humano. O trabalhador, assim, é considerado uma variável comum na cadeia produtiva, como um objeto ou ser sem valores.

Apesar de já existir uma definição do que seria trabalho escravo, o próprio conceito deixa margem a uma vasta gama de interpretações, que variam de pessoa para pessoa, de acordo com a vivência e experiência de vida de cada uma. O desrespeito à dignidade pode acontecer de formas diferentes, dependendo muito de cada caso específico e dos fatores envolvidos. Por isso a dificuldade de consolidar um conceito totalmente aplicável à realidade laboral.

Analisando-se a realidade do estado do Mato Grosso do Sul, é possível chegar a algumas conclusões de como acontece, na prática, a materialização deste novo conceito. Na verdade, ele deverá ser construído nacionalmente para que a nova redação do art. 243 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 comece a gerar efeitos. Sem uma definição objetiva do que vem a ser o trabalho escravo nos tempos atuais, o dispositivo constitucional se tornará letra morta, restando apenas a boa intenção que motivou a sua elaboração.

Este estudo foi idealizado em virtude da necessidade de se delimitarem critérios objetivos para a constatação de uma relação de trabalho como de trabalho escravo, devendo ser perceptível a todo cidadão, inclusive àqueles que a essas condições são submetidos e, muitas vezes, nem se dão conta disso. A subjetividade, nesse caso, impede a realização de um trabalho eficiente por parte das autoridades fiscalizadoras e do Poder Judiciário, além de gerar insegurança jurídica para os empregadores. Nesse sentido, o grande desafio lançado a partir deste estudo seria chegar-se a uma conclusão que defina, para todas as atividades, um conceito aplicável de trabalho escravo, facilmente identificável pelas autoridades e pelos próprios cidadãos.

Verificando-se a realidade do trabalho rural em Mato Grosso do Sul e também nos outros estados do país, foi possível concluir que, além da jornada exaustiva, as condições de saúde e de segurança no trabalho estão diretamente relacionadas com o trabalho análogo ao de escravo. Situações de ausência de higiene, estadia adequada e saneamento básico colocam o ser humano, nos dias de hoje, em condições degradantes capazes de motivar a tomada de medidas mais drásticas, como ocorre na constatação de trabalho escravo.

Obviamente, existe uma série de dificuldades para se definir objetivamente o que seria trabalho degradante, já que cada atividade laboral apresenta peculiaridades que impedem uma padronização do conceito. Por exemplo, uma atividade que envolve exposição excessiva a produtos químicos ou com alto risco de acidentes graves pode ser, sim, considerada degradante, já que não respeita o trabalho digno do ser humano. No entanto, o conceito definido para essas atividades não serviria para outras mais comuns que, mesmo que de forma distinta, ferem a dignidade da pessoa.

204

## REFERÊNCIAS

ARAUJO, Sônia Regina Rebel de. O asno de ouro: uma metáfora da escravidão. *Phoinix* (UFRJ), v. 12, p. 257-278. 2006.

BENTEMULLER, Fernanda Elisa Viana Pereira. Evolução do trabalho escravo no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3.432, 23 nov. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23075>>. Acesso em: 15 fev. 2014.

BRASIL. Código Penal. Decreto-lei 2.848 de 7 de setembro de 1940.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-lei n. 5.452 de 1º de maio de 1943.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Instrução Normativa n. 91, de 05 de outubro 2011. (Publicada no *DOU* de 06/10/2011, Seção I, p. 102). Dispõe sobre a fiscalização para a erradicação do trabalho em condição análoga à de escravo e dá outras providências.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (2ª Região). Mandado de Segurança (Processo SDI-6 n. 1001621-82.2013.5.02.0000). Novembro de 2013.

- DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006.
- FLORENTINO, Manolo. *Ensaio sobre escravidão*. Minas Gerais: UFMG, 2003.
- MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Portaria n. 86, de 03 de março de 2005.
- MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. *Trabalho escravo contemporâneo: conceituação à luz do princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: LTr, 2011.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção n. 29, de 1930, promulgada pelo Decreto 42.721/1957.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção 105, de 1957, promulgada pelo Decreto 58.822/1966.
- PINTO COELHO, Saulo de Oliveira; CALIXTO MELLO, Rodrigo Antônio. A sustentabilidade como um direito fundamental: a concretização da dignidade da pessoa humana e a necessidade de interdisciplinaridade do direito. *Veredas do direito*, Belo Horizonte, v. 8, n. 15, p. 9-24, jan. /jun. 2011.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- RISÉRIO, Antonio. Escravos de escravos. *Revista Nossa História*, Biblioteca Nacional. n. 4. fev. 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p. 1183/1184.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e a assim chamada constitucionalização do direito penal e processo penal no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais RBCCrim*, São Paulo, ano 21, n. 102, mai./jun. 2013.
- SCHWARZ, Rodrigo Garcia. *Trabalho escravo: a abolição necessária: uma análise da efetividade e da eficácia das políticas de combate à escravidão contemporânea no Brasil*. São Paulo: LTr, 2008.
- SILVA, Daniel B. Domingues. Parceiros no tráfico. *Revista História Viva*, Duetto, n. 66.
- VISSIÈRE, Laurente. O lucrativo tráfico de escravos brancos. *Revista História Viva*, Duetto, n. 80.



# O ESTADO DEMOCRÁTICO SOB UMA PERSPECTIVA DO DIREITO AMBIENTAL

## DEMOCRATIC STATE UNDER A RIGHT PERSPECTIVE

*Cleiton Lixieski Sell\**

*Fátima Barasuol Hammarströn\*\**

### RESUMO

O presente trabalho exemplifica questões de um direito ambiental no tocante a uma perspectiva democrática, onde são abordadas reflexões que traduzem de forma estrutural a um Estado democrático de direito. Para tal, a análise de legislações onde são contemplados ditames do direito ambiental, enraizados como um dos tentáculos que sustentam um Estado Democrático. Vale lembrar que durante muito tempo se têm identificado problemas de ordem ambiental, tendo ultrapassado fronteiras na medida em que não há uma eficácia das legislações vigentes. Com a tendência de fortes problemas ambientais futuros, o Estado tem o papel disciplinador há interferência maléfica do homem, que passa a ser um sujeito destrutivo do seu próprio ambiente de trabalho e convivência, deixando uma contribuição negativa para o desenvolvimento sustentável, que é a solução que se está buscando frente ao cenário incompatível com conceitos como proteção ambiental e meio ambiente como um direito de todos.

**Palavras-chave:** Estado; Democracia; Meio ambiente; Direito.

---

\* Acadêmico do curso de Direito da Universidade de Cruz Alta Unicruz. Integrante dos Grupos de Pesquisa em Direito da Sociobiodiversidade – GPDS e do Grupo de Pesquisas do Trabalho – GPT da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Também atua no Grupo de Pesquisa Jurídica em Cidadania, Democracia e Direitos Humanos – GPJUR da Unicruz, ambos registrados no Diretório de Grupos do CNPq. Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica – PIBIC). Correspondência para/Correspondence to: Av. Benjamin Constant, n. 1217, Bairro Centro, Cruz Alta/RS, 98025-110 (referência: Escola de Aperfeiçoamento de Sargentos das Armas (EASA), e-mail: cleitonls.direito@gmail.com. Telefone: (55) 8448 38-94.

\*\* Mestre em Desenvolvimento pela Universidade Regional do Noroeste do Rio Grande do Sul – Unijuí. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Jurídica em Cidadania, Democracia e Direitos Humanos (GPJUR). Docente da Graduação e Pós-Graduação da Universidade de Cruz Alta (Unicruz). Correspondência para: Correspondence to: Av. Voluntários da Pátria, n. 374, Sala 02, Bairro Centro, Cruz Alta/RS, 98025-780, e-mail: fatima.advocacia@hotmail.com. Telefone: (55) 8426 0893.

## ABSTRACT

---

This work exemplifies issues of environmental law in relation to a democratic perspective, where reflections that reflect structural form a democratic state of law are addressed. To this end, analysis of legislation which dictates the environmental law, rooted as one of the tentacles supporting a democratic state are contemplated. Remember that for a long time have identified problems to the environment, having surpassed borders to the extent that there is no effectiveness of regulations. With the trend of strong future environmental problems, the state has a disciplining role for detrimental interference of man, who happens to be a destructive subject of their own work environment and coexistence, leaving a negative contribution to sustainable development, which is the solution who is looking forward to setting incompatible with concepts like environmental protection and the environment as a right for all.

**Keywords:** State; Democracy; Environment; Right.

## INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito Ambiental emerge de uma reestruturação do papel do Estado junto à sociedade, uma vez que com a caracterização do meio ambiente como um direito fundamental de terceira geração, a proteção ambiental gerou uma maior responsabilização do Estado moderno na garantia a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, o que leva, conseqüentemente, a uma qualidade de vida.

Tal situação acabou por gerar a necessidade de uma reestruturação do Estado democrático, o qual, para assumir o papel de um Estado democrático de direito ambiental precisou passar por profundas mudanças na postura adotada frente à sociedade, visto que não bastou mais a simples constatação da crise ambiental sendo imprescindível um novo paradigma de desenvolvimento sustentável.

O que evidencia que o papel do Estado Democrático de Direito Ambiental como garantidor de um ambiente ecologicamente equilibrado perpassa pela efetivação de medidas e políticas em que os atores sociais passem a fazer parte do processo de desenvolvimento através da efetivação da cidadania, a qual nasce de uma re(conceitualização) de valores coletivos voltados à proteção ambiental em prol da própria qualidade de vida desta coletividade.

Para Leite e Ayala<sup>1</sup>, essa nova estrutura de Estado diz respeito a um novo perfil modificado dos direitos sociais, os quais exigem ações de cidadania compartilhada entre Estado e cidadãos, através de instrumentos de precaução e

---

<sup>1</sup> LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

proteção, não só através de responsabilização como de preservação, visando com isso a preservação ecológica.

No entanto, o Estado de direito ambiental segundo a visão de Sirvinskas<sup>2</sup>, deve ser administrado desde suas origens, ou seja, na conduta do homem. Contudo esse modelo deverá ter parâmetros que privilegiem o ser humano em relação ao sistema capitalista, onde a dignidade da pessoa humana servirá para o bem-estar da sociedade. Entretanto, por esse motivo que é difícil implantar um Estado Democrático de Direito Ambiental.

O registro histórico de uma série de incidentes ambientais, onde muitos deles mudaram até mesmo o rumo que a vida já existente no planeta, bem como a incessante busca pelo desenvolvimento industrial que ocorreram e ainda estão muito intensos, pois, demonstraram em pouco tempo os efeitos negativos que a intervenção do homem no meio ambiente tem gerado. Foi a partir dessa constatação, ou seja, quando a espécie humana se deu conta que dos efeitos que suas próprias atitudes ocasionaram, que passou a pensar em normatizar direitos para que o ser humano não interferisse maleficamente no meio ambiente<sup>3</sup>.

Em termos gerais, o problema ambiental já tomou forma bem antes de se pensar em soluções como a aplicação de legislações preventivas que disciplinem a conduta do homem. Por essa razão, e ainda por outros fatores preponderantes, vale lembrar os princípios que as Constituições trazem ao longo da história. Claro que, seria desconhecimento da parte que afirmasse que desde a primeira Constituição Federal já havia previsão de forma ampla, mas o direito ao meio ambiente já existia, mesmo que de forma vagamente mencionado.

A discussão que gira em torno de um meio ambiente equilibrado, que é o que todos os seres humanos desejam e que está sendo foi muito explorada, pois se busca uma solução que está diante da própria conduta dos indivíduos. Entretanto, a interferência no meio ambiente é da natureza do próprio ser humano, mas deve-se levar em consideração a forma como ela ocorre e as consequências que gera.

### FUNDAMENTOS INTERNACIONAIS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO AMBIENTAL

O direito ambiental internacional nasce da tomada de consciência da sociedade internacional da necessidade de uma proteção globalizada em relação ao meio ambiente, o que somente teve uma concretização maior no século XX, mais especificamente com a Conferência Internacional sobre o Meio Ambiente

---

<sup>2</sup> SIRVINSKAS, Luis Paulo. *Manual de direito ambiental*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>3</sup> BARROS, Wellington Pacheco. *Direito ambiental sistematizado*. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2013.



Humano, realizada no ano de 1972 em Estocolmo, a qual serviu de norte para os Estados estruturarem uma legislação ambiental onde as questões econômicas não causassem danos irreparáveis ao meio ambiente.

Até então, as primeiras preocupações com questões voltadas ao meio ambiente, ainda que sem essa denominação, limitando-se apenas a questão da natureza, e já existiam desde 1900 a.C. com surgimento do direito florestal na Babilônia seguidas de outras normas de regulamentação da poluição e da utilização de recursos naturais. Contudo tais preocupações estavam muito mais voltadas aos interesses privados do homem do que com o próprio meio ambiente. Dessa forma, é trazida uma definição do que efetivamente é o Estado Democrático de Direito e sua principal finalidade:

O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, com o Estado Social de Direito, mas uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e, passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública quando o democrático qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também sobre a ordem jurídica. E mais, a ideia de democracia contém e implica, necessariamente, a questão da solução do problema das condições materiais de existência<sup>4</sup>.

210

Uma visão antropocêntrica e utilitarista vinculada a fatores econômicos fazia com que as questões ambientais fossem abordadas de forma fragmentada, isolada por regiões, jamais se tendo um olhar global, o que impossibilitava uma maior abrangência dos instrumentos de proteção ambiental.

Assim, a real preocupação com o meio ambiente é algo bastante recente, pois foi somente no século XX, com as primeiras concepções de ecologia, ainda estudada como ramo da biologia, que começou a se desenvolver um olhar para o meio ambiente como algo que está interligado à existência dos seres. Até então o homem não tinha-se dado conta dos danos e ameaças ao equilíbrio natural que sua ação desenfreada e sem qualquer preocupação estavam causando.

Dentre os principais fatores que levaram a constatação das crises ambientais e a emergência do direito ambiental internacional podem ser citadas a questão da poluição transfronteiriça, que ultrapassava as fronteiras físicas dos Estados e a questão da poluição dos mares e oceanos que começou a gerar danos catastróficos de âmbito global, tudo isso tendo como ponto de partida a utilização desenfreada e despreocupada do homem junto à natureza.

---

<sup>4</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 74-75.

Existem inúmeras divergências quanto ao marco inicial do direito internacional ambiental; contudo é pacífico o entendimento de que somente após a constatação de que apenas globalmente em ações conjuntas é que se poderia evitar a continuidade da degradação que começaram a surgir, ainda muito latente, as primeiras normas internacionais voltadas ao meio ambiente, sendo que os maiores debates a cerca do tema intensificaram-se a partir dos anos 60.

O que importa, contudo, não é a data exata do surgimento das normas de proteção ambiental, e sim as características desse novo ramo do direito, o qual passou a ter uma autonomia e uma flexibilidade com regulamentações de âmbito internacional e com isso “[...] passa a prevalecer um entendimento de que o Direito Ambiental do século 21 não deve ser confundido com a mera proteção dos bens naturais [...]”<sup>5</sup>.

Apesar da Conferência de Estocolmo, realizada em 1972, a qual é considerada como um dos pontos de partida para as discussões sobre meio ambiente; foi na resolução que convocou os países para a conferência do Rio de Janeiro sobre meio ambiente que se utilizou pela primeira vez a expressão Direito Ambiental Internacional, o qual passou a ter uma autonomia no âmbito jurídico e apresentar características peculiares em relação aos demais ramos do direito.

[...]. Isso faz com que seja um direito que passou a ter um desenvolvimento mais rápido no plano internacional do que no plano interno, muito embora, atualmente, já se verifique um equilíbrio entre ambos. [...]. Trata-se, portanto, de um direito com caráter horizontal, pois abrange diferentes ramos. Possui, ainda, uma natureza inter e multidisciplinar e que se apresenta influenciado por critérios finalistas, ao contrário dos demais ramos, em que o fim a ser atingido não é algo determinante, desde que as relações se processem de modo adequado<sup>6</sup>.

A ONU (Organização das Nações Unidas) desempenhou papel fundamental na criação e desenvolvimento do Direito Internacional Ambiental uma vez que foi através da Resolução n. 2.398 da Assembleia Geral que em 1968 que se recomendou a convocação o mais breve possível da Conferência Internacional sobre o Meio Ambiente Humano. Mesmo assim ainda decorrem quatro anos de consulta entre os Estados e de trabalho preparatório, onde foram elaborados e discutidos os principais elementos as serem apresentados na Conferência.

Durante essas discussões começaram a surgir as primeiras divergências entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento, enquanto os primeiros pleiteavam para colocar em pauta questões voltadas a poluição da água, do solo e da atmosfera, os segundos queriam que fossem discutidas políticas de

<sup>5</sup> OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Direito ambiental internacional*. Ijuí: Unijuí, 2007, p. 114.

<sup>6</sup> OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Direito ambiental internacional*. Ijuí: Unijuí, 2007, p. 114.

preservação; verificando-se com isso a despreocupação dos países desenvolvidos com os custos que Soares<sup>7</sup> chama de “[...] uma política de ‘limpar o mundo a qualquer custo’ [...]”, o que fez com que alguns países de desenvolvimento não aceitassem positivamente a realização da Conferência, inclusive o Brasil, uma vez que para estes existiam problemas considerados de maiores dimensões e com reflexos diretos como a fome, a pobreza, a educação.

Contudo, após inúmeras discussões e negociações preparatórias, foi marcada a Conferência Internacional sobre o Meio Ambiente Humano para ser realizada nos dias 05 a 16 de junho de 1972, na cidade sueca de Estocolmo, dando assim uma visão mundial e madura do direito ambiental internacional, sendo este momento considerado como o marco inicial do desenvolvimento de tal direito, uma vez que após a referida conferência inúmeros foram os tratados e convenções firmados entre os países visando a proteção ambiental, sendo todos eles passados pelo crivo de órgão especializados da ONU.

A Declaração de Estocolmo constituiu um marco para o direito Ambiental Internacional, tendo em vista que a consciência acerca dos dilemas ambientais surgiu na década de 70. [...]. Com base na Declaração de Estocolmo consegue-se formalizar, num documento escrito, metas a serem seguidas pelos países para que se consiga alcançar um nível de desenvolvimento econômico e ambiental de forma a um não interferir negativamente no outro [...]<sup>8</sup>.

212

De acordo com Soares<sup>9</sup>, durante a Conferência das Nações Unidas, foram votados para a Declaração de Estocolmo, que é composta de um Preâmbulo com 07 pontos e 26 princípios; o Plano de Ação para o Meio Ambiente, composta por 109 recomendações envolvendo as políticas voltadas a avaliação do meio ambiente mundial, à gestão do meio ambiente e as direcionadas às medidas de apoio; a resolução sobre os aspectos financeiros e organizacionais no âmbito da ONU e a resolução que criava o Programa das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente (PNUMA).

Paralelamente às reuniões oficiais dos Estados durante a Conferência de Estocolmo, foram promovidos inúmeros eventos promovidos por organizações governamentais e não-governamentais e por entidades privadas em defesa do meio ambiente. Essas manifestações, associadas as reuniões oficiais acabaram por gerar reflexos diretos e imediatos nas relações internacionais dos Estados e em seus ordenamentos internos, fazendo com que surgissem inúmeros tratados e convenções.

---

<sup>7</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *A proteção internacional do meio ambiente*. Barueri: Manole, 2003, p. 43.

<sup>8</sup> OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Direito ambiental internacional*. Ijuí: Unijuí, 2007, p. 138.

<sup>9</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *A proteção internacional do meio ambiente*. Barueri: Manole, 2003.

Assim, a referida conferência contribuiu de forma significativa para a modificação da concepção de Direito Ambiental Internacional, o qual passou a ter mecanismos de “[...] regulamentação, administração e gestão de recursos ambientais mediante o estabelecimento de metas econômicas e ecologicamente aceitáveis. [...]”<sup>10</sup>.

Passados 10 anos da Conferência das Nações Unidas, o Programa das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente (PNUMA), tendo por objetivo discutir e avaliar os resultados da referida conferência, promovem em Nairóbi um encontro onde é criada a Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, instituída em 1983, a qual tinha por finalidade reexaminar os problemas ambientais e apresentar novas propostas de solução, gerando após 04 anos de trabalho, o Relatório Brundthald. Foi neste relatório que apareceu pela primeira vez a expressão “desenvolvimento sustentável”.

No Relatório Brundthald, ficou nitidamente demonstrada a preocupação da comunidade internacional com a destruição do meio ambiente e a utilização indiscriminadas dos recursos da natureza, da mesma forma, ficou evidenciado que a pobreza e as desigualdades sociais, especialmente nos países pobres era um dos fatores geradores de poluição ambiental. A Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, de acordo com Silva<sup>11</sup>, classificou os problemas ambientais em três grandes grupos: o primeiro ligado à poluição ambiental; o segundo aos recursos naturais e o terceiro às questões sociais ligadas ao homem como centro dos problemas ambientais.

Os 20 anos subsequentes à Conferência Internacional sobre o Meio Ambiente Humano de Estocolmo foram marcados pelo aumento da consciência mundial sobre as necessidades de preservação do meio ambiente; contudo, vários desastres ecológicos e grandes catástrofes ambientais, mesmo localizados geram repercussão no âmbito internacional.

De acordo com Soares<sup>12</sup>, podem ser citados o acidente industrial ocorrido em Seveso na Itália, considerado como o maior acidente industrial da Europa, ocorrido em 1976; o acidente com o satélite artificial soviético de telecomunicações Cosmos 924, que despejou grande quantidade de material radioativo no Canadá, em 1978; o desastre com o petroleiro Amoco Cadiz ocorrido no Mar do Norte em 1978 que gerou uma maré negra de 10 centímetros de espessura nas praias francesas; o desastre promovido por uma grande empresa multinacional ocorrido na cidade de Bhopal, na Índia, em 1984, que gerou um vazamento de gás tóxico causando o envenenamento de toda a cidade; o acidente nuclear de

---

<sup>10</sup> OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Direito ambiental internacional*. Ijuí: Unijuí, 2007, p. 122.

<sup>11</sup> SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Direito internacional ambiental*. 2.ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Thex, 2002.

<sup>12</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *A proteção internacional do meio ambiente*. Barueri: Manole, 2003.

Tchernobyl, ocorrido na Ucrânia em 1986, envolvendo uma usina elétrica que gerou uma nuvem de alta radioatividade que teve consequências catastróficas para inúmeros Estados; e o incêndio ocorrido na empresa Sandoz, na Suíça, em 1986, que causou a contaminação do Rio Reno por produtos químicos altamente tóxicos.

Tais catástrofes serviram para comprovar que as medidas que estavam sendo tomadas de prevenção foram insuficientes para evitá-los demonstrando assim a necessidade de soluções globais que pudessem; tais constatações fizeram com que, a pedido da maioria dos países, a ONU convocassem uma nova conferência internacional para discutir as medidas já existentes e criar outras de proteção ao meio ambiente. Assim, através da Resolução n.44/288 de 22 de dezembro de 1989, a Assembleia Geral da ONU decidiu realizar, no ano de 1992, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO-92), com duração de duas semanas e coincidindo com o Dia Mundial do Meio Ambiente, qual seja 05 de junho, na cidade do Rio de Janeiro; evento este que culminou com a elaboração da Agenda 21.

Devido a divergência que permeia na questão ambiental, deve-se ter um elo com a Constituição Federal de 1988. No entanto, vale lembrar que as agressões ao direito do meio ambiente devem ter sua justificação, pois tratam da qualidade de vida dos indivíduos, onde se tem a liberdade e a garantia de um ambiente ecologicamente saudável, salvaguardando a capacidade de renovar os recursos naturais para as próximas gerações<sup>13</sup>.

Mesmo tratando-se de eventos de âmbito internacional, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento e os demais encontros que a sucederam serão abordados no próximo tópico, uma vez que foram realizados no Brasil e tiveram uma influência direta na implementação do Direito Ambiental no Brasil.

## O ALCANCE DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO

Os princípios são instrumentos de que o Estado, especialmente o Estado democrático de direito, se utiliza para garantir à sociedade seja protegida contra os interesses particulares e até mesmo públicos que possam-lhes trazer prejuízos. No âmbito do Direito Ambiental, a implementação de princípios é a base sobre a qual se solidifica a efetivação das medidas de proteção a um bem de interesse coletivo, estando estes expressos na própria normatização ambiental. Dessa forma,

---

<sup>13</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional brasileiro*. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011.

O Direito Ambiental, traduzido em uma política pública, rege-se por princípios que conferem fundamento a sua autonomia e estabelecem uma base lógica em relação ao conteúdo das normas. Quando a norma incorpora, direta ou indiretamente, certo princípio, fica formalmente explicitada a direção tomada pelo legislador na formulação da regra jurídica<sup>14</sup>.

Assim, na legislação ambiental tanto no âmbito brasileiro quanto internacional, especialmente após a Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, inúmeros são os princípios consagrados e vinculados à proteção, à preservação ambiental, bem como a responsabilização e reparação dos danos. Contudo o presente trabalho tem por finalidade focar nas questões brasileiras e, portanto, os princípios a seguir abordados serão aqueles expressos na Constituição Federal Brasileira de 1988, os quais são decorrentes dos princípios internacionais.

O meio ambiente precisa ter o seu espaço frente ao desenvolvimento econômico. Muito embora se tenha potencial cuidado no manejo dos recursos sustentáveis, não é o único remédio para minimizar os problemas. É necessário ainda seguir os princípios de uma gestão democrática, onde figuram a equidade social, diversidade das culturas, equilíbrio regional, dentre outros. Sendo que isso é mais do que uma possibilidade de proteção ambiental, é uma tentativa de solução impostergável<sup>15</sup>.

Para que os princípios ambientais tenham uma amplitude maior, devem ser observados os fundamentos Constitucionais que ao longo do tempo, ganharam conceitos específicos. No entanto, não basta ter apenas uma sustentação de proteção ambiental se não houver a força de trabalho do homem para conduzi-la persistentemente para uma direção onde apresente resultados concretos.

215

### PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A expressão *desenvolvimento sustentável* teve sua primeira aparição em 1972 na Conferência Mundial de Meio Ambiente, passando a repetir-se deste então em todo o contexto internacional e, de forma significativa, na ECO-92, sendo mencionado em onze dos vinte e sete princípios neles consagrados.

O desenvolvimento sustentável é considerado o princípio norteador do direito ambiental, sendo expresso por inúmeras vezes ao longo da Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, a qual vincula o mesmo à integração de políticas, a equidade, a transparência, a participação pública e a biodiversidade.

<sup>14</sup> GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 54.

<sup>15</sup> LEFF, Enrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade e poder*. 7. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

O fundamento primordial de tal princípio pressupõe que [...] o desenvolvimento sustentável significa que a soma dos recursos naturais e dos criados pelo homem não deve diminuir de uma geração a outra. [...]”<sup>16</sup>, ou seja, para que o desenvolvimento possa ser caracterizado como sustentável é imprescindível que além dos aspectos ecológicos, ele pressuponha a igualdade também no âmbito social, econômico, político e cultural do próprio desenvolvimento.

O legislador constituinte de 1988, ao constar um crescimento desenfreado das atividades econômicas e dos danos que a livre concorrência do mercado poderiam causar ao meio ambiente, consagrou na Carta Magna o princípio do desenvolvimento sustentável, o que já vinha sendo observado, contudo através de orientações internacionais, como a Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Assim, foi expressa como cláusula pétrea, elencada entre os direitos fundamentais, a preservação do meio ambiente, o que deve ocorrer mediante um desenvolvimento sustentável que possibilite as gerações presentes usufruir dos bens naturais sem com isso prejudicar a qualidade de vida das gerações futuras.

Ciente da importância de um desenvolvimento econômico, a Constituição Federal de 1988, na intenção de possibilitar o mesmo de forma harmoniosa com a preservação ambiental, normatiza a ordem econômica, limitando-a aos ditames da justiça social, em seu art. 170, VI<sup>17</sup>. Na verdade, o que o legislador buscou foi a possibilidade do desenvolvimento econômico, caracterizado pela livre concorrência, caminhar lado a lado com a defesa do meio ambiente, garantindo assim uma qualidade de vida digna aos cidadãos da geração presente e futura. “Por isso, delimita-se o princípio do desenvolvimento sustentável como o desenvolvimento que atenda as necessidades do presente, sem comprometer a futuras gerações”<sup>18</sup>.

Sabe-se que há uma necessidade de uma cidadania que tenha maior participação no tocante aos problemas ambientais. Entretanto, segundo a concepção de Leite<sup>19</sup>, só será possível quando de fato houver uma conscientização global referente à crise que o meio ambiente está sofrendo, uma vez que, está ocorrendo

<sup>16</sup> SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Direito internacional ambiental*. 2.ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Thex, 2002, p. 49.

<sup>17</sup> BRASIL. *Constituição Federal*. Brasília: Senado Federal, 1988. **Art. 170**. 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: [...] VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; [...]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao\\_compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm)>. Acesso em: 08 jul. 2015.

<sup>18</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 36.

<sup>19</sup> LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental*. Do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e prática. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2012.

um esgotamento dos recursos naturais, onde só haverá Estado de direito ambiental se houver mudanças na organização da sociedade como um todo.

### PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

Consagrado no Princípio 15 da Declaração do Rio, o princípio da precaução traz como fundamento a concepção de que toda decisão voltada à matéria de questões ambientais deve ser tomada com base em um conhecimento científico. Na verdade, o referido princípio está relativamente voltado ao que efetivamente se faz para prevenir um dano ambiental. Contudo, distingue-se do princípio da proteção antecipatória do ambiente, ou seja, antes mesmo do aparecimento de qualquer risco de dano.

Em situações práticas, o princípio da precaução orienta que toda vez que pairarem dúvidas no que tange a liberação de uma atividade que possa causar danos ao meio ambiente, a mesma não deve ser autorizada, visto não se tem uma garantia de que não virão a ocorrer lesões ambientais. Contudo, não se pode ignorar que riscos existem em todas as atividades, o que faz com que a aplicação do princípio da precaução esteja vinculado a questão da previsibilidade, sem com isso prejudicar o desenvolvimento econômico.

O princípio da precaução, dessa forma, ao contrário do que possa parecer, não trava o desenvolvimento econômico. Ao contrário, ele garante a preservação das condições mínimas de qualidade ambiental, necessárias ao equilíbrio da vida. Aplicar esse princípio é enxergar um pouco mais longe, para proteger as gerações futuras<sup>20</sup>.

217

Assim, para que seja invocado o princípio da precaução, é imprescindível que se demonstre uma mínima verossimilhança ou plausibilidade do risco de ocorrência de dano, mesmo que se desconheça a natureza do mesmo, devendo a medida a ser adotada ser proporcional e coerente, ou seja, adequada a proporção do risco.

Em matéria de precaução, ainda cabe destaque no que se refere a difusão desse princípio. Também em relação ao princípio da precaução, é definida em lei específica, ou seja, parte do princípio da legalidade, onde a sua fundamentação está na legislação pertinente. Dessa forma, as atividades que são desenvolvidas com a interferência no meio ambiente, encontram-se dispostas em leis próprias de sua natureza.

### PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO

O princípio da prevenção é ordenador do estado democrático de direito ambiental, uma vez que afasta qualquer disponibilidade a medidas de prevenção

---

<sup>20</sup> GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 62.



e degradação do meio ambiente, legitimando ao Estado a se valer de medidas, inclusive em detrimento de interesses privados, que possa evitar a ocorrência de danos ambientais, ou seja, medidas estas que antecedem a consumação do dano, onde a prevenção se antecipa à reparação.

Ainda nesse contexto, reitero a ideia de que esse poder de polícia é fruto do direito a partir da transição de um Estado liberal para outro modelo, um Estado do bem-estar social, onde são divididos por escalões especializados para cobrir a manutenção da ordem dos diversos Estados<sup>21</sup>.

Os fundamentos de tal princípio se justificam pelo fato de que depois que o dano ambiental ocorreu, muitas vezes é praticamente impossível a reconstituição natural da situação anterior nos exatos modos como se apresentavam anteriormente, ou seja, o dano é irreversível e irreparável; da mesma forma, se justifica também pelo fato de que a reparação pode ser muito mais onerosa do que a prevenção, ou seja, as medidas preventivas são muito mais econômicas do que as medidas reparativas.

Na legislação brasileira o princípio da prevenção está nitidamente evidente no Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EPIA), implementado pela Lei n. 6.938/81<sup>22</sup>, como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente; da mesma forma o mesmo foi consagrado pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 225, IV<sup>23</sup>.

218

Ainda dentro do princípio da prevenção, em termos de aplicabilidade, a prevenção surte resultados menos impactantes, pois impede que haja a interferência no meio ambiente, diferentemente do momento em que já está consolidada a fato. No entanto, cabe notar que independentemente da ação, sendo preventiva ou coercitiva, haverá uma infração ambiental.

## PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO

Considerado também como um dos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito Ambiental, o princípio da participação no âmbito da tutela ambiental pressupõe a ação conjunta da sociedade e do Estado na preservação

---

<sup>21</sup> MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009.

<sup>22</sup> BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. *Política Nacional do Meio Ambiente*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm)>. Acesso em: 08 jul. 2015.

<sup>23</sup> BRASIL. *Constituição Federal*. Brasília: Senado Federal, 1988. **Art. 225**. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. [...] IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; [...]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm)>. Acesso em: 8 jul. 2015.

e proteção do meio ambiente, sendo imposto pela Constituição Federal de 1988 em diversos de seus artigos, mas de forma mais abrangente em seu art. 225, *caput*, a solidariedade de obrigações entre os mesmos. A participação da sociedade é elemento primordial para efetivação das medidas ambientais de proteção e prevenção, uma vez que a ocorrência de omissão tanto por parte desta traz

[...] um prejuízo a ser suportado pela própria coletividade, porquanto o direito ao meio ambiente possui natureza difusa. Além disso, o fato de a administração desse bem ficar sob a custódia do Poder Público não ilide o dever de o povo atuar na conservação do direito do qual é titular<sup>24</sup>.

Associados ao princípio da participação estão o direito à informação e à participação social que são trazidos por alguns doutrinadores como princípios autônomos. O direito à informação parte do pressuposto que para a tomada de qualquer decisão é imprescindível o conhecimento dos fatos que podem levar as medidas adequadas de proteção e preservação ambiental, dentre as informações a que o Estado tem o dever de apresentar à sociedade.

Da mesma forma o direito à participação social surgiu como pressuposto da redemocratização brasileira, onde a sociedade organizada passou a ter um papel imprescindível de atuação nos mais diversos setores, dentre eles também, às questões ambientais.

Assim, a efetividade do princípio da participação pressupõe o acesso adequado de toda a sociedade há todas as informações atinentes ao meio ambiente, estando estas em poder de particulares ou do próprio Estado, quando então, de posse das mesmas poderão participar ativamente das decisões voltadas as questões ambientais, visando com isso resguardar o próprio planeta do dano que está exposto.

219

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com essa perspectiva de um direito ambiental como preceito que está inserido em um Estado democrático de direito, vale lembrar que o aspecto crucial gira em torno da problemática que vem se repetindo há algum tempo, onde as soluções aparentemente têm efeitos limitados quanto ao que se realmente espera que tenha.

Para que um Estado tome as rédeas das legislações ambientais, cresce de importância analisar a situação que se faz presente. A concepção de que compete apenas aos órgãos responsáveis dar uma resposta para os problemas ambientais, não passa de uma falsa visão, pois cabe parcela da responsabilidade ao indivíduo, que se torna um vetor na aplicação eficiente dos regramentos jurídicos.

---

<sup>24</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 51.

Dentro da ideia do direito ambiental inserido em um Estado democrático é de vital importância as políticas públicas que norteiem essa categoria, pois, como se trata de um direito dos indivíduos, é imprescindível a colaboração dos mesmos. Contudo, está clara a forma de proteção ambiental, porém, ainda necessita-se de cooperação de todos, onde se tornará mais eficaz se todos os indivíduos, cada um fazendo a sua parte, sigam na mesma direção de preservação e precaução com os possíveis danos que podem, individual ou coletivamente causar ao meio ambiente.

Com o advento do grande desenvolvimento econômico, deixaram-se de lado as preocupações com recursos disponíveis no meio ambiente. Não é novidade o desrespeito para com a fauna e a flora, que uma vez sendo descoberta, se torna alvo de comerciantes ilegais, que se utilizam de artifícios desumanos para obter a troca de uma espécie rara de animal por uma quantia em dinheiro. Esse é um exemplo de que a destruição do meio ambiente está ocorrendo em diversos níveis, passando-se a extrair tudo que se encontra pela frente e que tenha valor econômico, sem ao menos se preocupar com as consequências que tal atitude possa causar ao meio ambiente.

O direito ambiental propriamente dito, de certa forma ainda pulsa negativamente nos indivíduos, que horas invertem conceitos para um lado puramente indenizatório, onde são aplicadas penas e multas que em muito não são cumpridas segundo a previsão legal. Com esse aspecto disciplinador, é relevante entender o fundamento de tais medidas, para que assim as normas ambientais passem a ser cumpridas. No entanto, o indivíduo é o fio condutor da preservação de forma preventiva dessas situações, pois cabe ao mesmo o discernimento quando se utiliza desses meios abusivos de interferência no meio ambiente.

Conforme a perspectiva trabalhada no texto, o direito ambiental já caminha a passos largos para amenizar os problemas ambientais. Contudo, sempre é importante reforçar o papel que o ser humano tem nesse processo, especificamente no tocante a sua interferência na natureza, devendo-se distinguir a interpretação de proteção ambiental de meio de sobrevivência, que, entretanto, deixa a mercê uma gama de outras divergências quanto ao significado de proteção do meio ambiente.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Wellington Pacheco. *Direito ambiental sistematizado*. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2013.

BRASIL. *Constituição Federal*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 08 jul. 2015.

BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. *Política Nacional do Meio Ambiente*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm)>. Acesso em: 08 jul. 2015.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional brasileiro*. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- LEFF, Enrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade e poder*. 7. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2009.
- LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental*. Do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e prática. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2012.
- LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009.
- MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Direito ambiental internacional*. Ijuí: Unijuí, 2007.
- SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Direito internacional ambiental*. 2. ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Thex, 2002.
- SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *A proteção internacional do meio ambiente*. Barueri: Manole, 2003.



# O ESTADO LIBERAL CLÁSSICO E O SURGIMENTO DO ÉTAT LEGAL NA FRANÇA: AS GARANTIAS INDIVIDUAIS E A O PAPEL DO JUIZ NO PROCESSO

## LIBERAL STATE CLASSIC AND THE LEGAL ÉTAT EMERGENCE IN FRANCE : THE INDIVIDUAL WARRANTIES AND JUDGE'S ROLE IN THE PROCESS

Cássio Schneider Bemvenuti\*

### RESUMO

---

A formação do Estado Liberal Clássico é caracterizada pela resposta da sociedade civil ao Poder Absolutista, que dominava grande parte dos países europeus até meados dos séculos XVII e XVIII. A partir de então, o modelo liberal pregado por uma burguesia emergente e revolucionária, foi adotado por vários países e consagrado posteriormente em diversas ordens constitucionais do ocidente. Nesse cenário, cada Estado vivenciou essas fases de maneira diferente, variando conforme o desenvolvimento econômico de cada país e suas particularidades culturais. A Revolução Francesa de 1789 e o consequente surgimento do que se reconhece como *État legal* francês são um exemplo desta transformação estatal e social vivida após longos séculos de reinado absolutista e feudal. Observa-se que muitas das garantias individuais consagradas neste período ainda se fazem presentes hodiernamente. O papel do juiz nesse contexto deve ser ressaltado. A função de reproduzidor da letra da lei e a aplicação das garantias individuais no processo evidenciam a própria participação do cidadão na limitação do poder estatal. É observando esse itinerário dos modelos de Estado e das garantias individuais do processo, que se busca analisar o surgimento do *État legal* francês e a consagração de garantias processuais demarcadas até os dias de hoje.

**Palavras-Chave:** Processo. Estado liberal. *État legal*. Garantias individuais.

### ABSTRACT

---

The formation of the Liberal State Classic is characterized by the response of civil society to absolutist power, which dominated most of the

---

<sup>1</sup> Pós-Graduado pela Academia Brasileira de Direito Processual Civil – ABDPC. Diplomado pela Fundação Escola Superior da Defensoria Pública/RS – Fesdep. Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos. Advogado.

European countries until the mid-seventeenth and eighteenth century. Since then, the liberal model preached by an emerging and revolutionary bourgeoisie, was adopted by several countries and later enshrined in several constitutional orders of the west. In this scenario, each state experienced these stages differently, varying according to the economic development of each country and its cultural particularities. The French Revolution of 1789 and the consequent emergence of what is recognized as French *legal État* is an example of State and social transformation experienced after long centuries of feudal absolutist and reign. It is observed that many of the individual guarantees enshrined in this period are still being present in our times. The role of the judge in this context it should be emphasized. The player function of the letter of the law and the application of individual guarantees in case evidenced itself citizen participation in the State power limitation. By observing this itinerary of State models and individual guarantees of the process, and seek to analyze the emergence of the French *legal État* and the consecration of procedural safeguards demarcated until today.

**Keywords:** Process. Liberal state. *État legal*. Individuals rights

## INTRODUÇÃO

224

A formação do que se reconhece como Estado Liberal Clássico é resultado de revoluções ocorridas ao longo dos séculos XVII e XVIII. A Revolução Francesa de 1789 e a Constituição dos Estados Unidos da América de 1791 limitaram a atuação estatal e estabeleceram um regime democrático, controlando, assim, o absolutismo monárquico por meio da lei. Daí a consagração de direitos fundamentais como *liberdade, igualdade e legalidade*.

O monopólio da jurisdição deixava de se concentrar na figura do rei e era substituída pelo Estado, ente abstrato formado e regulado pela lei, que, por sua vez, revelaria a vontade geral do povo. O cidadão, cansado das atrocidades cometidas pelos governantes absolutistas e do autoritarismo característico do período feudal, buscou na ideia de contrato social desenvolvida por Thomas Hobbes e no conceito de tripartição de poderes de Montesquieu a criação de um Estado limitado e regulado pela Lei.

É nesse paradigma que se desenvolvem uma série de revoluções sociais no ocidente, buscando limitar a atuação do Estado em relação às garantias individuais do cidadão. São muitas as abordagens históricas que reconhecem estes movimentos sociais como formadores do que se conhece como Estado de Direito, em que o positivismo exegético e a consagração da lei como limitador do poder monarca seriam as garantias da sociedade civil.

Como se pôde observar desde então, a evolução do Estado Liberal até a promulgação do que se reconhece hodiernamente como Estado Democrático de

Direito traz consigo a mutação de diversos conceitos, entre eles o próprio conceito de democracia. O ideário liberal traz a necessidade de uma democracia que garantisse direitos fundamentais de cunho individual ao cidadão em face do poder estatal. Essa noção de democracia sofreu diversas modificações até os dias atuais que aparecem claramente quando se observa a transição dos modelos de Estado ao longo dos séculos.

Contudo, cumpre mencionar inicialmente que essas revoluções de ideologia liberal alteraram muito pouco o dia a dia da classe trabalhadora. A segunda Revolução Industrial ocorrida na Inglaterra no século XIX demonstra uma busca por direitos de cunho social, entendidos pela doutrina jurídica como direitos de segunda geração. No mesmo período, a Revolução Mexicana e a Soviética geram constituições que trazem em seu bojo a positivação de uma série de direitos sociais. Daí o surgimento do chamado Estado Social, em que o positivismo exegético característico do Estado de Direito passava a ser substituído pelo Estado Constitucional.

No Estado Social, a preocupação era formular leis que efetivassem direitos sociais e garantissem aqueles direitos de cunho liberal consagrados no Estado Liberal Clássico. De nada adianta ao cidadão possuir o direito subjetivo à liberdade se o Estado não proporcionar uma série de eventos que realizam esse direito. O Estado Social, portanto, não se preocupa apenas em positivar direitos fundamentais que limitem o poder do Estado. Tem a preocupação também de os efetivar.

Uma das características da formação do Estado Social é justamente a reação à visão individualista mencionada anteriormente, ou seja, uma nova percepção do papel do Estado, que seria mais intervencionista. No Estado Social, o rol de direitos fundamentais se ampliou, exigindo que as liberdades e igualdades formais apregoadas pelo Estado Liberal tivessem o amparo do Estado para se concretizarem.

A partir do Estado Social, o Estado se insere nessa relação estabelecendo uma igualdade material, quando o empregado passa a ter direitos amparados pelo próprio poder estatal como o direito a férias, por exemplo. Obviamente, o processo não passaria imune a essas modificações sociais e estatais. Os anseios sociais não atingem somente a positivação de direitos, mas também a respectiva tutela efetiva. Daí a importância de se observar como o processo civil foi se moldando às necessidades sociais e à própria jurisdição exercida pelo Estado.

## **OS IDEAIS LIBERAIS E O SURGIMENTO DO ESTADO DE DIREITO NO OCIDENTE**

Deve-se atentar para outras circunstâncias históricas. A limitação do poder estatal já havia sido reconhecida na Magna Carta da Inglaterra de 1215. A obra



de John Locke<sup>1</sup> e a Revolução Gloriosa de 1688 também são eventos anteriores à mencionada Revolução Francesa e já tinham em seu núcleo a ideia de um contrato entre o povo e seus governantes. Contudo, é nesta revolução ocorrida na França e na Constituição norte-americana promulgada em 1791 que assoma a ideia de Estado de Direito de características liberais: o Estado Liberal Clássico.

A concepção dos direitos fundamentais se baseava na filosofia política liberal que imperou durante o século XVIII e início do século XIX. A sociedade civil buscava conter a ingerência estatal por meio da consagração de direitos que visavam garantir a propriedade, a legalidade e a igualdade dos cidadãos. É justamente aí que nasce a elaboração de uma constituição escrita que limitasse o poder do Estado. Os ideais liberais se estendiam pelo continente europeu buscando conter o poder absoluto da monarquia que se estendia desde tempos feudais. Nesse sentido, Lênio Luiz Streck<sup>2</sup>:

Com efeito, a Constituição nasce como um paradoxo, porque, do mesmo modo que surge como exigência para conter o poder absoluto do Rei, transforma-se em um indispensável mecanismo de contenção do poder das maiorias. É, pois, no encontro desses caminhos contraditórios entre si que se desenha o paradoxo do constitucionalismo. E é na construção de uma fórmula abarcadora desses mecanismos contramajoritários que se engendra a própria noção de jurisdição constitucional percorrendo diversas etapas, até o advento do Estado Democrático de Direito.

226

Importante destacar o papel da resposta civilizatória ao poder absolutista. Os direitos fundamentais firmados pela ideologia liberal inauguram a tentativa da civilização ocidental de enfrentar os abusos de poder resultantes do período absolutista. Os direitos individuais visavam justamente demarcar a esfera de atuação do Estado e os direitos fundamentais do indivíduo. Ainda nesse sentido, André Leonardo Copetti Santos<sup>3</sup>:

O constitucionalismo aconteceu como uma resposta civilizatória a manifestações de abuso de poder. E o que hoje encontramos positivado nas Constituições contemporâneas (sistemas positivos de Direitos Fundamentais, regras de organização e limitação do poder, mecanismos de garantia processual, etc.) são técnicas de controle e organização do exercício do poder e mecanismos de garantias dos indivíduos frente a possíveis abusos de poder por parte de agente políticos.

---

<sup>1</sup> LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*: ensaio relativo a verdadeiro origem, extinção e objetivo do governo civil. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

<sup>2</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso*: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 77.

<sup>3</sup> SANTOS, André Leonardo Copetti. *Elementos de filosofia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 90.

É nesse paradigma descrito que surge o que se convencionou chamar de Estado Liberal Clássico ou Estado de Direito Liberal. O surgimento do que se entende atualmente como Estado Democrático de Direito revela alguns conceitos empregados na sua criação, em especial, Estado de Direito, Estado Social e a democracia.

Deve ser enfatizado, porém, que o Estado Democrático de Direito não se funda da soma destes três modelos. Pelo contrário, enseja uma proposta inovadora e original, como se terá oportunidade de abordar, após explicar cada um dos seus elementos. A Democracia contemporânea demonstra características já diversas da imaginada pelos ideais liberais do século XVIII. Nesse sentido, o conceito de democracia de Amartya Sen<sup>4</sup>:

Há, naturalmente, a visão mais antiga e mais formal de democracia que a caracteriza principalmente com relação às eleições e à votação secreta, em vez da perspectiva mais ampla do governo por meio de debate. Contudo, na filosofia política contemporânea, a compreensão de democracia ampliou-se enormemente, de modo que já não seja vista apenas com relação às demandas por exercício universal do voto secreto, mas de maneira muito mais aberta, com relação àquilo que John Rawls chama de “exercício da razão pública”.

Conforme já referido, a luta pelo Estado de Direito se expandiu pelo ocidente por meio do surgimento do Estado liberal Clássico em países como Inglaterra, Estados Unidos, França e Alemanha. Na Inglaterra, esse Estado de ideologia liberal já era imaginado em meados dos séculos XVII e XVIII e fora denominado de *rule of law*<sup>5</sup>, trazendo o reconhecimento da supremacia da lei insculpida na Magna Carta.

No caso norte-americano, consolidou-se a supremacia da Constituição e a garantia dos direitos fundamentais de cunho liberal por intermédio da Constituição de 1791. Na França, a Revolução de 1789 consagrou o *Etat legal*, segundo o qual se sublinha a supremacia da lei fundamentada na vontade popular que se

<sup>4</sup> SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Donielli Mendes. São Paulo: Cia das Letras, 2011, p. 358.

<sup>5</sup> Segundo José Joaquim Gomes CANOTILHO: “*The rule of law* significa, em primeiro lugar, na sequência da Magna Carta de 1215, a obrigatoriedade da observância de um processo justo legalmente regulado, quando se tiver de julgar e punir os cidadãos, privando-os de sua liberdade e propriedade. Em segundo lugar, *rule of law* significa a proeminência das Leis e costumes do país perante a discricionariedade do poder real. Em terceiro lugar, *rule of law* aponta para a sujeição de todos os actos do executivo à soberania do parlamento. Por fim, *rule of law* terá o sentido de igualdade de acesso aos tribunais por parte dos cidadãos a fim destes aí defenderem os seus direitos segundo os princípios de direito comum dos ingleses (*Common Law*) e perante qualquer entidade (indivíduos ou poderes públicos)” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 93-94.

exprime pelo parlamento. Na Alemanha, o *Rechtstaat* do século XVIII previa um Estado mínimo, nos moldes de um Estado Liberal de Direito. Nele, há uma separação entre Estado e sociedade, já que a intervenção do Estado representava um tendencial perigo à liberdade e à propriedade.

## A Revolução Francesa de 1789 e a luta social pela limitação do poder

Antes da Revolução Francesa de 1789, o Estado francês era absolutista, ou seja, governado por uma monarquia que governava o país. Economicamente, predominavam as práticas mercantilistas que sofriam com as constantes intervenções do Estado. No plano social, predominavam as relações de servidão, já que a maioria da população francesa era camponesa.

Os camponeses estavam sujeitados ao poder econômico dos senhores feudais e viviam em condições mínimas. Muitos acabaram ocupando centros urbanos, já que eram compostos de um amplo grupo de desempregados e miseráveis excluídos por uma economia que não se alinhava às necessidades do nascente capitalismo industrial.

As péssimas colheitas do final do século XVIII contribuíram para que a crise econômica e a desordem social se instalassem de vez na França. Assim, a década de 1780 veio carregada de contradições, anseios e problemas de uma nação que não dava mais crédito a suas autoridades.

228

Nas áreas urbanas, a situação não era muito diferente de quem vivia nas áreas rurais. A população urbana era composta, em sua maioria, por assalariados de baixa renda, desempregados e pequenos burgueses, que pagavam pesadíssimos impostos e tinham um custo de vida cada vez mais elevado.

Já durante o ano de 1788, uma grande seca diminuiu a produção agrícola, fazendo os preços dos alimentos dispararem, ampliando a miséria nas cidades e levando a fome também para a zona rural. Diversos movimentos sociais passaram a exigir providências, mas o tesouro real estava desfalcado pelo déficit iniciado no governo de Luís XIV, ampliado pelos gastos com o apoio francês à independência dos Estados Unidos da América, estimados em 2 bilhões de libras, fornecido como forma de abalar o poder inglês<sup>6</sup>.

Nesse paradigma, seguindo o estímulo fornecido pelo iluminismo, criava-se na Europa o despotismo esclarecido, quando os príncipes passaram a utilizar filósofos liberais em favor do fortalecimento do absolutismo. A situação social era tão grave que o povo foi às ruas com o objetivo de tomar o poder e retirar a monarquia do governo, comandada pelo rei Luís XVI. A Queda da Bastilha em 14/07/1789 marca o início do processo revolucionário, pois a prisão política era o símbolo da monarquia francesa.

---

<sup>6</sup> CÁCERES, Florival. *História geral*. 4. ed. São Paulo: Moderna, 1999, p. 118.

A busca por positivar as bases teóricas da revolução fez aprovar, no dia 26 de agosto do mesmo ano (1789), a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”. Esse movimento foi uma forma de legitimar a burguesia no poder político do Estado, sendo ela a classe dominante.

Um dos atos mais conhecidos da Assembleia foi o confisco dos bens do clero francês que seriam usados para superar a crise financeira. Parte do clero reagiu e começou a se organizar e, como resposta, a Assembleia decreta a Constituição Civil do Clero. O Clero, portanto, passa a ser funcionário do Estado, e qualquer gesto de rebeldia de um clérigo o levaria à prisão.

Na capital, os setores mais moderados da Assembleia conseguiram preservar o rei em seu posto. A partir daí, uma grande agitação teve início, pois seria votada e aprovada a Constituição de 1791 que estabelecia, na França, a monarquia parlamentar, ou seja, o rei ficaria limitado pela atuação do Poder Legislativo (Parlamento). E era justamente essa limitação que a Revolução buscava.

A positivação de garantias individuais e a fundação do *État legal*

Como se observa, o Estado de Direito (*État legal*) institucionalizou-se após a Revolução Francesa de 1789, no fim do século XVIII, constituindo o primeiro regime jurídico-político da sociedade que materializava as novas relações econômicas e sociais, colocando de um lado os capitalistas (burgueses em ascensão) e, do outro, a realeza (monarcas) e a nobreza (senhores feudais em decadência).

O lema dos revolucionários era “liberdade, igualdade e fraternidade”, que resumia os reais desejos da burguesia: liberdade individual para a expansão dos seus empreendimentos e a obtenção do lucro; igualdade jurídica com a aristocracia visando à abolição das discriminações; e fraternidade dos camponeses com o intuito de que apoiassem a revolução e lutassem por ela.

Outra característica do Estado Liberal é a defesa do *princípio da igualdade*, uma das maiores aspirações da Revolução Francesa. Porém, é preciso observar quais os fatores que influenciaram a burguesia em ascensão a pregar a aplicação de tal princípio.

Ressalte-se que a igualdade aplicada é a formal, na qual se buscava a submissão de todos à lei, afastando-se o risco de qualquer discriminação. Logo, sob tal fundamento, todas as classes sociais seriam tratadas uniformemente, pois as leis teriam conteúdo geral e abstrato, não sendo específicas para determinado grupo social.

No tocante à Teoria da Separação dos Poderes de Montesquieu, adotada pelo Estado Liberal, o objetivo de Montesquieu ao idealizar os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário era preservar os privilégios da sua própria classe, a nobreza, ameaçada tanto pelo rei, que almejava recuperar sua influência nacional, quanto pela burguesia que, dominando o poder econômico, intentava o poder político. Elaborou, então, sua teoria que repartia o poder entre a burguesia,

nobreza e realza, afastando, desse modo, a possibilidade de a burguesia em crescimento ser a sua única detentora de poder.

Dessa forma, o Estado de Direito, ao passar a impedir o exercício arbitrário do poder pelo governante e garantir o direito público subjetivo dos cidadãos, reconhece, constitucionalmente, e de uma forma mínima, direitos individuais fundamentais, como a liberdade (apregoadá na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a qual foi mantida como preâmbulo da Constituição Francesa de 1791).

Assim, o Estado Liberal cria os chamados “direitos de primeira geração”, que decorrem da própria condição de indivíduo, de ser humano, situando-se, desta feita, no plano do ser, de conteúdo civil e político, que exigem do Estado uma postura negativa em face dos oprimidos, compreendendo, entre outros, as liberdades clássicas, tais como, liberdade, propriedade, vida e segurança, denominados, também, de direitos subjetivos materiais ou substantivos. Como bem destaca Michelle TARUFFO<sup>7</sup>:

*Dar protección judicial a los derechos privados se convierte em una de las obligaciones fundamentales del Estado frente a los ciudadanos. Este cambio cultural comporta importantes consecuencias, relativas a la naturaliza de la protección judicial de los derechos. Por una parte, el procedimiento va no se entiende sólo como uma espécie de extensión auxiliar del derecho privado y se convierte em assunto de derecho público. Por la outra, proteger y aplicar los derechos de los ciudadanos se concibe como uma função social fundamental que tiene que ser desempeñada por El Estado de maneira efectiva, económica y equitativa.*

230

É preciso ressaltar que tais direitos exigiam do Estado uma conduta negativa, isto é, uma omissão estatal para não invadir a esfera individual do indivíduo, que deixou de ser considerado mero súdito, elevando-se à condição de cidadão, detentor de direitos tutelados pelo Estado, inclusive contra os próprios agentes estatais.

### **AS GARANTIAS DO PROCESSO NO ÉTAT LEGAL E A ATUAÇÃO DECLARATÓRIA DO JUIZ COMO LEGITIMAÇÃO DA LEI**

Portanto, a garantia constitucional do devido processo legal prescinde da história do homem pela busca de sua liberdade, ou seja, libertar-se da servidão que lhe foi imposta pelo próprio semelhante. Revela, sobretudo, a luta pela contenção do poder.

---

<sup>7</sup> TARUFFO, Michele. *Páginas sobre justicia civil*. Tradução de Maximiliano Aramburo Calle. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 32.

Após a criação do Estado, os séculos vieram demonstrar que perdeu ele sua liberdade, quase que total porque o detentor do poder passou a utilizá-lo, de modo geral, em proveito próprio, ignorando o interesse do povo, chegando Luís XIV a dizer: “*L’État c’ est moi*” (O Estado sou eu).

Chama atenção a contribuição da Revolução Francesa na positivação de direitos fundamentais<sup>8</sup> como *liberdade, igualdade e legalidade*. O *État legal* consagrou a limitação do Poder Estatal pela lei. A lei, por sua vez, revelaria a vontade geral. Assim, o Povo limitaria o poder do monarca. Ainda nesse sentido, André Leonardo Copetti Santos:

O constitucionalismo aconteceu como uma resposta civilizatória a manifestações de abuso de poder. E o que hoje encontramos positivado nas Constituições contemporâneas (sistemas positivos de Direitos Fundamentais, regras de organização e limitação do poder, mecanismos de garantia processual, etc.) são técnicas de controle e organização do exercício do poder e mecanismos de garantias dos indivíduos frente a possíveis abusos de poder por parte de agente políticos.

A preocupação do *État legal* era garantir um processo em que o Juiz fosse um simples reproduzidor do texto da lei (“*Bouche de la Loi*”). Teóricos como Stuart Mill<sup>9</sup>, John Locke<sup>10</sup>, Montesquieu<sup>11</sup>, Rousseau<sup>12</sup> e Thomas Hobbes<sup>13</sup> ganharam

<sup>8</sup> Nesse sentido, muito se tem discutido acerca da distinção entre “direitos humanos” e “direitos fundamentais”. Para Ingo Wolfgang SARLET: “Em que pese sejam ambos os termos (‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)” SARLET, Ingo Wolfgang. 8. ed. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 101.

<sup>9</sup> STUART MILL, John. *Sobre a liberdade*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1942.

<sup>10</sup> LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo: ensaio relativo a verdadeiro origem, extinção e objetivo do governo civil*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

<sup>11</sup> MONTESQUIEU, Barão de La brede e de. *O espírito das leis*, 1997.

<sup>12</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução de Lourdes Santos Machado. In: Rousseau. Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

<sup>13</sup> Nesse sentido, André Leonardo Copetti dos Santos destaca: “Hobbes escreveu o texto fundamental da filosofia política inglesa, o *Leviatã* (1651), fundando ao mesmo tempo uma filosofia política dominante para a modernidade, o liberalismo político, e uma nova ética social, a defesa dos próprios direitos. Há, nesta obra referencial, toda uma perspectiva de esperança de um novo mundo, de uma modernidade fundada na confiança do poder da razão e na liberdade da fé particular” (COPETTI SANTOS, André Leonardo. *Elementos de filosofia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 90).

destaque em suas defesas pela propriedade, liberdade, igualdade formal e contenção de poder.

Reinava o individualismo e a defesa de um absenteísmo do Estado na esfera econômica. Nesse sentido, José IGREJA MATOS<sup>14</sup> destaca justamente a interferência desta ideologia no ordenamento jurídico português da época:

Uma vez que o rei era tido como o mediador entre o Direito Divino e a sociedade política, funcionando o Estado como uma poderosa máquina de constrangimento, os teóricos do absolutismo impunham a natureza de mero aplicador da Lei do príncipe aos juízes, definindo as Ordenações Afonsinas que as situações de erro nunca proviriam da Lei, mas sempre de seus executores, generalizando-se a proibição dirigida a quem decide o poder fazer segundo sua consciência.

Os direitos fundamentais foram relacionados às liberdades e ao bom governo do Estado em que os poderes estivessem bem limitados. Bastava, nesse paradigma, um Legislador que apenas obedecesse a Constituição, uma Administração que tão somente seguisse a lei e o Judiciário, que fosse o mero árbitro dos conflitos privados ou a boca que pronunciava as palavras da lei.

232

O juiz, portanto, assumia papel de “garantidor” da aplicação da letra “fria” da lei. A garantia da democracia, sob esse aspecto, residia justamente nessa limitação do papel do juiz e do Estado. Portanto, a lei era a “garantia formal da democracia” no *État legal*.

O Processo Civil no *État legal*, portanto, tinha como fundamento a própria defesa do cidadão em face do Estado. Daí a noção de um juiz que fosse mero reproduzidor da letra fria da lei. Essa limitação na atuação do magistrado era a própria garantia da democracia do Estado francês.

É galgado nesse paradigma que se desenvolve um processo técnico, que aplicasse as leis sem nenhum tipo de “contaminação” política. MARINONI, ao citar Tarello, afirma<sup>15</sup>:

Essa ideia, bem refletida nos escritos de Montesquieu, espelha uma ideologia que liga liberdade política à certeza do direito. A segurança psicológica do indivíduo – ou sua liberdade política – estaria na certeza de que o julgamento apenas afirmaria o que está contido na Lei. Ou melhor, acreditava-se que, não havendo diferença entre o julgamento e a Lei, estaria assegurada a liberdade política.

<sup>14</sup> MATTOS, José Igreja. *Um modelo de juiz para o processo civil atual*. Coimbra: Editora Coimbra, 2010, p. 68.

<sup>15</sup> TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna* (p. 280). Apud: MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*. São Paulo: RT, 2004, p. 36.

Neste sentido, o Estado somente poderia intervir na vontade do cidadão se assim a lei determinasse, ou seja, a liberdade estaria presente justamente na possibilidade de o cidadão poder fazer tudo aquilo que a lei não proibir. Nesse Luigi sentido, Luigi FERRAJOLI<sup>16</sup> ensina:

Justamente em razão desses caracteres, os Direitos Fundamentais vêm de fato a se configurar, diversamente de outros direitos, como outros tantos vínculos substanciais normativamente impostos – a garantia de interesses e necessidades de todos estipulados como vitais, ou exatamente “fundamentais” (a vida, a liberdade, a sobrevivência...) – tanto às decisões de maioria quanto ao livre mercado. A forma universal, inalienável, indisponível e constitucional desses direitos se revela, em outras palavras, como a técnica – ou garantia – apresentada para a tutela disso que no pacto constitucional vem configurado como fundamental: ou seja, daquelas necessidades substanciais cuja satisfação é condição de convivência civil, e também causa ou razão social daquele artifício que é o Estado.

A função do juiz de meramente reproduzir a letra fria da lei, tal qual fora escrita, seria, em um sentido formal, a própria garantia da manutenção da vontade democrática. Limitar a atuação do juiz no gerenciamento do processo, era limitar o próprio Estado.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

233

Na observação do paradigma liberal que permeou a Revolução Francesa de 1789, tem-se claramente a busca pela limitação do poder estatal mediante positividade de direitos civis que garantissem ao cidadão sua liberdade.

Os tempos feudais e de monarquia absolutista abriam no horizonte a possibilidade de substituir o poder do rei pelo império da lei. Ela seria a vontade geral e revelaria justamente a própria democracia. Nesse sentido, o papel declaratório dos magistrados, que pouco podiam fazer além de aplicar a letra fria da lei, era a certeza do cidadão de que sua vontade estava formando o próprio Estado. E era justamente isso que a Revolução buscava.

Diversas foram as mutações do Estado e da sociedade civil. Contudo, identifica-se claramente até hoje a influência desse período histórico na formação do que se entende hodiernamente por democracia. Obviamente, as circunstâncias históricas tornavam essas garantias individuais meramente formais.

Quando se propõe a tratar Processo Judicial, impõe-se a necessidade de caracterizar o Estado de Direito desde o Estado Liberal Clássico. As exigências

---

<sup>16</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zanetti Junior e Sérgio Cadermatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 22.



do Estado Liberal Clássico com relação às garantias individuais da jurisdição foram se modificando juntamente com o próprio Estado, que hodiernamente é entendido como Estado Democrático de Direito.

É nesse sentido que as garantias individuais oriundas das lutas sociais do século XVIII que visavam limitar o poder estatal ainda permanecem em diversos ordenamentos jurídicos do ocidente, mais especificamente da Europa, Estados Unidos e América Latina. As mutações do Estado e as bases teóricas que fundamentaram tais movimentos ainda se espriam por diversos sistemas jurídicos, reconhecendo sua importância na fundamentação da Democracia moderna.

Não há como negar que o liberalismo utilizou a lei de forma diversa do anteriormente feito, usando-a para limitar o poder e as funções do Estado. Restava ao juiz, portanto, enquadrar o fato na lei e aplicá-la literalmente. Cumpria-se o desiderato do positivismo jurídico exegético que visava a imparcialidade das decisões.

No paradigma do Estado Liberal, há uma divisão bem evidente entre o que é público, ligado às coisas do Estado, e o que é privado. Essa separação dicotômica era garantida por intermédio do Estado que, lançando mão do império das leis, garantia a certeza das relações sociais por meio do exercício estrito da legalidade.

234

Com a definição precisa do espaço privado e do espaço público, o indivíduo guiado pelo ideal da liberdade busca no espaço público a possibilidade de materializar as conquistas no âmbito do Estado que assumiu a feição de não interventor.

A separação de poderes ganhou maior projeção como garantia contra o abuso do poder estatal, técnica fundamental de proteção dos direitos da liberdade, em razão do exercício fracionado e simultâneo das funções administrativas, legislativas e judiciais. Imprescindível reconhecer a importância da interferência da ideologia liberal na formação do Estado de Direito e, conseqüentemente, na manutenção do que se compreende hodiernamente como Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*.  
CÁCERES, Florival. *História geral*. 4. ed. São Paulo: Moderna, 1999.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- COPETTI SANTOS, André Leonardo. *Elementos de filosofia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- FERRAIJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zanetti Junior e Sérgio Cadermatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

## O Estado Liberal clássico e o surgimento do *état legal* na França

- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo: ensaio relativo à verdadeira origem, extinção e objetivo do governo civil*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- MATTOS, José Igreja. *Um modelo de juiz para o processo civil atual*. Coimbra: Editora Coimbra, 2010.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução de Lourdes Santos Machado. In: Rousseau. Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1997.
- SANTOS, André Leonardo Copetti. *Elementos de filosofia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. 8. ed. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Donielli Mendes. São Paulo: Cia das Letras, 2011.
- STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- STUART MILL, John. *Sobre a liberdade*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1942.
- TARUFFO, Michele. *Páginas sobre justiça civil*. Tradução de Maximiliano Aramburo Calle. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna* (p. 280). Apud: MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*. São Paulo: RT, 2004.

Data de recebimento: 19/08/2014

Data de aprovação: 19/02/2015



# O FRACASSADO CANTO DO CISNE NO CONTROLE DIFUSO BRASILEIRO

## THE FAILED SWAN SONG IN BRAZILIAN JUDICIAL REVIEW

Diego César Soares Ribeiro\*

### RESUMO

---

O presente artigo tem como escopo realizar uma releitura da Reclamação 4.335-5/AC à luz da Crítica Hermenêutica do Direito (Lenio Streck). O relator da ação, ministro Gilmar Mendes, questionou o atual modelo de controle difuso de constitucionalidade como ocorre no STF, alegando, entre outros motivos, que teria sofrido uma mutação constitucional, sendo, assim, estaria praticamente equiparado ao controle abstrato. Tal tese é que desencadeia toda a celeuma atinente à ação, mas o desenvolvimento do trabalho não ficará adstrito a ela, passando pelos votos de todos os ministros, analisando minuciosamente as argumentações, tendo em vista as matrizes teóricas talhadas na referida escola gaúcha de hermenêutica.

**Palavras-Chave:** Constituição; Controle Difuso; Crítica Hermenêutica do Direito.

### ABSTRACT

---

This article has the scope to reinterpret the Complaint 4335-5/AC in the light of hermeneutics Law Review (Lenio Streck). The rapporteur of the action, Gilmar Mendes, questioned the current model of diffuse control of constitutionality as in the Supreme Court, alleging, among other reasons, it would have been a constitutional mutation, so would be almost equivalent to the abstract control. This thesis is that triggers all the fuss regard to action, but the development of the work will not be attached to it, passing in the votes of all ministers, scrutinizing the arguments, in view of the theoretical frameworks described in referred Rio Grande do Sul school of hermeneutics.

**Keywords:** Constitution; Judicial Review; Critical Hermeneutics of Law.

---

\* Graduando em Direito no 9º período pela Universidade Federal Fluminense. Correspondência para: Rua Sidnei Vasconcelos Aguiar n. 1.047, Macaé-RJ, CEP: 27937-010, email: diego\_ribeiro@id.uff.br. Telefone: (28)9998-32123.

## INTRODUÇÃO

A história do surgimento do controle difuso remonta tradicionalmente ao juiz Marshall nos Estados Unidos que julgou o clássico caso intitulado de *Marbury v. Madison* (1803). Alguns historiadores apontam que antes desse julgado que ficou famoso por ter afastado uma lei considerada incompatível com a Constituição norte-americana, houve outros que prepararam o terreno, como a contribuição de Sir Edward Coke para a estruturação do *judicial review*, conforme se viu no caso *Bonham* (1605)<sup>1</sup>.

De acordo com o Senador Albert Beveridge, Marshall – que na época em que julgou o caso era o *Chief Justice* –, já na Convenção da Filadélfia (que daria origem à Constituição), tinha em mente um papel relevante para o Judiciário, ao qual atribuía o dever de proteção da ordem constitucional em detrimento de leis antagônicas à Lei Fundamental. Em suma, os juízes no exercício da jurisdição poderiam não aplicar uma lei inconstitucional por ser nula. A nulidade decorreria de sua violação à Constituição. Caberia, pois, ao Judiciário dar cabo à conflitividade que reinava entre Legislativo e Executivo<sup>2</sup>. É evidente que de lá para cá o controle de constitucionalidade evoluiu muito, temos aí o germen do *judicial review of legislation*.

238

A grande dificuldade que Marshall enfrentou era que a Constituição norte-americana não tinha à época (e ainda hoje) uma diretiva expressa que viabilizasse a realização do controle de constitucionalidade como é entendido hoje (aferição de compatibilidade das leis com a Constituição e expurgando as contrárias). Não obstante, o *Chief Justice* recordava que no artigo VI, cláusula 3, havia a obrigação de os juízes jurarem defender a Constituição. Aí que residia o busílis: se os juízes aceitassem aplicar leis inconstitucionais como ficaria o juramento feito? É evidente que seria desonrado<sup>3</sup>!

Nesse sentido, começava a ruir o dogma da supremacia do Parlamento para substituí-lo pelo da supremacia da Constituição. A autoridade do Judiciário emanaria diretamente da Constituição e competia a ele zelar pela ordem constitucional<sup>4</sup>. Quando tratamos disso, convém recordar o que já foi dito sobre a liberdade de conformação do legislador que não é mais absoluta como era no Estado liberal (em que havia o império da lei); ao revés, no Estado Democrático de Direito, há uma

---

<sup>1</sup> ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2011, p. 343-349.

<sup>2</sup> COELHO, Thales Chagas Machado. *O princípio da moderação e a legitimação do controle judicial de constitucionalidade das leis*. Brasília: Senado Federal, 2010, p. 42.

<sup>3</sup> COELHO, Thales Chagas Machado. *O princípio da moderação e a legitimação do controle judicial de constitucionalidade das leis*. Brasília: Senado Federal, 2010, p. 47.

<sup>4</sup> COELHO, Thales Chagas Machado. *O princípio da moderação e a legitimação do controle judicial de constitucionalidade das leis*. Brasília: Senado Federal, 2010, p. 48.

moldura estrutural-constitucional a que o legislador, no seu ofício, precisa se adequar e, pois, não há discricionariedade como no tempo d'antanho.

Esses dois vetores, supremacia da Constituição e autoridade judicial para defendê-la, encontram fiel advogado em um importante *Founding Father* (Pai Fundador), Alexander Hamilton. No número 78 do *The Federalist*, ele nega uma suposta superioridade do Judiciário sobre o Legislativo ao realizar o controle de constitucionalidade, afirma que é o poder do povo superior a ambos e que quando a vontade do Legislativo, expressa em suas leis, choca-se com a do povo, manifesta na Constituição, os juizes devem ser governados por esta e não por aquela<sup>5</sup>. Não obstante, Hamilton defendesse essa tese, reconheceu que não havia “nenhuma sílaba” na Constituição norte-americana que permitisse aos tribunais realizar tal tarefa<sup>6</sup>.

No nosso país, a tese do *judicial review* foi acolhida na Constituição de 1891 que copiou até o nome de nossa República aos norte-americanos: Estados Unidos do Brasil. Apesar da recepção teórica, há um fato curioso que é registrado por Thales Chagas Machado Coelho nos seguintes termos<sup>7</sup>:

Com efeito, no Brasil, até as provocações de Rui Barbosa, ignorava o Supremo Tribunal Federal sua atribuição de *judicial review of legislation*, ante um texto constitucional explícito nesse sentido; já a Corte de Marshall entendera-se devidamente autorizada a empreender a revisão judicial das leis, à luz da Constituição, não obstante restasse patente que o texto constitucional não era claro na designação de tal atributo institucional.

239

Nesse diapasão, Georges Abboud destaca que o “Judiciário, principalmente, por meio da *judicial review*, tem a função primordial de limitar os dois outros poderes, buscando resguardar os direitos fundamentais dos cidadãos”<sup>8</sup>. Depois, ele desenvolve a tese de se conferir a natureza de direito fundamental ao *judicial review*.

De modo sucinto, a teoria consiste em dizer que o *judicial review* é indispensável na preservação dos direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição, haja vista que diante de restrições a esses direitos e/ou garantias por algum ato formalmente legal do Poder Público, só seria possível ao particular

---

<sup>5</sup> COELHO, Thales Chagas Machado. *O princípio da moderação e a legitimação do controle judicial de constitucionalidade das leis*. Brasília: Senado Federal, 2010, p. 63-64.

<sup>6</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Leônidas Gontijo de Carvalho et al. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 161-166.

<sup>7</sup> COELHO, Thales Chagas Machado. *O princípio da moderação e a legitimação do controle judicial de constitucionalidade das leis*. Brasília: Senado Federal, 2010, p. 145-146.

<sup>8</sup> ABOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2011, p. 349.

corrigir a ilegalidade e preservar seu direito e/ou sua garantia mediante o controle difuso, que impugnaria o referido dispositivo (lei ou ato) não o aplicando *in concreto*. Ao revés, com a ausência do *judicial review* “o direito de ação fica seriamente prejudicado”<sup>9</sup>, conclui Abboud.

A concretização em plenitude do acesso à justiça se dá por meio do controle difuso, já que este permite a observância das particularidades do caso concreto e a atribuição de *status* de direito fundamental ao *judicial review* tem como objetivo, conforme prossegue o professor paulista, “impedir que essa garantia fundamental do cidadão (controle difuso de constitucionalidade) seja suplantada pelo próprio Poder Judiciário, principalmente pelo recrudescimento das decisões de efeito vinculante do STF”<sup>10</sup>.

Em outras palavras, ante a expansão do efeito vinculante e de sua pretensão universalizante, como se não fosse necessária a realização da interpretação (súmulas vinculantes, ADC etc.), o controle difuso seria o instrumento pelo qual se efetivaria uma rígida fiscalização dos atos do Poder Público e de que, no caso concreto, direito fundamental algum fosse suprimido/draстicamente mitigado (como ampla defesa e contraditório) em virtude da presunção generalizante do efeito vinculante (quase legislativa).

A partir desse breve esboço a respeito do controle difuso, estudaremos a Reclamação 4.335-5/AC, que pretendeu equiparar este controle ao abstrato, à luz da Crítica Hermenêutica do Direito, escola fundada pelo professor Lenio Streck e assentada nas matrizes teóricas indicadas no transcurso do trabalho, haja vista a impossibilidade de abordar os pormenores pela exiguidade do espaço.

240

## A TESE VENTILADA NO STF

Na Reclamação 4.335-5/AC, iniciada no ano de 2006 e concluída em março de 2014, o STF julgou matéria de direito penal, mais especificamente sobre a Lei de Crimes Hediondos e a inconstitucionalidade de um dispositivo. Não obstante, a discussão ganhou repercussão no âmbito jurídico em razão de uma suposta mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição.

Como cada ministro realiza um resumo do objeto da reclamação, faremos uma síntese do caso em questão e, depois, apontaremos as análises dos votantes. A ação foi ajuizada pela Defensoria Pública da União contra decisão do juízo da Vara de Execuções Penais de Rio Branco (AC) que “negou” a 10 condenados por crimes hediondos o “direito à progressão de regime prisional”.

<sup>9</sup> ABOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2011, p. 351.

<sup>10</sup> ABOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2011, p. 351.

A DPU baseou sua reclamação constitucional com fulcro no reconhecimento feito pela Suprema Corte quanto à possibilidade de progressão de regime no julgamento do Habeas Corpus (HC) 82.959, em fevereiro de 2006, por 6 votos contra 5, quando foi declarado inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos), que proibia tal progressão.

Tendo isso em conta, passemos à análise dos discursos. Em primeiro lugar, é preciso se voltar para a alegação feita pelo reclamado (magistrado) quando indeferiu o pleito da reclamante (DPU) em primeira instância, pois ela, de algum modo, ensejou a propositura da reclamação constitucional.

Na época (2006), o juiz era responsável pela Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco e, quando lhe foi requerida a progressão de regime para os condenados pela prática de crimes hediondos com base em um julgamento de HC (*habeas corpus*) concedido pelo STF, alegou primeiramente que a vedação legal permanecia no ordenamento jurídico (o § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90), isto é, não havia sido expurgada mediante jurisdição constitucional, logo, aquele juízo não estaria vinculado, pois a decisão não tinha efeitos *erga omnes*. E a segunda argumentação consistia em que a declaração de inconstitucionalidade do Supremo foi realizada em sede de controle difuso (via incidental) e, portanto, perfilhando-se a “melhor doutrina constitucional pátria” que emprega a essa decisão efeito *inter partes*. Ele frisa também que foi “maioria apertada” (6 a 5) e durante 16 anos o STF entendia que a lei era constitucional. Depois, a reclamante (DPU) impetrou HC da decisão do juiz no Tribunal de Justiça do Acre.

241

Cabe expor também a manifestação do juiz a pedido do relator ministro Gilmar Mendes – da Reclamação (n. 4.335). O juiz opina pelo não conhecimento da reclamação em razão do não preenchimento dos requisitos do art. 13, da Lei n. 8.038/90. Alega que a competência é da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, já que os condenados cumprem neste juízo e não naquele (STF), assim não há que se falar em “preservação da competência e garantia da autoridade da decisão da Corte” como levaria a crer o instituto da reclamação constitucional como positivado no art. 102, I, l, CF. Aponta também que a ação não foi instruída com os documentos necessários. Após, o magistrado esclarece algumas falsas acusações feitas contra ele pelo defensor. Uma delas foi que aquele se eximia de julgar graças a um cartaz em que expôs a decisão do STF, mas, na verdade, o objetivo era informar às pessoas que solicitavam informações no juízo sobre o HC 82.959 (o *writ* que julgou o dispositivo da Lei de Crimes Hediondos inconstitucional) que veiculava a notícia emanada do próprio site do STF que, em linhas gerais, avisava que a decisão no referido *habeas corpus*, como realizada em controle difuso, deveria ser submetida à apreciação pelo Senado Federal consoante o art. 52, X, da Constituição.

Por seu turno, o juiz reitera que os efeitos no caso em voga são *inter partes*, inclusive utiliza o Regimento Interno do STF que, no seu art. 178, prevê o



procedimento para encaminhar ao Senado para conceder eficácia *erga omnes*. Como o Senado ainda não se manifestou, o dispositivo legal ainda vigorava. Afirma que se a decisão da Suprema Corte se desse no âmbito do controle concentrado, os efeitos seriam *erga omnes* e vinculante (art. 102, § 2º, CF). Por fim, assegura que a Lei de Execução Penal só autoriza a modificação do título executivo judicial (a sentença penal condenatória dos condenados por crimes hediondos) quando há alteração legal posterior benéfica (art. 66, I, LEP), o que não foi o caso.

Outro ponto para o qual o juiz chama atenção é que depois de julgar o HC 82.459, o próprio site do STF divulgou que a decisão precisava ser encaminhada ao Senado para ter seus efeitos estendidos (*erga omnes*) como tradicionalmente se faz em concordância com o art. 52, X, CF. O magistrado dá uma lição de controle de constitucionalidade e coloca o “dedo na ferida”, ou seja, diz que pensar de modo diferente é negar vigência ao dispositivo constitucional referido e desequilibrar o sistema de freios e contrapesos, inspirado no modelo norte-americano. Afinal, cabia a ele dar cumprimento à coisa julgada, e não desrespeitá-la por decisão que, como prolatada em sede difusa, não vincula juízos e tribunais.

242

No relatório do ministro Gilmar Mendes, este concedeu medida liminar no dia 21 de agosto de 2006 para que fosse afastada a vedação legal até o julgamento da reclamação. Já a subprocuradora da República opinou pelo não conhecimento do pedido, haja vista que não havia decisão proferida pelo Supremo que precisava ter sua autoridade preservada e, pois, a reclamação era manifestamente descabida.

### Votos favoráveis

Passemos ao voto do ministro Gilmar Mendes. Ele menciona o HC 82.959 e o acórdão ementado, o comunicado que o reclamado afixou no cartório e nega que a referida reclamação seja descabida como alude o parecer do Ministério Público Federal. Logo em seguida, diz que investigará se a reclamação foi utilizada segundo sua destinação constitucional. Para isso, ele analisará o papel do Senado no controle de constitucionalidade.

Primeiro o ministro reconhece que a forma definida pelo constituinte para emprestar eficácia *erga omnes* às decisões sobre inconstitucionalidade foi mediante a suspensão da execução do ato declarado inconstitucional pelo Senado e, que ao longo do tempo, surgiram algumas dificuldades sobre o alcance desse instituto. Por exemplo, se o ato do Senado era discricionário ou vinculado etc. Gilmar sustenta que na época havia uma contradição, ao mesmo tempo em que a doutrina e jurisprudência defendiam que a lei declarada inconstitucional era “inexistente” ou mesmo apresentava “ampla ineficácia”, não se

indicava a razão ou o fundamento do efeito amplo da declaração de inconstitucionalidade até que, em 1934, se resolve o imbróglio “com a suspensão de execução pelo Senado como mecanismo destinado a outorgar a generalidade à declaração de inconstitucionalidade”<sup>11</sup>.

Embora Gilmar trate como uma celeuma os efeitos pertinentes à resolução emanada pelo Senado quando se ocupava das declarações de inconstitucionalidade proferidas pelo STF na via acidental, na verdade, parece-nos que o debate era travado entre Lúcio Bittencourt que preconizava que o objetivo do art. 45, IV, da Constituição de 1967 visava tornar pública a decisão do Tribunal, ao passo que outros defendiam que o Senado praticava um ato político – e não exclusivamente técnico – e este que conferia o efeito geral a uma decisão de índole particular (*inter partes*). De todo modo, deve-se frisar que o texto do art. 45, IV, da Constituição de 1967 é o mesmo contido na Constituição vigente (art. 52, X), sem nenhuma mudança substantiva na sua redação. Em outras palavras, para Bittencourt o “objetivo”, aliás, o “sentido verdadeiro” era de que competia ao Senado publicar as decisões definitivas emitidas pelo STF quando se pronunciasse sobre a inconstitucionalidade das leis<sup>12</sup>. O Supremo consente com a visão majoritária, qual seja, que é a resolução do Senado que estende os efeitos da sua decisão de inconstitucionalidade.

Outro ponto controverso, aponta Gilmar Mendes, era atribuir efeitos *ex nunc* ao ato do Senado, já que a lei inconstitucional era tida por *natimorta*, portanto, a decisão judicial que declarasse a inconstitucionalidade tinha caráter meramente declaratório (reconhecia o que já existia) e era contraproducente falar em “atos jurídicos formalmente perfeitos”, “efeitos futuros dos direitos regularmente adquiridos” e “situações juridicamente criadas” em face de uma lei declarada inconstitucional. Alguns juristas equiparam a suspensão à revogação, pois ambas produziriam os mesmos efeitos *ex nunc*. O ministro cita alguns teóricos que divergem dessa posição e assinalam que a suspensão é mais ampla do que a revogação, sendo que a primeira opera efeito *ex tunc*, isto é, fulmina a lei desde seu nascimento e não produz efeitos válidos; além disso, está atrelada a uma declaração de inconstitucionalidade do STF. O Senado não pode suspender lei à revelia da manifestação da Alta Corte julgante. Enquanto a segunda passa a reger os atos futuros – a partir dela – e confere segurança jurídica aos atos realizados sob a égide da lei revogada.

Após essa exposição, ele cita alguns arestos do STF que foram dando contornos ao instituto da suspensão. Fala, por exemplo, que o “ato do Senado tem o condão de outorgar eficácia ampla à decisão judicial, vinculativa, inicialmente,

---

<sup>11</sup> MENDES, voto na Rcl. 4.335-AC, p. 13.

<sup>12</sup> MENDES, voto na Rcl. 4.335-AC, p. 13.

apenas para os litigantes”<sup>13</sup>. O ato é discricionário, não se podendo falar em omissão do Senado ou mesmo de violação a algum princípio da ordem constitucional. Não pode restringir ou ampliar a extensão do julgamento proferido pelo STF no que concerne ao mérito. O ministro trata de que houve um projeto para transformar o papel do Senado no controle de constitucionalidade como órgão incumbido de publicar a decisão do Supremo.

Em 1977, a jurisprudência do STF se firma quanto à dispensabilidade do Senado em suspender ou não uma lei declarada inconstitucional no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade. Isso, passadas muitas divergências, porque a modalidade abstrata é acolhida na Constituição de 1967 (pela primeira vez na CF/46 por meio da EC 16/65), fazendo nosso sistema, desde aquela época até hoje, ser considerado misto, abarca o difuso de inspiração americana e o concentrado de orientação austríaca. Em outras palavras, no perfil concentrado, a decisão do STF não dependia de passar por outro crivo para ter efeitos *erga omnes* como tinha a oriunda da modalidade difusa.

Em subseção seguinte, Gilmar analisa o instituto à luz da Constituição de 1988. E resume sua proposta nos seguintes termos<sup>14</sup>:

A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se quebrantasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes – *hoje inevitavelmente ultrapassada*. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão somente para as partes? *A única resposta plausível nos leva a crer que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica.* (grifos nossos)

Para endossar essas palavras, afirma que o instituto não dá conta de trabalhar com as sentenças interpretativas, manipulativas etc., que requerem “técnicas” (não têm o mesmo sentido de métodos como foi explicado anteriormente e superado pela hermenêutica gadameriana por insuficiência) mais apuradas como a “interpretação conforme”, a arguição de nulidade sem redução de texto etc. A dificuldade consiste em que não se trata de afastar o ato impugnado, mas um dos seus sentidos ou mesmo conformá-los à Lei Fundamental (só é constitucional se interpretado no sentido X2 e não X1, por exemplo). O instituto se revelaria inócuo para essas ocasiões.

<sup>13</sup> MENDES, voto na Rcl. 4.335-AC, p. 22.

<sup>14</sup> MENDES, voto na Rcl. 4.335-AC, p. 25.

Cabe dizer que, em alguns julgados em sede de controle difuso, o STF tem operacionalizado a modulação dos efeitos de sua decisão – que são, via de regra, *ex tunc* – em razão da segurança jurídica e relevante interesse social (não se confunde com interesse público!). Papel este que era atribuído, consoante parte da doutrina, ao Senado e que o STF absorveu, declara o ministro Gilmar Mendes. Sem falar que a estipulação dos efeitos é aplicável originariamente ao controle abstrato (art. 27, Lei n. 9.868). O professor Georges elucida que, mesmo sem previsão legal, os efeitos no *judicial review* podem ser modulados para “preservar direito fundamental do cidadão no caso concreto, utilizando-se, para tanto, os preceitos jurídicos da segurança jurídica, boa-fé objetiva e confiança legítima”<sup>15</sup>.

O ministro confere a repercussão da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal sobre as decisões de outros tribunais. Recorda um recurso extraordinário em que a Primeira Turma do STF decidiu que a cláusula de reserva de plenário (art. 97, CF) poderia ser dispensada, caso a matéria já tivesse sido decidida pela Suprema Corte por maioria qualificada (dois terços dos ministros). Esse entendimento foi referendado pela Segunda Turma em julgado posterior.

Gilmar Mendes considera essa dispensa uma “evolução” e diz que ela praticamente equipara o controle difuso ao concentrado, haja vista que o órgão fracionário fica liberado de remeter a matéria constitucional para ser apreciada pelo Pleno ou pelo Órgão Especial e pode adotar “autonomamente” a fundamentação prolatada pelo STF. De algum modo, “antecipa o efeito vinculante” e “permite” que o órgão fracionário descumpra seu dever de observação do art. 97, CF.

Nesse diapasão, o referido ministro passa a sustentar a tese de mutação constitucional relacionada à suspensão da execução da lei pelo Senado. Ele advo-ga uma releitura que, ao decorrer da exposição, mostrar-se-á uma ruptura da função tradicionalmente desempenhada por esta Casa Legislativa. A expressão não deixa de ser curiosa, parece-nos uma das várias palavras que compõem uma novilíngua jurídica que têm como escopo fazer o leitor aceitar a ideia de modo sutil (George Orwell).

Ele relata que o país estava atrasado em relação a outros Estados que já concediam eficácia geral às decisões da Suprema Corte (Alemanha e Áustria) e que o papel do Senado atribuído à época (1934) mantinha correlação com uma divisão de poderes superada pela Constituição de 1988. Depois, Gilmar Mendes, ao tratar da ampliação do controle abstrato de um legitimado (PGR) a vários órgãos como consta no art. 103 da Lei Maior, que o legislador constituinte pretendeu (interpretação subjetivista?) reforçar o controle abstrato e causou uma “mudança substancial” no controle de constitucionalidade brasileiro, já que

---

<sup>15</sup> ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2011, p. 286.

qualquer questão pode ser submetida ao STF. Portanto, o controle difuso teria sido apequenado de maneira radical em face dessas alterações legislativas conforme a análise “quase intuitiva” (sic!) do ministro. Afinal, o que seria esse tipo de análise? Como brinca Lenio, “sentença vem de *sentire*”?

Nessa perspectiva, ele retoma afirmando que a ênfase do nosso controle de constitucionalidade está na modalidade abstrata, sobretudo quando matéria pré-constitucional pode ser apreciada também. Cita o voto da ADC 1, em que o ministro Sepúlveda Pertence designa o papel do Senado em atribuir eficácia *erga omnes* às decisões do STF no perfil difuso de “anacronismo”. E salienta que a teoria da nulidade da lei inconstitucional não foi aceita no país. Aborda que nos Estados Unidos, por lá haver o *stare decisis* (assegura efeito vinculante às decisões das Cortes Superiores), “em caso de declaração de inconstitucionalidade pela Suprema Corte, tinha-se a segurança de que, em princípio, nenhum tribunal haveria de conferir eficácia à norma objeto de censura”<sup>16</sup>.

Gilmar declara que a doutrina brasileira trabalhava a teoria da nulidade da lei inconstitucional e da obrigação de os demais órgãos estatais se absterem de aplicar disposição que teve sua inconstitucionalidade declarada pelo STF. A incongruência do sistema persistia graças ao sentido substantivo empregado no controle do Senado (concessão de eficácia *erga omnes*). Ele é assertivo ao dizer que conferir a um órgão eminentemente político, e não a órgãos de aplicação cotidiana do direito, a atribuição de suspender lei declarada inconstitucional era negar a referida teoria. Conclui que se a doutrina e a jurisprudência entendiam que lei inconstitucional era *ipso iure* nula, deveriam ter defendido que a decisão do Senado se destinava exclusivamente a atribuir publicidade à decisão do STF e essa posição foi sustentada isoladamente por Lúcio Bittencourt. E acrescentamos: é o que ele deseja fazer agora!

246

O ministro prossegue afirmando que, com a remodelação do sistema processual civil, em que recursos podem ser rejeitados ou providos a depender da sua compatibilidade com as súmulas ou “jurisprudência dominante” do STF, ele compreende que o legislador estendeu os efeitos da decisão adotada pelo Tribunal, ou seja, considerou legítima a atribuição de efeitos ampliados à decisão proferida pelo Tribunal, até no controle concreto de constitucionalidade, com fundamento na jurisprudência do Supremo.

Após isso, ele cita alguns julgados em que o STF tem atribuído efeito vinculante não só à parte dispositiva, como também aos fundamentos determinantes em caso de leis municipais julgadas inconstitucionais. Ainda que reconheça que isso se dê de forma “tímida”, trata-se de uma eficácia transcendente que dispensaria a manifestação do Senado Federal. Por seu turno, traz à colação as ações

---

<sup>16</sup> MENDES, voto na Rcl. 4.335-AC, p. 37.

coletivas (ACP, MS coletivo) não terem simplesmente efeitos *inter partes* e que a declaração do Senado se revela inútil nessas hipóteses. Ademais, menciona alguns Recursos Extraordinários em que o STF modulou efeitos (*pro futuro/ex nunc*). Situações em que não se aplica o princípio da nulidade (da lei inconstitucional). É preciso, finda o ministro, limitar os efeitos não por razões de conveniência, e sim por fundamentos constitucionais.

Por seu turno, o ministro encerra seu voto recapitulando as observações já descritas. A adoção do modelo concentrado (1965), a nova divisão dos poderes (1988) e a Reforma do Judiciário que expandiu os legitimados do controle abstrato de constitucionalidade (2004) ensejaram uma nova compreensão do instituto do controle difuso, inclusive de institutos correlatos (cláusula de reserva de plenário e sua “dispensa”). Em outras palavras, trata-se de razões de ordem pragmática que retiraram o sentido substantivo empregado no art. 52, X, CF. A multiplicação de processos também favoreceu essa “releitura”.

De acordo com o Gilmar, a lei ordinária quando admite que o relator decide monocraticamente um recurso extraordinário com fulcro em uma questão já resolvida pelo Plenário do STF (art. 557, § 1º, CPC). O que se quer dizer é que o Legislativo contribuiu nesse processo de mutação constitucional do controle concreto. Nesse sentido, o ministro chega a afirmar que a “prática” parece ter dado razão à visão do Bittencourt: compete ao Senado dar apenas publicidade à decisão do STF. É um “dever de publicação”. Portanto, a não expedição da resolução do Senado não impediria que a decisão do Supremo tivesse sua “real eficácia jurídica”. É a equiparação do controle concreto ao abstrato, inclusive a adoção da técnica da declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos sinaliza isso.

Enfim, ele considera que a visão doutrinária que atribui ao Senado o papel que teve desde 1934 até agora como “ultrapassada” e “ortodoxa”. A sentença do juiz da VEP desrespeitou a eficácia *erga omnes* do HC 82.959 e Gilmar Mendes julgou procedente a Reclamação 4.335, cassando, assim, todas as decisões do magistrado contrárias à possibilidade de progressão de regime. Se a reclamação, ao final, for julgada procedente, o juízo reclamado deverá reavaliar a fim de que os interessados atendem ou não os requisitos para gozar do referido benefício, admitindo a realização do exame criminológico para tal fim.

Analisaremos agora o voto do ministro Eros Grau. Ele proferiu voto-vista sobre a Reclamação 4.335. Como o ministro Gilmar Mendes foi o relator da referida ação, demos um tratamento mais pormenorizado aos seus argumentos. Quanto aos demais ministros, seremos mais sucintos.

Em um primeiro momento, Eros Grau desenvolveu o raciocínio de que duas forças duais e opostas percorrem o direito, a primeira tende à rigidez e a segunda, à elasticidade (Pablo Rossi). Na primeira, há a certeza e a liberdade garantidas

pela lei no sistema de direito burguês; na segunda, sucede uma contínua adequação ao devir social que é firmada pela interpretação. A postura rígida será assegurada na medida em que o texto vincule o intérprete, ao passo que a postura elástica requer uma criatividade que pode fazê-lo ir além do texto.

Depois, o ministro Eros Grau trabalhará a diferença entre texto e norma. Aquele, produzido e encerrado no processo legislativo; esta, produzida por meio da interpretação. De antemão, a distinção entre texto e norma não está embasada na diferença ontológica (a norma só é no seu texto e o texto só é na sua norma) como veremos a seguir. Embora ele assevere que não seja possível cindir o momento do texto e o momento da norma, aliás, “partir em distintos pedaços”.

Ao tratar da mutação constitucional propugnada pelo relator da reclamação, o ministro Eros Grau se questiona se Gilmar Mendes não teria excedido a moldura do texto, pergunta-se também sobre o término do legítimo desdobramento do texto ao ponto de este ser “subvertido”. Após isso, trabalha com a ideia de tradição, em que um autor se insere em uma tradição, podendo se amoldar a ela com exatidão ou se afastando em algum ponto. Para que sua narrativa (a mítica que é aplicável ao direito em alguma medida) seja entendida pelo público, precisa aludir à tradição, mesmo que implicitamente.

Nessa perspectiva, o ministro realiza uma travessia do texto do mito ao texto normativo. Afirma que “o texto normativo obedece a limitações coletivas bastante estritas nas variações às quais se presta ao ser transformado em norma”<sup>17</sup>. Ele fala que o texto normativo se insere na tradição do texto e o intérprete não pode reescrevê-lo segundo seu talante, ao seu bel-prazer. Retoma o paradigma objetificante (relação S-O) ao dizer que a norma se encontra em estado de potência involucrada no texto e precisa ser desnudada pelo intérprete como se houvesse essência(s). E ele continua dizendo que o intérprete compreende o “*sentido originário do texto*” e tem de mantê-lo como referência da norma produzida. Insta frisar que, com o giro-ontológico linguístico, essa questão está (e foi) superada como elucidamos nos fundamentos teóricos.

Para esse desiderato quase místico (sentido originário do texto), prossegue o ministro Eros Grau, mister se faz que haja a coerência interna entre texto normativo e necessária atualização à realidade. Passa a discutir a “autêntica mutação constitucional” do art. 52, X, CF, de que o ministro Gilmar Mendes “extraí” o sentido do dispositivo constitucional de que é competência privativa do Senado publicar as decisões do STF que sozinhas já têm força normativa para suspender a execução da lei federal declarada inconstitucional, isto é, dar eficácia *erga omnes*.

Nesse sentido, o ministro Eros Grau reconhece que o relator não se limita a interpretar um texto e produzir norma que lhe corresponde, mas “avança” até

---

<sup>17</sup> GRAU, voto na Rcl. 4.335-AC, p. 7.

o ponto de propor a substituição de um texto normativo por outro. É a isso que ele designa por mutação! Realmente, a declaração é chocante! Nega-se validade/vigência a um dispositivo constitucional “na cara dura” e encobre a discussão com uma malsinada mutação. Dispensa-se a tarefa legislativa de alteração formal-textual da Lei Maior e a substitui pelo intérprete que farto do anacronismo do texto (obsoleto) “cria” um novo texto (sic!) segundo seu alvitre com fulcro em uma tradição falsa, afinal, o que são as décadas de experiência do controle difuso com submissão ao Senado para conceder eficácia geral às decisões do STF desde 1934 até 2007? Nada! A vontade do intérprete assujeita tudo, inclusive o texto constitucional que é, como dito à exaustão, o limite mínimo e máximo de sentido, não se pode ir além, tampouco ficar aquém. É o fim da democracia e o início da juristocracia (governo de juízes, a expressão foi cunhada em inglês para se referir a risco do excessivo ativismo judicial norte-americano: *juristocracy*). A supremacia da Constituição é solapada pela supremacia ilegítima do Tribunal Constitucional! Se há alguma dúvida, deixemos que o ministro Eros Grau se pronuncie<sup>18</sup>:

Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro. Daí que a mutação constitucional não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da produzida por um outro intérprete. Isso se verifica diuturnamente, a cada instante, em razão de ser, a interpretação, uma prudência. Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é outro.

Assim, para Eros Grau, pouco importa a circunstância de a competência do Senado no novo texto produzido pelo intérprete soar estranha e peculiar, já que se trata de mutação, e não de certa interpretação do inciso X do art. 52 da Constituição. A mutação constitucional deriva de uma incongruência entre a Constituição formal e a Constituição material, entre normas constitucionais e a realidade constitucional. De antemão, é importante dizer que no *linguistic turn* essa cisão é descabida e remonta à relação sujeito-objeto superada pela intersubjetividade (sujeito-sujeito). Não existe “realidade em si”, tampouco “texto em si”, “norma em si”. Com a *applicatio*, o intérprete já lançado no mundo (*Dasein*), produz uma norma que não está descolada do texto (diferença ontológica), tampouco desligada do ambiente histórico-efetual mediado pela tradição (historicidade e faticidade) e que a atribuição de sentidos não é arbitrária pelo DNA que o direito tem (história institucional) com base no dever de coerência e integridade. Tudo isso compõe a síntese hermenêutica!

<sup>18</sup> GRAU, voto na Rcl. 4.335-AC, p. 9.



Nessa ótica, ele continua as lições sobre a “mutação” alegando que a práxis constitucional no mundo da vida afasta uma porção do texto da Constituição formal sem que se rompa com o sistema. E que o novo texto precisa estar em consonância com a tradição para que seja mantida a coerência com o todo no seu contexto. Aliás, assevera que a mutação “não é uma degenerescência, senão uma manifestação de sanidade do ordenamento”<sup>19</sup>. Acusa o texto do art. 52, X, CF, de obsoleto como fez Sepúlveda Pertence em outras palavras que o designou de anacrônico.

Como se não fosse suficiente os paradoxos até então expostos com a maior naturalidade do mundo (*nonsense*), o ministro Eros Grau repristina *mutatis mutandis* a citação célebre do ex-ministro Humberto Gomes de Barros que disse que não se importava com o que diziam os doutrinadores, era a doutrina que tinha que se adaptar a ele em razão da sua autoridade de ministro do STF e de que decidia conforme sua consciência (AgReg em ERESP n. 279.889-AL). A ideia ventilada pelo Eros Grau é tão chocante que merece ser descrita *ipsis litteris*<sup>20</sup>:

Sucede que estamos aqui não para caminhar seguindo os passos da doutrina, mas para produzir direito e reproduzir o ordenamento. Ela nos acompanhará, a doutrina. Prontamente ou com alguma relutância. Mas sempre nos acompanhará, se nos mantivermos fiéis ao compromisso de guardarmos a Constituição. O discurso da doutrina [= discurso sobre o direito] é caudatário do nosso discurso, o discurso do direito. Ele nos seguirá; não o inverso.

250

Para averiguar se o novo texto em oposição ao texto obsoleto está de acordo com a tradição, o ministro realiza esse teste individualmente. Sim, é a “percuciente análise” solitária do Eros Grau que determina se há ou não concordância com a tradição. Não há conflito entre o texto novo e os demais textos, qualquer de seus princípios, há uma adequação plena ao espaço semântico constitucional. Parece-nos que ele se esqueceu de verificar a compatibilidade com o princípio democrático, da separação de poderes, do papel do STF de guardião, e não de dono, proprietário da Constituição (Bercovici) etc.

Por fim, Eros Grau tece algumas considerações adicionais e conclui julgando a reclamação procedente em virtude de que a decisão do STF detém força normativa *per se* para suspender a execução da lei declarada inconstitucional, não se fazendo necessária a submissão ao Senado para ampliar os efeitos (*erga omnes*).

---

<sup>19</sup> GRAU, voto na Rcl. 4.335-AC, p. 12.

<sup>20</sup> GRAU, voto na Rcl. 4.335-AC, p. 14.

## Votos refratários

Passemos a expor sumariamente o voto do ministro Sepúlveda Pertence. Para ele, não se trata de caso de mutação constitucional, inclusive porque a ideia poderia levar a suspeitas de “golpe de Estado”. O papel do Senado – prossegue o ministro –, no campo do controle de constitucionalidade pela via difusa, é um marco de nossa tradição constitucional e por causa disso deve ser preservado. Assim, as pretensões dos votos anteriores (Gilmar e Eros) acabam sendo equivocadas por atentarem contra a lógica da própria história do constitucionalismo brasileiro.

Embora o ministro Pertence concorde com a superioridade do controle abstrato, que tornaria “obsoleto” o controle concreto, consigna que a EC 45 trouxe uma solução menos gravosa do que a perpetrada pelos ministros Gilmar e Eros Grau, qual seja a súmula vinculante. De acordo com esse raciocínio, o STF, quando diante de uma decisão no controle difuso passível de gerar “insegurança jurídica” ou “multiplicidade de processos”, poderia expedir uma súmula vinculante, o que garantiria o mesmo resultado prático (efeito vinculante e eficácia *erga omnes*), mas sem o risco de ofensa às normas constitucionais. E, ao publicar a súmula vinculante, o STF não precisaria do “endosso” do Senado Federal.

Nessa toada, a solução não subverteria a tradição constitucional brasileira; além do mais, o Senado não seria rebaixado a uma espécie de departamento de comunicação a serviço do STF. E, com isso, o texto constitucional seria resguardado de uma inversão de valores, visto que os votos anteriores sinalizavam para o reconhecimento do primado da realidade sobre o texto. Por fim, ele julga a reclamação improcedente e concede *habeas corpus* de ofício para que o reclamado verifique, no caso, a possibilidade de progressão para cada interessado.

Quanto ao voto do ministro Joaquim Barbosa, é possível dizer que ele contestará as conclusões trazidas pelos defensores da mutação constitucional. O ministro rejeita qualquer aplicação de mutação nesse caso, tanto a defendida pelo Gilmar quanto a pelo Eros. Compreende que o art. 52, X, da Constituição, não é contraditório com a atual sistemática de controle de constitucionalidade de caráter misto inculcado pela Lei Fundamental. Destarte, carece de legitimidade qualquer tentativa de anular as nuances historicamente definidas entre os dois modelos.

Então, o ministro Joaquim traz à baila que, para caracterização de uma mutação autêntica, são necessários dois requisitos: existência de lapso temporal razoável; e o definitivo desuso do dispositivo (uma espécie de ostracismo constitucional?), mormente, no segundo requisito, é possível contestar estatisticamente a falácia de texto obsoleto, já que desde 1988 o Senado se valeu quase 100 vezes do instituto previsto no art. 52, X, da Constituição, sendo seis vezes em 2006 e uma vez em 2007 (ano em que se iniciou o julgamento da reclamação).

Afinal, Barbosa conclui seu voto assinalando, com base em Canotilho, o que não é mutação constitucional, embora não diga o que entende por esse fenômeno (via positiva). A simples alteração de interpretação de um dispositivo não autoriza a realização de mutação constitucional. Por sua vez, os pressupostos da reclamação não foram preenchidos, julgando o feito sem apreciação do mérito e concedendo *habeas corpus* de ofício pelo Tribunal.

Desta feita, passemos ao voto do ministro Ricardo Lewandowski. Ele destaca que, no sistema de *civil law*, há um conflito representado pelo julgamento de leis declaradas inconstitucionais por uns juízes e as mesmas leis tidas por constitucionais por outros. Essa “dissonância” não ocorre no *common law* graças aos “precedentes” que derivam do *stare decisis*, em que as decisões da Suprema Corte vinculam todos os órgãos do Judiciário. No Brasil, para não fugir à regra das recepções teóricas incorretas, adotou o controle difuso (1891) sem incorporar a sistemática do *stare decisis*. Isso gerou muita controvérsia, até que em 1934, com uma nova Constituição, insere-se no controle difuso a participação do Senado com fito de expandir os efeitos *inter partes* das decisões prolatadas pelo STF.

Já em 1965, o país introduz o controle concentrado de cariz kelseniana e, em 1977, mediante a jurisprudência do STF, consolida-se o entendimento de que não era necessário submeter as decisões nesse perfil de controle de constitucionalidade ao Senado. Depois, ele resume algumas premissas no voto do Gilmar (expostas anteriormente) que levariam à conclusão de que, com uma medida liminar, é possível suspender a eficácia de uma lei, por que uma decisão em controle difuso geraria meramente efeitos *inter partes*?

Assim o ministro Lewandowski observou que entre 7 de fevereiro de 2007 e 16 de junho de 2010, a Comissão de Constituição e Justiça do Senado pautou, para deliberação dos senadores, 53 ofícios encaminhados pelo Supremo solicitando a promulgação de projeto de resolução para suspender a execução de dispositivos declarados inconstitucionais em sede de controle difuso.

Então, o ministro Ricardo salienta que essa interpretação levaria ao aviltamento da tradicional competência do Senado, reduzindo-o a mero órgão de divulgação de decisões do STF. A Câmara Alta sofreria verdadeira *capitis diminutio* no tocante a uma competência outorgada de modo expresso. Essa exegese defendida pelos ministros Gilmar e Eros conduziria à lesão do princípio da separação dos Poderes, visto que o poder seria “enfeixado” nas mãos do Judiciário, “*ensejando, assim o surgimento de regime autocrático*”<sup>21</sup>. No mesmo sentido, ele afirma que suprimir competências do Poder Legislativo por meio da exegese constitucional é colocar em risco a própria lógica do sistema de freios e contrapesos.

---

<sup>21</sup> LEWANDOWSKI, voto na Rcl. 4.335-AC, p. 9.

O ministro Ricardo afirma categoricamente que o desiderato dos ministros Eros Grau e Gilmar Mendes é deslocar a competência atribuída pelos constituintes a um Poder para outro. Frisa que há limites para a mutação constitucional como desvirtuar a “letra” das normas que embasam a Constituição e não pode contrariar “o” sentido da norma, apesar de considerar possível e até “salutar” a modificação do alcance de uma norma constitucional a fim de moldá-la à evolução social. A alteração pretendida afeta o “conteúdo essencial” e afronta o próprio “âmago da norma”. Em miúdos, a técnica hermenêutica – prossegue o ministro – ante a impossibilidade de conciliar as exigências de ordem fática com o sentido íntimo da norma deve ceder espaço à emenda constitucional, já que há absoluta inadequação.

Sobre o inciso X do art. 52, X, o ministro Ricardo declara ser um “dispositivo constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata, que não comporta grandes manobras exegéticas por parte de seus intérpretes”<sup>22</sup>. A expressão “manobras exegéticas” não deixa de ser curiosa no contexto. A “dada taxatividade” do dispositivo não admite maiores questionamentos.

Afinal, apesar dos arestos trazidos a lume pelo relator, estes não autorizam a conclusão de que as decisões tomadas no controle difuso de constitucionalidade produzam efeitos *erga omnes* à revelia do que dispõe a literalidade do art. 52, X, CF. Ricardo Lewandowski recomenda a edição de uma súmula vinculante para dirimir a controvérsia e evitar a vulneração de um dispositivo constitucional, já que a resolução do Senado é ato eminentemente político e concede *habeas corpus* de ofício.

### Votos centralistas

O último voto na Reclamação 4.335 foi proferido pelo ministro Teori Zavascki no dia 20 de março de 2014. Analisaremos o teor desse voto e passaremos a fazer algumas objeções finais a partir dos argumentos defendidos pelos ministros, tanto os favoráveis à mutação do art. 52, X, CF, quanto os contrários à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. O ministro Teori salienta que a mutação constitucional em si não é o “fator determinante” para se conhecer ou não da reclamação. Fala a respeito de uma “força expansiva” da decisão do STF e pretende dar contornos de índole processual para a utilização da reclamação.

Ele faz observações sobre as mudanças legislativas na seara processual e cita como exemplo uma expansão da eficácia dos efeitos da sentença para além da lide clássica (autor *versus* réu) nas decisões prolatadas nas ações coletivas, tais como Ação Civil Pública (art. 16, Lei n. 7.347), Mandado de Segurança Coletivo (art. 22, Lei n. 12.016), de natureza consumerista (art. 103, Lei n. 8.078), cujos

---

<sup>22</sup> LEWANDOWSKI, voto na Rcl. 4.335-AC, p. 14.

efeitos extrapolam a relação subjetiva (*inter partes*) e atingem uma pluralidade pessoas (*ultra partes*). Em outras palavras, são ações dotadas de eficácia ampliada e, por isso, transcendem os partícipes da relação processual.

Assinala a incoerência de nossos constituintes em adotar o controle difuso sem a introdução do *stare decisis* (1934) e que isso gerou inconveniente e grave insegurança jurídica em razão da disparidade das decisões, umas declaravam a lei constitucional, outras reconheciam que a mesma lei era inconstitucional. Houve uma falta de valorização dos precedentes judiciais, inclusive os do STF e, por isso, a implantação não logrou êxito. A participação do Senado era uma forma de conceder a eficácia *erga omnes* e, assim, equiparar o nosso modelo com o *stare decisis* norte-americano.

Após enunciar as alterações que ocorreram na legislação pátria, de modo sumário, na Constituição modificações decorrentes da Reforma do Judiciário (EC 45) com os institutos da repercussão geral (seleciona a controvérsia a ser julgada e lhe confere efeitos expansivos), súmula vinculante etc. e no Código de Processo Civil com a súmula impeditiva de recurso, poderes amplificados do relator para indeferir recursos com base na jurisprudência dominante ou súmula do STF etc, assim sintetiza o ministro Teori<sup>23</sup>:

É inegável, por conseguinte, que, atualmente, a força expansiva das decisões do Supremo Tribunal Federal, mesmo quando tomadas em casos concretos, não decorre apenas e tão somente de resolução do Senado, nas hipóteses de que trata o art. 52, X da Constituição. É fenômeno que está se universalizando, por força de todo um conjunto normativo constitucional e infraconstitucional, direcionado a conferir racionalidade e efetividade às decisões dos tribunais superiores e, como não poderia deixar de ser, especialmente os da Corte Suprema.

Cita alguns julgados em sede de controle difuso (Recurso Extraordinário, Mandado de Segurança, Habeas Corpus) em que o STF de algum modo modulou os efeitos da sua decisão (que seria em tese *ex tunc*) e sinaliza que o mesmo ocorreu com o HC 82.959 ao dizer que a declaração de inconstitucionalidade não teria consequências jurídicas em relação a penas já extintas naquela data. Indubitavelmente ele assevera que o Tribunal reconheceu e atribuiu imediata eficácia *ultra partes* à sua decisão.

Para o ministro, é necessário dar interpretação restritiva às competências originárias do STF, pois o uso indistinto da reclamação poderia transformar o Tribunal em “verdadeira corte executiva”, levando à supressão de instâncias locais e atraindo competências próprias de instâncias ordinárias. Para tal desiderato,

---

<sup>23</sup> ZAVASCKI, voto na Rcl. 4.335-AC, p. 15.

ele distingue a decisão com força expansiva da eficácia vinculante *erga omnes* (ações de controle abstrato, súmulas vinculantes) que não são sinônimas. Somente as segundas ensejariam o ajuizamento da reclamação.

Enfim, o ministro Teori encerra seu voto acolhendo a Reclamação 4.335 por violação à Súmula Vinculante 26 do STF, segundo a qual, “para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990”. Embora a reclamação tenha sido ajuizada mais de 3 anos antes da edição da súmula, a aprovação do verbete constitui, segundo o ministro, fato superveniente, ocorrido no curso do julgamento do processo, que não pode ser desconsiderado pelo juiz, nos termos do art. 462 do Código de Processo Civil (CPC). O seu voto-vista foi acompanhado pelos ministros Luís Roberto Barroso<sup>24</sup>, Rosa Weber e Celso de Mello.

### OBJEÇÕES RELEVANTES

Portanto, fazendo o esboço dos votos, temos o seguinte: os ministros Sepúlveda Pertence (aposentado), Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio<sup>25</sup> julgavam inviável a Reclamação (não conheciam), mas, de ofício, concediam *habeas corpus* para que os 10 condenados tivessem seus pedidos de progressão do regime analisados, individualmente, pelo juiz da Vara de Execuções Criminais. Os votos dos ministros Gilmar Mendes (relator) e Eros Grau (aposentado) somaram-se aos proferidos pelo voto-vista do ministro Teori Zavascki, cujo entendimento foi seguido pelos ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello. Ademais, não participaram da votação os Ministros Luiz Fux e Dias Toffoli, que sucederam aos Ministros Eros Grau e Sepúlveda Pertence.

<sup>24</sup> No *Informativo 739* do STF, lemos o seguinte no número 18: O Ministro Roberto Barroso, ao acompanhar essa orientação, frisou que a expansão do papel dos precedentes atenderia a três finalidades constitucionais: segurança jurídica, isonomia e eficiência. Explicou que essa tendência tornaria a prestação jurisdicional mais previsível, menos instável e mais fácil porque as decisões poderiam ser justificadas à luz da jurisprudência. Assinalou que, embora os precedentes só vinculassem verticalmente e para baixo, na linha da doutrina *stare decisis*, eles deveriam vincular horizontalmente para que os próprios tribunais preservassem, conforme possível, a sua jurisprudência. Sublinhou que, na medida em que se expandisse o papel dos precedentes, seria necessário produzir decisões em que a tese jurídica fosse mais nítida, o que seria denominado, pelo direito anglo-saxão, de *holding*. Considerou que o denominado processo de mutação constitucional encontraria limite na textualidade dos dispositivos da Constituição. Nesse sentido, a suposta mutação do art. 52, X, da CF não poderia prescindir da mudança de texto da norma.

<sup>25</sup> Ainda no *Informativo 739* do STF: O Ministro Marco Aurélio registrava que as reclamações exigiriam que o ato supostamente inobservado deveria ser anterior ao ato atacado. Na situação dos autos, somente após a prática do ato reclamado surgiria o verbete vinculante. Ademais, reputava que não se poderia emprestar ao controle difuso eficácia *erga omnes*, pois seria implementado por qualquer órgão jurisdicional.

Ausente, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia, em viagem oficial para participar da 98ª Comissão de Veneza, na cidade italiana<sup>26</sup>.

A teoria da objetivação do controle difuso ou abstratização do controle concreto de constitucionalidade está fundada em uma suposta mutação constitucional do art. 52, X, da CF, cujos argumentos já foram expressos nos votos dos ministros favoráveis a essa “releitura”. Como já deixamos consignado em alguns parágrafos, a nossa posição é refratária a essa tese e faremos nosso “constrangimento epistemológico”<sup>27</sup>.

Por seu turno, a Reclamação 4.335 é um caso não paradigmático ancorado na mutação constitucional como álibi teórico, ou seja, não serve de modelo para outras situações e utilizou-se de uma construção retórica para negar validade a um dispositivo constitucional. Com isso não queremos negar a possibilidade de ocorrerem mutações constitucionais legítimas, mas, à luz da Crítica Hermenêutica do Direito, esse fenômeno – mutação constitucional – não pode ser entendido como geralmente o é de acordo com nossa doutrina.

Nesse sentido, é preciso tecer algumas notas sobre o instituto da mutação constitucional. Tornou-se um lugar-comum quando se estuda esse tema falar que a Constituição é viva, orgânica, mantém relação com o movimento dinâmico da realidade e quando sofre alguma alteração formal (via emenda) é para atender à necessidade da sociedade. Não queremos trazer à baila a discussão já bem assentada sobre os fatores reais de poder, em que, segundo Lassalle, a Constituição jurídica seria uma mera folha de papel quando não estivesse concorde com esses mesmos fatores<sup>28</sup>. Posteriormente, Konrad Hesse mostrou que o assunto não era tão simples assim (submissão ao poder fático) e reivindicou a devota autonomia que a Constituição jurídica tinha (e tem), criando, dessa forma, a tese da força normativa<sup>29</sup>. Quando comentamos, mais adiante neste trabalho, a Constituição comparada à Geni foi para reiterar a normatividade de que goza a nossa Lei Fundamental e que ela não pode ficar à mercê de outros campos (moral, economia, política etc.), afinal, é a Constituição que constitui o agir público e privado! Ela é condição de possibilidade para o exercício dos direitos

<sup>26</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4335&classe=Rcl&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 2 dez. 2014.

<sup>27</sup> Expressão usada por Lenio para se referir à função (social) da doutrina em criticar as decisões inadequadas que os Tribunais tomam e não ficar caudatária (submissa) a esses julgados. É como ele mesmo diz: *a doutrina doutrina!* A questão se torna mais complicada quando é o STF pelo efeito simbólico no imaginário jurídico. Em outras palavras, seria como pensar: se até o STF não respeita a Constituição, por que eu deveria fazê-lo?

<sup>28</sup> LASSALLE, Ferdinand. *Que é uma Constituição?* 2. ed. São Paulo: Kairós, 1985, p. 17.

<sup>29</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

e garantias fundamentais. É óbvio que ela não faz isso sozinha e para isso é necessária a construção de um “sentimento constitucional” (PabloVerdú).

Além da alteração formal, a doutrina aponta que existe a mudança informal, isto é, altera-se o sentido da norma enquanto se mantém o texto intacto, a isso que eles designam por mutação constitucional. Há quem prefira tratar por poder constituinte difuso. Em outras palavras, há uma espécie de descompasso – alegam os defensores – entre o texto e a realidade e a mutação serviria para adequar a ambos, colocá-los em consonância, sem que para isso precise de uma modificação efetiva do texto em virtude de ser um processo custoso e difícil, já que nossa Constituição é rígida (art. 60, CF).

Assim, a mutação constitucional pode ocorrer mediante interpretação legislativa, administrativa e jurisdicional; também por práticas, usos e costumes como aponta Bulos<sup>30</sup>. E outro requisito fundamental para sua manifestação é que a Constituição seja escrita. Na Inglaterra, não poderia acontecer mutação constitucional.

Com Nelson Nery, grande estudioso do assunto, sobretudo das raízes do fenômeno que é de origem alemã, é possível introduzir um elemento ignorado por muitos doutrinadores brasileiros, qual seja, a não intencionalidade ou não consciência da mutação<sup>31</sup>. Em miúdos, a mutação constitucional ocorre sem que os intérpretes se deem conta pelo menos a curto prazo (constatação *a posteriori*) e sem que possa ser anunciada previamente!

De acordo com o insigne jurista, a alteração formal da Constituição via emenda é intencional, desejada, ao passo que a mutação é “processo natural e não intencional de interpretação constitucional”<sup>32</sup>. Aponta que existem quatro classes de mutação e a que mantém relação com o nosso trabalho é a última, qual seja, a mutação da Constituição por meio de sua interpretação, caso em que a realidade distorce a norma, isto é, a reinterpreta<sup>33</sup>. Ademais, salienta que o texto

---

<sup>30</sup> BULOS, Uadi Lamego. Da reforma à mutação constitucional. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 133, n. 129, jan./mar. 1996. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176380>>. Acesso em: 2 dez. 2014, p. 27.

<sup>31</sup> NERY JR., Nelson. Anotações sobre mutação constitucional – alteração da Constituição sem modificação do texto, decisionismo e Verfassungsstaat. In: LEITE, Georg Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: RT, 2009, p. 92.

<sup>32</sup> NERY JR., Nelson. Anotações sobre mutação constitucional – alteração da Constituição sem modificação do texto, decisionismo e Verfassungsstaat. In: LEITE, Georg Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: RT, 2009, p. 95.

<sup>33</sup> NERY JR., Nelson. Anotações sobre mutação constitucional – alteração da Constituição sem modificação do texto, decisionismo e Verfassungsstaat. In: LEITE, Georg Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: RT, 2009, p. 96.



constitucional “demarca as fronteiras extremas das possíveis variantes de sentido, isto é, funcionalmente defensáveis e constitucionalmente admissíveis”<sup>34</sup>.

O professor Nelson Nery traça algumas linhas sobre a objetivação do controle difuso ventilada pelo ministro Gilmar Mendes quando da relatoria da Reclamação 4.335. Antes de as expor, ainda nos socorrendo de suas lições, convém reiterar que uma mutação anunciada é “uma ruptura do sistema, com ofensa flagrante ao texto e ao espírito da Constituição, porque o anunciador ou prenunciador está demonstrando à evidência sua intenção de modificar a Constituição sem o *due process* legislativo”<sup>35</sup>. Agora passemos à rotunda crítica que Nery faz à aludida tese<sup>36</sup>:

É inconstitucional porque: (a) ofende o Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, *caput*), e o *due process of law* (CF, art. 5º, *caput*, e LIV); (b) ofende a CF, art. 2º, já que não respeita o princípio da separação dos poderes; (c) ofende a CF, art. 5º, XXXV, porque confere à causa de pedir em *processo judicial subjetivo* eficácia de coisa julgada material, que nem mesmo entre as partes desse processo existiria (CPC, arts. 467 e 469), transformando, na prática, o controle concreto em controle abstrato equiparável, pois, à ação direta de inconstitucionalidade (ADI); (d) ofende e nega vigência à CF, art. 52, X, a pretexto de que estaria ocorrendo *mutação constitucional*. (grifos do autor)

258

Depois de abordarmos a mutação constitucional segundo uma concepção clássica, cabe dizer que à luz da CHD, o fenômeno toma outra perspectiva. De plano, com o giro ontológico-linguístico não existe o “texto em si”, tampouco a “realidade em si”, uma vez que com a diferença ontológica o texto só é na sua norma e a norma só é no seu texto, ou seja, não se pode falar em um texto abstratizado e universal como se fosse possível extrair dele um sentido originário, o sentido unívoco e verdadeiro, sob pena de remontar ao paradigma objetificante em que os textos contêm essências e estas são descobertas pelo intérprete. Só assim boa parte do esforço hercúleo que o ministro Ricardo faz para contraditar os ministros Gilmar e Eros é inócuo. Aqui sabe dizer que *data venia*, mesmo

<sup>34</sup> NERY JR., Nelson. Anotações sobre mutação constitucional – alteração da Constituição sem modificação do texto, decisionismo e Verfassungsstaat. In: LEITE, Georg Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: RT, 2009, p. 97.

<sup>35</sup> NERY JR., Nelson. Anotações sobre mutação constitucional – alteração da Constituição sem modificação do texto, decisionismo e Verfassungsstaat. In: LEITE, Georg Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: RT, 2009, p. 95.

<sup>36</sup> NERY JR., Nelson. Anotações sobre mutação constitucional – alteração da Constituição sem modificação do texto, decisionismo e Verfassungsstaat. In: LEITE, Georg Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: RT, 2009, p. 101.

tendo se oposto à mutação, o voto dele é uma mixórdia teórica, faz um sincretismo metodológico assombroso. É como se ele disparasse vários conceitos em tom suplicante para que não se levasse adiante esse intento, mas sem levar em conta os contextos teóricos em que eles se enquadram, misturam-se e combinam-se escolas antagônicas!

Quanto à “realidade em si”, a diferença ontológica também supera, pois a norma é resultado da interpretação, é a atribuição de sentido de um texto e ela (a norma) não está descolada do texto, tampouco é idêntica ao texto. A *applicatio* gadameriana contribui ao dizer que o intérprete compreende para interpretar, ou seja, não é possível cindir o ato interpretativo da sua aplicação “prática” (não se interpreta em *fatias* como aduz três *subtilitates*). De novo: com Gadamer aprendemos que os sentidos só exsurtem na *applicatio*, isto é, compreende-se para interpretar, levando em conta que em toda compreensão há a antecipação de sentido (pré-compreensão) que não é controlável pelo querer do intérprete inserido na tradição (faticidade e historicidade), porque o sentido se dá em um *a priori* compartilhado. O intérprete não se fecha em uma redoma para conhecer o texto em si mesmo, uma espécie de “textitude”. Na verdade, o que ele faz é explicitar o compreendido! E como já explicamos, a atribuição de sentidos não é arbitrária, porque pois ocorre inserida na tradição, na reconstrução da história institucional do direito (o “DNA do direito” para usar a expressão streckiana).

A historicidade e a faticidade sofrem mudanças ao longo do tempo, mas não são controláveis diretamente pela vontade do intérprete, pois o compreender dele se dá na linguagem. Não se pode falar quando se trabalha com hermenêutica em uma “realidade em si”, à parte, isolada, hermética! Repito: como o sujeito da compreensão já está no mundo (historicidade e faticidade), ele recebe o legado da tradição e esse legado é compulsório, ao qual não pode renunciar. A tradição, para Gadamer, é objeto de nossa pré-compreensão e esse legado nos é dado por meio da linguagem. A tradição tem uma dimensão linguística, pois, fala por si mesma e não é possível dominá-la pela experiência. Deixemos que Lenio explique isso melhor<sup>37</sup>:

Mais uma vez, está aqui presente uma leitura idealista que projeta uma dicotomia entre normas e fatos, uma perspectiva monológica e solipsista da questão que se esquece que a normatividade é uma construção intersubjetiva interna à realidade, embora não se deixe reduzir a uma mera força do factual. Do ponto de vista hermenêutico-crítico, a ‘realidade’ não é um obstáculo, mas é constitutiva, reflexivamente, do processo hermenêutico de concretização da normatividade. Basta pensar em autores como Müller ou Dworkin, por exemplo. Até porque a ‘realidade em si’ não existe, a realidade é uma construção hermenêutica; o

<sup>37</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 319.

que há são tradições autointerpretativas, paradigmas, pré-compreensões. Permanentemente em disputa e em conflito, dessa e nessa mesma realidade, em face do horizonte de uma história factual enquanto aprendizado social de longo prazo, cujo sentido permanece também em aberto.

Por isso que a não intencionalidade da mutação é tão relevante. Não é possível prever ou anunciar de plano que ocorreu a mutação como, diga-se de passagem, fizeram ambos os ministros, Gilmar e Eros. Dessa forma, o fenômeno à luz da CHD somente encontra “razão de ser” quando há novos sentidos (novas normas) que “abrangem” novos fatos (âmbito normativo é variável, a própria historicidade e faticidade aludem a isso<sup>38</sup>) em concordância com os limites semânticos do texto (*programa normativo*) em uma relação tensional (oposicionalidade), mormente se for o texto da Constituição, sem violação à tradição e com o respaldo da doutrina *lato sensu* e jurisprudência por um dever de coerência e integridade do intérprete! Mas tudo isso só é “percebido” sem ruptura (em um *continuum*) depois de um longo tempo e comparativamente, não se justifica a mutação com argumento consequencialista de que, por exemplo, a sociedade “evoluiu” (darwinismo jurídico?) e que, portanto, o STF pode passar o trator por cima dos limites semânticos do texto constitucional!

Nessa ótica, o professor Georges nos dá um exemplo de mutação constitucional autêntica no direito norte-americano (guardadas as devidas proporções com o nosso direito) nos seguintes termos<sup>39</sup>:

Para esclarecer bem a questão, merecem destaque as decisões da Suprema Corte norte-americana sobre as questões raciais, que constituem legítimo exemplo de mutação constitucional. No caso *Plessy vs. Ferguson*, a Suprema Corte havia admitido a raça como fator de *discrîmen* em benefícios dos brancos durante o transporte ferroviário, tal voto consolidou a equivocada premissa (separados, mas iguais). Ou seja, a Suprema Corte admitiu como razoável a segregação racial em locais públicos. O entendimento da Suprema Corte Norte-Americana modificou-se totalmente, posteriormente, no julgamento do caso *Brown vs. Board of Education*, que revogou a possibilidade de *discrîmen* racial, declarando inconstitucional o “*regime Jim Crow*” que eram leis estaduais e locais decretadas nos estados sulistas e limítrofes nos Estados Unidos, em vigor entre 1876 e 1965, e que discriminavam afro-americanos, asiáticos e outros grupos minoritários.

<sup>38</sup> Assim não se sustenta a ideia de uma sociedade de mortos que governa os vivos ou como ficou disposto no art. 28 da Constituição francesa ainda no período revolucionário: “[...] Uma geração não pode submeter a suas leis as gerações futuras”.

<sup>39</sup> ABBOUD, Georges. Crítica à jurisprudência do STF em matéria de controle de constitucionalidade. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 215, janeiro, 2013, p. 8.

Em nosso ordenamento, temos um exemplo bem citado de mutação constitucional legítima e que se mantém segundo o paradigma hermenêutico adotado. Trata-se do conceito de “casa” contido no art. 5º, XI, da CF, tal dispositivo assegura a inviolabilidade do domicílio como regra, comportando quatro exceções. Após a promulgação da Constituição, o STF o entendia como aplicável às residências convencionais, inclusive os apartamentos, não alcançando quartos de hotel, locais de trabalho fechados ao público, trailers etc. Com o passar do tempo, o STF passou a aplicá-lo também a esses outros casos já referidos. É o que se nota no julgamento de um *habeas corpus*, em que o ministro Celso de Mello afirmou que o conceito normativo de “casa” se trata de qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado, e que o agente público não poderá ingressar nele sem mandado ou sem a autorização do dono (*invito domini*), sob pena de fulminar a prova com a ilicitude originária (RHC 90.376).

Mais uma vez: a mutação à luz da CHD não pode ser entendida como uma adequação entre texto e realidade como se estivessem cindidos e que cabe ao intérprete realizar essa convergência por meio de sua vontade assujeitadora! Não é possível realizar esse controle, a realidade não está à disposição do intérprete, tampouco o texto é compreendido *per se* sem *applicatio*. Afinal, compreender é um existencial! O intérprete desde sempre é um ser-no-mundo! Não lida com o mundo desde fora, ao contrário, está lançado no mundo (*Dasein*)! Em miúdos, deixemos que o professor gaúcho expresse isso melhor<sup>40</sup>:

Quando o jurista interpreta, ele não se coloca diante do objeto, separado deste por ‘estar terceira coisa’ que é a linguagem. Na verdade, ele está desde sempre jogado na linguisticidade deste mundo do qual ao mesmo tempo fazem parte ele (sujeito) e o objeto (o Direito, os textos jurídicos, as normas etc.). A atitude de pensar que ele, intérprete, está fora e/ou separado do objeto pela linguagem, é alienante. Dito de outro modo: com isto ele não se considera coprodutor da realidade (da sociedade).

Quando Lenio trata da distinção entre regra e princípio, dá-nos uma lição que serve também à suposta incongruência entre texto e realidade: “Na medida em que o mundo prático não pode ser dito no todo – porque sempre sobra algo –, o princípio traz à tona o sentido que resulta desse ponto de encontro entre texto e realidade, em que um não subsiste sem o outro (aquí o antidualismo entra como condição de possibilidade para a compreensão do fenômeno)”<sup>41</sup>. Para a hermenêutica jurídica, o texto não subsiste sem a realidade e a realidade não subsiste sem o texto! A norma só é no seu texto e o texto só é na sua norma!

<sup>40</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 363.

<sup>41</sup> STRECK, *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, 2013, p. 60.

Voltemos à Reclamação 4.335. Há uma música da cantora Rita Lee que ilustra bem a atuação dos ministros do STF nesta ação. O título é “Agora só falta você!” e a primeira estrofe elucida o projeto engendrado pelos ministros favoráveis à mutação constitucional: “Um belo dia resolvi mudar / e fazer tudo o que eu queria fazer / me libertei daquela vida vulgar / que eu levava estando junto a você”. Se na letra da canção as palavras “vida” e “você” forem substituídas, respectivamente, por “tradição jurídica” e “coerência e integridade do direito”, as respostas exsurtem.

Em miúdos, a interpretação do STF é *ad hoc* porque rompe com a história institucional do direito (doutrina *lato sensu* e jurisprudência não só a própria como a dos demais tribunais país a fora sobre o controle difuso) e a substitui por “novos entendimentos” que não se sustentam na tradição, mas em um ineditismo discricionário e voluntarista dos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, em uma “clara” (clareza no sentido de minimamente inteligível) manifestação de vulneração da Lei Maior. O “ato de vontade” subjuga, sujeita a Constituição, os limites textuais dela e o que mais se coloque como “óbice” (pedra no caminho, diria Drummond) da sanha reformista encoberta pelo véu de uma suposta mutação (in)constitucional.

De igual modo, a professora Anna Candida, que foi uma das pioneiras a tratar do instituto da mutação constitucional no Brasil, declara sobre o *case* da Reclamação 4.335<sup>42</sup>:

[...] O fato é que, em razão dessa discussão, não há encaminhamento de decisões do STF ao Senado Federal desde 2006. [...] Parece, portanto, impor-se, com urgência, reforma constitucional que solucione tais questões, de modo a evitar que o Supremo Tribunal Federal se transforme em Poder Constituinte, lance mão de mutação inconstitucional e torne letra morta disposição expressa da Constituição.

Outra observação que chama a atenção no voto do ministro Gilmar Mendes é o fato de ele considerar ultrapassada a função do Senado exercida desde 1934 até 2006 e referir-se à visão doutrinária que a defende com o fito de proteger a integridade e a coerência de nosso direito já tão vilipendiado, seja pelo Executivo, Legislativo e, infelizmente, até pelo Judiciário, como “ortodoxa”. Ao revés, ele é o porta-voz do progresso, da evolução, da heterodoxia? Tudo leva a crer que sim. Parece um argumento *ad hominem*. Ele é o arauto da inovação, ao passo que quem resguarda a tradição e o limite semântico do texto é atrasado!

Por falar em tradição, Eros Grau brindou ao imaginário jurídico com um conceito de mutação constitucional que recorda a canção do Raul Seixas, “eu

---

<sup>42</sup> FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Comentários ao art. 52, X. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1.067.

prefiro ser uma metamorfose ambulante do que ter aquela velha opinião formada sobre tudo”. Por que é assim? Segundo o ministro, à revelia de toda a doutrina, quiçá ocidental, a mutação é a substituição (travessia) de um texto obsoleto (sic), promulgado democraticamente, por um texto novo criado pela vontade do intérprete! E pasmem: essa passagem tem que estar de acordo com a tradição! É a instauração de um paradoxo que corrói o edifício jurídico! Como ele verifica a congruência com a “tradição”? *Solus ipse!* Ele sozinho determina que assim o será! A expressão de Bercovici encontrou sua realização integral no voto do Eros Grau. Se a tese colar no futuro, quando o STF se cansar de um texto, ele o muda e declara previamente: é caso de mutação! Afinal, o dono pode dispor como bem entender do seu pertence ou não? Nem a propriedade privada está sujeita ao talante pleno do proprietário em razão da função social, exceto quando se tratar da relação STF e Constituição de acordo com Eros Grau. Não existe uma função social da Constituição para o STF. A democracia tombou perante a vontade de poder! O *Ancien Régime* constitucional de 1988 caiu!

E a mudança não para por aí. Conforme o ministro Eros, a doutrina brasileira precisa se dobrar aos ministros do STF. Qual o motivo? Eles serem os ministros do STF! São eles que fazem direito, enquanto a doutrina se debruça sobre o direito! A Constituição é aquilo que o STF diz que é! Uma espécie de volta ao realismo jurídico, em que o direito (verdadeiro) era como os tribunais o aplicavam nas suas decisões. O resto era acessório. Um argumento embasado na autoridade, do lugar de fala! Lenio escreveu um artigo criticando não o ministro Eros Grau, mas outro ministro, só que do STJ, Humberto Gomes de Barros, que teve uma declaração semelhante e à qual a crítica também se aplica. Vejamo-na, ainda que alguns detratores oponham ao texto a obsolescência<sup>43</sup>:

Para aqueles que pensam que o Direito é aquilo que os tribunais dizem que é, o voto de Sua Excelência é um prato cheio. Só que não é bem assim, ou, melhor dizendo, *não pode ser assim* (ou, melhor, ainda bem que não pode ser assim!). Com efeito, o Direito é algo bem mais complexo do que o produto da consciência-de-si-do-pensamento-pensante, que caracteriza a (ultrapassada) filosofia da consciência, como se o sujeito assujeitasse o objeto. Na verdade, o ato interpretativo não é produto nem da objetividade plenipotenciária do texto e tampouco de uma atitude solipsista do intérprete: *o paradigma do Estado Democrático de Direito está assentado na intersubjetividade*. Repetindo: o Direito não é aquilo que o intérprete quer que ele seja. Portanto, o Direito não é aquilo que o Ministro Humberto Barros diz que é (lembremos, aqui, a assertiva de

<sup>43</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz*. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos\\_importar\\_sim\\_doutrina?pagina=3](http://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos_importar_sim_doutrina?pagina=3)>. Acesso em: 9 dez. 2014.

Herbert Hart, em seu *Concept of Law*, acerca das regras do jogo de criquet, para usar, aqui, um autor positivista contra o próprio decisionismo positivista propagandeado pelo Ministro no voto em questão). A doutrina deve doutrinar, sim. Esse é o seu papel. Aliás, não fosse assim, o que faríamos com as quase mil faculdades de Direito, os milhares de professores e os milhares de livros produzidos anualmente? E mais: não fosse assim, o que faríamos com o parlamento, que aprova as leis? Se os juízes (do STJ) podem — como sustenta o Ministro Barros — “dizer o que querem” sobre o sentido das leis, para que necessitamos de leis? Para que a intermediação da lei? Ora, é preciso ter presente que a afirmação do caráter hermenêutico do Direito e a centralidade que assume a jurisdição nesta quadra da história, na medida em que o legislativo (a lei) não pode antever todas as hipóteses de aplicação, *não significa uma queda na irracionalidade* e nem uma delegação em favor de decisionismos. (grifos do autor)

Para concluir essa subseção, tecerei as últimas objeções com base em um artigo que Lenio escreveu em parceria com os professores Marcelo Andrade e Martonio Lima comentando a Reclamação 4.335, mormente os votos dos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau. E abordarei, em sequência, a “interpretação construtiva e evolutiva” (Barroso) à luz do que foi trabalhado até então sobre mutação no corrente estudo.

264

Nesse sentido, os autores retomam um dado formado na jurisprudência do STF de que a reclamação só é pertinente quando há “prejuízo resultante de decisões contrárias às teses do Supremo Tribunal Federal, em reconhecimento à eficácia vinculante *erga omnes* das decisões de mérito proferidas em sede de controle concentrado” (Rcl. 1.880, 23.05.2002)<sup>44</sup> que guarda semelhança com o argumento que o ministro Teori utilizou para julgar procedente a Reclamação 4.335-5 por ofensa à Súmula Vinculante (a de número 26) que tem eficácia contra todos e, portanto, o uso dessa ação constitucional é adequado por cumprir requisito formal. Vale frisar que, à época em que se formou esse entendimento do STF sobre a reclamação, ainda não havia ocorrido a Reforma do Judiciário e, pois, não havia sido criado o instituto da súmula vinculante.

Então, Lenio e os demais rejeitam a utilização de reclamação constitucional feita pela DPU com o escopo de fazer valer a decisão no HC 82.959 quanto à inconstitucionalidade de um dispositivo que vedava a progressão de regime para

---

<sup>44</sup> STRECK, Lenio Luiz; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10253/a-nova-perspectiva-do-supremo-tribunal-federal-sobre-o-controle-difuso>>. Acesso em: 9 dez. 2014, p. 1.

crimes hediondos, já que – prosseguem os autores – “o resultado da atuação do STF no controle difuso nunca é o julgamento de uma tese, e dessa atuação não resulta uma teoria, mas uma decisão”<sup>45</sup>. Ao misturar as duas realidades na Reclamação 4.335-5, o STF não obedeceu aos ditames do poder constituído que é a condição existencial da Alta Corte como poder jurisdicional vinculado à Constituição<sup>46</sup>!

Outro adendo que autores fazem a essa relevante discussão é que com a expansão dos legitimados e mesmo a possibilidade de *amici curiae*, as decisões do STF ganham mais legitimidade pela viabilidade de que a sociedade civil participe mais ativamente na modalidade abstrata (ADI, ADPF, ADC etc.), ao passo que no controle difuso a participação da sociedade se dá de modo indireto pela atribuição constitucional conferida ao Senado. Assim, eles asseveram<sup>47</sup>:

Excluir a competência do Senado Federal – ou conferir-lhe apenas um caráter de tornar público o entendimento do Supremo Tribunal Federal – significa reduzir as atribuições do Senado Federal às de uma secretaria de divulgação intralegislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal; *significa, por fim, retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo*, o que não parece ser sequer sugerido pela Constituição da República de 1988.

Há uma consequência gravíssima que passou ao largo de todos os votos dos ministros que é a lesão aos princípios da ampla defesa e contraditório, ademais de ferir o princípio do devido processo legal como apontou o ministro Ricardo, uma vez que no controle difuso há possibilidade de que as partes participem do processo de decisão que os afetará (é uma lide subjetiva), ao passo que com a

---

<sup>45</sup> STRECK, Lenio Luiz; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10253/a-nova-perspectiva-do-supremo-tribunal-federal-sobre-o-controle-difuso>>. Acesso em: 9 dez. 2014, p. 1.

<sup>46</sup> STRECK, Lenio Luiz; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10253/a-nova-perspectiva-do-supremo-tribunal-federal-sobre-o-controle-difuso>>. Acesso em: 9 dez. 2014, p. 1.

<sup>47</sup> STRECK, Lenio Luiz; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10253/a-nova-perspectiva-do-supremo-tribunal-federal-sobre-o-controle-difuso>>. Acesso em: 9 dez. 2014, p. 1.



atribuição de eficácia *erga omnes*, as portas se fecharão e atingirão inclusive aqueles que não tiveram seus direitos de se defender e de contraditar viabilizados<sup>48</sup>.

Daí que advém logicamente a concessão de efeitos à resolução do Senado como *ex nunc*, sendo apenas a relação subjetiva que formou a declaração de inconstitucionalidade do STF passível de receber tratamento eficaz retroativo (*ex tunc*), já que não haveria razão para a adoção do controle concentrado em 1965, se os efeitos deste fossem idênticos ao difuso<sup>49</sup>! A decisão do Senado é um “*plus eficaz*”<sup>50</sup>. Afirmam também que não se trata da defesa da tradição pela tradição, mas de “todo um processo de aprendizagem social subjacente à história constitucional brasileira”<sup>51</sup>.

Eles alertam também de outro perigo ignorado pelos votos dos ministros. No HC 82.959, a decisão foi apertada de 6 a 5 a favor da inconstitucionalidade da lei, ou seja, sem amadurecimento teórico. E querer estender os efeitos de uma decisão controversa como se fosse uma súmula vinculante que exige quórum de oito ministros é um disparate, já que falar em “equiparação” entre difuso e concentrado é tratar de efeito vinculante. Assim, as súmulas perderão sua razão de ser porque valerão tanto ou menos que uma decisão por 6 votos a 5<sup>52</sup>.

---

<sup>48</sup> STRECK, Lenio Luiz; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10253/a-nova-perspectiva-do-supremo-tribunal-federal-sobre-o-controle-difuso>>. Acesso em: 9 dez. 2014, p. 1.

<sup>49</sup> STRECK, Lenio Luiz; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10253/a-nova-perspectiva-do-supremo-tribunal-federal-sobre-o-controle-difuso>>. Acesso em: 9 dez. 2014, p. 1.

<sup>50</sup> STRECK, Lenio Luiz; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10253/a-nova-perspectiva-do-supremo-tribunal-federal-sobre-o-controle-difuso>>. Acesso em: 9 dez. 2014, p. 1.

<sup>51</sup> STRECK, Lenio Luiz; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10253/a-nova-perspectiva-do-supremo-tribunal-federal-sobre-o-controle-difuso>>. Acesso em: 9 dez. 2014, p. 1.

<sup>52</sup> STRECK, Lenio Luiz; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10253/a-nova-perspectiva-do-supremo-tribunal-federal-sobre-o-controle-difuso>>. Acesso em: 9 dez. 2014, p. 1.

Sobre a competência do Senado, eles fazem uma abordagem federativa que merece descrição<sup>53</sup>:

[...] somente a um organismo da Federação é que poderia recair a autoridade para suspensão de instrumentos normativos, por exemplo, oriundos de outros entes da Federação, como Estados, Distrito Federal ou Municípios, em razão, especialmente, da amplamente solidificada sistemática de controle da constitucionalidade a inadmitir controle concentrado de espécie normativa municipal diretamente no Supremo Tribunal. Tem-se, então, uma dupla acepção de democracia: *a que parte do controle reflexo do povo na eleição de representantes dos entes federados e o trato e o equilíbrio necessários à harmonização do sistema federativo brasileiro.* (grifos do autor)

Nesse passo, eles refutam a argumentação do ministro Gilmar de que o controle difuso se mostraria insuficiente para lidar com outros mecanismos, mormente os que ocorrem nas sentenças interpretativas de constitucionalidade, já que declarar a inconstitucionalidade não pode ter os mesmos efeitos de declarar a constitucionalidade, embora o equívoco tenha sido cometido com a adoção da ADC em 1993. Em miúdos, a declaração de constitucionalidade gera um engessamento no ordenamento jurídico incapaz de adaptar o texto da Constituição às situações históricas mutáveis e insuscetível de atender a toda riqueza inventiva da casuística<sup>54</sup>. Os desdobramentos não serão elucidados com minúcias aqui.

Lembrando que não é possível cindir texto e realidade, os autores salientam que as situações históricas são cambiáveis, o que não é nenhuma novidade. Como já dito alhures, o âmbito normativo é mutável, mas a mudança ocorre no bojo da tradição e com a historicidade e faticidade do intérprete! E não é possível cindir texto e norma (diferença ontológica)! Não há texto em si, tampouco realidade em si, não estão separados, nem são idênticos! Em outras palavras, para Gadamer a tradição carrega consigo historicamente as possibilidades de compreensão<sup>55</sup>!

<sup>53</sup> STRECK, Lenio Luiz; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10253/a-nova-perspectiva-do-supremo-tribunal-federal-sobre-o-controle-difuso>>. Acesso em: 9 dez. 2014, p. 2.

<sup>54</sup> STRECK, Lenio Luiz; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10253/a-nova-perspectiva-do-supremo-tribunal-federal-sobre-o-controle-difuso>>. Acesso em: 9 dez. 2014, p. 2.

<sup>55</sup> STRECK, *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, 2013, p. 457.

Ainda sobre a relevância do instituto do controle difuso como está assentado na tradição do nosso constitucionalismo, os autores afirmam que: “Por isso, o art. 52, X é muito mais importante do que se tem pensado. Ele consubstancia um deslocamento do polo de tensão do solipsismo das decisões do judiciário em direção da esfera pública de controle dessas decisões”<sup>56</sup>. Eles fazem uma dura crítica à mutação alardeada pelos dois ministros na referida reclamação: “[...] em determinadas situações, mutação constitucional pode significar, equivocadamente, a substituição do poder constituinte pelo Poder Judiciário. E, com isso, soçobra a democracia. E este nos parece ser o ponto principal da discussão [...]”<sup>57</sup>.

Eles apontam a origem histórica da discussão sobre mutação que se deu em primeiro lugar por autores como Laband (1895) e Jellinek (1906), posteriormente foi aprofundada a teorização com Hsü-Dau-Lin (1932). E afirmam que o fenômeno em questão como formulado por este último em especial “não leva em conta aquilo que é central para o pós-Segunda Guerra e em especial para a construção do Estado Democrático de Direito na atualidade: o caráter principiológico do direito e a exigência de integridade que este direito democrático”<sup>58</sup>. O que em alguma medida abordamos quando, a partir da CHD, diferenciamos regra e princípio e de como a mutação só pode ser compreendida nesse paradigma hermenêutico com um novo enfoque. Importa frisar que a mutação surge em um contexto de superação do positivismo legalista que pretendia açambarcar toda a “realidade”, sobretudo na época da codificação civilista de inspiração napoleônica!

Se essa filtragem hermenêutica não for realizada, a mutação constitucional funcionará como um “presente de grego” que silenciosamente destrói desde dentro a Constituição, burlando inclusive as implacáveis muralhas “troianas”

---

<sup>56</sup> STRECK, Lenio Luiz; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10253/a-nova-perspectiva-do-supremo-tribunal-federal-sobre-o-controle-difuso>>. Acesso em: 9 dez. 2014, p. 17.

<sup>57</sup> STRECK, Lenio Luiz; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10253/a-nova-perspectiva-do-supremo-tribunal-federal-sobre-o-controle-difuso>>. Acesso em: 9 dez. 2014, p. 2.

<sup>58</sup> STRECK, Lenio Luiz; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10253/a-nova-perspectiva-do-supremo-tribunal-federal-sobre-o-controle-difuso>>. Acesso em: 9 dez. 2014, p. 2.

(limites semânticos do texto), considerando-se como foi (e é) compreendida pela maioria dos juristas<sup>59</sup>:

[...] *advoga em última análise uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes.* Ora, um tribunal não pode mudar a Constituição; um tribunal não pode “inventar” o direito: este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional, numa democracia [...] Um tribunal não pode paradoxalmente subverter a Constituição sob o argumento de a estar garantindo ou guardando.

Os autores expõem o paradoxo contido na decisão do ministro Eros Grau de forma contundente<sup>60</sup>:

Ocorre que, ao mesmo tempo, o Min. Eros Grau admite que “a mutação constitucional é transformação de sentido do enunciado da Constituição *sem que o próprio texto seja alterado em sua redação*, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual. Quando ela se dá, o intérprete extrai do texto norma diversa daquelas que nele se encontravam originariamente involucradas, em estado de potência”, para, logo em seguida, acentuar que “há, então, mais do que interpretação, esta concebida como processo que opera a transformação de texto em norma. *Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro.*” [...] Mais ainda: se o texto “mutado” é obsoleto - como textualmente diz o Min. Eros Grau - como admitir que o Supremo Tribunal Federal “faça” outro, que confirme a tradição? De que modo se chega à conclusão de que “um texto constitucional é obsoleto”? E de que modo é possível afirmar que, “por ser obsoleto”, o Supremo Tribunal Federal pode se substituir ao processo constituinte derivado, único que poderia substituir o texto “obsoleto”? A tradição não residiria exatamente no fato de termos adotado – e ratificado em 1988 – o sistema misto de controle de constitucionalidade? A tradição não estaria inserida na própria exigência de remessa ao Senado, buscando, assim, trazer para o debate – acerca da (in)validade de

<sup>59</sup> STRECK, Lenio Luiz; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10253/a-nova-perspectiva-do-supremo-tribunal-federal-sobre-o-controle-difuso>>. Acesso em: 9 dez. 2014, p. 2.

<sup>60</sup> STRECK, Lenio Luiz; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10253/a-nova-perspectiva-do-supremo-tribunal-federal-sobre-o-controle-difuso>>. Acesso em: 9 dez. 2014, p. 2.

um texto normativo – o Poder Legislativo, *único que pode tratar do âmbito da vigência*, providência necessária para dar efeito *erga omnes* à decisão que julgou uma causa que não tinha uma tese, mas, sim, uma questão prejudicial?

E, desse modo, prestes a concluir esse tópico, é importante dizer com os autores que não cabe ao STF “corrigir a Constituição”, sob pena de transformarem-no em um “*poder constituinte permanente e ilegítimo*” e seria um “equivoco confundir as tarefas constituídas das constituintes, o que, traduziria, portanto, uma séria inversão dos pressupostos da teoria da democracia moderna a que se filia a Constituição da República”<sup>61</sup>.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Reclamação 4.335-5 é um caso não paradigmático camuflado com o alibi teórico da mutação constitucional (sem o filtro hermenêutico) que demonstra a exteriorização de uma “vulneração constitucional” em escalada na Suprema Corte do país e os efeitos simbólicos que a decisão evoca são prejudiciais ao Estado Democrático de Direito, não obstante que a situação tenha se resolvido com a edição posterior da Súmula Vinculante 26 em 2009 que pôs fim à controvérsia constitucional, mas o “ranço” que é a negação de vigência de um dispositivo constitucional com fulcro na mutação persiste. Não aplicar é uma forma de aplicar, não podemos nos esquecer disso.

Por fim, o STF poderia ter optado por solucionar o conflito de maneira democrática e, portanto, legítima, já que embasada em fundamentos constitucionais, como só fez depois de “chocar” a comunidade jurídica com essa decisão estapafúrdia, sobremodo com os votos do Gilmar Mendes e do Eros Grau. Não só com a criação da súmula vinculante que era uma saída viável, como também valorizando nossa tradição constitucional mediante a resolução do Senado ou mesmo remetendo a cópia do acórdão (HC 82.959) a algum legitimado do art. 103 para impetrar a ADI para se declarar a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos e ter os efeitos desejados desde o início (*erga omnes* e vinculante), como sugere o professor Nelson Nery<sup>62</sup>.

<sup>61</sup> STRECK, Lenio Luiz; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10253/a-nova-perspectiva-do-supremo-tribunal-federal-sobre-o-controle-difuso>>. Acesso em: 9 dez. 2014, p. 3.

<sup>62</sup> NERY JR., Nelson. Anotações sobre mutação constitucional – alteração da Constituição sem modificação do texto, decisionismo e Verfassungsstaat. In: LEITE, Georg Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: RT, 2009, p. 105.

Cabe, pois, à Academia realizar o constrangimento epistemológico a essa reclamação a fim de afastar essas teses que favorecem a perversão da Carta Magna, afinal, em alguma medida é ela quem nos salva (Geni), inclusive de nós mesmos, em detrimento da *vontade de poder* avassaladora<sup>63</sup>! E se reza a lenda que o cisne canta antes de morrer, reafirmamos nosso júbilo que esse canto tenha fracassado e o controle difuso subsiste, apesar de algumas ranhuras. É sinal de que ainda a Constituição *constitui-a-ção* e os ministros da Suprema Corte sabem ler como nós, pobres mortais, sem “mutações”, se a ironia se explica sozinha!

## REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2011.
- ABBOUD, Georges. 25 anos da Constituição Federal: parabéns à Geni! *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, n. 938, dezembro, 2013.
- ABBOUD, Georges. JCrítica à jurisprudência do STF em matéria de controle de constitucionalidade. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 215, janeiro, 2013.
- COELHO, Thales Chagas Machado. *O princípio da moderação e a legitimação do controle judicial de constitucionalidade das leis*. Brasília: Senado Federal, 2010, p. 42.
- FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Comentários ao art. 52, X. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreiras Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- LASSALLE, Ferdinand. *Que é uma constituição?* 2. ed. São Paulo: Kairós, 1985.
- STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.
- STRECK, Lenio Luiz. *Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz*. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos\\_importar\\_sim\\_doutrina?pagina=3](http://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos_importar_sim_doutrina?pagina=3)>. Acesso em: 9 dez. 2014.
- STRECK, Lenio Luiz; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/>

<sup>63</sup> ABBOUD, Georges. 25 anos da Constituição Federal: parabéns à Geni! *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, n. 938, dezembro, 2013.

*Diego César Soares Ribeiro*

artigos/10253/a-nova-perspectiva-do-supremo-tribunal-federal-sobre-o-controle-difuso>. Acesso em: 9 dez. 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Rcl. n. 4.335/AC. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 25 de agosto de 2006.

Data de recebimento: 16/12/2014

Data de aprovação: 07/07/2015

# O PAPEL DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO À LUZ DA RECLAMAÇÃO 4.335-5/AC

## THE ROLE OF SENATE IN JUDICIAL REVIEW IN THE LIGHT OF CONSTITUTIONAL COMPLAINT 4.335/AC

José Luís da Silva Tavares\*

### RESUMO

O artigo desenvolvido tem por escopo trabalhar a temática da Jurisdição Constitucional Brasileira com foco especial no Controle de Constitucionalidade Difuso/Concreto perante o Supremo Tribunal Federal. Para tanto, é feito breve histórico acerca da evolução do *judicial review* desde a sua origem – Constituição da República de 1891 – até a atual configuração dada pela Carta Política de 1988. Ponto seguinte a ser desenvolvido é sobre esse instituto, surgido em 1934, que prevê a participação do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade difuso para que a decisão de inconstitucionalidade no caso concreto passe a ter eficácia *erga omnes* (art. 52, X da CR/88). A principal discussão sobre a participação do Senado no Controle Difuso se deu a partir da Reclamação Constitucional 4.335-5/AC, ajuizada perante a Corte Suprema no ano de 2006 e recentemente julgada procedente em 21 de março de 2014<sup>1</sup>. Assim, necessário o estudo da citada Reclamação, como forma de trazer luz ao presente tema.

**Palavras-chave:** Jurisdição Constitucional; Controle de Constitucionalidade; Reclamação 4.335-5/AC; Senado Federal; Artigo 52, X, da Constituição da República de 1988; Mutação constitucional.

---

\* Advogado autônomo com atuação na área de Direito Público e Defesa do Consumidor. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense – UFF/RJ, vinculado à linha de pesquisa Instituições Políticas, Administração Pública e Jurisdição Constitucional do Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional – PPGDC/UFF (Turma 2013). Correspondência para/Correspondence to: Rua Conde de Bonfim, 987, Bairro Tijuca, Rio de Janeiro/RJ, 20530-000, e-mail: zelsilva@hotmail.com. Telefone: (21) 98218-1557.=

<sup>1</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Consulta processual. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2381551>>. Acesso em: 1º set. 2014.



## ABSTRACT

The paper developed is scope to work the theme of Brazilian Constitutional Jurisdiction, with special focus on Judicial Review before the Supreme Court. Therefore, it is done brief history about the evolution of Judicial Review since its origin – Constitution of the Republic 1891 – until the current configuration given by the 1988 Charter Policy. Next point to be developed is about this institute, emerged in 1934, providing for the participation of the Senate in the Judicial Review for the unconstitutional decision in the case have *erga omnes* effectiveness (article 52, X). The main discussion on the participation of the Senate in Diffuse Control took from the Constitutional Complaint 4.335-5/AC, brought before the Court in 2006, and recently upheld on March 21, 2014. Therefore necessary to study the case cited as a way to bring light to this issue.

**Keywords:** Constitutional Jurisdiction; Judicial Review; Reclamação 4.335-5/AC; Senate. Article 52, X of the Constitution. Constitutional Change.

## INTRODUÇÃO

274 A discussão, em sede doutrinária, sobre a participação do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade Difuso costuma ficar adstrita a certos aspectos técnicos, quais sejam, (i) a obrigatoriedade ou discricionariedade da edição da **Resolução pelo Senado**, (ii) vinculação da Resolução ao conteúdo da decisão que proclamou a inconstitucionalidade, (iii) os efeitos da Resolução (se retroativos ou prospectivos), enfim, o debate se resume, muitas vezes, a essas questões.

Acontece que no ano de 2006 surge nova e interessante discussão no tema por meio da Reclamação Constitucional 4.335/AC, que pôs em xeque a participação do Senado no Controle Difuso quando exercido pelo Supremo Tribunal Federal. A competência do órgão legislativo encontra-se expressamente prevista na atual Constituição da República, art. 52, X<sup>2</sup>.

Mediante a leitura do voto do Ministro Relator, Gilmar Mendes, fica perceptível a intenção de se reduzir (ou suprimir) a participação do Senado no processo de controle difuso da constitucionalidade exercido perante o STF. Inclusive, foi suscitada a tese de suposta mutação constitucional sofrida pelo art. 52, X, atribuindo-se novo significado normativo ao dispositivo. Isto é, caberia ao Senado, não mais a suspensão da execução da lei, mas tão somente a publicação,

---

<sup>2</sup> 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**; (BRASIL. Planalto. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, grifos nossos).

no Diário Oficial, da decisão de inconstitucionalidade proferida no caso concreto. Nesse sentido, qualquer decisão de inconstitucionalidade proferida no controle difuso perante o Supremo passaria a ter eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes.

Após a conclusão do julgamento da Reclamação 4.335 pelo STF, e no intuito de aprofundarmos o tema nela em debate, ainda que não seja possível exauri-lo dada sua magnitude, procuramos dividir o presente trabalho em três partes.

Inicialmente, é feita breve evolução do controle de constitucionalidade no Brasil, desde a sua origem, sob a égide da Constituição da República de 1891, até a atual configuração dada pela Constituição da República de 1988. Isso se justifica pelo fato de o dispositivo ser verdadeira tradição na jurisdição constitucional brasileira, ainda que tenhamos importado tal modelo do direito norte-americano.

Em um segundo momento, **já com foco** no instituto da participação do Senado Federal no controle difuso, pretendemos ressaltar sua origem, sob a égide da Constituição de 1934, assim como as principais modificações nos textos constitucionais posteriores. Para tanto, a revisão bibliográfica sobre o tema foi essencial. Importante deixarmos claro que estamos trabalhando com uma fórmula que tem mais de oito décadas de existência, confirmando tratar-se de verdadeira tradição.

Por fim, como não poderia ser diferente, é feita análise crítica da Reclamação 4.335 a fim de apontarmos o entendimento prevalecente no julgamento, sobre a tese da participação do Senado Federal no controle de constitucionalidade difuso. Dessa forma, a análise dos votos proferidos foi imprescindível.

## BREVE HISTÓRICO DO SISTEMA DE CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

O controle da constitucionalidade no Brasil tem uma característica peculiar que o difere de quase todos os outros no direito comparado<sup>3</sup>, qual seja, ele é

---

<sup>3</sup> Oportuno esclarecer, a título ilustrativo e confirmação da hipótese levantada, qual o modelo de controle da constitucionalidade adotado por alguns países. O controle concentrado, exercido exclusivamente por um tribunal constitucional ou suprema corte de justiça, está presente nos seguintes ordenamentos jurídicos: (i) Alemanha; (ii) Áustria; (iii) Itália; (iv) Espanha; (v) Bélgica; (vi) Paraguai; e (vii) Uruguai. Quanto à adoção do controle difuso, no qual vários juízes e tribunais se manifestam sobre questões constitucionais, citemos alguns: (i) Estados Unidos; e (ii) Argentina. Finalmente, no que diz respeito ao Controle Misto, destacam-se os seguintes: (i) Brasil; (ii) Bolívia; (iii) Chile; e (iv) Portugal. Acerca do tema, vide: BARROSO, Luís Roberto. *A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo*. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a\\_americanizacao\\_do\\_direito\\_constitucional\\_e\\_seus\\_paradoxos.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_americanizacao_do_direito_constitucional_e_seus_paradoxos.pdf)>. Acesso em: 5 nov. 2014; e BESTER BENITEZ, Gisela Maria. O controle de constitucionalidade jurisdicional nos países do Mercosul

misto (ou híbrido). Nesse sentido, consegue mesclar tanto elementos do controle difuso quanto do controle concentrado de constitucionalidade, no qual um não se sobrepõe ao outro.

A “origem” do controle difuso de constitucionalidade, como comumente difundida pela doutrina constitucional brasileira, é o direito norte-americano, por meio do *leading case Marbury vs. Madison* (1803), no qual a Suprema Corte entendeu que toda lei incompatível com a Constituição seria nula, cabendo ao Poder Judiciário, como intérprete final do texto constitucional, exercer o chamado controle de constitucionalidade das leis.

Todavia, alguns autores, inclusive norte-americanos, sustentam que muitos anos antes do famoso precedente *Marbury vs. Madison*, já se exercia, pelo Judiciário, o controle de atos emanados do Parlamento que tivessem alguma incompatibilidade com norma hierarquicamente superior. Não é outro entendimento que se pode inferir a partir da exposição de Edward S. Corwin, acerca da origem do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos<sup>4</sup>:

A origem inicial desse controle, entretanto, é muito mais antiga que a Constituição [1787] e, na verdade, que qualquer constituição americana. Pode ser buscada na *common law*, pois certos princípios da mesma foram desde cedo considerados como ‘fundamentais’ e incorporadores de uma ‘lei superior’ que o próprio Parlamento não podia alterar. ‘E parece’, escrevia o *Chief-Justice Coke*, em 1610, em seu famoso *dictum* no caso *Bonham*, ‘que quando um ato do Parlamento é contrário ao direito e à razão comuns, a *common law* o controlará e o julgará nulo’. Esta ideia foi bem aceita pelos americanos, que nela viram uma arma contra as pretensões do Parlamento durante a agitação que precedeu a Revolução. Assim, em 1765, o governador real da Província de Massachusetts escrevia a seu governo que o principal argumento contra a Lei do Selo é que ela contrariava a ‘Magna Carta e os direitos naturais dos ingleses e, portanto, segundo Lord Coke’, era ‘nula e irrita’ (...)

Nesse ponto, mostra-se oportuno tecermos alguns comentários sobre o *common law* e sua relação com o Parlamento (Legislativo), no intuito de apontarmos alguns fundamentos teóricos, ainda atuais, para o exercício do controle de constitucionalidade pelo Judiciário.

---

e a amplitude democrática do acesso à justiça constitucional: análise comparativa no âmbito do direito processual constitucional. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideu, Uruguai, p. 255-279, 2003. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2003/pr/pr13.pdf>>. Acesso em: 5 nov. 2014.

<sup>4</sup> CORWIN, Edward Samuel. *A Constituição norte-americana e seu significado atual*. Prefácio, tradução e notas de Lêda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Zahar, 1959, p. 172-173.

Atualmente o controle da constitucionalidade dos atos normativos é justificado a partir de alguns pressupostos, citemos alguns: (i) a supremacia do texto constitucional; (ii) a rigidez constitucional; (iii) proteção dos direitos fundamentais; (iv) assegurar as regras do jogo democrático.

Assim, um ato do Legislativo, ainda que legítimo do ponto de vista democrático, isto é, formalmente constitucional, pode vir a ser declarado nulo, pelo poder judicial, em virtude de ser materialmente incompatível com uma garantia ou norma constitucional.

Esse tipo de controle judicial dos atos emanados do Parlamento, conforme o trecho *supra*, vem desde o *common law* e pode ser conceituado como a prevalência da Constituição em detrimento de uma eventual maioria política legislativa, trata-se de verdadeira afirmação do constitucionalismo contemporâneo. Segundo Luís Roberto Barroso:

Se houver oito católicos e dois mulçumanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos<sup>5</sup>.

Feita essa breve digressão sobre a origem do controle da constitucionalidade das leis e sua relação com o Poder Legislativo, necessário volvermos atenção para objeto do presente artigo.

Podemos afirmar, portanto, que *Marbury vs. Madison* (1803) foi o primeiro caso em que ficou claro o dever de controle da constitucionalidade das leis pelo Judiciário, assim como foi a primeira vez em que a Suprema Corte declarou nulo um ato emanado do Congresso norte-americano (o *Judiciary Act* de 1789)<sup>6</sup>.

O modelo norte-americano de controle da constitucionalidade influenciou, certamente, o surgimento do controle da constitucionalidade no Brasil, que teve seu início na Constituição da República de 1891<sup>7</sup>, com atribuição ao Supremo

<sup>5</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 287.

<sup>6</sup> Nesse sentido, Christopher Wolfe: “The first clear case in which the Supreme Court declared a congressional act void, however, occurred in *Marbury v. Madison*” (WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law*. Maryland: Rowman & Littlefield, 1994, p. 80).

<sup>7</sup> Segundo José Afonso da Silva: “Proclamada a República brasileira e instituída, entre nós, a forma de Estado Federal, houve necessidade de dar à União um meio de manter a autoridade do Direito federal ante possíveis erros das justiças estaduais (então instituídas) na aplicação daquele Direito. Recorreu-se, então, ao velho *writ o ferror* do Direito anglo-americano. Traduziu-se, quase literalmente, as disposições do *Judiciary act* e leis posteriores, que regulavam o instituto” (SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: RT, 1963, p. 29).

Tribunal Federal de preservação da Constituição<sup>8</sup>, sendo mais tarde reforçado com o advento da Lei Federal n. 221, de 20 de novembro de 1894, que organizou a Justiça Federal, e que, no art. 13, § 10, preceituava: “os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e **deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais** e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”<sup>9</sup>.

Todavia, foi na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 que o controle de constitucionalidade difuso ganhou maiores contornos.

A Constituição de 1934 inovou ao prever em seu bojo institutos, até então, inéditos para o constitucionalismo brasileiros, quais sejam: (i) a cláusula da reserva de plenário<sup>10</sup>; (ii) **a competência do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário**<sup>11</sup>; (iii) além de ter instituído a **Representação Interventiva como solução** para os conflitos federativos, esta, privativa do Procurador Geral da República<sup>12</sup>.

O Poder Legislativo, inseria-se, doravante, na dinâmica do controle difuso da constitucionalidade, com o fito de resolver o problema relativo à falta de eficácia geral das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, visto que as decisões no controle difuso, via de regra, tinham efeitos apenas *inter partes*.

A Constituição de 1937, apesar do seu caráter autoritário, manteve o modelo de controle concreto-difuso de constitucionalidade, inaugurado na Constituição de 1891; todavia, reproduziu apenas uma das inovações presentes na Carta de 1934, que foi a exigência da reserva de plenário, não prevendo nem a

<sup>8</sup> Art. 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete: (...)

§ 1º – Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: (...)

b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados **em face da Constituição**, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas (BRASIL. Planalto. Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, grifos nossos).

<sup>9</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 173.

<sup>10</sup> Art. 179. Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público (BRASIL. Planalto. Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934).

<sup>11</sup> Art. 91. Compete ao Senado Federal: (...) **IV – suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário**; (BRASIL, 1934).

<sup>12</sup> Art. 12. A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo: (...) V – para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras a a h, do art. 7º, n. I, e a execução das leis federais;

§ 2º Ocorrendo o primeiro caso do n. V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, **mediante provocação do Procurador-Geral da República**, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade (BRASIL, 1934).

Representação Interventiva, tampouco a participação do Senado Federal no processo de suspensão da eficácia de lei declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário.

Findo o período de autoritarismo (1937-1945), temos o advento da Constituição de 1946, que preservou o modelo de controle da constitucionalidade difuso, recuperando, ainda, as supressões feitas pela Carta outorgada de 1937.

Segundo o historiador Marco Antonio Villa, a Constituição de 1946 “com 218 artigos, foi, até então, a Constituição republicana mais extensa – e democrática”<sup>13</sup>.

Ainda na vigência da Constituição da República de 1946, mas já sob o domínio do regime militar, surge a Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965, que instituiu no controle de constitucionalidade brasileiro a então denominada Ação Genérica de Inconstitucionalidade<sup>14</sup>. Dessa forma, passava o Supremo Tribunal Federal a ter competência para declarar a inconstitucionalidade *in abstracto* de lei ou ato normativo federal, mediante representação que lhe fosse encaminhada pelo Procurador Geral da República. Introduzia-se, assim, no Direito Brasileiro, um controle por via principal, mediante ação direta, em fiscalização abstrata e concentrada.

O controle de constitucionalidade concreto, por sua vez, não foi alterado pela EC n. 16 de 1965, passando, então, a coexistir com o denominado controle abstrato de constitucionalidade.

A Constituição de 1967, outorgada pelos militares, não trouxe modificações importantes ao sistema de controle de constitucionalidade, tendo apenas suprimido a possibilidade da ação genérica no âmbito estadual, contida, a princípio, na EC n. 16 de 1965<sup>15</sup>.

Posteriormente, a Constituição de 1969 (Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969) previu a ação direta em âmbito estadual, mas limitada à hipótese de intervenção de Estado-membro em Município<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> VILLA, Marco Antonio. *A história das constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio*. São Paulo: Leya, 2011, p. 83.

<sup>14</sup> Art. 2º As alíneas *c, f, i e k* do art. 101, I, passam a ter a seguinte redação: (...) *k*) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República (BRASIL. Planalto. Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965).

<sup>15</sup> Art. 19. Ao artigo 124 são acrescidos os seguintes inciso e parágrafos: (...) “XIII – a lei poderá estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, **para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato de Município, em conflito com a Constituição do Estado** (...)” (BRASIL, 1965, grifos nossos).

<sup>16</sup> Art. 15. A autonomia municipal será assegurada: (...) § 3º A intervenção nos municípios será regulada na Constituição do Estado, somente podendo ocorrer quando: (...) *d*) o Tribunal de Justiça do Estado der provimento a representação formulada pelo Chefe do Ministério Público local para assegurar a observância dos princípios indicados na Constituição

Finalmente, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inaugura um novo período, após duas décadas de ditadura civil-militar (1964-85) transformando, consideravelmente, a sistemática do controle de constitucionalidade, bem como todo o ordenamento jurídico pátrio, melhor dizendo, há o advento de uma nova ordem jurídica a partir da promulgação da Constituição Cidadã.

Nesse sentido, a atual Constituição manteve o sistema híbrido de controle da constitucionalidade, trazendo, ao mesmo tempo, um conjunto relativamente amplo de inovações, sobretudo, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, dentre as quais, podemos destacar: (i) a ampliação do rol de legitimados ativos para propositura de ação direta (art. 103, I a IX, CRFB/88); (ii) a introdução de mais três importantes ações, a saber: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC – essa introduzida por meio da EC n. 3 de 1993) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF – originalmente prevista no art. 102, parágrafo único da CRFB/88, posteriormente transformado em § 1º pela EC n. 3 de 1993); (iii) a recriação da Ação Direta de Inconstitucionalidade em âmbito estadual, então denominada Representação de Inconstitucionalidade (art. 125, § 2º, CRFB/88); por fim, (iv) a limitação do Recurso Extraordinário às questões constitucionais (art. 102, III, CRFB/88).

280

Posteriormente, tivemos, ainda, o advento da lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

O referido diploma trouxe importantes instrumentos para o efetivo exercício do controle de constitucionalidade abstrato, a saber: (i) possibilidade de concessão de medida cautelar tanto na ADI quanto na ADC – no primeiro caso, com a finalidade de suspender a eficácia jurídica da norma impugnada, já no segundo, a suspensão do julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação declaratória<sup>17</sup>; (ii) possibilidade de

---

estadual, bem como para prover a execução de lei ou de ordem ou decisão judiciária, limitando-se o decreto do Governador a suspender o ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade (BRASIL. Planalto. Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969).

<sup>17</sup> Art. 10. Salvo no período de recesso, **a medida cautelar na ação direta** será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

Art. 21. O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, **poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade**, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos

modulação dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, tornando-se *ex nunc*<sup>18</sup>; finalmente, (iii) a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto<sup>19</sup>.

Não se pode olvidar, igualmente, as inovações advindas com a Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, conhecida como a Reforma do Judiciário, que introduziu dois novos institutos no âmbito da jurisdição constitucional: (i) a exigência de Repercussão Geral da questão constitucional nos Recursos Extraordinários<sup>20</sup>; e (ii) a criação da Súmula Vinculante<sup>21</sup>.

A partir desse breve histórico acerca da evolução do controle de constitucionalidade brasileiro, podemos concluir que o modelo inaugurado em 1891 sofreu inúmeras alterações ao longo dos textos constitucionais, tendo o Brasil, inicialmente, importado dos Estados Unidos o controle difuso (aquele exercido por qualquer juiz ou Tribunal em um caso concreto) e, posteriormente, adotou o modelo europeu de controle da constitucionalidade (no qual o controle é exercido exclusivamente por Corte Constitucional e a análise é abstrata). **É possível**, também, falarmos em uma suposta valorização do controle concentrado em detrimento do controle difuso, principalmente após o advento da atual Constituição e posteriores reformas<sup>22</sup>. Essa suposta primazia ficará melhor evidenciada ao longo do próximo tópico.

---

que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo (BRASIL. Planalto. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, grifos nossos).

<sup>18</sup> Art. 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 (BRASIL, 1999).

<sup>19</sup> Art. 28. Parágrafo único: A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal (BRASIL, 1999).

<sup>20</sup> Art. 102, III, § 3º: No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros (Incluída pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004.) (BRASIL, 1988, grifos nossos).

<sup>21</sup> Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, **aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal**, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004.) (BRASIL, 1988, grifos nossos).

<sup>22</sup> Gilmar Ferreira Mendes sustenta que: “A Constituição de 1988 alterou, de maneira radical, essa situação, conferindo ênfase não mais ao sistema **difuso** ou **incidental**, mas ao modelo **concentrado**, uma vez que as questões constitucionais passaram a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal



## A PARTICIPAÇÃO DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO: DE 1934 ATÉ 1988

A suspensão de execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, por meio de Resolução do Senado, surgiu, em nosso ordenamento jurídico, com a Carta de 1934, sendo aperfeiçoada, mais tarde, com o advento da Constituição de 1946.

Sobre a origem do instituto em questão e sua razão de ser, oportuno destacarmos, em sede doutrinária, as palavras do ex-Ministro do STF, PAULO BROSSARD<sup>23</sup>:

Com efeito [explica]entre o sistema americano do julgamento *in casu* e o sistema europeu do julgamento *in thesi*, o constituinte de 1934, sem abandonar o sistema de inspiração norte-americana, tradicional entre nós, **deu um passo no sentido de aproveitar algo da então recente experiência europeia; fê-lo conferindo ao Senado, órgão político, então denominado de “coordenação entre poderes”, a faculdade de, em face de e com base em julgamento definitivo do STF, que vincula apenas os litigantes, estender os seus efeitos, obviamente no que tange à inconstitucionalidade da norma**, a quantos não foram parte no litígio, mediante a suspensão da lei ou decreto. **Os efeitos do julgado são jurídicos e particulares; os da decisão do Senado são políticos e gerais. “É um ato político, de alcance normativo”**, segundo o Ministro Prado Kelly.

282

Com efeito, trata-se de fórmula original, que foi concebida por patente necessidade de se atribuir maior eficácia vinculante ao controle de constitucionalidade difuso no Brasil, visto que, por não se adotar, entre nós, a teoria dos precedentes judiciais (*stare decisis*), não raras vezes as decisões de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos pelo Supremo acabavam sendo desconsideradas pelos demais órgãos judiciais e administrativos.

O Ministro do STF, Teori Albino Zavascki, em obra sobre jurisdição constitucional também faz algumas considerações sobre o instituto da participação do Senado Federal no controle difuso:

O instituto da suspensão foi introduzido pela Carta de 1934, por iniciativa de Prado Kelly, que, mais tarde, como Ministro do Supremo, explicou a razão da proposta: “A jurisprudência pacífica do STF negava

---

Federal” (O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 41, p. 158, abr./jun. 2004. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/953/4/R162-12.pdf>>. Acesso em: 1º ago. 2014).

<sup>23</sup> BROSSARD, Paulo. O Senado e as leis inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, v. 13, n. 50, p. 61. Brasília: Senado Federal, abr./jun. 1976 (negrito no original).

extensão a outros interessados dos efeitos das suas decisões. O julgado estava, como é de *communis opinio*, adstrito à questão focalizada pela Corte. Só em *habeas corpus* (impetrado o primeiro deles pelo Conselheiro Rui Barbosa, para assegurar a liberdade de reunião em praça pública) se admitiu a extensão da medida *erga omnes*. Então, acudia naturalmente aos estudiosos dos fatos jurídicos a conveniência de instituir-se meio adequado à pronta suspensão dos efeitos, para terceiros, das leis e regulamentos declarados *inconstitucionais* pela Suprema Corte. Foi uma inspiração de ordem prática. Mas a fórmula adotada pela Constituinte de 1934 obedecia, ainda, a razões de ordem técnica. O regulamento, a lei, podiam provir da União, dos Estados-Membros ou dos Municípios. Se se aguardasse a revogação, para alcance geral, de norma eivada de inconstitucionalidade, escaparia ao Legislador Federal o ensejo, em muitos casos, de corrigir os defeitos estranhos à sua competência, como, por exemplo, os da órbita estadual ou municipal” (Voto proferido no MS 16.512/DF, rel. Min. Oswaldo Trigueiro, RTJ 38/16)<sup>24</sup>.

O legislador constituinte originário de 1988 optou por manter, expressamente, a participação do Senado Federal no controle de constitucionalidade difuso ao dispor no art. 52, X da Constituição que: “**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**”.

283

Embora vários aspectos do instituto da suspensão ainda despertem alguma controvérsia doutrinária, estabeleceu-se certo consenso quanto ao seu conteúdo essencial, que permanece o mesmo desde 1934: a suspensão da execução da norma, pelo Senado, confere eficácia *erga omnes* à decisão do STF que, em controle difuso, declara a sua inconstitucionalidade.

Assim, a declaração de inconstitucionalidade é da Corte Suprema – com efeitos *interpartes* e, via de regra, retroativos (*ex tunc*), no entanto a suspensão é função do Senado – com efeitos *erga omnes* e prospectivos (*ex nunc*).

Sem a pronúncia de inconstitucionalidade, no bojo de um caso concreto, o Senado Federal nada poderá fazer, pois não lhe é autorizado suspender a execução de lei ou decreto não declarado inconstitucional. Todavia, diante da hipótese prevista pelo art. 52, X da Constituição, a tarefa de ampliação desses efeitos será sua, no exercício de sua atividade legiferante, concretizando a suspensão da eficácia do ato.

Ensina-nos Paulo Brossard que o Senado Federal “ao suspender a execução da norma questionada, **faz valer para todos o que era circunscrito às partes**

---

<sup>24</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2012, p. 31.

**litigantes, confere efeito geral ao que era particular, em uma palavra, generaliza os efeitos de uma decisão singular**<sup>25</sup>.

O sentido e alcance que foram atribuídos, desde a Constituição de 1934, a essa peculiar intervenção do Senado, podem ser assim definidos: sua finalidade, de cunho eminentemente prático, sempre foi a de ampliar a força vinculativa das decisões de declaração de inconstitucionalidade tomadas pelo STF em controle difuso, conferindo-lhes, assim, eficácia *erga omnes* semelhante à do instituto do *stare decisis*.

Em contrapartida, é inegável que com o advento da Constituição de 1988 e suas posteriores reformas (EC n. 3/1993 e EC n. 45/2004), bem como alterações na Legislação Processual Civil, houve uma valorização das decisões emanadas dos Tribunais Superiores (STF e STJ) no sentido de tornar seus efeitos vinculantes para as demais instâncias ordinárias.

Teori Zavascki faz importante síntese acerca das principais reformas que atingiram a jurisdição constitucional no período pós-1988<sup>26</sup>:

O movimento em direção à força subordinante dos precedentes (não apenas dos sumulados, mas também dos demais) foi acelerado com as reformas do Código de Processo Civil ocorridas a partir de 1994. A nova redação do art. 557 e de seus parágrafos autorizou o relator, nos tribunais, a, individualmente, negar seguimento a recursos, quando a decisão recorrida estiver adequada às súmulas ou à jurisprudência dominante do respectivo tribunal ou dos tribunais superiores; e a dar-lhes provimento, quando a decisão recorrida estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante dos tribunais superiores. Pelo art. 544, §§ 3.º e 4.º do CPC, foi atribuída competência ao relator de agravo de instrumento em recurso especial e em recurso extraordinário para, desde logo, invocando jurisprudência ou súmula do STJ ou STF, conhecer do agravo e prover o próprio recurso especial ou o próprio recurso extraordinário. O parágrafo único do art. 481 instituiu o sistema de vinculação dos órgãos fracionários dos Tribunais aos seus próprios precedentes e, quando houver, aos do STF, nos incidentes de inconstitucionalidade. Em 1998, o parágrafo único do art. 120 do CPC trouxe autorização para o relator decidir de plano conflito de competência quando há “jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada”. Em 2001, o art. 475, § 3.º, do CPC, dispensou o reexame necessário das sentenças que adotam jurisprudência do plenário do STF ou súmula do tribunal superior competente. Na mesma época, o art. 741, parágrafo único,

<sup>25</sup> BROSSARD, Paulo. O Senado e as leis inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, v. 13, n. 50, p. 61. Brasília: Senado Federal, abr./jun. 1976, p. 61 (negrito no original).

<sup>26</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2012, p. 38-39.

passou a atribuir a decisões do STF sobre a inconstitucionalidade de normas, mesmo em controle difuso, a eficácia de inibir a execução de sentenças a ele contrárias (verdadeira eficácia rescisória), o que foi reafirmado em 2005, pelo art. 475-L, § 1.º, do CPC.

Outro exemplo a ser ressaltado é a Emenda Constitucional n. 45 de 2004 (Reforma do Judiciário), que introduziu o § 3º no art. 102 da Constituição da República, passando a exigir um novo requisito de admissibilidade para conhecimento do Recurso Extraordinário, qual seja, a Repercussão Geral da questão constitucional<sup>27</sup>.

Teori Zavascki, ao continuar sua exposição sobre as transformações ocorridas na jurisdição constitucional brasileira, aduz que<sup>28</sup>:

**O sistema de vinculação a precedentes, todavia, continuou sendo aprofundado.** Em 2006, o art. 518, § 1.º, do CPC passou a considerar descabida a apelação contra sentenças proferidas com base em súmulas do STF ou do STJ (típica consagração da súmula impeditiva de recurso). No mesmo ano, os arts. 543-A e 543-B do CPC, ao disciplinarem a “repercussão geral” para efeito de conhecimento de recursos extraordinários (art. 102, § 3.º, da CRFB/1988), reafirmaram notavelmente e deram sentido prático à força dos precedentes do STF. (...) Em 2008, foi editada a Lei 11.672/2008, que acrescentou o art. 543-C ao CPC, instituindo, para recursos especiais repetitivos, um sistema de julgamento semelhante ao da repercussão geral. O sistema não apenas confere especial força expansiva aos precedentes do STF e do STJ, mas também instituiu fórmulas procedimentais para tornar concreta e objetiva a sua aplicação aos casos pendentes de julgamento.

285

A partir dessa nova dinâmica instaurada que repercutiu diretamente no modelo brasileiro de controle da constitucionalidade, alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal passaram a questionar a real finalidade da participação do Senado Federal<sup>29</sup>, prevista no art. 52, X da CR/88, outros Ministros<sup>30</sup>, porém,

<sup>27</sup> Art. 102, § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros (Incluída pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004.) (BRASIL, 1988).

<sup>28</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2012, p. 39-40 (grifos nossos).

<sup>29</sup> Conforme veremos a seguir, os Ministros Gilmar Ferreira Mendes e Eros Roberto Grau chegaram a sustentar o fim da participação do Senado no controle de constitucionalidade difuso, quando do julgamento da Rcl. 4.335/AC.

<sup>30</sup> A exemplo, podemos citar os Ministros Teori Albino Zavascki, igualmente, Joaquim Barbosa, Sepúlveda Pertence e Ricardo Lewandowski. Na doutrina: Alexandre Moraes; Lenio Streck e Pedro Lenza.

sustentaram uma suposta mitigação dessa participação do Legislativo no controle difuso, defendendo, no entanto, a manutenção do instituto.

Oportuna, então, a análise do julgamento da Reclamação 4.335/AC, que serviu como pano de fundo para a questão da participação do Senado Federal no controle de constitucionalidade difuso exercido pelo STF.

## O JULGAMENTO DA RECLAMAÇÃO 4.335-5/AC PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Reclamação 4.335-5/AC chegou ao Supremo Tribunal Federal no mês de maio de 2006 e seu julgamento teve início em fevereiro de 2007, sendo os Ministros Gilmar Ferreira Mendes (Relator), Eros Grau (voto-vista), Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski (voto-vista) e Teori Albino Zavascki (voto-vista) os únicos que proferiram votos.

Na sessão de 20 de março de 2014, o julgamento da referida Reclamação foi concluído após voto-vista do Ministro Teori Zavascki, cujo entendimento foi acompanhado pelos Ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello.

Sobre os votos vencidos, segundo informações do site do STF, consta que<sup>31</sup>:

Votos – Os ministros Sepúlveda Pertence (aposentado), Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio julgavam inviável a Reclamação (não conheciam), mas, de ofício, concediam *habeas corpus* para que os dez condenados tivessem seus pedidos de progressão do regime analisados, individualmente, pelo juiz da Vara de Execuções Criminais. Os votos dos ministros Gilmar Mendes (relator) e Eros Grau (aposentado) somaram-se aos proferidos na sessão desta quinta-feira, no sentido da procedência da reclamação. Para ambos, a regra constitucional que remete ao Senado a suspensão da execução de dispositivo legal ou de toda lei declarada inconstitucional pelo STF tem efeito de publicidade, pois as decisões da Corte sobre a inconstitucionalidade de leis têm eficácia normativa, mesmo que tomadas em ações de controle difuso.

Dessa forma, podemos afirmar que a Rcl. 4.335/AC foi julgada procedente por seis votos a quatro<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=262988&caixaBusca=N>>. Acesso em: 10 set. 2014.

<sup>32</sup> Rcl. 4.335/AC. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 20.03.2014. Órgão julgador: Tribunal Pleno. *DJe*: 22.10.2014. Decisão: O Tribunal, por maioria, conheceu e julgou procedente a reclamação, vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, que não conheciam da reclamação, mas concediam *habeas corpus* de ofício. Não participaram da votação os Ministros Luiz Fux e Dias Toffoli, que sucederam aos

## Síntese da Reclamação Constitucional 4.335-5/AC

O Supremo Tribunal Federal, em 23 de fevereiro de 2006, ao julgar o *habeas corpus* 82.959/SP, declarou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072 de 1990, conhecida como “lei dos crimes hediondos”. O dispositivo em comento vedava a progressão de regime para os condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados<sup>33</sup>.

Na oportunidade, a Corte Suprema entendeu que a vedação à progressão de regime constante da “lei de crimes hediondos” violava o princípio da individualização da pena presente no art. 5º, XLVI da Constituição da República<sup>34</sup>. Portanto, foi concedida a ordem para que o paciente tivesse direito à progressão de regime no cumprimento da pena.

A partir desse precedente, a Defensoria Pública da União (DPU) requereu, junto ao Juízo de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC, que fosse concedido o mesmo benefício aos seus assistidos, qual seja, o direito à progressão de regime, pois o óbice constante da Lei n. 8.072 de 1990 já havia sido proclamado inconstitucional pelo plenário do STF, em sede de controle difuso.

Diante da negativa do juízo de execução penal em deferir o pedido formulado, ao fundamento de ausência de Resolução do Senado suspendendo a eficácia do dispositivo e, ainda, que os efeitos da decisão proferida no HC 82.959/SP beneficiaram somente as partes da relação processual, a Defensoria Pública da União ajuizou Reclamação, com base no art. 102, I, I da CRFB/88.

---

Ministros Eros Grau e Sepúlveda Pertence. Ausentes, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia, em viagem oficial para participar da 98ª Comissão de Veneza, na cidade de Veneza, Itália, e, neste julgamento, o Ministro Joaquim Barbosa (Presidente), que votou em assentada anterior. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski (Vice-Presidente no exercício da Presidência). Plenário, 20.03.2014.

<sup>33</sup> Art. 2º, § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado (Redação dada pela Lei n. 11.464, de 2007.) (BRASIL. Planalto. Lei 8.072, de 25 de julho de 1990).

<sup>34</sup> HC 82.959/SP. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 23.02.2006. Órgão julgador: Tribunal Pleno. DJ: 1º. 09.2006. Ementa: PENA – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semiaberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA – CRIMES HEDIONDOS – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – ÓBICE – ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/90 – INCONSTITUCIONALIDADE – EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena – artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal – a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2882959%2E+OU+82959%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/k5azyos>>. Acesso em: 10 set. 2014).

A DPU sustentou que a decisão do juiz de direito da Vara de Execuções Penais teria violado a autoridade do acórdão proferido nos autos do HC 82.959/SP, o qual proclamou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/90.

A partir dessa Reclamação e, principalmente, após o voto do Ministro Relator Gilmar Mendes, se iniciou um amplo debate quer na Suprema Corte brasileira, quer na doutrina, sobre a real eficácia da participação do Legislativo no controle de constitucionalidade difuso.

### Análise dos votos proferidos na Rcl. 4.335/AC

Far-se-á, doravante, breve análise dos votos proferidos ao longo do julgamento da Rcl. 4.335/AC a fim de sabermos qual tese prevaleceu quanto à participação do Senado Federal no controle de constitucionalidade difuso.

O primeiro a se manifestar sobre o tema foi o Ministro Gilmar Mendes, Relator da Reclamação, o qual, desde 2004, em artigo publicado na Revista de Informação Legislativa, já defendia “uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988”<sup>35</sup>.

Esse entendimento doutrinário foi, inclusive, ratificado em seu voto: “Não é mais a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa eficácia normativa”, afirmou o Ministro Gilmar Mendes.

288

Em suma, o voto do Ministro Relator é, praticamente, a reprodução de seu artigo publicado na Revista de Informação Legislativa em 2004<sup>36</sup>.

O segundo a se manifestar foi o ex-Ministro da Corte, Eros Roberto Grau (aposentado), que defendeu a possibilidade de se atribuir ao Senado Federal uma nova função, qual seja, a de fazer publicar a decisão do STF no Diário Oficial, vendo no texto normativo do art. 52, X da Constituição novo significado normativo.

O Ministro Eros Grau afirmou que o que pretendeu o Ministro Gilmar Mendes não foi propor uma simples interpretação do texto normativo, foi mais do que isso, tratou-se de uma verdadeira *mutação constitucional*, pela qual se altera o conteúdo da Constituição, contudo sem mexer na literalidade do texto.

Segundo o Ministro Eros Grau, na mutação constitucional, não apenas a norma é nova, mas o próprio texto normativo é substituído por outro. Veja-se trecho do voto-vista<sup>37</sup>:

---

<sup>35</sup> MENDES, 2004, p. 165.

<sup>36</sup> Íntegra do voto disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em: 17 set. 2014, p. 3-61 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Consulta processual. Inteiro teor. 2014).

<sup>37</sup> BRASIL, 2014, p. 72 (grifos nossos).

O exemplo que no caso se colhe é extremamente rico. Aqui **passamos em verdade de um texto** [compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal] **a outro texto** [compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo].

Além desses votos sintetizados, também se manifestaram na Reclamação os Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa, contudo em sentido contrário, ou seja, pelo não conhecimento desta, bem como pela manutenção da competência privativa do Senado Federal nos exatos termos do art. 52, X da Constituição.

O Ministro Sepúlveda Pertence iniciou seu voto elogiando a dissertação dos seus dois colegas. Porém alertou para o perigo da proposta que foi feita acerca da suposta *mudança constitucional*, pois, na sua visão, daria ao Tribunal um amplo poder. Além disso, destacou que, sob a ótica dos mais radicais, poderia aquela proposta “ter o cheiro de golpe de Estado”, já que o Poder Judiciário não estaria imune às tentações do golpe de Estado, sendo, então, segundo o Ministro Sepúlveda, “essencial a elas resistir”.

Sustentou, ademais, que o fato de a jurisprudência do STF vir se manifestando pela possibilidade de dispensa da cláusula da reserva de plenário nos demais Tribunais (art. 97 da CR/88), quando já houvesse decisão sobre a inconstitucionalidade proferida pelo plenário da Corte, não justificaria reduzir a nada o papel do Senado no processo de controle da constitucionalidade difuso. Manifestou-se nos seguintes termos<sup>38</sup>:

Traço outras considerações no sentido da decisão que, então, se tomou e que, depois, se consolidaria no Tribunal a partir do acórdão do Ministro Ilmar Galvão de dispensar a reserva de Plenário nos demais tribunais, se já houvesse decisão incidente do Supremo declaratória da inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo de que de cuidasse.

**Mas, partir daí, a reduzir-se a nada o papel do Senado – que todos os textos constitucionais subsequentes a 1934, com exceção do Estado Novo, mantiveram – parecem-me ir, com todas as vênias, além da marca.**

O Ministro Sepúlveda Pertence, ao contrário do proposto pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, buscou solução na própria Constituição e, para

<sup>38</sup> BRASIL, 2014, p. 93-94 (grifos nossos).



tanto, afirmou que a Emenda Constitucional n. 45 de 2004 dotou o STF de poderes que, sem reduzir o Senado a um órgão de mera publicidade das decisões da Corte, dispensariam a intervenção dessa Casa Legislativa para fins de efeitos vinculantes. Isso seria plenamente possível por meio da edição de Súmula Vinculante (art.102, § 3º da CRFB/88), já que dotada de eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes.

Após o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, foi a vez do Ministro Joaquim Barbosa, que, igualmente, não conheceu da Reclamação. Sustentou, em suma, que a suspensão da execução da lei pelo Senado não representaria obstáculo à ampla efetividade das decisões da Corte Constitucional, mas sim um complemento.

Dessa forma, imprescindível seria, para o Ministro Joaquim Barbosa, a manutenção da leitura tradicional do artigo 52, X. Descartou, ainda, a ocorrência da alegada **mutação constitucional** sofrida pelo dispositivo, afirmando que, com a proposta do Relator, ocorreria, **pela via interpretativa**, tão somente a mudança no sentido da norma constitucional em questão e ainda que se aceitasse a tese, ela careceria de dois fatores adicionais, quais sejam: (i) **o decurso de um espaço de tempo maior para a verificação da mutação**; e (ii) **consequente e definitivo desuso do dispositivo**<sup>39</sup>.

290

Posteriormente aos votos dos Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa, pediu vista dos autos o Ministro Ricardo Lewandowski na sessão plenária do dia 19 de abril de 2007<sup>40</sup>. Decorridos mais de 5 anos, o Ministro Lewandowski apresentou seu voto na sessão plenária do dia 16 de maio de 2013<sup>41-42</sup>.

---

<sup>39</sup> BRASIL, 2014, p. 100.

<sup>40</sup> 19.04.2007 – Vista ao Ministro Ricardo Lewandowski. Decisão: Após o voto-vista do Senhor Ministro Eros Grau, que julgava procedente a reclamação, acompanhando o Relator; do voto do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, julgando-a improcedente, mas concedendo *habeas corpus* de ofício para que o juiz examine os demais requisitos para deferimento da progressão, e do voto do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, que não conhecia da reclamação, mas igualmente concedia o *habeas corpus*, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello e a Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Consulta processual. 2006. Plenário, 19.04.2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2381551>>. Acesso em: 17 set. 2014, grifos nossos).

<sup>41</sup> Ressalte-se, no entanto, que a devolução dos autos pelo Min. Ricardo Lewandowski foi, segundo consta na consulta processual, em 10.02.2011. Todavia, o julgamento só foi retomando em 16 de maio de 2013, ou seja, a Reclamação ficou 2 anos aguardando julgamento (BRASIL, 2006).

<sup>42</sup> Decisão: Colhido o voto-vista do Ministro Ricardo Lewandowski, que não conhecia da reclamação, mas concedia *habeas corpus* de ofício, pediu vista dos autos o Ministro Teori Zavascki. Não votam os Ministros Luiz Fux e Dias Toffoli. Presidência do Ministro Joaquim Barbosa.

O julgamento, então, foi retomado com o voto-vista do Ministro Ricardo Lewandowski, que fez coro aos argumentos dos Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa. O Ministro ressaltou que se trata de uma prerrogativa dada ao Senado desde a Constituição de 1934 e que não cabe ao Supremo “fazer pouco” de uma previsão expressa na Constituição.

O Ministro Lewandowski observou, ainda, que entre 7 de fevereiro de 2007 e 16 de junho de 2010, a Comissão de Constituição e Justiça do Senado pautou, para deliberação dos senadores, **53 ofícios encaminhados pelo Supremo Tribunal Federal** solicitando a promulgação de Projeto de Resolução para suspender a execução de dispositivos declarados inconstitucionais em sede de controle difuso.

Oportuno, então, destacarmos parte do voto proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski na Reclamação 4.335-5:

Após bem refletir sobre tal proposição, ousou divergir de Sua Excelência [Min. Gilmar Mendes] quanto à ocorrência da aludida mutação constitucional, por não entender tratar-se o instituto de mera reminiscência histórica.

É que, primeiro, constato que a Câmara Alta, não tem descuidado do cumprimento dessa relevante competência que os constituintes brasileiros lhe têm atribuído, de forma reiterada, desde o advento da Carta de 1934. Nesse sentido, assinalo que, entre 7 de fevereiro de 2007 e 16 de junho de 2010, a Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal pautou, para deliberação dos Senadores, nada menos que 53 ofícios encaminhados por esta Corte, solicitando a promulgação de projeto de resolução para suspender a execução de dispositivos declarados inconstitucionais em sede de controle difuso<sup>43</sup>.

Ainda, segundo o Ministro Lewandowski, dispensar o ato do Senado “levaria a um significativo aviltamento da tradicional competência daquela Casa Legislativa no tocante ao controle de constitucionalidade, reduzindo o seu papel a mero órgão de divulgação das decisões do Supremo Tribunal Federal nesse campo”. E concluiu afirmando que “a prevalecer tal entendimento, a Câmara Alta sofreria verdadeira *capitis diminutio* no tocante a uma competência que os constituintes de 1988 lhe outorgaram de forma expressa”<sup>44</sup>.

---

Plenário, 16.05.2013 (BRASIL, 2014, grifos nossos).

<sup>43</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pesquisa de jurisprudência. Inteiro teor. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284335%2ENU ME%2E+OU+4335%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/leu-avgg>>. Acesso em: 17 set. 2014, p. 119.

<sup>44</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pesquisa de jurisprudência. Inteiro teor. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284335%2ENU>>

Dessa forma, o Ministro Ricardo Lewandowski perfilhou-se ao entendimento mais moderado acerca da participação do Senado no controle de constitucionalidade difuso e, igualmente, ressaltou o uso do dispositivo (CR, art. 52, X) por essa Casa Legislativa, fazendo cair por terra a tese de que o referido mecanismo seria anacrônico e estaria em desuso.

O julgamento da Rcl. 4.335/AC não foi concluído na sessão plenária de 16 de maio de 2013 porque o Ministro Teori Albino Zavascki pediu vista dos autos.

O julgamento foi retomado, em 20 de março de 2014, com o voto-vista do Ministro Teori Zavascki que se manifestou pelo conhecimento e procedência da Reclamação, todavia, conforme veremos adiante, não aderiu à tese da suposta mutação constitucional, tal qual sustentaram os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau.

O Ministro Teori Zavascki registrou, inicialmente, que a discussão estaria polarizada em torno do sentido e do alcance do art. 52, X, da CR/88. Observou que também deveria ser apreciada a temática relativa à possibilidade ou não, de concessão de eficácia *erga omnes* às decisões do STF, quando reconhecida a inconstitucionalidade proferida no âmbito do controle incidental. Sustentou, ainda, que esse debate não seria, por si só, fator determinante para o não conhecimento ou a improcedência da Reclamação.

Para o Ministro Teori Zavascki, ainda que se reconhecesse que a Resolução do Senado permaneça com aptidão para conferir eficácia *erga omnes* às decisões do STF que, em controle difuso, declarassem a inconstitucionalidade de preceitos normativos, isso não significaria que a aptidão expansiva das decisões só ocorreria quando e se houvesse a intervenção do Senado. Vejamos:

7. Mas a Resolução do Senado não é a única forma de ampliação da eficácia subjetiva das decisões do Supremo Tribunal Federal, até porque ela diz respeito a uma área extremamente limitada da jurisdição constitucional (apenas a das decisões do Supremo que declaram a **inconstitucionalidade** de preceito normativo). Significativas modificações de nosso sistema constitucional, supervenientes à Constituição de 1934, conferiram a outras sentenças do Supremo Tribunal Federal – relacionadas, ou não, a controle de constitucionalidade de normas, afirmativas, ou não, da inconstitucionalidade –, eficácia subjetiva universal, expandindo-a para outros lindes do vasto domínio da jurisdição constitucional – que, como se sabe, vai muito além da fiscalização da legitimidade das normas – e para além das partes vinculadas ao processo de sua formação<sup>45</sup>.

---

ME%2E+OU+4335%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/leu-avgg>. Acesso em: 17 set. 2014, p. 120.

<sup>45</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pesquisa de jurisprudência. Inteiro teor. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284335%2ENU%2E+OU+4335%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/leu-avgg>>. Acesso em: 17 set. 2014, p. 149.

Contudo, ponderou que, ainda que as decisões da Corte, além das indicadas no art. 52, X, tivessem força expansiva, isso não significaria que seu cumprimento pudesse ser exigido por via de Reclamação Constitucional:

10. Considerando, assim, a força expansiva dessas tantas outras decisões do Supremo Tribunal Federal, além daquelas de que trata o art. 52, X da Constituição, **resta saber se todas elas, em caso de descumprimento, dão ensejo ao imediato ajuizamento de reclamação perante a Corte Suprema. A resposta afirmativa a essa questão, bem se percebe, transforma o Supremo Tribunal Federal em órgão de controle dos atos executivos que decorrem, não apenas das decisões que toma em sua competência originária** – como as ações de controle concentrado de constitucionalidade e as ações de descumprimento de preceito fundamental –, como também de todas as demais decisões por ele tomadas, **quando revestidas, em alguma medida, de eficácia expansiva**. Não há dúvida de que o descumprimento de qualquer dessas decisões importará, em maior ou menor intensidade, ofensa à autoridade das decisões da Suprema Corte, o que, numa interpretação literal e radical do art. 102, I, *l* da Constituição, permitiria a qualquer prejudicado, a intentar perante a Corte a ação de reclamação para “garantia da autoridade de suas decisões”. Todavia, tudo recomenda que se confira interpretação estrita a essa competência, a exemplo do que já decidiu o Supremo Tribunal Federal em relação àquela prevista na letra *f* do mesmo dispositivo.

(...)

Assim, **sem negar a força expansiva de uma significativa gama de decisões do Supremo Tribunal Federal**, é de ser mantida a sua jurisprudência, segundo a qual, em princípio, a reclamação somente é admitida quando ajuizada por quem tenha sido parte na relação processual em que foi proferida a decisão cuja eficácia se busca preservar. A legitimação ativa mais ampla somente será cabível nas hipóteses expressamente previstas na Constituição ou em lei ou de atribuição de efeitos vinculantes *erga omnes* – notadamente contra atos ofensivos a decisões tomadas em ações de controle concentrado de constitucionalidade e a súmulas vinculantes, em que se admite legitimação ativa mais ampla (CF, art. 102, § 2º, e art. 103-A, *caput* e § 3º; Lei 9.882/99, art. 13, e Lei 11.419/06, art. 7º)<sup>46</sup>.

Portanto, segundo o Ministro Teori, a Reclamação 4.335/AC, *a priori*, não seria cabível, visto que a parte que a ajuizou (Defensoria Pública da União) não fez parte da relação processual no HC 82.959/SP, o que, por conseguinte,

<sup>46</sup> IBRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pesquisa de jurisprudência. Inteiro teor. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284335%2EENU ME%2E+OU+4335%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/leu-avgg>>. Acesso em: 17 set. 2014, p. 166-167 (grifos nossos).

inviabilizaria o seu conhecimento. Todavia, entendeu o Ministro que “**no curso do seu julgamento, foi editada a Súmula Vinculante n. 26**”.

Esse entendimento serviu para evitar que futuras Reclamações fossem ajuizadas sob o mesmo fundamento utilizado na Rcl. 4.335, ou seja, desrespeito à decisão de inconstitucionalidade proferida pelo STF no controle difuso. Assim, a saída para justificar o conhecimento e provimento da referida ação foi o advento do enunciado n. 26 de Súmula Vinculante.

Apesar de ter se manifestado a favor da força expansiva dos precedentes judiciais – afirmando que no Brasil é perceptível movimento semelhante ao de outros países do *civil law* que se aproximam, paulatinamente, de uma cultura do *stare decisis*, típico do sistema do *common law* – o Ministro Teori Zavascki não chegou a defender o fim do mecanismo previsto expressamente na Constituição (CR, art. 52, X).

Segundo o Informativo n. 739 do STF, os Ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello acompanharam o entendimento proferido no voto-vista do Ministro Teori Zavascki, o que levou a maioria do pleno a conhecer da Reclamação 4.335-5/AC e julgá-la procedente.

Conforme se depreende da análise dos votos proferidos pelos Ministros da Suprema Corte, a tese sobre a suposta mutação constitucional sofrida pelo art. 52, X da Constituição não prevaleceu e o debate ficou, então, voltado para o reconhecimento da eficácia *ultra partes* dos precedentes do STF que não dependeriam, em parte, da participação do Senado para esse fim<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> O Ministro Barroso manifestou-se nos seguintes termos: “Assim, louvando – não formalmente, mas sinceramente – esse impulso dado pelo voto do Ministro Gilmar Mendes no sentido de reconhecer a mutação constitucional e vendo isso, talvez, quase como que um apelo ao legislador ou ao poder constituinte reformador para que reveja isso, porque acho que é bom, para o país e para a jurisdição, a universalização dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, do Plenário. Eu, no entanto, manifesto-me contrariamente ao reconhecimento da mutação constitucional, porém adiro ao voto do Ministro Teori Zavascki para conhecer e julgar procedente a Reclamação por inobservância da Súmula Vinculante n. 26. É como voto, Presidente”; A Ministra Rosa Weber, por sua vez, destacou que: “Também tenho dificuldade, porque não consigo afastar as amarras do texto da Constituição Federal, na mesma linha do que votei na perda do mandado. Entendo que a literalidade do texto – aspecto que foi muito bem destacado pelo Ministro Luís Roberto – não me permite chegar à conclusão da mutação constitucional, porque não seria uma mudança. Teríamos de chegar a uma modificação do próprio enunciado normativo, e entendo que há amarra constitucional. (...) Há um fato novo, qual seja o advento da Súmula Vinculante n. 26, então como decidir, com todo o respeito, de outra forma? Por isso não acompanho o não conhecimento da reclamação e me proponho, em função do fato novo, art. 462 do CPC, a conhecer da reclamação e acolhê-la justamente nos moldes propostos pelo eminente Ministro Teori”. Por fim, o Ministro Celso de Mello, também acompanhando o voto-vista proferido pelo Min. Teori Zavascki, afirmou que: “O tema ora em exame mostra-se realmente instigante, além de particularmente enriquecido por todos os votos até agora proferidos. Na realidade, os votos substanciais que os eminentes Ministros pronunciaram no presente julgamento **propiciam a formação de**

Ficou assentado, a partir da tese suscita pelo Ministro Teori Zavascki e acompanhada por mais três Ministros, que o mecanismo inaugurado na Carta de 1934 e confirmado pelo poder constituinte originário de 1988 ainda está plenamente em vigor, porém corresponde à pequena parcela da jurisdição constitucional que atribui efeitos vinculantes às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, existindo outras fórmulas além daquela.

Citemos, como exemplo da eficácia expansiva dos julgados do STF, o instituto da Repercussão Geral – inaugurada com o advento da Emenda Constitucional n. 45 de 2004 e exigida a partir de 2007 – como requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário e a possibilidade de um único recurso representativo (o recurso paradigma) ser selecionado, sendo os demais (com fundamento em idêntica controvérsia) sobrestados (art. 543-B, § 1º do CPC)<sup>48</sup>. A decisão proferida pela Corte no julgamento do Recurso Extraordinário paradigma é de observância obrigatória para as instâncias *a quo*<sup>49</sup>.

## CONCLUSÃO

No julgamento da Reclamação 4.335, o Supremo Tribunal Federal, por meio do voto do Ministro Relator Gilmar Mendes, suscitou tese que atribuía eficácia *erga omnes* às decisões em controle difuso, independentemente de o Senado Federal ter exercido sua competência privativa de suspensão da lei ou ato

---

**densa massa crítica que nos induz a importantes reflexões em torno dos poderes desta Corte Suprema, notadamente quando no exercício de sua jurisdição constitucional. Inquestionável o valor da jurisprudência dos Tribunais, cujas reiteradas decisões sobre os diversos temas que lhes são submetidos iluminam o processo de interpretação do direito, tal como tem assinalado o Supremo Tribunal Federal (RTJ 195/281-288, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). (...) Parece-me que a proposta do eminente Ministro TEORI ZAVASCKI permitirá que esta Suprema Corte dê um passo significativo no processo de construção jurisprudencial em tema de reclamação, possibilitando, com a abordagem ora sugerida, o efetivo respeito ao *'imperium'* que qualifica as decisões deste Tribunal em sede de controle de constitucionalidade.** Por isso, Senhor Presidente, peço vênua para acompanhar o voto do eminente Ministro Teori Zavascki. É o meu voto” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inteiro teor disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em: 3 out. 2014, grifos nossos).

<sup>48</sup> Art. 543-B. **Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo (Incluído pela Lei n. 11.418, de 2006). § 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.** (Incluído pela Lei n. 11.418, de 2006.) (BRASIL. Planalto. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil, grifos nossos.)

<sup>49</sup> Art. 543-B. § 2º **Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.** (Incluído pela Lei n. 11.418, de 2006).

§ 3º **Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.** (Incluído pela Lei n. 11.418, de 2006). (Ibid., grifos nossos).

normativo declarado inconstitucional pelo Supremo, a teor do disposto no art. 52, X, da Constituição.

Após longo período de maturação (a Reclamação data de 2006), o assunto foi resolvido contra a referida tese, assim como foi rechaçada a suposta **mutação constitucional** sofrida pelo art. 52, X da CR/88. Os Ministros Gilmar Mendes e Eros Graus foram os que levantaram a bandeira sobre a suposta mutação constitucional da norma contida no art. 52, X da Constituição.

Todavia, a mutação constitucional, como técnica de hermenêutica, **não consiste na ideia de mudança de texto**, conforme proposto pelo ex-Ministro Eros Grau ao proferir seu voto.

Segundo Anna Candida da Cunha Ferraz, em clássica monografia sobre os processos informais de mudança da Constituição, a interpretação constitucional configura processo de mutação constitucional:

Sempre que se atribui à Constituição sentido novo; quando, na aplicação, a norma constitucional tem caráter mais abrangente, alcançando situações dantes não contempladas por ela ou comportamentos ou fatos não considerados anteriormente disciplinados por ela; sempre que, ao significado da norma constitucional, se atribui novo conteúdo, em todas essas situações se está diante do fenômeno da **mutação constitucional**. Se essa **mudança de sentido, alteração de significado, maior abrangência da norma constitucional são produzidas por via da interpretação constitucional, então se pode afirmar que a interpretação constitucional assumiu o papel de processo de mutação constitucional**.

Em resumo, ocorre mutação constitucional por via da interpretação constitucional quando, por esse processo, se altera o significado, o sentido ou alcance do texto constitucional, **sem que haja modificação na letra da Constituição**<sup>50</sup>.

Portanto, fica superada a ideia de alteração de texto do art. 52, X da CR, proposta pelo ex-Ministro Eros Roberto Grau, visto que a mutação constitucional se caracteriza como processo de **mudança de sentido, alcance ou significado do texto** objeto da interpretação.

Por outro lado, importante esclarecermos que o Ministro Gilmar Mendes não sugeriu a mudança de conteúdo de texto tal qual fizera o ex-Ministro Eros Grau, porém apontou o **desuso** do art. 52, X da CR, pelo Senado, a fim de justificar sua mutação constitucional.

---

<sup>50</sup> FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 56-57 (grifos nossos).

Acontece que tanto o ex-Ministro Joaquim Barbosa quanto o Ministro Ricardo Lewandowski trouxeram, em seus votos, dados estatísticos que apontavam para a utilização do referido mecanismo pelo Senado Federal. Isto é, o Senado, em algumas oportunidades, já que se trata de um juízo discricionário, editou a Resolução do art. 52, X, com o fito de suspender a eficácia de lei declarada inconstitucional pelo STF.

Ademais, Anna Candida da Cunha Ferraz, ao tratar dos processos anômalos de mudança da Constituição, traz como exemplo o fenômeno do **desuso**, ressaltando que:

O desuso consiste na inobservância (a) consciente, (b) uniforme, (c) consentida, (d) pública e (e) reiterada, **por longo tempo de uma disposição constitucional**.

A não aplicação da Constituição pelo **desuso** pode assumir forma variada: **as disposições constitucionais deixam de ser aplicadas**, institutos ou instituições constitucionais ficam desativados, atos deixam de ser praticados<sup>51</sup>.

Assim, não subsiste, igualmente, o argumento utilizado pelo Ministro Gilmar Mendes a fim de justificar a mutação constitucional do art. 52, X, com base em seu desuso, visto que o Senado Federal vem se utilizando dessa prerrogativa constitucional<sup>52</sup>.

Contudo, a tendência cada vez mais expansiva dos efeitos das decisões no controle difuso ficou expressamente reconhecida no julgamento, seja em virtude da possibilidade de edição de Súmula Vinculante, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, seja em virtude do instituto da Repercussão Geral<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 56-57, p. 234 (grifos nossos).

<sup>52</sup> Veja-se, v. g., a Resolução n. 5 de 2012, editada pelo Senado:

“Resolução n. 5, de 2012

Suspende, nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal, a execução de parte do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006.

O Senado Federal resolve:

Art. 1º É suspensa a execução da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus 97.256/RS.

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

Senado Federal, em 15 de fevereiro de 2012”. (BRASIL. Senado. Pesquisa de legislação. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=264613&tipoDocumento=RSF&tipoTexto=PU>>. Acesso em: 3 jul. 2015, grifos nossos).

<sup>53</sup> Rcl. 4.335/AC – Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 20/03/2014. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJe: 22.10.2014. EMENTA: Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. **Efeito ultra partes da declaração de inconsti-**





- BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Parecer n. 154, de 1971. Relator: Senador Accioly Filho, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 12, n. 48, out./dez 1975.
- BRASIL. Planalto. Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891.
- BRASIL. Planalto. Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934.
- BRASIL. Planalto. Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965.
- BRASIL. Planalto. Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969.
- BRASIL. Planalto. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil.
- BRASIL. Planalto. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
- BRASIL. Planalto. Lei 8.072, de 25 de julho de 1990.
- BRASIL. Planalto. Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo, Brasília, 17 a 21 de março de 2014 – Nº 739. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo739.htm#Reclamação: cabimento e Senado Federal no controle da constitucionalidade – 11>. Acesso em: 24 ago. 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Consulta processual. 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2381551>. Acesso em: 1 set. 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=262988&caixaBusca=N>. Acesso em: 10 set. 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2882959%2ENUM E%2E+OU+82959%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/k5azyos>. Acesso em: 10 set. 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Consulta processual. Inteiro teor. 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>. Acesso em: 12 set. 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pesquisa de jurisprudência. Inteiro teor. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284335%2ENUM E%2E+OU+4335%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/leuavgg>. Acesso em: 17 set. 2014.
- Supremo Tribunal Federal. Rcl. 4.335/AC – Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 20/03/2014. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJe: 22.10.2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284335%2ENUM E%2E+OU+4335%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/leuavgg>. Acesso em: 2 nov. 2014.
- BROSSARD, Paulo. O Senado e as Leis Inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, v. 13, n. 50, p. 55-64. Brasília: Senado Federal, abr./jun. 1976.
- CORWIN, Edward Samuel. *A Constituição Norte-Americana e seu significado atual*. Prefácio, tradução e notas de Lêda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Zahar, 1959.
- FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

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

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 631p.

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MENDES, Gilmar Ferreira. *O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/108/o-efeito-vinculante-das-decisoesdosupremo-tribunal-federal-nos-processos-de-controle-abstrato-denormas/print>>. Acesso em: 1º nov. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 41, p.158, abr./jun. 2004. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/953/4/R162-12.pdf>>. Acesso em: 1º ago. 2014.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 28. ed., revista e atualizada até a EC n. 68 de 2011. São Paulo: Atlas, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson. *O Senado Federal e o controle concreto de constitucionalidade de leis e de atos normativos: separação de poderes, poder legislativo e interpretação da CF, 52, X*. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/198654/1/000849755.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2014.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle difuso de constitucionalidade das leis no Ordenamento Brasileiro: aspectos constitucionais e processuais*. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: RT, 1963.

STRECK, Lenio Luiz. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/4.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VILLA, Marco Antonio. *A história das constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio*. São Paulo: Leya, 2011.

WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law*. Maryland: Rowman & Littlefield, 1994.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 2. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2012.

Data de recebimento: 25/11/2014

Data de aprovação: 12/08/2015

# O PROCESSO CONSTITUCIONAL COMO CONTROLE DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES JURISDICIONAIS

## THE CONSTITUTIONAL PROCESS AS CONTROL OF THE DEMOCRATIC LEGITIMACY OF JUDICIAL DECISIONS

*Flávia Ávila Penido\**

*Jordânia Cláudia de Oliveira Gonçalves\*\**

### RESUMO

---

A presente pesquisa pretende identificar o ideal de processo indispensável ao exercício da função jurisdicional compatível com o paradigma do Estado Democrático de Direito. Para tanto, indica os contornos que encerram o ideal do Estado Democrático de Direito para então indicar como deve se dar o exercício da jurisdição em perfeita conformidade com o referido eixo teórico. Ato contínuo, passa-se a descrever os caracteres do Processo Constitucional identificando-o como elemento da estrutura do ordenamento jurídico necessário ao exercício das funções do Estado com a legitimidade democrática que se espera. Dar-se-á ênfase ao processo constitucional em sua estreita relação com o exercício da função jurisdicional.

**Palavras-chave:** Processo constitucional; Estado Democrático de Direito; Jurisdição; Legitimidade democrática.

### ABSTRACT

---

This research aims to identify the ideal indispensable to the exercise of judicial functions compatible with the paradigm of democratic state of

---

\* Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva (2011). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2010). Professora Auxiliar na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogada. Correspondência para/*Correspondence to:* Rua Levindo Lopes, 333, sala 406, Funcionários, Belo Horizonte/MG. CEP: 30140-170, e-mail: f.avilapenido@gmail.com. Telefone: (31) 98801-7747.

\*\* Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2011). Advogada. Correspondência para/*Correspondence to:* Rua Levindo Lopes, 333, sala 406, Funcionários, Belo Horizonte/MG. CEP: 30140-170, e-mail: jordania@taagadvocacia.com.br. Telefone: (31) 98656-6436.

law process. Thus, it indicates the contours enclosing the ideal of a democratic state rule of law so as to give the exercise of jurisdiction in perfect accordance with the said theoretical axis. Immediately thereafter, passes to describe the characters of the Constitutional Process identifying it as an element of the structure of the legal system necessary to perform the duties of the state to democratic legitimacy than expected. It will give emphasis to the constitutional process in its close relationship with exercise of judicial functions.

**Keywords:** Constitutional process; Democratic state; Jurisdiction; Democratic legitimacy.

## INTRODUÇÃO

Da noção de Estado de Direito infere-se um Estado orientado e limitado pelo ordenamento jurídico, sobretudo pelas normas constitucionais. A essa noção agrega-se o princípio democrático, que autoriza o exercício das funções administrativa, legislativa e jurisdicional pelo Estado ao buscar a legitimidade no povo – de quem emana o poder. Da estreita relação entre os princípios resulta o ideal do Estado Democrático de Direito, que tem por fim a realização dos direitos fundamentais.

Disso, verifica-se que o exercício das funções do Estado deve pautar-se pela observância dos princípios e regras que fundamentam e estruturam o Estado Democrático de Direito, como forma de assegurar a sua legitimidade. Assim, com a constituição do Estado Democrático de Direito a partir da Constituição Federal de 1988, inaugura-se outra conotação dos institutos processuais e a sua relação com o texto constitucional. Trata-se da constitucionalização do processo, que passa a ser contemplado como garantia fundamental capaz de assegurar a fruição dos direitos fundamentais.

Partindo de tais premissas, a presente pesquisa avalia as relações entre o Estado e o processo, de forma a identificar o modelo de processo capaz de assegurar a fruição dos direitos fundamentais em consonância com o modelo de Estado adotado.

Para tanto, identificados os contornos que definem o ideal de Estado Democrático de Direito, será apontado como se deve dar o exercício da função jurisdicional em conformidade com as diretrizes que emanam desse ideal de Estado. Partindo dessa análise, passa-se a abordar o modelo de processo a ser adotado para o fiel alcance do exercício legítimo das funções do Estado.

Para alcançar os caracteres que constituem o modelo constitucional de processo, inicia-se a abordagem da reconstrução da Teoria Geral do Processo a partir das lições de Elio Fazzalari, que fez importante distinção entre processo e procedimento, numa relação de espécie e gênero, que tem como elemento distintivo o contraditório. O contraditório, neste marco teórico, viabiliza a construção da decisão pela participação das partes em simétrica paridade.

Nessa nova ordem constitucional, a legitimidade das decisões passa a ser condicionada à fiel observância do devido processo constitucional, com as garantias a ele inerentes, a exemplo da garantia do contraditório. O contraditório, pois, passa à condição de garantia capaz de vincular a fundamentação das decisões, evitando a chamada decisão surpresa.

O processo constitucional, pois, vai além das proposições fazzalarianas, avançando a partir dos estudos desenvolvidos por Héctor Fix-Zamudio e José Alfredo Baracho – que tratam da necessária aproximação entre Constituição e Processo – para, então, segundo as lições de Andolina e Vignera, passar a ser concebido como um modelo constitucional de processo.

O processo passa, então, a apresentar-se como garantia fundamental que concorre para o exercício legítimo das funções do Estado – seja a função jurisdicional, seja administrativa ou legislativa.

Por esse motivo, atentando para o marco teórico ora apresentado, é possível atribuir ao processo a condição de elemento estruturante do ordenamento jurídico, porquanto atribui legitimidade democrática ao exercício das funções do Estado, garantindo a conformidade desse exercício com os preceitos constitucionais.

Considerando os escopos da presente pesquisa, dar-se-á ênfase ao processo desenvolvido na esfera jurisdicional enquanto mecanismo apto a assegurar a fruição dos direitos fundamentais inscritos no texto constitucional, em conformidade com os ditames do Estado Democrático de Direito.

## O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Inicialmente, cumpre traçar, ainda que brevemente, os contornos do Estado Democrático de Direito<sup>2</sup> para então indicar como deve se dar o exercício da função jurisdicional em perfeita conformidade com o referido princípio.

Tratando-se de um Estado de Direito, há que se pressupor a sujeição daquele Estado a um regime de direito que, ao mesmo tempo, torna possível e limita o exercício de suas funções essenciais, dentre elas a jurisdição. Carré de Malberg,

---

<sup>2</sup> Importante colacionar a lição de André Del Negri, para quem é pleonástica a expressão Estado Democrático de Direito, eis que todo Estado, democrático ou não, é um Estado de Direito. Assim, para o autor, a redação deveria ser reformulada de modo a contemplar a expressão Estado de Direito Democrático, eis que “a Democracia deve aparecer como uma espécie de qualidade, de característica, de paradigma jurídico, de eixo teórico adotado pela Constituição, pois Democrático não é o Estado, mas sim o Direito que rege o Estado”. (DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 40). Sem discordar das colocações do autor, mas com vistas a adotar a terminologia empregada no art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, optou-se pela utilização da expressão tradicionalmente grafada como Estado Democrático de Direito.

a esse respeito, informa que o regime do Estado de Direito implica essencialmente a imposição de regras limitativas impostas pelo Estado a si mesmo no interesse de seus súditos. Assim, para o autor, o Estado de Direito é aquele que formula prescrições relativas ao exercício de suas funções de forma a estabelecer mecanismos para preservar e defender os cidadãos das arbitrariedades das autoridades estatais. Portanto, se estabelece no interesse e para a salvaguarda dos indivíduos, assegurando a proteção de seus direitos<sup>3</sup>.

Canotilho conceitua o Estado de Direito como sendo “fundamentalmente um princípio constitutivo, de natureza material, procedimental e formal” cuja adoção visa “conformar as estruturas do poder político e a organização da sociedade segundo a medida do direito”. De acordo com o autor, o “estado de direito é um estado constitucional”, do que se infere a “existência de uma constituição normativa fundamental vinculativa de todos os poderes públicos”, conferindo aos atos de todos os poderes públicos medida e forma<sup>4</sup>.

Lado outro, ao se falar em Democracia, é preciso ter em mente a inafastabilidade dos direitos fundamentais, “não porque já estejam impregnados na consciência dos indivíduos, mas porque são pressupostos jurídicos da instalação processual da movimentação do sistema democrático, sem os quais o conceito de Estado Democrático de Direito não se enuncia”<sup>5</sup>.

Acerca do princípio do Estado Democrático, Ronaldo Brêtas ressalta a importância de se perceber que a democracia vai além das concepções de forma de Estado e forma de governo, representando um “princípio consagrado nos modernos ordenamentos constitucionais como fonte de legitimação do exercício do poder, que tem origem no povo”. Partindo da articulação dos princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, por meio das normas constitucionais, o mesmo autor conclui pela resultante do Estado Constitucional Democrático de Direito<sup>6</sup>.

Em conformidade com o que dispõe Mário Lúcio Quintão Soares, “o conceito de Estado Democrático de Direito pressupõe a pré-compreensão do conceito de direito fundamental como categoria básica do modelo de Estado constitucional ocidental”<sup>7</sup>. Isso porque, segundo a lição de Lenio Streck, “a noção de Estado Democrático de Direito está indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais” e, nesse liame indissociável, “a lei (Consti-

<sup>3</sup> CARRÉ DE MALBERG, R. *Teoría general del Estado*. Versión española de José Lión Depetre. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1948, p. 450-451.

<sup>4</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 243-245.

<sup>5</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 31.

<sup>6</sup> BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado democrático de direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 58-59

<sup>7</sup> QUINTÃO SOARES, Mario Lúcio. *Direitos fundamentais e direito comunitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 111.

tuição) passa ser uma forma privilegiada de instrumentalizar a ação do Estado na busca do desiderato apontado pelo texto constitucional, entendido no seu todo dirigente-principiológico”<sup>8</sup>.

O que resta identificado é que o Estado Democrático de Direito se perfaz em um Estado que retira a legitimidade para o exercício de suas funções no povo – de quem emana o poder. E com vistas a assegurar os direitos fundamentais do sujeito constitucional e evitar o arbítrio do próprio Estado, este se submete a um conjunto de normas que ao mesmo tempo autorizam e limitam o exercício do poder, pautado pela observância da supremacia da Constituição<sup>9</sup>.

Delineados os contornos que encerram a ideia de um Estado Democrático de Direito, cabe discorrer acerca do exercício da função jurisdicional, com vistas a identificar o ideal de jurisdição apto a concretizar o Estado Democrático de Direito. Há que se garantir que, quando do exercício dessa função, o Estado, por meio de seus órgãos, esteja vinculado às normas por ele editadas, em fiel consonância com os ditames do Estado Democrático de Direito.

Conforme bem pontua Friedrich Müller, a democraticidade do exercício da função jurisdicional está diretamente ligada à sua vinculação ao povo, enquanto “instância global da atribuição de legitimidade democrática”. Assim, se o poder emana do povo, “entende-se como exercido por encargo do povo e em regime de responsabilização realizável perante ele”, de forma que o Estado não é o sujeito detentor do poder, mas apenas o seu “âmbito material de responsabilidade e atribuição”. Dessa forma, os agentes políticos estão democraticamente vinculados ao ideal do Estado Democrático de Direito, de forma que as decisões judiciais devem ser proferidas em nome do povo, de quem emana o poder<sup>10</sup>.

Partindo das pesquisas científicas que têm por objeto o processo e a sua relação com o Estado Democrático de Direito, André Cordeiro Leal afirma que a jurisdição

não pode mais ser considerada atividade do juiz ou da magistratura em dizer o direito, mas o resultado da interpretação compartilhada do texto legal pelo procedimento regido pela principiologia constitucional do processo (contraditório, ampla defesa e isonomia)<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 150.

<sup>9</sup> De acordo com Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, a gênese da supremacia da Constituição está na necessidade de se instituir mecanismos de controle, inerentes ao Estado de Direito, como forma de limitar o exercício de poder e evitar a hipertrofia das funções estatais (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 19-20).

<sup>10</sup> MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 60-62.

<sup>11</sup> LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 151.



Trata-se do exercício de função essencial do Estado – delimitada conforme as diretrizes do Estado Democrático de Direito – que representa também uma garantia fundamental do sujeito constitucional. Ora,

se o sujeito constitucional é o sujeito do discurso constitucional (Rosenfeld), o legislador, o administrador ou o decisor, não podem mais impor a sua vontade de moldar uma ordem jurídica à sua própria imagem (posição de domínio), uma vez que ele terá que esquecer a sua identidade subjetiva e filtrá-la pelo *medium* de um discurso constitucional logicizado por um Texto Constitucional e por critérios regenciais da argumentação jurídica (devido processo – a fala organizada em espaços procedimentais)<sup>12</sup>.

A jurisdição, nesse sentido, mostra-se como direito fundamental do povo que precisa ser exercido com observância das normas que compõem o ordenamento jurídico, garantida a supremacia da Constituição<sup>13</sup>.

Em consonância com o exposto, Canotilho ressalta a estreita vinculação entre os órgãos jurisdicionais e os direitos fundamentais, ao afirmar que

os tribunais não estão apenas ao serviço da defesa dos direitos fundamentais; eles próprios, como órgãos do poder público, devem considerar-se vinculados pelos direitos fundamentais. Esta vinculação dos tribunais pelos direitos, liberdades e garantias efetiva-se ou concretiza-se: (1) através do processo justo aplicado no exercício da função jurisdicional ou (2) através da determinação e direcção das decisões jurisdicionais pelos direitos fundamentais materiais<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> DEL NEGRI, André. *Processo constitucional e decisão interna corporis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 31.

<sup>13</sup> “A Constituição não é apenas uma norma a mais num sistema jurídico a organizar e definir os direitos dos indivíduos e da coletividade e a estabelecer os fins a serem atingidos pela sociedade estatal. Ela é a norma de todas as normas – **norma normarum** –, a norma que dá o fundamento do Estado, que cria ou recria o Estado segundo o modelo de convivência justa pensada pela sociedade. [...] É da Constituição que se originam as normas jurídicas que compõem um sistema normativo estatal e é segundo ela que estas normas e as demais funções do Estado se desenvolvem e se cumprem. Por isso, a Constituição é texto e contexto necessário de todas as leis. Elas têm a sua vertente e a sua sede na Constituição, que delas é fundamento e sobre elas tem primazia. A Constituição é, assim, dotada de superlegalidade formal e material, por causa do seu caráter fundacional do Estado e do Direito que o estrutura e que nela se contém” (ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. *Constituição e constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991, p. 51). A esse respeito, Lenio Luiz Streck afirma que “no paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito, parece não restar dúvida de que houve uma alteração substancial no papel a ser desempenhado pelas Constituições. Seus textos possuem determinações de agir; suas normas possuem eficácia, já não sendo mais lícito desclassificar os sentidos exurgentes desse *plus* normativo representado pela ideia de que a Constituição constitui-ação do Estado” (STRECK, 2013, p. 115).

<sup>14</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 446.

Segundo Brêtas, para que haja legitimidade democrática das decisões jurisdicionais, em consonância com o Estado Democrático de Direito, essencial a sujeição dos órgãos jurisdicionais às normas que integram o ordenamento jurídico, especialmente as normas constitucionais. É por isso que “a manifestação de poder do Estado, exercido em nome do povo, que se projeta no pronunciamento jurisdicional [...] tem de ser realizada sob rigorosa disciplina constitucional principiológica, qualificada como devido processo constitucional”<sup>15</sup>. Afastam-se, pois, os ideais pessoais dos órgãos representativos do Estado e, em substituição, insere-se o conteúdo das normas que integram o ordenamento jurídico, como forma de conferir legitimidade àquela decisão.

Nesse viés, o processo deve tornar possível o exercício da jurisdição, mas ao mesmo tempo limitar a atividade do Estado-judiciário, com vistas a não destoar dos ditames do Estado Democrático de Direito.

É o processo constitucional, pois, que confere legitimidade ao exercício da função jurisdicional – enquanto direito fundamental do povo. Deste modo, “ao lado do direito à jurisdição e à própria atividade judicial, surgem os requisitos mínimos para a efetivação do processo constitucional, assegurando-se a própria função jurisdicional e a efetivação das garantias invocadas”<sup>16</sup>.

Portanto, para o exercício da função jurisdicional em consonância com os ideais do Estado Democrático de Direito, concorre a garantia do processo constitucional, como um requisito para que se possa atribuir legitimidade democrática às decisões e assegurar a supremacia da Constituição.

A esse respeito tratará o capítulo seguinte, com vistas a sedimentar os contornos que encerram o processo constitucional.

## A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO

Elio Fazzalari inovou a teoria geral do processo ao diferenciar procedimento e processo, em uma relação de gênero e espécie, que tem como elemento distintivo o contraditório.

Conforme elucidada, o processo é um procedimento no qual são habilitados a participar não só o autor, mas também aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a produzir seus efeitos, em contraditório. O contraditório, visto como estrutura dialética do procedimento, consiste:

na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua

<sup>15</sup> BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado democrático de direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 35 e 122.

<sup>16</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 46.

implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento<sup>17</sup>.

Cattoni, ao tratar da teoria fazzalariana, afirma em apertada síntese que:

haverá processo sempre onde houver procedimento realizando-se em contraditório entre os interessados, e a essência deste está justamente na simétrica paridade de participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos<sup>18</sup>.

O que diferencia o processo do gênero procedimento, na teoria fazzalariana, é o contraditório. Este, por sua vez, “decorre da exigência de coparticipação paritária das partes, no procedimento formativo da *decisum* judicial”<sup>19</sup>.

Aroldo Plínio Gonçalves, acerca da participação paritária das partes, assevera que a igualdade de oportunidade no processo é que compõe a essência do contraditório, conquanto represente uma garantia de participação, em simétrica paridade, das partes que suportarão os efeitos da sentença. Há, portanto, um deslocamento do foco do debate processual – antes centrado na figura do julgador como o grande mediador – para então contemplar a ampla participação das partes, em simétrica paridade, na construção da decisão. Assim,

308

com as novas conquistas do Direito, o problema da justiça no processo foi deslocado do “papel-missão” do juiz para a garantia das partes. O grande problema da época contemporânea já não é o da convicção ideológica, das preferências pessoais, das convicções íntimas do juiz. É o de que os destinatários do provimento, do ato imperativo do Estado que, no processo jurisdicional é manifestado pela sentença, possam participar de sua formação, com as mesmas garantias, em simétrica igualdade, podendo compreender por que, como, por que forma, em que limites o Estado atua para resguardar e tutelar direitos, para negar pretensos direitos e para impor condenações<sup>20</sup>.

Mas o direito de participação das partes em simétrica paridade não esgota a grandeza do contraditório. Conforme esclarece Dierle Nunes, “não se pode

---

<sup>17</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 119.

<sup>18</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O processo constitucional como instrumento da jurisdição constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. v. 3, ns. 5 e 6, p. 161-169. Belo Horizonte, 1º e 2º sem. 2000, p. 163.

<sup>19</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 18.

<sup>20</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 195.

mais, na atualidade, acreditar que o contraditório se circunscreva ao dizer e contradizer formal entre as partes, sem que isso gere uma efetiva ressonância (contribuição) para a fundamentação do provimento”<sup>21</sup>.

Revela-se a necessária conexão entre o contraditório e a fundamentação das decisões, de forma que:

mais do que garantia de participação das partes em simétrica paridade, portanto, o contraditório deve efetivamente ser entrelaçado com o princípio (requisito) da fundamentação das decisões de forma a gerar bases argumentativas acerca dos fatos e do direito debatido para a motivação das decisões. Uma decisão que desconsidere, ao seu embasamento, os argumentos produzidos pelas partes no iter procedimental será inconstitucional e, a rigor, não será sequer pronunciamento jurisdicional, tendo em vista que lhe faltaria a necessária legitimidade<sup>22</sup>.

Nesse sentido, necessário se faz evidenciar o impedimento à decisão surpresa, eis que precisa refletir o debate levado a cabo no âmbito processual. Isso, porque

o Estado democrático não se compraz com a ideia de atos repentinos, inesperados, de qualquer de seus órgãos, mormente daqueles destinados à aplicação do Direito. A efetiva participação dos sujeitos processuais é medida que consagra o princípio democrático, cujos fundamentos são vetores hermenêuticos para aplicação das normas judiciais<sup>23</sup>.

Partindo de tais considerações, verifica-se que “o contraditório deixa de ser mero atributo do processo e passa à condição de princípio (norma) determinativo de sua própria inserção na estruturação de todos os procedimentos preparatórios dos atos jurisdicionais”<sup>24</sup>. Pode ser inscrito como condição de aferir legitimidade ao ato jurisdicional, em consonância com o que zela o princípio democrático regente.

No mesmo sentido, é a lição de André Del Negri segundo a qual “o contraditório não é apenas uma característica do procedimento atribuída à Parte pela Lei, como quer Fazzalari, mas sim uma garantia constitucional-fundamental legitimadora do Direito nos diversos eixos temáticos”<sup>25</sup>. O contraditório, pois,

<sup>21</sup> NUNES, Dierle et al. *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 81.

<sup>22</sup> LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 105.

<sup>23</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A atentabilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 61.

<sup>24</sup> LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 88.

<sup>25</sup> DEL NEGRI, André. *Processo constitucional e decisão interna corporis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 106-107.

mostra-se como garantia constitucional capaz de controlar a conformidade constitucional dos atos emanados pelo Estado, dentre eles o ato jurisdicional.

Neste marco teórico, é o contraditório que proporciona a necessária participação das partes na construção da decisão. Trata-se de uma garantia que, mais do que privilegiar a participação das partes em simétrica paridade, deve assegurar o poder de influência destas na formação da decisão, sob pena de descaracterizar o ideal do processo democrático alcançado. Portanto, “a decisão no direito democrático é processualmente provimental e construída a partir da legalidade procedimental aberta a todos os indivíduos e se legitima pelos fundamentos teórico-jurídicos do discurso democrático nela contidos”<sup>26</sup>.

A esse respeito, Rosemiro Pereira Leal acentua que, em se tratando de um discurso jurídico-constitucional característico das democracias, o contraditório passa a representar um instituto constitucional, e não somente uma qualidade que deve ser incorporada ao procedimento pela atividade jurisdicional. Assim, ainda segundo a lição do autor, Fazzalari, ao atribuir a distinção entre processo e procedimento ao contraditório, “conferindo, portanto, ao procedimento realizado pela oportunidade de contraditório a qualidade de **Processo**, não fê-lo originariamente pela reflexão constitucional de direito-garantia”<sup>27</sup>. Não obstante, este é um alcance que deve ser atribuído ao contraditório, em se tratando de um modelo constitucional de processo<sup>28</sup>.

310

Fundamental, pois, no modelo de Estado Democrático de Direito, assegurar a ampla participação na esfera dialógica do processo, resguardado o direito das partes de verem suas questões apreciadas na decisão. Isso, como forma de conferir democraticidade à construção do provimento<sup>29</sup>.

Ocorre que, com a constituição do Estado Democrático de Direito a partir da Constituição Federal de 1988, inaugura-se outra conotação dos institutos processuais e a sua relação com o texto constitucional. Trata-se da constitucionalização do processo, que passa a ser contemplado como garantia fundamental capaz de assegurar a fruição dos direitos fundamentais.

---

<sup>26</sup> LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 101.

<sup>27</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 87.

<sup>28</sup> A garantia – meio de defesa – se coloca diante do direito, mas com este não se deve confundir. Isso porque a garantia assegura e protege determinado direito. É o meio posto ao alcance dos indivíduos para que estes possam fazer efetivos os direitos (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 525-530).

<sup>29</sup> Álvaro Ricardo de Souza Cruz ressalta a importância do contraditório ao afirmar que ele “compõe a racionalidade procedimental que afasta uma visão solipsista da Teoria da Decisão” (CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 246).

Nessa nova ordem constitucional, a legitimidade das decisões passa a ser condicionada à fiel observância do devido processo constitucional, com as garantias a ele inerentes.

Conforme destaca Dierle Nunes, “faz-se necessária a análise do sistema processual a partir da Constituição, especialmente quando se assume como imperioso o paradigma de Estado Democrático de Direito”<sup>30</sup>. Daí porque afirmar que o processo não se opera “como um instrumento meramente mecânico e inerte, de leitura de um dado normativo (constitucional) já fixo e definitivo, mas, ao contrário, como instrumento dinâmico de interpretação viva, e em perene fermentação, do ditado constitucional”<sup>31</sup>.

Assim, “o processo constitucional não é apenas um direito instrumental, mas uma metodologia de garantias dos direitos fundamentais. Suas instituições estruturais (jurisdição, ação e processo) remetem-nos à efetivação dos direitos essenciais”<sup>32</sup>, de forma que somente a observância do contraditório não é suficiente para alcançar a supremacia da constituição e a garantia dos direitos fundamentais<sup>33</sup>.

Disso, infere-se que o ideal de processo vai além das proposições fazzalarianas<sup>34</sup>, avançando a partir dos estudos desenvolvidos por Héctor Fix-Zamu-

<sup>30</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 215.

<sup>31</sup> ANDOLINA, Ítalo. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. *Revista de Processo*. v. 87, p. 63-69. São Paulo, jul./set. 1997. p. 65.

<sup>32</sup> 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, p. 119.

<sup>33</sup> De acordo com Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, ao tratar a dogmática constitucional, “a constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central” (BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. 1ª. ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 280). E a tutela constitucional do processo, conforme aponta Baracho, “efetiva-se pelo reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição sobre as normas processuais. Ela efetua-se pelo império das previsões constitucionais, que têm como suporte as garantias” (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, p. 89).

<sup>34</sup> “Verifica-se que a Teoria de Fazzalari se adéqua ao Estado Democrático de Direito, uma vez que ela é compreendida no papel desempenhado pelas partes, através do contraditório. Deve-se ressaltar, no entanto, que apesar do contraditório distinguir o processo do procedimento, para Fazzalari, o contraditório é a simétrica paridade de armas e, portanto, não é trabalhado na perspectiva de garantia constitucional decorrente da relação Constituição e Processo, em que a tutela do processo efetiva-se pelo reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição sobre as normas processuais” (FIORATTO, Débora de Carvalho; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do Estado Democrático de Direito. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da PUC Minas Serro*, n. 1. Serro, 2010, p. 117-118).

dio<sup>35</sup> (que tratam da necessária aproximação entre Constituição e Processo) e das pesquisas desenvolvidas por José Alfredo Baracho (no sentido de identificar o processo como instituição constitucionalizada, visto como direito-garantia fundamental)<sup>36</sup> para então, segundo as lições de Andolina e Vignera, passar a ser concebido como um “modelo constitucionalizado a ser obedecido na construção dos procedimentos”<sup>37</sup>, como forma de assegurar a supremacia da Constituição<sup>38</sup>.

Conforme alerta Baracho, “não se trata de um ramo autônomo do direito processual, mas sim de uma colocação científica, de um ponto de vista metodológico e sistemático, do qual se pode examinar o processo em suas relações com a Constituição”<sup>39</sup>.

Acercado tema, Eduardo Cambi e Gustavo Salomão Cambi afirmam que

o processo deixa de ser visto como um mero conjunto de atos que compõem o procedimento previsto nas leis, para ser considerado um instrumento de efetivação dos valores constitucionais. Dessa maneira, o mecanismo processual não pode ser concebido apenas como um

<sup>35</sup> Baracho esclarece que a sistematização da relação entre Processo e Constituição teve Héctor Fix-Zamudio como grande estudioso, estando ligada ao Direito Constitucional Processual, “quando o jurista mexicano [Héctor Fix-Zamudio] continua obra começada por Eduardo H. Couture, através da contribuição latino-americana a estudos que há muito eram feitos no direito anglo-saxão, por meio da rica jurisprudência sobre o ‘due process of law’” (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, p. 4-5).

<sup>36</sup> De acordo com Rosemiro Pereira Leal, “os estudos do **processo** como **instituição constitucionalizada** apta a reger, em contraditório, ampla defesa e isonomia, o procedimento, como **direito-garantia** fundamental” despontaram-se com a obra do jurista mineiro Baracho sendo que, “ombreira-se a Baracho, no estudo pioneiro do tema **constituição** e **processo**, o jurista mexicano Héctor Fix-Zamudio. [...] Só recentemente é que, sob a denominação de ‘modelo constitucional’ do Processo, ficou explícito, por estudos de Ítalo Andolina, embora ainda em bases civilísticas, que o Processo, em seus novos contornos teóricos na pós-modernidade, apresenta-se como necessária **instituição constitucionalizada** (conforme se afirmará na teoria neoinstitucionalista do processo) que, pela principiologia constitucional do **devido processo** que compreende os princípios da reserva legal, da ampla defesa, isonomia e contraditório, converte-se em **direito-garantia** imposterável e representativo de conquistas teóricas da humanidade”. (LEAL, André Cordeiro. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 88).

<sup>37</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 84.

<sup>38</sup> Acerca do princípio da supremacia da Constituição, Luis Roberto Barroso aduz que “toda interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado. Por força da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental”. (BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 165).

<sup>39</sup> 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, p. 125.

instrumento técnico, voltado à resolução de um conflito de interesses, nem, muito menos, como um mecanismo neutro, sem preocupações teleológicas. O processo passa, então, a ser entendido como um instrumento ético que visa a concretização dos valores mais caros ao Estado Democrático de direito, engendrados pelo constituinte<sup>40</sup>.

Trata-se da constitucionalização do processo, que passa a se consolidar como “direito-garantia fundamental, responsável pelo fornecimento da possibilidade de discussão e participação política ao cidadão”<sup>41</sup>. Configura-se, segundo a lição de Couture, como “um método de debate” cujas formas variam no tempo e no espaço, porém sempre estruturado pela ordem dialética<sup>42</sup>.

Andolina acentua, com propriedade que, a partir do chamado modelo constitucional de processo, o processo jurisdicional foi colocado no centro de toda a estrutura de atuação das garantias constitucionais. Destaca que a Constituição traçou um verdadeiro modelo de processo jurisdicional, elevando-se o nível das garantias constitucionais, como, por exemplo, a) a independência do juiz; b) a estrutura participativa de formação da decisão, centrada no contraditório; c) a transparência e a legalidade da decisão através da obrigatoriedade da motivação dos provimentos jurisdicionais e do controle de constitucionalidade pela Suprema Corte de Cassação; e d) a efetividade da tutela jurisdicional<sup>43</sup>.

Nessa perspectiva, o processo mostra-se garantia essencial a assegurar a fruição dos Direitos Fundamentais e a atribuir legitimidade aos atos jurisdicionais<sup>44</sup>. Assim,

---

<sup>40</sup> CAMBI, Eduardo; CAMBI, Gustavo Salomão. Processo administrativo (disciplinar) e princípio da ampla defesa na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*. v. 31, n. 131, p. 58-82. São Paulo, jan. 2006, p. 62-63.

<sup>41</sup> ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *O novo processo constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 108.

<sup>42</sup> COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil: discursos, ensaios e conferências*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 43.

<sup>43</sup> ANDOLINA, Italo. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. *Revista de Processo*. v. 87, p. 63-69. São Paulo, jul./set. 1997, p. 64-65. No mesmo sentido, Marcelo Cattoni afirma que “o Direito Constitucional Processual seria formado a partir dos princípios basilares do ‘devido processo’ e do ‘acesso à justiça’, e se desenvolveria através de princípios constitucionais referentes às partes, ao juiz, ao Ministério Público, enfim, aos princípios do contraditório, da ampla defesa, da proibição das provas ilícitas, da publicidade, da fundamentação das decisões, do duplo grau, da efetividade, do juiz natural, etc.” (CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 211).

<sup>44</sup> Nesse sentido, verifica-se que é equívoco trabalhar exclusivamente o processo “como normas instrumentais de resolução de conflitos de interesses intersubjetivos historicamente apropriados (lesão ou ameaça a direitos) e não de fruição de direitos fundamentais líquidos, certos e imediatamente exigíveis, e de criação, reconstrução, manutenção e aplicação ou extinção normativas de direitos” (LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos processuais e constituição democrática. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade



da noção de um modelo constitucional de processo que se funda em um esquema geral ou em uma base principiológica uníssona, abarca-se como pontos iniciais de referência para compreensão das garantias do processo, o princípio do contraditório, da ampla argumentação, da fundamentação das decisões e da participação de um terceiro imparcial<sup>45</sup>.

Conforme bem elucida Brêtas, não seria suficiente a previsão Constitucional dos direitos fundamentais se não houvesse a “implantação de um coeso e eficiente sistema de garantias e mecanismos que protegesse e assegurasse a efetividade daqueles direitos”. Esse sistema de proteção dos direitos fundamentais, como bem salientou o autor, definiu-se por meio das garantias procedimentais constitucionais, a chamada tutela constitucional do processo<sup>46</sup>.

Nesse sentido, o processo mostra-se capaz de assegurar as garantias constitucionais fundamentais configurando-se como elemento necessário ao exercício legítimo da função jurisdicional. Não é por acaso que Baracho destaca que

nos dias atuais, não é suficiente declarar os direitos para assegurar a sua proteção, é necessária a intervenção do Estado e dos organismos internacionais que removam os obstáculos que dificultam sua realização, acrescentando-se às declarações um amplo sistema de técnicas e instituições que tutelam sua efetividade<sup>47</sup>.

314

Por fim, importante destacar que o processo constitucional, visto como garantia fundamental, não se limita à incidência no âmbito jurisdicional. Confere, pois, legitimidade democrática aos procedimentos instalados no Estado Democrático de Direito, sejam jurisdicionais, administrativos ou legislativos,

---

(Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 284).

<sup>45</sup> BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. 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, p. 334.

<sup>46</sup> BRÊTAS, 2012, p. 45. A esse respeito, Robert Alexy exemplifica mencionando o direito de propriedade na Constituição alemã, acerca do qual constatou que a proteção jurídica efetiva que garanta a existência da propriedade é um elemento essencial do próprio direito fundamental. Nas palavras do autor: “a despeito de a Constituição conter direitos fundamentais diretamente relacionados a procedimentos – os direitos fundamentais ligados ao acesso à justiça (arts. 19, §4º; 101, §1º; 103, §1º; e 104) – e a despeito da ampla utilização do princípio do Estado de Direito para fundamentar exigências de criação e de configuração de procedimentos, o denominador comum na jurisprudência é atribuir direitos a procedimentos aos direitos fundamentais”. (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 475).

<sup>47</sup> 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, p. 310-311.

funcionando como verdadeiro “elemento da estrutura de um ordenamento jurídico complexo”<sup>48</sup> – o que será abordado adiante.

## O PROCESSO CONSTITUCIONAL ESTRUTURANTE

Inicia-se o presente capítulo com o escopo de situar o processo constitucional como uma garantia fundamental capaz de “exercer uma função irradiadora sobre o direito”<sup>49</sup> e condicionar o exercício das funções do Estado, sejam as funções administrativas, legislativas ou jurisdicionais.

Dessa função irradiadora é possível inferir que o processo constitucional permeia também o processo de produção das normas de forma que o Legislativo deixa de apresentar-se como uma fábrica de leis, nas palavras de André Del Negri, para indicar um “espaço de discursividade que trabalha segundo o modelo constitucional do processo em sua projeção de legitimidade dos atos normativos”<sup>50</sup>.

Nos processos de natureza administrativa também não é diferente. Fazzalari já aventava, em crítica às limitações das concepções no âmbito da atividade administrativa, que

os administrativistas elaboraram a disciplina e o conceito de “procedimento” partindo exatamente do modelo das atividades de justiça, como um arquétipo óbvio, sem, porém, chegarem à constatação de que tal modelo não é exclusivo da justiça, mas sim um esquema de teoria geral, utilizável e utilizado além da jurisdição em qualquer setor do ordenamento<sup>51</sup>.

315

Eduardo Cambi e Gustavo Salomão Cambi já atentaram para o que apontou Fazzalari e, em consonância com o que foi argumentado, afirmam que “quando o constituinte refere-se ao processo judicial (no art. 5º, LV, CF) contrapondo-o ao administrativo, está afirmando que o processo pode se desenvolver além da esfera jurisdicional”. Disso decorre que “a ideia de processualidade deixa de estar ligada ao exercício da jurisdição e passa a ser uma forma de manifestação do exercício do poder” e “as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, por estarem inseridas tanto no processo judicial quanto no administrativo, passam a ser uma característica comum aos dois processos”. A atribuição

---

<sup>48</sup> 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, p. 347.

<sup>49</sup> DEL NEGRI, André. *Processo constitucional e decisão interna corporis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 102.

<sup>50</sup> DEL NEGRI, André. *Processo constitucional e decisão interna corporis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 49.

<sup>51</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 112.

de *status* constitucional ao processo administrativo, inserido entre as garantias fundamentais constitucionais, condiciona a “atuação do legislador infraconstitucional e do administrador público” aos preceitos constitucionais<sup>52</sup>.

Do exposto, forçoso concluir que o processo constitucional democrático deve permear toda a atividade procedimental desenvolvida no Estado que se pretenda consolidar Democrático de Direito, seja aquela atividade desenvolvida na esfera legislativa, seja na administrativa ou na jurisdicional.

Ora, “se o Direito Constitucional é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, posto que estabelece os processos através dos quais todas as demais normas serão produzidas, quer da perspectiva legislativa, quer da perspectiva da aplicação, não há Direito Processual que não deva ser, nesse sentido, ‘constitucional’”<sup>53</sup>.

Portanto, há que se verificar o que Friedrich Müller chamou de ciclos de atos de legitimação ou estrutura de legitimação, de observância necessária para que se atribua legitimidade democrática aos atos emanados pelo Estado. Nos dizeres do autor:

no Estado Democrático de Direito, o jurista não pode brincar de pretor romano. Os poderes “executantes” [‘ausführendem’] Executivo e Judiciário não estão apenas instituídos e não são apenas controlados conforme o estado de direito; estão também comprometidos com a democracia. O povo ativo elege os seus representantes; do trabalho dos mesmos resultam (entre outras coisas) os textos das normas; estes são, por sua vez, implementados nas diferentes funções do aparelho do Estado; os destinatários, os atingidos por tais atos são parcialmente todos, a saber, o “povo” enquanto população. Tudo isso forma uma espécie de ciclo [‘Kreislaufl’] de atos de legitimação, que em nenhum lugar pode ser interrompido (de modo não democrático). Esse é o lado democrático do que foi denominado estrutura de legitimação<sup>54</sup>.

Verifica-se que existe uma cadeia lógica de atos que conferem legitimidade democrática à atuação do Estado, cuja interrupção não pode se dar sem comprometer o alcance democrático que se espera do ato.

Mas a estrutura proposta por Müller precisa ser complementada. Não basta a eleição democrática dos representantes pelo povo, com a consequente

---

<sup>52</sup> CAMBI, Eduardo; CAMBI, Gustavo Salomão. Processo administrativo (disciplinar) e princípio da ampla defesa na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*. v. 31, n. 131, p. 58-82. São Paulo, jan. 2006, p. 65-67.

<sup>53</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 212.

<sup>54</sup> Müller, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 60.

elaboração das normas através do processo legislativo. É preciso que esse processo de produção das normas seja permeado pelas garantias constitucionais. No mesmo sentido, quando do exercício da função jurisdicional, não basta citar a norma que está em vigor: o julgador precisa inserir a norma na discussão desenvolvida processualmente, sendo, pois, submetida ao debate.

Em suma, há que existir o controle da norma pela participação do povo em todas as esferas de exercício das funções do Estado, vez que “num Estado Democrático de Direito, as atividades estatais e as decisões públicas delas oriundas adquirem legitimidade se e quando conforme os vetores constitucionalmente estabelecidos”<sup>55</sup>. É o processo constitucional que “concorre para o fortalecimento dessa legitimação democrática do Estado, seja o processo constitucional legislativo, seja o processo constitucional jurisdicional”<sup>56</sup> ou o administrativo.

Importante a lição do autor Marcelo Cunha de Araújo para quem o processo assegura um espaço de participação política a seus sujeitos que, porém, não se presta tão somente ao exercício da função jurisdicional do Estado. Como bem argumentou, a jurisdição é instituto alheio ao processo, não sendo seu objetivo ou finalidade, uma vez que – a título de exemplo – um processo legislativo busca a produção da lei que, por conseguinte, não tem por fim alcançar a jurisdição<sup>57</sup>.

Portanto, o processo deve ser visto “como elemento da estrutura de um ordenamento jurídico complexo, no qual é indispensável o constante controle da conformidade da norma ordinária com a Carta Constitucional”<sup>58</sup>. Segundo Cattoni, o referido controle será feito por meio da jurisdição constitucional, que deve garantir a participação dos possíveis afetados pela decisão, seja nos processos que versem sobre o controle judicial de constitucionalidade da lei, seja nos processos legislativos. Isso, “por meio de uma interpretação construtiva que compreenda o próprio Processo Constitucional como garantia das condições para o exercício da autonomia jurídica dos cidadãos”<sup>59</sup>.

Nesse sentido, sendo o processo elemento da estrutura do ordenamento jurídico, a observância do modelo constitucional deve se dar em todas as esferas

---

<sup>55</sup> DELFINO, Lúcio. O processo democrático e a ilegitimidade de algumas decisões judiciais. In: Rossi, Fernando et al (Coords.). *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 369-370.

<sup>56</sup> BRÉTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 25.

<sup>57</sup> ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *O novo processo constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 120-121.

<sup>58</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 347.

<sup>59</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A legitimidade democrática da Constituição da República Federativa do Brasil: uma reflexão sobre o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito no marco da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). *Constituição e democracia: fundamentos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 257.

de atuação do Estado, eis que compõe a estrutura indispensável a assegurar a primazia dos direitos fundamentais<sup>60</sup> e, por conseguinte, a atribuir legitimidade aos atos estatais.

### Processo constitucional e o exercício da função jurisdicional

Considerando o objeto do presente estudo, dar-se-á ênfase ao processo constitucional em sua relação estreita com o exercício da função jurisdicional e sempre tendo como norte os ideais do Estado Democrático de Direito.

De acordo com Dierle Nunes, deve haver “o resgate do papel constitucional do processo como estrutura de formação das decisões, a partir do necessário aspecto com participativo e policêntrico das estruturas formadoras das decisões”. Para o autor, a partir do processualismo constitucional democrático

passa a se preocupar com um viés mais panorâmico da aplicação do direito, de modo a suplantar a mera análise das legislações processuais e investindo na compreensão dos fundamentos estatais e paradigmáticos de problemas envolvendo a própria concepção do processo e da Jurisdição, mas, também, do Estado Democrático, das litigiosidades e da leitura dos direitos fundamentais<sup>61</sup>.

318

Nesse sentido, para o exercício legítimo da função jurisdicional, mostra-se fundamental a adoção de uma procedimentalização que viabilize a participação das partes, consistindo em uma estrutura normativa constitucional criada para garantia do Estado Democrático de Direito – o chamado Devido Processo Constitucional. Este vincula o exercício da jurisdição, podendo ser conceituado, na lição de André Del Negri, como:

Instituição que se desenvolve num espaço discursivo de simétrica paridade entre as partes, de modo que esses sujeitos processuais possam desenvolver seus discursos críticos (isocrítica) e assumir a posição de

---

<sup>60</sup> “A segunda metade do século XX, depois da apavorante tragédia de duas grandes guerras mundiais, viria exigir da revisão constitucional dos povos democráticos um empenho, nunca dantes experimentado, de aprofundar a intimidade das relações entre o direito constitucional e o processo, já que os direitos fundamentais deixaram de ser objeto de simples declarações e passaram a constituir objeto de efetiva implantação por parte do Estado Democrático de Direito”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil*. 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, p. 233).

<sup>61</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Jurisdição, processualismo democrático e alguns novos dilemas e papéis da ciência processual*. In: BOLZAN DE MORAIS, José Luis; BARROS, Flaviane de Magalhães. *Novo constitucionalismo latino americano: o debate sobre novos sistemas de justiça, ativismo judicial e formação de juízes*. Belo Horizonte: Arraes, 2014, p. 114.

coautores interpretativos e fiscalizadores das leis (jurisdição), por via, evidentemente, da instauração de procedimentos judiciais<sup>62</sup>.

O mesmo autor, porém, em obra distinta, esclarece que o devido processo constitucional apresenta-se como “*medium* da possibilidade fiscalizatória do ordenamento jurídico, operacionalizado por uma procedimentalidade juridicamente isonômica e aberta aos destinatários normativos” capaz de fazer “a rearticulação dos elementos cidadão-democracia-direito-Estado”<sup>63</sup>.

Decisões solitárias dos julgadores com base em construções normativas próprias, fundadas em princípios e ideologias igualmente solipsistas, carecem de legitimidade, eis que o destinatário da decisão tem o direito de influenciar efetivamente na sua formação. Assim:

a visão de um protagonismo judicial somente se adapta a uma concepção teórico-pragmática, que entrega ao juiz a capacidade sobre-humana de proferir a decisão que ele repute mais justa de acordo com sua convicção e preferência (solipsismo metódico) segundo uma ordem concreta de valores, desprezando, mesmo em determinadas situações (*hard cases*), possíveis contribuições das partes, advogados, da doutrina, da jurisprudência e, mesmo, da história institucional do direito a ser aplicado<sup>64</sup>.

Em se tratando de Estado Democrático de Direito, não é possível permitir que “transformem o juiz no ‘grande justiceiro do caso concreto’, sujeitando-se apenas ao farol da justiça”<sup>65</sup>. Ora, a “tutela jurisdicional efetiva, adequada e justa somente seria disponibilizada às partes com observância e respeito aos ditames garantísticos da Constituição”<sup>66</sup>, o que se perfaz por meio da garantia fundamental do processo constitucional.

Não é por acaso que André Cordeiro Leal manifesta a preocupação de que “a jurisdição não colida com as respostas consistentes já dadas pelo paradigma do Estado Democrático de Direito em sua visão procedimental”, especialmente

<sup>62</sup> DEL NEGRI, André. *Processo constitucional e decisão interna corporis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 346.

<sup>63</sup> DEL NEGRI, André. *Processo constitucional e decisão interna corporis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 90.

<sup>64</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 191-192.

<sup>65</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. O juiz e a revelação do direito *in concreto*. *Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil*. Porto Alegre, v. 14, p. 5-17, nov./dez. 2001, p. 14.

<sup>66</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. 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, p. 235.

no que diz respeito à reconstrução do direito democrático, cuja legitimidade está desvinculada das qualidades pessoais ou da experiência do julgador<sup>67</sup>.

Considerando que o processo é elemento do Estado, o exercício da função jurisdicional passa a ser democrático se ele obedece ao processo constitucional, a saber, se o Estado contempla a estruturação necessária e suficiente a propiciar a construção da decisão por meio do processo.

É o processo, pois, que condiciona a democraticidade da jurisdição, funcionando como “meio de implementação da democracia”<sup>68</sup> e apresentando-se “como instrumento de atuação (em chave dinâmica e propulsiva) dos modelos de ‘jurisdicionalidade plena’ delineados pela Constituição”<sup>69</sup>.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do princípio do Estado de Direito pressupõe-se a sujeição daquele Estado a um regime de direito que ao mesmo tempo torna possível e limita o exercício de suas funções essenciais, dentre elas a jurisdição. Já o princípio do Estado Democrático encerra a ideia de inafastabilidade dos direitos fundamentais, que funcionam como pressupostos de atribuição de legitimidade ao exercício do Poder. Da relação entre os princípios resulta que a noção de Estado Democrático de Direito perpassa pelo reconhecimento da Constituição como estruturante do próprio Estado, com observância obrigatória, que faz com que o Estado esteja vinculado à realização dos direitos fundamentais.

320

Para concretizar o Estado Democrático de Direito é preciso assegurar que o processo constitucional permeie toda a atividade procedimental desenvolvida naquele Estado, seja o processo administrativo, seja legislativo ou jurisdicional.

No âmbito do exercício da atividade jurisdicional é preciso que no espaço democrático do processo haja a possibilidade de os destinatários da decisão efetivamente participarem da construção do provimento que lhes é destinado. O direito a ser construído na esfera processual precisa ser democrático e, para tanto, concorre a garantia do contraditório.

Assim, em substituição à proposição do mérito pelo julgador, o que se propõe é a sua construção pelas partes por meio do fomento ao discurso e da inserção de teses no espaço discursivo do processo. Trata-se de demonstrar a individualidade

---

<sup>67</sup> LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 153.

<sup>68</sup> ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *O novo processo constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 121.

<sup>69</sup> ANDOLINA, Italo. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. *Revista de Processo*. v. 87, p. 63-69. São Paulo, jul./set. 1997, p. 65.

do caso, evitando decisões cuja fundamentação não contempla as teses levantadas pelas partes.

Cumpra esclarecer que não se pretende, contudo, esvaziar a atividade jurisdicional. Ao revés, pretende-se restringir a possibilidade de o julgador proferir decisões partindo de elementos alheios ao debate, limitando suas atividades pela incidência das garantias constitucionais processuais. Para tanto, parte-se do estímulo à criação de uma rede de argumentação que permita o alcance de uma solução compatível com o debate desenvolvido no âmbito processual.

Do que foi delineado, infere-se que o ideal de processo vai além do que propôs Fazzalari, passando a contemplar o processo constitucional como garantia fundamental necessária ao exercício legítimo da atividade jurisdicional.

Nesse marco teórico, o processo passa a ser compreendido como uma garantia fundamental capaz de assegurar a supremacia da Constituição, sem o qual restaria comprometido o ideal de Estado Democrático de Direito.

Assim, todo o sistema processual deve ser pautado segundo a nova ordem constitucional instituída a partir da Constituição democrática de 1988, de forma que a legitimidade das decisões passa a ser condicionada à fiel observância do devido processo constitucional, com as garantias a ele inerentes.

## REFERÊNCIAS

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

ANDOLINA, Italo. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. *Revista de Processo*. v. 87, p. 63-69. São Paulo, jul./set. 1997.

ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. *Constituição e constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *O novo processo constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

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.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. 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, p. 331-345.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.



BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. 1ª. ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 271-316.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

CAMBI, Eduardo; CAMBI, Gustavo Salomão. Processo administrativo (disciplinar) e princípio da ampla defesa na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*. v. 31, n. 131, p. 58-82. São Paulo, jan. 2006.

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

CARRÉ DE MALBERG, R. *Teoría general del Estado*. Versión española de José Li6n De-petre. México: Fondo de Cultura Economica, 1948.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O processo constitucional como instrumento da jurisdição constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. v. 3, ns. 5 e 6, p. 161-169. Belo Horizonte, 1º e 2º sem. 2000.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A legitimidade democrática da Constituição da República Federativa do Brasil: uma reflexão sobre o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito no marco da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). *Constituição e democracia: fundamentos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 235-262.

COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil: discursos, ensaios e conferências*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A atentabilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 61.

DELFINO, Lúcio. O processo democrático e a ilegitimidade de algumas decisões judiciais. In: ROSSI, Fernando et al (Coords.). *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DEL NEGRI, André. *Processo constitucional e decisão interna corporis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DEL NEGRI, André. *Teoria da Constituição e do direito constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

- FIORATTO, Débora de Carvalho; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do Estado Democrático de Direito. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da PUC Minas Serro*, n. 1. Serro, 2010.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.
- LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.
- LEAL, André Cordeiro. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- LEAL, André Cordeiro. 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, p. 283-292.
- Müller, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- NUNES, Dierle et al. *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.
- NUNES, Dierle José Coelho. Jurisdição, processualismo democrático e alguns novos dilemas e papéis da ciência processual. In: BOLZAN DE MORAIS, José Luis; BARROS, Flaviane de Magalhães. *Novo constitucionalismo latino americano: o debate sobre novos sistemas de justiça, ativismo judicial e formação de juízes*. Belo Horizonte: Arraes, 2014.
- QUINTÃO SOARES, Mario Lúcio. *Direitos fundamentais e direito comunitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 233-263.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. O juiz e a revelação do direito in concreto. *Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil*. Porto Alegre, v. 14, p. 5-17, nov./dez, 2001.



# PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA E EFICIÊNCIA: UM ESTUDO DE CASO DA RODOVIA MG-050

## PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP AND EFFICIENCY: A CASE STUDY OF THE MG-050 HIGHWAY

Giovani Clark\*  
Leonardo Nunes de Souza\*\*

### RESUMO

Esta pesquisa se propõe a estudar o argumento comum de que o setor privado seria mais eficiente na prestação de serviços do que o setor público, uma das premissas básicas que justificariam o emprego crescente do instrumento das parcerias público-privadas (PPP) na administração pública brasileira. Na primeira parte, é resgatado o histórico que conduziu à reforma do aparelho de Estado, ensejando essa nova relação entre o setor público e o privado. A seguir, discute-se o nível de eficiência da prestação de serviço no estudo de caso da PPP da rodovia MG-050, por meio da análise de custos aos usuários que trafegam pela via.

**Palavras-chave:** Concessão; Parceria Público-Privada; Rodovia; Eficiência; Custos.

### ABSTRACT

This research examines the common argument that the private initiative would be more efficient in providing services than the public sector, which is one of the premises that justify the growing use of the instrument of public-private partnerships (PPP) in Brazilian public administration. In the first part of the article, is reported the path that led to the reform of the state structure, allowing a new relationship between public and private sector. Next, it is discussed the efficiency level of service in the

---

\* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais nos cursos de Graduação e Pós-graduação e da Faculdade de Direito da UFMG. Correspondência para/Correspondence to: Av. Dom José Gaspar, 500, Coarção Eucarístico, Belo Horizonte/MG, CEP: 30535-901, e-mail: giovaniclark@gmail.com. Telefone: (31)9619-1820.

\*\* Mestrando em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental no Governo do Estado de Minas Gerais. Correspondência para/Correspondence to: Av. Amazonas, 718, apto. 1.003, Centro, Belo Horizonte/MG, CEP: 30180-001, e-mail: lnsengcomp@gmail.com. Telefone: (31)9214-5865.

case study of the MG-050 highway PPP, through the costs analysis to drivers that use this infrastructure.

**Keywords:** Concession; Public Private Partnerships; Highway; Efficiency; Costs.

## **INTRODUÇÃO**

Diante do avanço global do ideário liberal regulador, o Estado brasileiro optou pela concessão à iniciativa privada da gestão de parte significativa da infraestrutura rodoviária nacional em meados dos anos 1990. Na década seguinte, exacerbando o modelo de concessões, que permite a cessão apenas de infraestruturas passíveis de serem exploradas com lucro, passa-se a adotar também o instituto das parcerias público-privadas (PPP). Esse mecanismo possibilita a exploração por particulares mesmo daquelas rodovias cujo financiamento exclusivo por meio da tarifa cobrada dos usuários é tido como inviável. Assim, para tornar a concessão atrativa sob a ótica privada, o Estado passa a garantir a lucratividade do empreendimento por meio do pagamento de contraprestação pecuniária periódica.

Atualmente, existem no país cinco parcerias público-privadas na área rodoviária. A primeira compreende o trecho de 371,4 km da rodovia estadual MG-050, licitada no ano de 2006. Naquele mesmo ano, o governo pernambucano licitou sob essa modalidade a Rota dos Coqueiros, trecho de 6,5 km de extensão. As outras três parcerias encontram-se atualmente em fase de licitação pelos seus respectivos governos estaduais: a Rodovia dos Tamoios em São Paulo; o Rodoanel Norte da Região Metropolitana de Belo Horizonte em Minas Gerais; e a rodovia PR-323 no Paraná.

A Lei das Parcerias Público-Privadas completa 11 anos de vigência neste ano, desde sua regulamentação pela Lei n. 11.079 de 2004. Por meio desse instituto, o antigo modelo de concessões de serviços públicos, anteriormente disciplinado pela Lei n. 8.987/95, passa a ter outras especificidades como o compartilhamento de riscos, a possibilidade de utilização do juízo arbitral (posteriormente estendido às concessões comuns) e a criação de garantia pública aos contratos. Cada um desses itens suscita um grande número de controvérsias e tem sido objeto de vários estudos. Portanto, diante desse marco temporal e da publicação dos primeiros resultados práticos da utilização desse instituto no país, é oportuna a análise crítica desse tipo de política, sobretudo a investigação de suas vantagens mais aludidas.

## **CONJUNTURA DA REFORMA DO APARELHO DE ESTADO**

Ao longo da década de 1970 no Brasil, evidenciou-se a contínua redução dos recursos atrelados ao Fundo Rodoviário Nacional (FRN), responsável pelo

financiamento da infraestrutura de transporte rodoviário nacional, e a dependência cada vez maior do setor em relação ao orçamento fiscal da União. Posteriormente, o período econômico de recessão da década de 1980 resultou na disponibilização cada vez menor de investimentos ao setor.

A democracia possibilitou que os trabalhadores e as classes médias canalizassem suas demandas por serviços sociais, modificando o Estado democrático liberal, que se transforma gradualmente em Estado democrático social, depois do período da Segunda Guerra Mundial. Em termos comparativos, no Estado liberal do século 19, a carga tributária era de aproximadamente 5% do PIB, enquanto no Estado democrático social do final do século 20, esse indicador girava em torno de 40% nos países capitalistas centrais. Houve um aumento do salário médio nesse novo modelo de Estado, tanto pela edição de leis trabalhistas, quanto pela ampliação dos serviços sociais ofertados pelos governos adeptos desse sistema. O Estado social que passa a ser predominante nos países desenvolvidos tem como objetivos a segurança, a liberdade, o bem-estar econômico e a justiça social<sup>1</sup>.

Entretanto, os dois choques do petróleo enfrentados pela economia global ao longo da década de 1970 resultaram em menor crescimento das economias dos países capitalistas centrais, notadamente Estados Unidos e Inglaterra, bem como na redução da taxa de lucro das empresas. Com a sinalização de menores ganhos do setor privado e de redução do crescimento nos anos seguintes, as conquistas trabalhistas das décadas anteriores, como maior poder dos sindicatos e aumento do salário médio dos trabalhadores acima do aumento de produtividade, passaram a ser vistas como empecilho à manutenção dos bons indicadores econômicos do período anterior.

A ocorrência dessas mudanças no panorama global na década de 1970 sugere algum esgarçamento do modelo de Estado então vigente. Como reação ao problema, no campo ideológico, concomitantemente, emerge nos países desenvolvidos a corrente doutrinária conhecida por neoliberalismo regulador. Os interesses desse grupo, encorajados pelas dificuldades enfrentadas pelos países de economia planificada em um mundo polarizado entre capitalismo e socialismo, passam paulatinamente a ocupar maiores espaços nas agendas política e econômica das duas décadas seguintes, objetivando alterar a natureza do Estado como instituição constitucional-legal, por meio de reformas orientadas para o mercado e redução do escopo de atuação do Estado<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Democracia, estado social e reforma gerencial. *Revista administração de empresas*, São Paulo, v. 50, n. 1, Mar. 2010. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-75902010000100009&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-75902010000100009&script=sci_arttext)>. Acesso em: 24 maio 2014.

<sup>2</sup> LOSURDO, Domenico. *Contra-história do liberalismo*. São Paulo: Ideias & Letras, 2006.

Essa fase de avanço da ideologia liberal reguladora – após várias décadas de consolidação do Estado social ao redor do mundo – caracterizada, dentre outros aspectos, pela retirada do papel estatal de agente direto na economia, mediante a produção de bens e serviços, passando a assumir função meramente regulatória, ficou conhecida como “neoliberalismo regulador”, em alusão à retomada de atribuições menores do Poder Público, característica dos Estados liberais do século 19 e princípio do 20.

Durante esse período de avanços das ideias neoliberais, na segunda metade dos anos 1980, acontece na Inglaterra a chamada reforma gerencial do Estado, responsável por pender o Estado do paradigma burocrático ao gerencial. Essas mudanças receberam influências das estratégias de gestão das empresas privadas que objetivavam, no campo individual, tornar os administradores públicos mais autônomos e responsáveis por suas ações e, no campo institucional, descentralizar a prestação de serviços sociais por meio de agências executoras<sup>3</sup>.

Concernente à reforma da administração pública, o neoliberalismo regulador conduz ao conjunto de medidas conhecidas como *New Public Management* (NPM), expressando formalmente a preocupação com a eficiência gerencial na provisão de serviços à população<sup>4</sup>. Nesse prisma, foram desafios impostos pelo novo modelo (1) tornar os gestores responsáveis pelos resultados, em vez de simplesmente seguir regulamentos rígidos; (2) incentivar os servidores que apresentem bons resultados e punir os que apresentam maus; (3) efetuar a privatização dos serviços estatais por intermédio de agências executivas e reguladoras; e (4) transferir a oferta dos serviços sociais para organizações sociais que recebem recursos do Estado e são controladas por meio de contrato de gestão. A ideia envolvida nesse processo era a de o poder público transferir a oferta dos direitos sociais a provedores privados, que, idealmente, poderiam oferecer o mesmo resultado, com menos recursos.

É indissociável a análise da reforma do aparelho de Estado do fenômeno da globalização. Esse advento operou transformações organizacionais em escala mundial. O processo desencadeou mudanças estruturais na economia global como o avanço tecnológico, a mundialização dos mercados, a divisão internacional do trabalho e a expansão das grandes corporações pelos diversos países. Esse “choque de capitalismo” suscitou discussões no corpo político e no seio das classes dominantes acerca da redefinição do papel e do tamanho que deveria ter

---

<sup>3</sup> HOOD, Christopher. A public management for all seasons? *Public Administration*, v. 69, n. 1, 1991, p. 3-19.

<sup>4</sup> ABRUCIO, Fernando Luiz. Os avanços e os dilemas do modelo pós-burocrático: a reforma da administração pública à luz da experiência internacional recente. In: BRESSER-PEREIRA, L. C.; SPINK, P. (Orgs.). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. Rio de Janeiro: FGV, 2005, p. 173-200.

o Estado<sup>5</sup>. Sob o subterfúgio de resolução de problemas estruturais, como déficit público e inflação, e ainda inserção do Brasil no capitalismo moderno de forma eficiente e competitiva, seria necessária uma formatação de Estado que exercesse a menor interferência possível na economia, já que este “é inerentemente ineficaz, parasitário e predador, por isso a única reforma possível e legítima consiste em reduzir o Estado ao mínimo necessário, ao funcionamento do mercado”<sup>6</sup>.

Entretanto, a par de uma análise contextualizada com o avanço de ideias políticas e econômicas liberalizantes em âmbito mundial do período, deduz-se que, na realidade, a redução do Estado na vida socioeconômica se faz para dilatar os lucros do setor privado, via redução do custo trabalho e de escopo de atividades, e não propriamente por sua suposta crise. O aumento dos lucros é viável em razão do fim do socialismo real, a evolução tecnológica e a mundialização da divisão internacional da produção e trabalho.

Assim, o governo brasileiro ao longo da década de 1990 empreende uma luta ideológica que apresenta os direitos sociais como privilégios e entraves ao desenvolvimento econômico (o denominado “custo Brasil”), promovendo a modificação do papel do Estado nessa esfera, a flexibilização da legislação do trabalho, a diminuição das despesas sociais, a privatização das empresas estatais, a abertura do mercado aos investimentos transnacionais, entre outras medidas.

Sobre as privatizações das empresas estatais, há que se destacar a insofismável contradição na concessão de vultosos financiamentos ofertados pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) para a alienação do controle acionário dessas empresas, algo incongruente com o discurso de que a finalidade das vendas seriam carrear recursos aos cofres de um Estado que se declarava insolvente<sup>7</sup>.

A respeito da diminuição dos custos do trabalho pela chamada “flexibilização”, convém ainda consignar que:

A filosofia do toyotismo (modelo de produção enxuta) prega que não mais o mercado deve se adaptar ao ritmo de produção, mas o contrário. Com o intuito de reduzir o máximo de custos, as empresas abandonam a estrutura vertical do taylorismo/fordismo (...) e se horizontalizou. Atividades consideradas não essenciais passaram a ser terceirizadas (...), ou seja, delegadas a outras empresas especializadas que oferecem o mesmo serviço a preços menores. Ainda o ritmo da produção passa a

<sup>5</sup> BRUM, Argemiro J. *Desenvolvimento econômico brasileiro*. Petrópolis: Vozes, 2002.

<sup>6</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *A reinvenção solidária e participativa do Estado*. Coimbra: Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 1998, p. 10.

<sup>7</sup> CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *“Custos dos direitos” e reforma do estado*. Porto Alegre: Fabris, 2008.



ser o do mercado e se flexibiliza. O toyotismo opera com a ideia de estoque mínimo e, no período de baixa demanda do mercado, a produção diminui, da mesma forma que aumenta na alta demanda, de modo a oscilar constantemente. Dessa forma, um sistema jurídico que consagra uma inserção estável dos trabalhadores no sistema produtivo passa a ser visto com um entrave e, assim, surge a doutrina da flexibilização do Direito do Trabalho<sup>8</sup>.

Inevitável é o reconhecimento da instituição de parcerias público-privadas como desdobramento do movimento de reforma do Estado burocrático, em mudança para o modelo gerencial em meados da década de 1990. No Brasil, esse movimento se consubstanciou no Plano Diretor de Reforma do Aparelho de Estado (1995) que delineou novas diretrizes para atuação do Estado brasileiro e pela Lei n. 9.491 de 1997 que instituiu o Programa Nacional de Desestatização.

Um dos mentores intelectuais dessas mudanças, o então ministro da Administração Federal e Reforma do Estado, assim propugnou a respeito do tema:

No outro extremo, no setor de bens e serviços para o mercado, a produção deverá ser em princípio realizada pelo setor privado. Daí o programa de privatização em curso. Pressupõe-se que as empresas serão mais eficientes se controladas pelo mercado e administradas privadamente. Daí deriva o princípio da subsidiariedade: só deve ser estatal a atividade que não puder ser controlada pelo mercado<sup>9</sup>.

330

Então, o que não poderia ser controlado pelo mercado? Na visão do ex-ministro apenas atividades de um chamado núcleo estratégico<sup>10</sup> e as atividades exclusivas de Estado como polícia, regulamentação, fiscalização, fomento e seguridade social básica.

Os monopólios naturais, apesar de não poderem ser controlados pelo mercado em virtude do que economicamente se denomina “falha de mercado”<sup>11</sup>, deveriam ser privatizados (por óbvio, em razão do supracitado pressuposto natural do ex-ministro), mas acompanhado de um “processo criterioso de regulação de preços e qualidade dos serviços”<sup>12</sup>.

---

<sup>8</sup> DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *A transformação do direito do trabalho: da lógica da preservação à lógica da flexibilidade*. São Paulo: LTr, 2002, p. 95-103.

<sup>9</sup> BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. *Revista do Serviço Público*. v. 47, n. 1, 1996, p. 10.

<sup>10</sup> O núcleo estratégico correspondente às atividades legislativas, judiciárias e de cúpula do executivo.

<sup>11</sup> Agir pelo interesse individual conduz muitas vezes ao interesse geral, mas nem sempre é assim. Krugman e Wells (*Economic*. New York: Worth Publishers, 2009) notam que “a mão invisível não é sempre nossa aliada”. Uma falha de mercado é uma situação na qual o mercado não consegue a alocação ótima dos recursos econômicos dos bens e serviços.

<sup>12</sup> BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. *Revista do Serviço Público*. v. 47, n. 1, 1996.

Na visão da ideologia neoliberal reguladora, o parâmetro de um bom Estado seria aquele que menos atrapalhasse a economia do país e que se afastasse das questões “naturais” de mercado. A própria terminologia “intervenção” denota bem a ideologia que a cunhou, pois tem como pressuposto a existência de uma cisão entre Estado e sociedade civil<sup>13</sup>.

Por trás do véu de uma questão aparentemente técnica, entretanto, é importante destacar as implicações sociais, econômicas e políticas das chamadas leis naturais de mercado:

As ‘leis naturais’, portanto, foram concebidas para o favorecimento do capital, impedindo, teoricamente, qualquer atuação estatal no campo econômico, promovendo, pela “natural” concorrência, a sobrevivência do mais forte e eficiente, com a eliminação do mais fraco e ineficiente, inclusive, relativamente à relação capital-trabalho, regulada, por sua vez, pela ‘lei natural’ da oferta e da procura, o que permitia todos os tipos de abusos e excessos<sup>14</sup>.

Sobre esse mesmo aspecto, também é oportuno advertir que:

A sociedade civil não se resume ao mercado; há princípios (jurídicos) que não a lógica econômica e que também compõem a denominada ‘ordem jurídica do mercado’. (...) Uma lei considerada lícita, a compra e venda de bebês, não há de ser acolhida pela ordem jurídica, ainda que eficiente do ponto de vista econômico<sup>15</sup>.

Apesar de preconizar a não participação direta do Estado na nova ordem liberal e globalizada, o próprio Bresser-Pereira<sup>16</sup> admite, no entanto, que o investimento estatal, especialmente em infraestrutura, permanece importante para garantir competitividade ao país em cenário internacional:

Seu novo papel é o de facilitar para que a economia nacional se torne internacionalmente competitiva. A regulação e a intervenção continuam necessárias, na educação, na saúde, na cultura, no desenvolvimento tecnológico, nos investimentos em infra-estrutura – uma intervenção que não apenas compense os desequilíbrios distributivos provocados pelo mercado globalizado, mas principalmente que capacite os agentes econômicos a competir a nível mundial<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

<sup>14</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de; CLARK, Giovani. *Direito econômico e ação estatal na pós-modernidade*. São Paulo: LTr, 2011, p. 52.

<sup>15</sup> FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito: paranoia ou mistificação? *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, v. 44, n. 139, jul./set., 2005, p. 255.

<sup>16</sup> BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. *Revista do Serviço Público*. v. 47, n. 1, 1996.

<sup>17</sup> BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. *Revista do Serviço Público*. v. 47, n. 1, 1996, p. 1.

Entretanto, uma década mais tarde, em uma leitura ainda mais neoliberal, ocorre a intensificação do novo paradigma e acentuam-se as características de alijamento do Estado da sociedade. A visão do então ministro, segundo a qual não deveriam ser do Estado as atividades que puderem ser controladas pelo mercado, é exacerbada, levando para o setor privado inclusive atividades que, a princípio, não seriam lucrativas. Isso ocorre porque “como uma PPP não é autossustentável, as taxas de retorno não serão atrativas para o empresário privado e o Estado deverá cobrir a diferença até torná-las competitivas com outras atividades”<sup>18</sup>.

Sobre esse ponto, insta destacar uma incontornável contradição ideológica presente nessa controversa relação:

Bem se vê, aqui, que o Estado, com sua presumida inépcia, praticamente assume a condição de garante de quem tem em seu prol a presunção de maior aptidão, numa curiosa atribuição ao que tem, em tese, a maior deficiência para proteção do que se presume mais pujante no desenvolvimento do mister<sup>19</sup>.

O Estado democrático de direito, inicialmente sob o formato regulador, passa agora a ser o Estado garantidor. Isso significa dizer que ao Estado não caberia nem mesmo a regulação, mas apenas incentivar o mercado e orientar comportamentos. Nesse novo papel, o Estado se abstém da prestação de serviços essenciais ao cidadão para ser fiador da prestação de serviços de interesse geral por parte de entidades privadas. Dessa forma, “transforma-se em mercado lucrativo, com lucro garantido pelo Estado garantidor, os serviços públicos antes prestados pelo Estado social”<sup>20</sup>. As parcerias público-privadas são exímio exemplo dessa nova relação do Estado com o capital privado.

Insta ressaltar que a criação do instituto dos contratos de PPP no Brasil é consequência do movimento de reforma do Estado nos anos 1990, derivado de argumentos políticos e econômicos em torno da necessidade de se reduzir o seu tamanho para torná-lo mais barato<sup>21</sup>. Essa ideologia ensejou a consolidação de uma visão reivindicadora de que o Estado atenda apenas aqueles que contribuam com os tributos que arrecada, sendo os demais verdadeiros parasitas sociais das forças vivas que propulsionam a nação<sup>22</sup>. Nesse cenário, ganhou força a concepção

<sup>18</sup> BORGES, Luis Pereira Xavier. Parceria Público-Privada (PPP): riscos e mitigações estruturadas de investimentos em infraestrutura. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, n. 61/62, jan./dez. 2005, p. 41.

<sup>19</sup> CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. “*Custos dos direitos*” e reforma do estado. Porto Alegre: Fabris, 2008, p. 135.

<sup>20</sup> AVELÁS NUNES, Antônio José. As duas últimas máscaras do Estado Capitalista. *Revista Pensar*, v. 16, n. 2, 2011. p. 409-276.

<sup>21</sup> FERRAZ, Sérgio. Projetos de PPP: aspectos constitucionais. *Plures. Parcerias Público-Privadas – um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: RT, 2005.

<sup>22</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

de contratualizar ao máximo a prestação de serviços públicos, de modo que a todo serviço ofertado fosse devido uma contraprestação pecuniária equivalente<sup>23</sup>.

O fundamento economicista subjacente à contratualização reverbera ideias da análise econômica do Direito concernente aos “bens públicos”<sup>24</sup> como falhas de mercado, assim compreendidas:

Os bens públicos dão lugar à atuação dos *free riders*, considerados ineficientes porque se utilizam dos esforços e recursos de outros, sem incorrer, eles próprios, em gastos e custos, desestimulando a boa atuação e o nível eficiente de investimentos<sup>25</sup>.

Curioso é perceber que na panaceia idiossincrática do discurso liberal regulador não fica claro perceber se a alegada robustez e eficiência do instituto de parcerias público-privadas advêm da execução de obras e serviços a cargo da iniciativa privada ou se, diferentemente, provêm da contratualização do serviço público ou se, até mesmo, de ambas.

A contratualização no provimento de infraestrutura rodoviária – e o conseqüente pedagiamento das estradas – realmente pode proporcionar eficiências na alocação de recursos, como o fato de os contribuintes para a sua manutenção serem aqueles que de fato a utilizam, diferentemente de quando essa tarefa é dada ao orçamento público, que onera, indistintamente, usuários e não usuários. Pode-se citar também como exemplo o fato de que, quanto mais pessoas se utilizam de uma rodovia, o sistema de cobrança por pedágio permite, de modo quase instantâneo, maior arrecadação para compensar o maior desgaste provocado pela utilização mais intensa da estrutura, compensação esta que pelo procedimento orçamentário de financiamento poderia ser mais demorado e sequer garantido.

Entretanto, sobre a utilização de pedágios, em que pese ser um método mais eficiente na alocação de recursos para financiamento de infraestrutura rodoviária, ainda é devido um melhor debate sobre a pertinência da utilização do instrumento do ponto de vista da relação jurídica que ampara o uso das rodovias pelo usuário. Seria a possibilidade de trafegar por uma via um direito ou uma mera relação comercial?

O principal discurso em torno da contratualização é que todo serviço público tem um custo, que será custeado de alguma forma, pelos usuários ou pelos contribuintes. Em ambas as situações, se o montante correspondente ao custo

---

<sup>23</sup> OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Estado contratual, direito ao desenvolvimento e Parceria Público-Privada. *Plures. Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: RT, 2005.

<sup>24</sup> Bens cuja utilização não se tenha como excluir qualquer indivíduo.

<sup>25</sup> FORGIONI, 2005, p. 246.

do serviço não for integralmente coberto pelos beneficiários diretos, a população inteira terá de subsidiá-lo<sup>26</sup>.

A inexistência de serviço público sem custo, apesar de ser um pressuposto correto, serve de fundamentação para a mercantilização generalizada das necessidades, que converteria qualquer tipo de bem ou serviço em “uma prestação de utilidade a que corresponda uma prestação pecuniária”<sup>27</sup>. Esse ponto de vista embasa questionamentos sobre a própria universalidade do serviço público, uma vez que sua prestação estaria condicionada à capacidade de pagamento por parte do usuário, tendo em vista que “a liberdade de recusar a celebração de um contrato constitui, por assim dizer, o núcleo da liberdade de contratar”<sup>28</sup>. Essa interpretação sugere que “os neoliberais, na construção do Estado mínimo, refutam a cidadania plena e coletiva para todos os segmentos nos âmbitos sociais”<sup>29</sup>. Há de se ressaltar, contudo, que a redução da relação do Estado com seus cidadãos a uma contrapartida pelos tributos pagos, algo semelhante à participação nos lucros de uma empresa, tem como contraditor irrefutável o fato de que à autoridade do Estado todos se submetem indiferentemente de serem ou não contribuintes<sup>30</sup>.

A favor da cobrança de tarifas nas rodovias, pode-se argumentar, entretanto, que a utilização de vias pavimentadas por meio de veículos automotores, independentemente da existência de pedágios, nunca constituiu direito universal, visto que a própria aquisição de um automóvel é restrita àqueles que disponham de numerário suficiente para esse desiderato. Contudo, considerando que a utilização das rodovias tenha a natureza de um direito, pode-se argumentar que a própria efetivação desse direito estaria comprometida pelas péssimas condições de pavimentação e segurança das vias, diante da insuficiência de recursos orçamentários para o contínuo aumento de tráfego ao longo dos anos e da necessidade de valores crescentes para a manutenção e a adequação de capacidade de fluxo.

Ainda que admitindo a legitimidade da cobrança de pedágio, é evidente, entretanto, que a possível eficiência trazida pelo mecanismo à gestão rodoviária é fruto da arquitetura de financiamento elaborada ao setor, e não necessariamente

---

<sup>26</sup> DALLARI, Adilson Abreu. Tarifa remuneratória de serviços concedidos. *Plures. Serviços públicos e Direito Tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

<sup>27</sup> CASTRO, Marcus Faro de. Direito e economia: contribuições para o desenvolvimento da doutrina dos direitos sociais, econômicos e culturais. *Plures. Os rumos do Direito internacional dos direitos humanos – ensaios em homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade*. Porto Alegre: Fabris, 2005, t. 3.

<sup>28</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. Tradução de Peter Naumann. *Plures. Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

<sup>29</sup> SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do estado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

<sup>30</sup> BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. São Paulo: Lejus, 1998.

pelo envolvimento da iniciativa privada. Em outras palavras, nada impediria que os benefícios econômicos do modelo fossem auferidos por meio da administração dos pedágios por entes públicos. Essa situação ocorreu na França até a década de 1990, após o fracasso da experiência da administração privada de rodovias na década de 1970, e até mesmo em países marcados pela forte presença do ideário do liberalismo econômico, como os Estados Unidos<sup>31</sup>. Essa experiência também já foi conduzida de forma exitosa no próprio Brasil por meio da DERSA de 1969 a 2009, sociedade de economia mista do Estado de São Paulo, responsável pela construção da rodovia dos Imigrantes, rodovia dos Bandeirantes, sistema de Rodovias Ayrton Senna – Carvalho Pinto, Rodoanel Mário Covas, pela administração da Rodovia Dom Pedro I e por ser a primeira operadora de rodovias da América Latina a implementar um sistema de ajuda aos usuários, garantindo auxílio rápido em caso de emergência<sup>32</sup>.

Quanto à suposta eficiência trazida pelo setor privado na prestação de serviços públicos, apresentada quase como dogma que não merece maior reflexão por alguns autores, há de se registrar que não existe nenhuma evidência científica que demonstre ser a administração privada melhor, sendo esta uma argumentação de nítido cunho ideológico. Por exemplo, Castro<sup>33</sup> conclui que um dos benefícios mais significativos trazidos pela privatização dos serviços de infraestrutura do setor de transportes no Brasil foram “os ganhos de eficiência proporcionados pela gestão privada”. Quando reconhecem algum problema na gestão de serviços públicos administrados por particulares, os adeptos do postulado da eficiência do setor privado, entretanto, logo o atribuem às dificuldades de regulação:

Na verdade, em alguns países onde o setor privado já vem atuando na oferta desses serviços, a regulação inadequada desse conflito impediu a competição na prestação de serviços – restringindo os benefícios das economias de densidade e escopo, retardando a inovação, levando a serviços ineficientes e prejudicando o interesse público – ou proporcionou a poucos agentes privados a oportunidade de ganhos financeiros estratosféricos<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> PIRES, José Cláudio Linhares; GIAMBIAGI, Fabio. *Retorno dos novos investimentos privados em contextos de incerteza: uma proposta de mudança do mecanismo de concessão de rodovias no Brasil*. Rio de Janeiro: BNDES, julho, 2000.

<sup>32</sup> LACERDA, Sander Magalhaes. O financiamento da infraestrutura rodoviária através de contribuintes e usuários. *BNDES Setorial*. Rio de Janeiro, n. 21, março, 2005.

<sup>33</sup> CASTRO, Newton. A privatização do setor de transportes no Brasil. In: Pinheiro, A. C.; Fukasu, K. *A privatização no Brasil: o caso dos serviços de utilidade pública*. Rio de Janeiro: BNDES, 2000, p. 274.

<sup>34</sup> CASTRO, Newton. A privatização do setor de transportes no Brasil. In: Pinheiro, A. C.; Fukasu, K. *A privatização no Brasil: o caso dos serviços de utilidade pública*. Rio de Janeiro: BNDES, 2000, p. 223.

Essa postura também pode ser verificada na seguinte passagem:

observa-se que o processo de privatização fracionou a estrutura de propriedade do sistema de transporte num mosaico de participações e interesses cuja resultante decisória ainda é desconhecida. Na verdade, não há garantia de que as “forças de mercado” possam coordenar a entrada e a saída de empresas, bem como suas decisões de investimento e preços de forma eficiente e efetiva. Esse novo ambiente multifirma cria, de fato, um novo padrão de incertezas, em especial relacionadas com o timing dos investimentos das diferentes unidades de decisão no sentido de deter ou adiar as decisões de expansão da capacidade. Essa incerteza é ampliada pela magnitude das ligações de competitividade e complementariedade que caracterizam os sistemas de transportes<sup>35</sup>.

Ocorre, entretanto – e sistematicamente é desprezado por esses autores –, que as dificuldades de regulação não são apenas elementos circunstanciais que podem surgir ou não em determinadas arquitetura de regulação, mas constitui, na verdade, algo inerente ao próprio modelo de participação do setor privado no provimento de infraestrutura, que necessariamente demandará pesada atuação regulatória pública. A tarefa regulatória é constituída por grande complexidade, envolvendo incertezas oriundas da imprevisibilidade do comportamento de variáveis macro e microeconômicas e da assimetria informacional em prol das concessionárias. Essas variáveis resultam em um difícil e custoso monitoramento do comportamento das empresas pelos órgãos reguladores. Os custos de regulação do setor rodoviário são ainda mais exorbitantes em países como o Brasil, em que a baixa oferta dos demais modais de transporte não contribui como forma de estímulo à eficiência produtiva dos serviços e à adequação tarifária, o que minimizaria a necessidade de atuação regulatória da autoridade pública.

Além dos custos de regulação, há que se considerar a própria despesa de remuneração do capital particular, denominada Taxa Interna de Retorno (TIR), responsável pela atratividade do negócio ao setor privado. O valor dessa taxa é condicionante da participação da iniciativa privada na empreitada, visto que se for inferior à remuneração do capital no setor financeiro, dificilmente estimulará a participação de particulares. Nas rodovias concedidas pelo Estado de São Paulo, por exemplo, a TIR mais baixa para os bolsos dos usuários de rodovias estaduais é ao menos 17% ao ano<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> CASTRO, Newton. A privatização do setor de transportes no Brasil. In: Pinheiro, A. C.; Fukasu, K. *A privatização no Brasil: o caso dos serviços de utilidade pública*. Rio de Janeiro: BNDES, 2000, p. 275.

<sup>36</sup> CARDOSO, Adriana Bortolon Carvalho; AQUINO, André Carlos Busanelli de; ANUATTI NETO, Francisco; CARDOSO, Ricardo Lopes. Dinâmica dos ajustes contratuais em concessão de rodovias no estado de São Paulo. *Revista de Administração Pública* [online]. v. 46, n. 5, 2012, p. 1295-1315.

A determinação do valor da Taxa Interna de Retorno, por si, constitui outro problema desse modelo. As altas taxas de retorno de contratos de concessão rodoviária celebrados pelo governo federal durante a época do governo Fernando Henrique Cardoso, entre 17% e 24%, são explicadas, em boa parte, pela alta taxa de juros SELIC vigente no país à época. Assim, para tornar o modelo atraente, foi concedido um alto prêmio às concessionárias que exploram as rodovias. Entretanto, tendo em vista a posterior concessão de rodovias na década seguinte, em um cenário macroeconômico mais favorável, a taxas de no máximo 8,95% ao ano, a legitimidade das altas taxas de retorno do processo de concessão realizado durante a década de 1990 passou a ser alvo de investigação nos últimos anos pelo Tribunal de Contas da União<sup>37</sup>.

As concessões na modalidade de parceria público-privada podem durar até 35 anos. O Poder Público não tem condições técnicas e políticas de garantir que os contratos de privatização serão justos e eficazes quando o período de concessão se estende por várias gerações. Nenhum exército de advogados e contadores pode prever totalmente as futuras necessidades públicas<sup>38</sup>. Esse problema reside no fato de que as cláusulas contratuais que estabelecem a TIR, geralmente, não constituem objeto de repactuação de equilíbrio econômico-financeiro de contrato, mas são, em verdade, a regra do jogo, ou seja, o parâmetro que baliza as revisões contratuais provocadas por outros motivos. Assim, uma TIR razoavelmente fixada no início da concessão pode se mostrar, posteriormente, sobremaneira inadequada durante o longo período temporal de exploração do serviço pela concessionária. Por outro lado, a outra opção, a possibilidade de alteração das regras do jogo ao longo do contrato, desencorajaria os agentes privados a investir.

Além disso, há de se considerar também o custo de captação de capital pelo setor privado, pois, diferentemente do propalado discurso de ser iniciativa privada a solução para financiamento da infraestrutura em face à incapacidade de investimentos públicos, a grande maioria dos investidores privados não dispõe da totalidade do volumoso capital necessário para as obras de infraestrutura rodoviária. A diretriz do extinto Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER) era a aplicação mínima de apenas 20% do valor do empreendimento por meio de capital próprio dos acionistas e, na esfera estadual, esse valor era de *ínfimos* 10%. *Para se ter uma ideia, até 2001, cerca de 28% do capital das concessionárias envolvidas nos principais empreendimentos rodoviários federais e estaduais*

---

<sup>37</sup> SALOMON, Marta. TCU questiona rentabilidade de rodovia privatizada. *O Estado de São Paulo*, Caderno de Economia, Brasília, 4 maio 2011.

<sup>38</sup> BAXANDALL, Phineas; WOHLSCHEGEL, Kari; DUTZKI, Tony. *Private roads, public costs: the facts about toll road privatization and how to protect the public*. Boston: USPIRG, 2009.



do país eram provenientes somente do BNDES, isso sem mencionar o capital proveniente de outras instituições financeiras<sup>39</sup>.

Outro folclore trazido é de que o setor privado seria mais eficiente no financiamento e administração da infraestrutura rodoviária porque permitiria a competição entre os agentes: “Os mercados competitivos se apresentariam como desejáveis porque eles são economicamente eficientes”<sup>40</sup>. Dessa forma, o processo licitatório seria determinante na obtenção da referida eficiência:

O processo licitatório tem o objetivo de reproduzir as condições de concorrência por meio da competição pela entrada no mercado, permitindo que, dessa forma, as rendas de monopólio sejam dissipadas e os usuários possam se beneficiar de tarifas mais baixas do serviço oferecido em regime de monopólio natural<sup>41</sup>.

Entretanto, os supostos benefícios trazidos, inicialmente, pela seleção do prestador de serviços mais eficiente pela concorrência no processo licitatório e, posteriormente, pelo ganho de escala na exploração do serviço em regime de monopólio natural pela concessionária devem ser considerados se são suficientes para compensar os custos e riscos (risco de captura, risco de ineficiência regulatória frente a informações assimétricas, risco dos custos de transação etc.) da atividade regulatória<sup>42</sup>. Para assegurar tal desiderato, criam-se, inclusive, complexas estruturas burocráticas, as denominadas “agências de regulação”, cuja “autonomia” veio a se converter, para muitos, em verdadeiro “artigo de fé”<sup>43</sup>.

Dessa forma, uma das bases do liberalismo econômico, o lucro como justa recompensa da aventura negocial em razão dos riscos assumidos pelo empresário, passa a ser orientada por outro comportamento. Originariamente, os ganhos do empreendedor tinham como fundamentação sua atuação com o propósito de:

agir nas circunstâncias de mercado para ‘introduzir ou para manter uma diferença entre os preços de venda e os preços de compra ou custo de seus fatores’. Sua missão é impedir que estes dois preços se tornem um único. Para conseguir este objetivo, o empreendedor terá como característica, então, a de agir na estrutura do mercado. Por outro lado, admitida a ideia fundamental da separação entre os dois preços, por certo

<sup>39</sup> BNDES. *Cadernos de infraestrutura: as concessões rodoviárias*. Rio de Janeiro, 2001.

<sup>40</sup> PIRES, José Claudio; PICCININI, Maurício. S. A regulação dos setores de infra-estrutura no Brasil. *A economia brasileira nos anos 90*. BNDES, Rio de Janeiro, 1999.

<sup>41</sup> PIRES; GIAMBIAGI, 2000, p. 12.

<sup>42</sup> POSSAS, Mario; FAGUNDES, Jorge; PONDÉ, João Luiz. Custos de transação e políticas de defesa da concorrência. *Revista de Economia Contemporânea*, v. 2, UFRJ, 1998.

<sup>43</sup> SILVEIRA, José Néri da. Efetividade das normas constitucionais referentes à ordem econômica. *Plures. Título de crédito, concorrência e Mercosul – estudos em memória do Professor Werter R. Faria*. Porto Alegre: Fabris, 2008.

que o esforço do empreendedor passa a ser o de conseguir maior diferença entre ambos, porque este espaço, ou margem, mede precisamente o lucro que ele irá obter. Sua atuação no mecanismo de mercado aumenta, portanto, e ele passa a criar novos processos que levem a tal resultado. Estabelece entendimentos e alianças com os antigos concorrentes. Chega a influir até mesmo no setor das administrações públicas e da legislação, conseguindo conferir a tais métodos, por vezes, um fundamento legal, ou, então, procurando burlar as leis que impeçam sua atividade<sup>44</sup>.

Além disso, pode-se citar, dentre os vários problemas regulatórios, a possibilidade de acontecimento da denominada “maldição do vencedor”, em que a empresa vencedora da concessão não é a mais eficiente, mas sim aquela que efetua a previsão mais otimista de alguma variável incerta (fluxo de veículos, viabilidade de captação de capital, custo de construção etc.). Em decorrência disso, aumenta-se a probabilidade de uma superveniente necessidade de renegociação de contrato para evitar a quebra dessa empresa, geralmente em situações menos transparentes do que na licitação. Da mesma forma, uma empresa com maior especialização em negociações poderá sagrar-se vencedora de um certame por critérios não relacionados à sua eficiência, contribuindo para elevar o custo regulatório<sup>45</sup>.

Todas essas situações oneram sensivelmente os cofres públicos e os cidadãos, lançando dúvidas se a reforma liberalizante do Estado empreendida nas últimas décadas teria como objetivo, de fato, a manutenção da prestação dos serviços públicos a menores custos (aumento de eficiência) ou se, na verdade, seria consequência do comportamento *rent-seeking* de agentes econômicos privados, incentivando o oportunismo de agentes políticos.

Os bens públicos estão sujeitos à ação dos grupos organizados (grupos de interesse), que podem se beneficiar distintamente destes bens e distribuir os custos com a coletividade, configurando coalizões distributivas que diminuem a eficiência da sociedade, bem como a capacidade desta em se adaptar a novas circunstâncias por meio da realocação de recursos<sup>46</sup>.

As rendas classificadas como econômicas são geradas por meio da atuação do agente privado dentro das regras do sistema de preços. Essa atuação tende a gerar aumento do produto social e se traduz na busca de lucro na produção. As rendas

<sup>44</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Estudos de direito econômico*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 1995.

<sup>45</sup> PIRES, Jose Cláudio Linhares; GIAMBIAGI, Fabio. *Retorno dos novos investimentos privados em contextos de incerteza: uma proposta de mudança do mecanismo de concessão de rodovias no Brasil*. Rio de Janeiro: BNDES, Julho, 2000.

<sup>46</sup> FIANI, Ronaldo. *Teoria da regulação econômica: estado atual e perspectivas futuras*. Rio de Janeiro, NUCA-IE-UFRJ, Texto para Discussão n. 423, 1998.

não econômicas, por sua vez, são obtidas por fatores estranhos ao sistema de preços relativos, por exemplo regulamentação governamental, sendo uma alternativa artificial de geração de riqueza, uma vez que não advêm de incremento na produção, tampouco na eficiência. Tollison<sup>47</sup> define o comportamento *rent-seeking* como a caça de benefícios por agentes que tentam conquistar privilégios e transferir renda de outros grupos para si. Os grupos de interesse se articulariam, portanto, em torno de rendas não econômicas.

Como consequência do desenvolvimento desses conceitos, o Estado deixa de ser interpretado como uma entidade exclusivamente dedicada para o bem público. Tem-se, então, que os governantes e legisladores responsáveis pela criação, efetivação e fiscalização das normas que orientam a atuação econômica estariam sujeitos à cooptação por grupos de interesse que almejam garantir renda extraordinária, aquém dos termos da livre concorrência<sup>48</sup>.

A experiência internacional dá conta de que os agentes políticos têm sido muito pressionados pela indústria do pedágio, que objetiva lucrar com a provisão de infraestrutura pública. A prática mais comum desse *lobby* é o amplo financiamento de várias campanhas políticas, no intuito de incentivar posteriores concessões rodoviárias à iniciativa privada. Apesar de legal, essas contribuições suscitam a questão de saber se os candidatos eleitos que receberam o financiamento teriam posteriormente condições de tomar uma decisão imparcial, considerando o interesse público<sup>49</sup>.

No Brasil, felizmente, a licitude dessa prática estará com os dias contados, visto a recente aprovação pelo Supremo Tribunal Federal (STF) da proibição de doações de pessoas jurídicas a campanhas eleitorais em julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) 4.650, de autoria da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

A constatação da presença de agentes oportunistas, de comportamento orientado ao *rent-seeking* da atuação de lobistas privados influenciando escolhas públicas, dá vazão a ideias encampadas pela chamada “Teoria da Escolha Pública”, a qual procura aplicar conceitos de economia de mercado à política e aos serviços públicos. Dessa forma, a visão ingênua de que o político é um servidor eivado de interesse público, em geral, é suprimida por uma abordagem mais cínica. Em vez de conceder aos políticos um tratamento especial, a escolha pública os trata como meros agentes humanos que priorizam a satisfação do seu interesse próprio.

---

<sup>47</sup> TOLLISON, Robert. *Rent-seeking: a survey*. *Kyklos*, v. 35 n. 4, 1982.

<sup>48</sup> OLSON, Mancur. *The logic of collective action: public goods and the theory of groups*. Cambridge: Harvard University, 1965.

<sup>49</sup> BAXANDALL, Phineas; WOHLSCHEGEL, Kari; DUTZKI, Tony. *Private roads, public costs: the facts about toll road privatization and how to protect the public*. Boston: USPIRG, 2009.

Constata-se que o Estado contemporâneo, reformado com premissas do ideário liberal, com a orientação para o mercado e a introdução do setor privado na execução de serviços públicos, não se mostrou mais barato do ponto de vista financeiro, como se pretendia em seus primeiros manifestos políticos, mas apenas esmaeceu os direitos de segunda geração (sociais, econômicos e culturais) em prol dos direitos de primeira geração (civis e políticos), como bem adverte a seguinte passagem:

Vê-se que o problema do custo dos direitos não é o de se saber se, economicamente, os direitos referentes ao Estado liberal teriam custo zero ou menor custo do que os que vêm a complementar no contexto do Estado Social ou do Estado Democrático de Direito. (...) Neste caso, a aparente neutralidade matemática para se chegar à conclusão de que a irrealizabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais radicaria no custo elevado, em face dos direitos civis e políticos, que não teriam custos, vem a desfazer-se, revelando, antes, o seu papel francamente comprometido sob o ponto de vista ideológico<sup>50</sup>.

## **AVALIAÇÃO DA EFICIÊNCIA**

Antes de se iniciar o debate sobre a eficiência propriamente do sistema rodoviário da MG-050, algumas considerações são importantes sobre o assunto. Primeiramente, é relevante saber que o mecanismo de cobrança direta dos usuários nas praças de pedágio tem várias características intrínsecas que reduzem sua eficácia como instrumento para a obtenção de recursos para a infraestrutura rodoviária. A cobrança dos usuários é dificultada pelos custos de transação envolvidos, como os para construção, manutenção e operação de praças de pedágio, mais o tempo de viagem necessário para os motoristas realizarem o seu pagamento.

Assim, em razão de os custos de transação pela utilização da infraestrutura rodoviária serem significativos, deve haver uma distância razoável entre as localidades de cobrança. Contudo, praças distantes dificultam a cobrança proporcional à distância percorrida, de maneira que usuários que trafegam por poucos quilômetros podem ser cobrados pelo mesmo valor que usuários que percorrem distâncias bem maiores, o que diminui a aprovação social dos pedágios como uma maneira justa de financiar as rodovias<sup>51</sup>.

Outra ineficiência atrelada ao sistema de cobrança por pedágio diz respeito à lógica de cobrança por eixo. Essa lógica traz intrinsecamente a ideia de que

<sup>50</sup> CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *“Custos dos direitos” e reforma do estado*. Porto Alegre: Fabris, 2008, p. 263.

<sup>51</sup> LACERDA, Sander Magalhaes. O financiamento da infra-estrutura rodoviária através de contribuintes e usuários. *BNDES Setorial*. Rio de Janeiro, n. 21, março, 2005.

veículos mais pesados contribuem mais para o desgaste da infraestrutura rodoviária. Dessa forma, a cobrança nas praças é realizada proporcionalmente ao número de eixos dos veículos. Esse funcionamento estimula a adoção de menos eixos nos veículos pesados. Entretanto, o fator que realmente impacta no desgaste rodoviário é o peso por eixo e não propriamente o peso total do veículo. Assim, o atual sistema de cobrança por eixo, presente na quase totalidade das praças de pedágios do país, perversamente, estimula a concentração de maior peso por eixo nos veículos transportadores de carga e, conseqüentemente, a maior deterioração da via.

Contudo, a antiga forma de financiamento rodoviário, com vinculação de recursos a finalidades específicas, é criticada por enrijecer a capacidade dos governos em definir suas prioridades de gastos dos recursos públicos. As prioridades na utilização dos recursos alteram-se com o decorrer do tempo e o processo orçamentário seria o instrumento para adequar a alocação de recursos públicos às questões mais relevantes para a sociedade naquele momento. A vinculação de tributos, na maneira de uma regra específica – por exemplo, todo recurso arrecadado por determinado imposto será empregado em uma área específica – não é mais eficiente em representar as demandas sociais do que o processo orçamentário. Além disso, a variação de necessidade de investimento não tem necessariamente correlação com uma eventual variação na arrecadação de um tributo.

342

Quanto aos custos de transação dessa forma de financiamento, estes serão os custos de cobrança e arrecadação pelo fisco. Com uma estrutura de arrecadação já disponibilizada, o custo extra para a obtenção de um aumento da receita tributária, seja pela criação de um novo tributo, seja pelo aumento de alíquota de um tributo já existente, é relativamente baixo. Dessa forma, os custos de transação da cobrança mediante tributos, desde que já exista uma estrutura de arrecadação tributária, tendem a ser menores do que os custos de transação da cobrança por meio de praças de pedágio. Nesse último tipo de cobrança, quanto menor a distância entre as praças, maiores serão os custos de transação<sup>52</sup>.

A ineficiência do financiamento via tributo está relacionada às dificuldades em cobrar do *cidadão* proporcionalmente à sua utilização. A tributação sobre combustíveis, por exemplo, não permite identificar se o usuário faz utilização predominante de rodovias ou vias urbanas.

Assim, tanto a vinculação de tributos, quanto a cobrança por meio de praças de pedágio apresentam ineficiências, enquanto os custos de transação, especificamente, tendem a ser maiores na cobrança via pedágio. O desenvolvimento

---

<sup>52</sup> LACERDA, Sander Magalhaes. O financiamento da infra-estrutura rodoviária através de contribuintes e usuários. *BNDES Setorial*. Rio de Janeiro, n. 21, março, 2005.

de tecnologias de rastreamento de veículos e de pagamento eletrônico de pedágios tem o potencial de diminuir as ineficiências inerentes ao atual modelo<sup>53</sup>.

A questão da relação custo/benefício do sistema de pedágio tem sido mal colocada. É comum a tentativa de justificar os níveis de pedágio comparando-se os custos operacionais de veículos, principalmente os mais pesados, em pavimentos com diferentes níveis de qualidade<sup>54</sup>. O pavimento desgastado era o comum nas rodovias antes do processo de concessão. O pavimento em boa condição é o padrão exigido nos editais de concessão. Dessa forma, a conclusão (do concedente e dos concessionários) é sempre no sentido de que “mesmo com o ônus do pedágio, o custo operacional total será menor do que na situação anterior (do pavimento desgastado). Os motoristas tendem a desconhecer ou, no mínimo, desperceber-se da magnitude e da composição dos custos operacionais de seus veículos, raciocinando apenas em termos dos chamados custos desembolsáveis imediatos, tais como combustível, pedágio e estacionamento”<sup>55</sup>.

Assim, a fim de verificar a propalada conclusão citada, passa-se a analisar o custo de utilização pelos usuários do sistema rodoviário MG-050 com base em estudo publicado<sup>56</sup> nos anais do XXVII Congresso de Pesquisa e Ensino em Transportes da Associação Nacional de Pesquisa e Ensino em Transportes (ANPET).

O estudo objetivou fornecer subsídios para avaliação do desempenho operacional do sistema concedido da rodovia MG-050, analisando a evolução do custo, para o usuário final, de trafegar na via por meio do software *Highway Development and Management* (HDM-4).

São dados de entrada para a rodada do HDM-4 as condições atuais dos pavimentos das rodovias, obtidas no banco de dados para cada célula (extensões, estrutura, volume de tráfego, defeitos, irregularidade, deflectometria, geometria – largura de pista, largura de acostamentos, declividades médias, índice de curvatura etc. – condições climáticas, de topografia, idade do pavimento, idade da última restauração etc.), dados da frota nacional (tipo de veículos, peso, custos de aquisição e de manutenção, custo do combustível), as políticas

<sup>53</sup> LACERDA, Sander Magalhaes. O financiamento da infra-estrutura rodoviária através de contribuintes e usuários. *BNDES Setorial*. Rio de Janeiro, n. 21, março, 2005.

<sup>54</sup> CASTRO, Newton. A privatização do setor de transportes no Brasil. In: Pinheiro, A. C.; Fukasu, K. *A privatização no Brasil: o caso dos serviços de utilidade pública*. Rio de Janeiro: BNDES, 2000.

<sup>55</sup> CASTRO, Newton. A privatização do setor de transportes no Brasil. In: Pinheiro, A. C.; Fukasu, K. *A privatização no Brasil: o caso dos serviços de utilidade pública*. Rio de Janeiro: BNDES, 2000, p. 272.

<sup>56</sup> SOUZA, Leonardo Nunes de. Evolução do custo de transporte para os usuários da rodovia MG-050. *Congresso de Ensino e Pesquisa em Transportes*, 27, 2013 Belém. Anais... Belém, 2013. Disponível em: <[http://www.anpet.org.br/ssat/interface/content/autor/trabalhos/publicacao/2013/397\\_CT.pdf](http://www.anpet.org.br/ssat/interface/content/autor/trabalhos/publicacao/2013/397_CT.pdf)>. Acesso em: 26 ago. 2014.

de intervenção (tipo de manutenção ou restauração e custo) e os cenários de investimento.

Os resultados do HDM-4 são traduzidos nos tipos de intervenção para cada segmento, custo e época, dentro de um cenário de investimentos. Cabe aqui salientar que esse programa é de uso obrigatório para obtenção de investimentos do Banco Mundial.

Empreendeu-se a análise comparando o ano imediatamente anterior à concessão, a partir do segundo semestre de 2006, com o período correspondente a julho de 2011 até junho de 2012 (5º ano de concessão). A combinação da melhoria da via com a introdução de pedágios de cobrança elevou o custo de transporte para determinadas categorias de veículos e reduziu para outras.

Sobre esse tipo de análise, é importante a ressalva de que as condições operacionais de uma rodovia diferem ao longo da sua extensão em função da variação das suas características físicas e de tráfego. Por esse motivo, o estudo em questão segmentou o sistema rodoviário da MG-050 em diversos trechos homogêneos que, segundo Panitz<sup>57</sup>, devem apresentar condições operacionais razoavelmente constantes ao longo de sua extensão.

A divisão do sistema estudado em trechos homogêneos (TH) se deu em função dos acessos a cidades ou polos cujo potencial de geração ou atração de tráfego fosse significativo ou, ainda, em função dos entroncamentos com outras rodovias, nas quais o volume de entrada ou saída é expressivo.

No referido estudo, a rodovia foi dividida em um total de 28 trechos homogêneos, seguindo lógica semelhante de pesquisas prévias sobre a rodovia<sup>58</sup>. Para a caracterização de cada trecho, percorreu-se todo o trajeto munido de aparelho GPS. Após o tratamento desses dados nos softwares *GPS TrackMakerPro* e *Google Earth*, foi possível obter a extensão e as geometrias vertical e horizontal de cada segmento da rodovia. Utilizaram-se também para a caracterização de cada trecho as condições do pavimento (IRI), tipo de pista (simples, terceira faixa, dupla) e as características do tráfego (volume diário médio anual, padrão de fluxo de tráfego e composição do tráfego em categoria de veículos).

Para a construção do modelo de simulação no software HDM, foram necessárias outras calibrações, como clima predominante ao longo da extensão da rodovia, a frota de veículos com os respectivos custos e as intervenções realizadas pela concessionária ao longo do período em análise, construindo um cenário anterior à concessão e outro mais recente que possibilitasse a comparação entre eles.

---

<sup>57</sup> PANITZ, Mauri Adriano. *Dicionário de engenharia rodoviária e de logística*: português-inglês. Porto Alegre: Alternativa, 2007.

<sup>58</sup> MINAS GERAIS. Secretaria de Transportes e Obras Públicas. *Relatório de Avaliação da PPP MG-050*. Belo Horizonte: Tectran, 2011.

## Parceria público-privada e eficiência: um estudo de caso da Rodovia MG-050

A frota foi dividida em oito categorias de veículos, a saber: Cat 01 – Auto-móvel; Cat 02 – Caminhão 2 Eixos; Cat 03 – Ônibus; Cat 04 – Caminhão 3 Eixos; Cat 05 – Caminhão 5 Eixos; Cat 06 – Caminhão 6 Eixos; Cat 07 – Caminhão 7 Eixos; e Cat 08 – Motocicletas. Pesquisou-se o custo econômico de cada componente das categorias de veículos incluindo peças, valor de seguro, valor de manutenção, custo do combustível e do óleo lubrificante, custos relacionados ao tempo de atraso e ao salário da tripulação.

O estudo constatou que entre as intervenções realizadas pela concessionária no período analisado estão a recuperação de 371 km de pavimento, a duplicação de 3,75 km e a construção de 35 km de terceira faixa.

Com relação à volumetria do tráfego, verificou-se crescimento médio do volume diário médio anual (VDMA) da rodovia em 5,3% ao ano, perfazendo um VDMA ponderado de 6.137 veículos em 2012. Esse valor é atingido por meio da composição de trechos homogêneos com diferentes volumes de tráfego, variando de um VDMA de 2,6 mil veículos nos segmentos de menor intensidade de fluxo, até 15 mil nos trechos mais movimentados. A composição percentual da frota por categoria sofreu pouca alteração no período em análise, sendo observado um ínfimo crescimento da participação de veículos pesados.

O estudo em questão teve como objetivo apresentar os resultados das simulações no software HDM-4 referentes aos custos econômicos operacionais, custos de tempo e custos totais, atribuídos aos veículos nos respectivos anos de estudo, em todo o trecho do sistema rodoviário da MG-050. Os valores monetários apresentados no relatório têm como base o mês de janeiro de 2012.

Definiram-se:

- Custos operacionais – valores econômicos relacionados ao uso e manutenção dos veículos que utilizam da estrutura rodoviária. Entre esses custos, podem-se destacar os preços do combustível, do óleo lubrificante, do pneu, do veículo novo, além de custos relacionados à manutenção e ainda dispêndios anuais como seguros, salário da tripulação;
- Custos de tempo – valores econômicos médios relacionados ao valor do custo gerado pelo atraso de cargas e passageiros dos veículos ao utilizarem a rodovia;
- Custos totais – soma dos custos operacionais com os custos de tempo.

No estudo em tela, simularam-se duas redes rodoviárias (Rede A – Julho de 2006 a junho de 2007 / Rede B – Julho de 2011 a Junho de 2012) no programa HDM, resultando em relatórios do software com indicadores de custos diversos e de velocidade por categoria de veículo para cada um dos 28 trechos da rodovia.

O estudo adverte que, geralmente, a redução dos custos de uma rodovia permite aos usuários trafegar com um custo unitário inferior ao médio no ramo



rodoviário em que se situa. Daí advém uma possível captura de novos usuários provenientes de outras rotas que impactarão, conseqüentemente, no volume final de veículos, gerando um excedente. De modo diverso, a elevação dos custos pode provocar fuga de antigos usuários que, se não for desprezada do cálculo, pode-se chegar à errônea conclusão de que o somatório dos custos aos usuários se reduziu. Assim, para calcular a diferença entre os custos totais multiplicados pelo número de veículos, a pesquisa em questão considerou apenas aqueles usuários que se mantiveram na rodovia, desconsiderando o excedente ou a fuga.

Após executar a simulação no software *Highway Development and Management*, agregaram-se os resultados dos diversos trechos por categoria de veículo e obtiveram-se os resultados a seguir.

**Tabela 1** – Custo operacional rodovia MG-050 por km

INDICADOR	Cat 01	Cat 02	Cat 03	Cat 04	Cat 05	Cat 06	Cat 07	Cat 08
Custo 2006/07	R\$ 0,51	R\$ 1,56	R\$ 2,02	R\$ 1,97	R\$ 4,12	R\$ 4,47	R\$ 4,73	R\$ 0,23
Custo 2011/12	R\$ 0,51	R\$ 1,52	R\$ 1,91	R\$ 1,87	R\$ 3,81	R\$ 4,11	R\$ 4,31	R\$ 0,23
Custo 2011/12 com pedágio	R\$ 0,58	R\$ 1,65	R\$ 2,04	R\$ 2,06	R\$ 4,13	R\$ 4,50	R\$ 4,77	R\$ 0,26
Variação [(C-A)/A]	13,73%	5,77%	0,99%	4,57%	0,24%	0,67%	0,85%	13,04%

Fonte: Souza (2013)

346

**Tabela 2** – Custo total rodovia MG-050 por km

INDICADOR	Cat 01	Cat 02	Cat 03	Cat 04	Cat 05	Cat 06	Cat 07	Cat 08
Custo 2006/07	R\$ 0,68	R\$ 2,10	R\$ 5,16	R\$ 2,50	R\$ 4,78	R\$ 5,11	R\$ 5,40	R\$ 0,31
Custo 2011/12	R\$ 0,67	R\$ 2,03	R\$ 4,88	R\$ 2,37	R\$ 4,41	R\$ 4,69	R\$ 4,93	R\$ 0,31
Custo 2011/12 com pedágio	R\$ 0,74	R\$ 2,16	R\$ 5,01	R\$ 2,56	R\$ 4,73	R\$ 5,08	R\$ 5,38	R\$ 0,34
Variação [(G-E)/E]	8,82%	2,86%	-2,91%	2,40%	-1,05%	-0,59%	-0,37%	9,68%

Fonte: Souza (2013)

Observa-se o aumento do custo total por veículo em metade das categorias que trafegam na rodovia, com exceção dos ônibus e veículos articulados.

Os resultados do estudo mostram que as intervenções realizadas após a concessão rodoviária por meio de parceria público-privada contribuíram para a redução do custo operacional do sistema rodoviário MG-050. As maiores reduções ocorreram nas categorias de veículos mais pesados.

Entretanto, quando se incorporaram os custos relativos aos pedágios na rodovia, constata-se que a redução dos custos operacionais e de tempo foi inferior ao valor agregado ao custo pelas tarifas cobradas, exceto para a categoria de

ônibus e veículos articulados. O resultado diferenciado dessas categorias pode ser explicado pela maior redução do custo de tempo para esses veículos, em razão da melhoria da qualidade da rodovia. Essa redução considerável nos custos de tempo pode ser explicada, em boa parte, pelo grande número de passageiros transportados pelos ônibus e pela alta capacidade de transporte de carga dos veículos articulados, características essas que têm significativo impacto monetário sobre o valor da aludida variável.

Pela análise somente de variáveis tangíveis, representadas pelo custo operacional, identifica-se que os custos diretamente relacionados à utilização do veículo na via sofreram redução em razão da melhoria da condição do pavimento (indicador B). No entanto, essa economia foi insuficiente para cobrir os custos advindos da introdução de praças de cobrança de pedágio (indicador D) para todas as categorias de veículos. Somente com a consideração de variáveis de custos intangíveis na análise, relacionadas ao tempo, é que se verificam ganhos econômicos para apenas metade das categorias consideradas.

Outra análise possível de se fazer a partir dos resultados expostos é que o aumento de custos a veículos menos pesados e automóveis de passeio poderia estar indiretamente subsidiando o tráfego de ônibus e veículos mais pesados – categorias de veículos que contribuem mais para a deterioração da via. Essa hipótese pode resultar em alteração no perfil da frota que utiliza a rodovia, com aumento dos veículos pesados na composição do tráfego. Situação esta já verificada, ainda que de forma suave, nos anos dessa pesquisa.

Importante frisar que tal estudo apresenta limitações que devem ser consideradas na análise de seus resultados. A primeira é a não incorporação de valores relativos à mudança do panorama de segurança viária e da sensação de conforto aferida pelo usuário após as obras na rodovia em razão da dificuldade de se quantificar monetariamente as variáveis relacionadas ao assunto e da escassez de métodos relacionados ao tema. A segunda limitação consiste no fato de que, apesar de o custo total ter se elevado para metade das categorias de veículos após a concessão rodoviária, não se pode afirmar que esse custo seria maior do que aquele em que se incorreria ao trafegar na rodovia no fim do período analisado caso as obras não fossem realizadas e a tendência de aumento do fluxo de automóveis fosse mantida. Uma terceira limitação diz respeito ao fato de o estudo em questão não ter considerado o custo de transação das praças de pedágio – e seu consequente custo de tempo, estimado em cerca de 1 minuto de atraso na viagem por praça de pedágio –, o que poderia ter piorado ainda mais os resultados apresentados pelo estudo.

Uma limitação inerente ao próprio método é a ideia de que todas as grandezas afeitas ao tema seriam passíveis de medição monetária. Algo no mínimo questionável. Além disso, o método utilizado emprega uma variável fundamental para os

resultados alcançados – o custo do tempo – cuja quantificação ainda não é pacífica nos estudos da área, tendo em vista sua subjetividade e intangibilidade.

Enfim, o estudo em questão evidencia que os custos de transportes para boa parte dos usuários do sistema rodoviário da MG-050 aumentaram em vez de diminuir após a concessão. Entretanto, o método da pesquisa contém várias ressalvas que não permitem afirmar que ela é conclusiva. De qualquer forma, sendo o único estudo que se propôs a fazer esse tipo de análise com o objeto em questão no período referido e considerando, ainda, que esta é a ferramenta de ponta na administração pública para se empreender tal análise, deduz-se que, pelo menos para a MG-050, a hipótese de eficiência do setor privado não se confirmou. Assim, conclui-se que qualquer afirmativa de maior eficiência da iniciativa privada na concessão em questão – e talvez em várias outras – carece de maior respaldo técnico, sendo tal manifestação evitada de color marcadamente ideológico.

Sugere-se que esse instrumento de pesquisa de custos (bem como de outros existentes) seja mais amplamente utilizado na administração pública. Recomenda-se, ainda, que esses resultados sejam publicizados para que possa ser exercido o controle social sobre a promessa de eficiência, que tem legitimado a expansão do uso das PPP, mas que ainda não foi devidamente comprovada. Contudo, deve-se ter a precaução de que, sob a alegação de parâmetros técnicos de difícil cognição para o cidadão comum<sup>59</sup>, variáveis que interfiram sensivelmente nos resultados (como o custo de tempo) sejam silenciosamente definidos em uma redoma técnica, servindo a interesses daqueles que realizam o estudo, alijando o debate da esfera pública.

348

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A implantação da chamada administração gerencial no setor público teve como influência o *New Public Management* na Inglaterra, responsável pela introdução de mecanismos de gestão orientada ao mercado na atuação governamental. Uma visão romântica da democracia apontaria que esses instrumentos teriam como principal missão a elevação da eficiência dos gastos públicos, dentro de um cenário de finitude das possibilidades orçamentárias e em resposta à crescente viabilização de demandas sociais pelo Estado democrático de direito. Elege-se o setor privado como naturalmente mais apto a produzir tais resultados e relega-se a um segundo plano a atuação pública, que, nesse paradigma, deveria se pautar apenas em criar condições favoráveis e orientar comportamentos para estimular a participação de particulares no atendimento de demandas sociais coletivas.

---

<sup>59</sup> HIRSCHMAN, Albert O. *A retórica da intransigência: perversidade, futilidade, ameaça*. São Paulo: Cia. das Letras, 1992 e MARINGONI, Gilberto. *A economia não é de marte e nem a política é de vênus*. *Jornal dos Economistas*, n. 275, Rio de Janeiro, jun. de 2012.

Uma análise um pouco mais detida aos dados econômicos da época de surgimento dessas ideias, entretanto, revela o arrefecimento na tendência de crescimento da economia global do pós-guerra, provocado principalmente pelos dois choques do preço do petróleo ao longo da década de 1970. Principiou-se, então, a necessidade de redução da participação Estatal nas economias globais, como meta para a manutenção do patamar do lucro privado nas principais economias nacionais do mundo, o que seria possibilitado, sobretudo, pela abertura de novos mercados inexplorados pelo setor e pela redução da carga tributária. Por remontar a práticas econômicas semelhantes às apregoadas pelo ideário liberal clássico, esse movimento ficou conhecido pela alcunha de neoliberalismo.

O setor rodoviário no Brasil até a década de 1970 contava com recursos vinculados ao Fundo Rodoviário Nacional. Com a utilização cada vez maior dos recursos pertencentes a esse fundo para finalidades diversas do investimento rodoviário, na década de 1980, o setor passou a depender cada vez mais de sua contemplação pelos recursos orçamentários, até que, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a infraestrutura rodoviária nacional passou a depender por completo desses recursos. Entretanto, após mais de uma década de estagnação da economia nacional, os recursos orçamentários mal eram suficientes para cobrir necessidades sociais básicas, reprimidas ao longo de décadas de governos autoritários. Assim, a década de 1990 iniciou-se com o quase abandono do Poder Público em relação à área rodoviária, o que propiciou a acentuada degradação dessa infraestrutura pelo elevado uso sem o respectivo investimento em sua conservação. Ainda nessa década, o país adotou as primeiras experiências no sentido de conceder a administração de estradas ao setor privado, justificadas pelo precário estado de conservação das vias.

A parceria *público-privada* foi uma solução importada em um contexto posterior à reforma do aparelho Estatal no Brasil e durante período de avanço global de ideais liberais, *já na década de 2000*. Essa modelagem de negócio possibilitou que atividades cuja viabilidade econômica de concessão não se verificasse em um primeiro instante fossem transferidas à iniciativa privada. Isso seria viabilizado por meio da complementação de receitas com contraprestação pecuniária paga diretamente pelo setor público. Esse mecanismo conferiria a viabilidade econômica necessária para que uma gama maior de obras e serviços, antes de transferência inviável por meio de concessão simples, pudessem ser agora explorados pela iniciativa privada por meio de parceria entre ente particular e estatal.

O instituto das parcerias público-privadas trouxe em seu bojo a promessa de prestação de serviços públicos em patamares superiores de eficiência. A justificativa de maior eficiência, entretanto, dá mostras de fragilidade quando mais profundamente examinada em situações concretas, pelo próprio fato de que se deve remunerar o capital privado investido no negócio por uma taxa interna de retorno (TIR). Assim, ainda que a iniciativa privada demonstre maior nível de eficiência

na execução de alguma atividade do que o setor público, sua contratação só se justificaria por um nível de eficiência ainda superior à taxa interna de retorno. Em outras palavras, seria em vão um nível de eficiência privada de execução superior ao público em 5% se a remuneração do capital privado no contrato fosse de 15%, pois nesse empreendimento, por mais que a eficiência pública de execução seja menor, a utilização do setor público para a realização da obra se justificaria pela eficiência financeira, com economia de 15% dos recursos investidos.

Entretanto, sendo o nível de eficiência de cada esfera uma variável de aferição prática quase impossível, recomenda-se a realização de análises de custo econômico de infraestruturas concedidas, como a empreendida pela pesquisa analisada neste estudo, para investigar se o custo total ao usuário diminuiu após a concessão ou se, pelo menos, não se elevou como tenderia se nada fosse feito.

No caso da MG-050, conforme demonstrado, a concessão rodoviária não se justificou do ponto de vista dos custos de utilização *da infraestrutura para a maioria dos* usuários. A indicação de ressalvas e limitações no método da pesquisa analisada adverte que os resultados encontrados não podem ser encarados com uma resposta definitiva ao problema, contudo *são robustos no sentido de* indicar que a escolha pela iniciativa privada – pelo menos no setor rodoviário – não tem parâmetros que claramente a justifique, sendo esta uma escolha feita eminentemente pela esfera política, e não propriamente por uma esfera técnica que cabalmente a legitime.

350

Assim, considerando o não atendimento do interesse público que permeia a questão, seja pela falta de eficiência, analisada neste estudo, seja pela falta de efetividade da política pública, já que atualmente existem 55 processos administrativos, quatro procedimentos arbitrais e três ações cautelares na justiça resultantes da aplicação de multas do Poder Público à Concessionária por inexecução de obras, bem como por não atendimento a parâmetros de qualidade e, sobretudo, pela impopularidade das altas tarifas de pedágio que são cobradas dos usuários, coloca-se em xeque o teor da escolha política de concessão como fruto da soberania popular.

Nesse ponto, ao não comprovar suas premissas, a teoria do *New Public Management dá clara mostras de sua fragilidade em não captar toda a complexidade que envolve o Estado democrático de direito*, como a tomada de decisões em desarmonia com o interesse público e a existência de grupos de interesse que influenciam essas condutas. Essas razões sugerem que o caso em análise seria mais adequadamente elucidado pela Teoria da Escolha Pública, no campo político-administrativo, juntamente com a teoria do neoliberalismo, em âmbito econômico.

A análise conjunta das duas teorias oferece bases melhores para a compreensão de fenômenos envolvidos na questão, como a crescente transferência de serviços e obras para o setor privado; a não redução dos patamares tributários,

em que pese a grande redução do escopo de atuação da esfera pública nos últimos anos; e a criação de um imbricado discurso tecnicista cuja complexidade seria preponderante para acobertar a atuação de grupos de interesse dentro da esfera pública, retirando da arena político-democrática para a esfera técnica a tomada de decisões afeitas ao interesse público.

O neoliberalismo, complementado pela Teoria da Escolha Pública, deixa de ser a solução do Estado mínimo para vestir a roupagem do Estado garantidor. Nessa versão atualizada, o Estado segue o preceito neoliberal clássico de reduzir a prestação de atividades diretamente pelo setor público para a viabilização de novos mercados inexplorados pelo setor privado, sem adotar, contudo, redução de carga tributária, pois é justamente a participação de significativos recursos públicos nesses negócios que possibilita a abertura de novos mercados. Nesses moldes, o Poder Público passa a ser mero avalista da rentabilidade privada via transferência de receitas atreladas à realização de atividades que antes lhe eram atribuídas.

## REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. Os avanços e os dilemas do modelo pós-burocrático: a reforma da administração pública à luz da experiência internacional recente. In: BRESSER-PEREIRA, L.C.; SPINK, P. (Orgs.). *Reforma do estado e administração pública gerencial*. Rio de Janeiro: FGV, 2005, p. 173-200.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

AVELÃS NUNES, António José. As duas últimas máscaras do Estado Capitalista. *Revista Pensar*, v. 16, n. 2, p. 409-276, 2011.

BAXANDALL, Phineas; WOHLSCHLEGEL, Kari; DUTZKI, Tony. *Private roads, public costs: the facts about toll road privatization and how to protect the public*. Boston: USPIRG, 2009.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. São Paulo: Lejus, 1998.

BNDES. *Cadernos de infra-estrutura: as concessões rodoviárias*. Rio de Janeiro, 2001.

BRASIL. *Lei n. 8.987 de 13 de fevereiro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm)>. Acesso em: 23 jun. 2014.

BRASIL. *Lei n. 11.079 de 30 de dezembro de 2004*. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm)>. Acesso em: 23 jun. 2014.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. *Revista do Serviço Público*. v. 47 n. 1, 1996.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Democracia, estado social e reforma gerencial. *Revista administração de empresas*, São Paulo, v. 50, n. 1, Mar. 2010. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-75902010000100009&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-75902010000100009&script=sci_arttext)>. Acesso em: 24 maio 2014.

BORGES, Luis Pereira Xavier. Parceria Público-Privada (PPP): riscos e mitigações estruturadas de investimentos em infra-estrutura. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, n. 61/62, p. 41, jan./dez. 2005.

BRUM, Argemiro J. *Desenvolvimento econômico brasileiro*. Petrópolis: Vozes, 2002.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. “Custos dos direitos” e reforma do estado. Porto Alegre: Fabris, 2008.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. Tradução de Peter Naumann. *Plures. Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CARDOSO, Adriana Bortolon Carvalho; AQUINO, André Carlos Busanelli de; ANU-ATTI NETO, Francisco; CARDOSO, Ricardo Lopes. Dinâmica dos ajustes contratuais em concessão de rodovias no estado de São Paulo. *Revista de Administração Pública* [online]. v. 46, n. 5, 2012, p. 1295-1315.

CASTRO, Marcus Faro de. Direito e economia: contribuições para o desenvolvimento da doutrina dos direitos sociais, econômicos e culturais. *Plures. Os rumos do direito internacional dos direitos humanos – ensaios em homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade*. Porto Alegre: Fabris, 2005, t. 3.

CASTRO, Newton. A privatização do setor de transportes no Brasil. In: Pinheiro, A. C.; Fukasu, K. *A privatização no Brasil: o caso dos serviços de utilidade pública*. Rio de Janeiro: BNDES, 2000, p. 221-278.

352

DALLARI, Adilson Abreu. Tarifa remuneratória de serviços concedidos. *Plures. Serviços públicos e Direito Tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *A transformação do direito do trabalho: da lógica da preservação à lógica da flexibilidade*. São Paulo: LTr, 2002, p. 95-103.

FERRAZ, Sérgio. Projetos de PPP: aspectos constitucionais. *Plures. Parcerias Público-Privadas – um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: RT, 2005.

FIANI, Ronaldo. *Teoria da regulação econômica: estado atual e perspectivas futuras*. Rio de Janeiro, NUCA-IE-UFRJ, Texto para Discussão n. 423, 1998.

FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito: paranoia ou mistificação? *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, v. 44, n. 139, jul./set., 2005.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HIRSCHMAN, Albert O. *A retórica da intransigência: perversidade, futilidade, ameaça*. São Paulo: Cia. das Letras, 1992.

HOOD, Christopher. A public management for all seasons? *Public Administration*, v. 69, n. 1, p. 3-19, 1991.

KRUGMAN, Paul Robin; WELLS, Robin. *Economic*. New York: Worth Publishers, 2009, p. 27.

LACERDA, Sander Magalhaes. O financiamento da infra-estrutura rodoviária através de contribuintes e usuários. *BNDES Setorial*. Rio de Janeiro, n. 21, março, 2005.

LOSURDO, Domenico. *Contra-história do liberalismo*. São Paulo: Ideias & Letras, 2006.

- MARINGONI, Gilberto. A economia não é de Marte e nem a política é de Vênus. *Jornal dos Economistas*, n. 275, Rio de Janeiro, jun. de 2012.
- MINAS GERAIS. Governador anuncia conjunto de ações em infraestrutura rodoviária, de 14 de março de 2014. *Diário Oficial do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, MG, 14 mar. 2014. Seção noticiário, p. 3.
- MINAS GERAIS. Secretaria de Transportes e Obras Públicas. *Relatório de Avaliação da PPP MG-050*. Belo Horizonte: Tectran, 2011.
- OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Estado contratual, direito ao desenvolvimento e Parceria Público-Privada. *Plures. Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: RT, 2005.
- OLSON, Mancur. *The logic of collective action: public goods and the theory of groups*. Cambridge: Harvard University, 1965.
- PANITZ, Mauri Adriano. *Dicionário de engenharia rodoviária e de logística: português-ínglês*. Porto Alegre: Editora Alternativa, 2007.
- PIRES, José Cláudio Linhares; GIAMBIAGI, Fábio. *Retorno dos novos investimentos privados em contextos de incerteza: uma proposta de mudança do mecanismo de concessão de rodovias no Brasil*. Rio de Janeiro: BNDES, Julho, 2000.
- PIRES, José Claudio; PICCININI, Maurício. A regulação dos setores de infra-estrutura no Brasil. *A economia brasileira nos anos 90*. BNDES, Rio de Janeiro, 1999.
- POSSAS, Mario; FAGUNDES, Jorge; PONDÉ, João Luiz. Custos de transação e políticas de defesa da concorrência. *Revista de Economia Contemporânea*, v. 2, UFRJ, 1998.
- SALOMON, Marta. TCU questiona rentabilidade de rodovia privatizada. *O Estado de São Paulo*, Caderno de Economia, Brasília, 4 maio 2011.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A reinvenção solidária e participativa do Estado*. Coimbra: Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 1998.
- SILVEIRA, José Néri da. Efetividade das normas constitucionais referentes à ordem econômica. *Plures. Título de crédito, concorrência e Mercosul – estudos em memória do Professor Werter R. Faria*. Porto Alegre: Fabris, 2008.
- SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do estado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SOUZA, Leonardo Nunes de. Evolução do custo de transporte para os usuários da rodovia MG-050. *Congresso de Ensino e Pesquisa em Transportes*, 27, 2013 Belém. Anais... Belém, 2013.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Estudos de direito econômico*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 1995.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de; CLARK, Giovani. *Direito econômico e ação estatal na pós-modernidade*. São Paulo: LTr, 2011.
- TOLLISON, Robert. *Rent-seeking: a survey*. *Kyklos*, v. 35, n. 4, 1982.





# QUEM DEVE SER O DETENTOR DA ÚLTIMA PALAVRA, JUDICIÁRIO OU LEGISLATIVO?

## WHO MUST HAVE THE LAST WORD, JUDICIARY OR LEGISLATIVE?

Vinicius Poli\*

### RESUMO

---

Historicamente, o ideal democrático apropriou-se do Poder Legislativo para se expressar. Imbuído da difícil missão de tornar factível a aspiração de autogoverno, esse poder parece encontrar no instituto da revisão judicial um grave escolho para sua tarefa. Quem deve ser o detentor da última palavra na conformação política da sociedade, Judiciário ou Legislativo? Sob qual justificativa um conjunto de juízes não eleitos e irresponsáveis perante o povo poderia derrubar uma decisão política tomada pela maioria de seus representantes? O principal objetivo desse artigo consiste em reavaliar criticamente algumas das mais influentes respostas apresentadas contemporaneamente.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo; Democracia; Controle judicial de constitucionalidade; Senso comum; Legitimidade.

### SUMMARY

---

Historically the democratic ideal has used the Legislative to express itself. Charged with the difficult mission to make feasible the self-government aspiration, this Power seems to find in judicial review a grave obstacle for its mission. Who must have the last word in societal political conformation, Judiciary or Legislative? Under what justification a group of unelected and unaccountable judges could strike down a political decision made by the majority of the people's representatives? The major scope of this essay is to reevaluate critically some of the most influential answers developed nowadays.

**Key-words:** Constitutionalism; Democracy; Judicial Review; Common Sense; Legitimacy.

---

\* Mestre e Doutorando em Direito do Estado (Largo São Francisco – FDUSP). Advogado. E-mail: [viniciuspoli@usp.br](mailto:viniciuspoli@usp.br).

## INTRODUÇÃO

*“O longo hábito de não pensar que uma coisa é errada lhe dá o aspecto superficial de ser certa.”*

*(Thomas Paine, sobre o senso comum)*

Compreendido como a faculdade outorgada ao Poder Judiciário de declarar a inconstitucionalidade de lei que contrarie formal ou materialmente preceitos constitucionais, o controle judicial de constitucionalidade, nascido e criado nos Estados Unidos, espalhou-se mundo afora e, cada vez mais, tem sido assimilado como um “modelo global para a democratização”<sup>1</sup>.

Deveria o Poder Judiciário gozar de tamanha autoridade? Vista sob uma perspectiva normativa, a própria conexão entre revisão judicial e democracia parece problemática. Historicamente, o ideal democrático apropriou-se do Poder Legislativo para se expressar. Imbuído da difícil missão de tornar factível a aspiração de autogoverno, esse poder parece encontrar no instituto da revisão judicial um grave escolho para sua tarefa. Seria possível justificá-lo?

As propostas são muitas e variadas. Genericamente consideradas, porém, elas podem ser distribuídas em duas grandes categorias: “teoria democrática” e “teoria constitucional”<sup>2</sup>. Nesta, proliferam as expectativas de superação da dificuldade que Alexander Bickel denominou de *contramajoritária*<sup>3</sup>. No extremo oposto, teoria democrática caracteriza-se pelo ceticismo quanto àquelas expectativas ao reiterar, como inexorável, o embaraço de se justificar a prevalência da autoridade de um corpo quase aristocrático em um regime que funda sua legitimidade na participação popular. Assim compreendidas, teoria constitucional e teoria democrática digladiam entre si em busca de uma solução para o seguinte problema: na conformação política da sociedade, quem deve ser o detentor da última palavra, Judiciário ou Legislativo?

Como será visto, as respostas aventadas no debate jurídico brasileiro, a despeito de algumas exceções, compõem um padrão mais ou menos unitário que densifica um aparentemente inquestionável e apático senso comum em favor da teoria constitucional. Esse senso comum não me convence e um dos meus propósitos, posso adiantar, consiste precisamente em desequilibrá-lo, tornando torrencial o marasmo que o acompanha.

---

<sup>1</sup> Waldron, 1998: 335. Para uma análise histórica acerca do nascimento e expansão do controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos, cf. Poli, 2012.

<sup>2</sup> Tomo esses termos emprestados de Mendes, C. H., 2008a. Tanto quanto ele, utilizarei essa nomenclatura como uma maneira didática de espelhar o debate sobre a (i)legitimidade do controle judicial de constitucionalidade, sem, contudo, desconhecer a imprecisão dessas categorias, que quase nunca se distinguem de maneira tão nítida na literatura especializada.

<sup>3</sup> Bickel, 1986.

Baseada em promessas pomposas, a teoria constitucional brasileira tem expressado algumas facetas de um dos principais alvos combatidos nesse artigo: o segundo *segredinho sujo* identificado por Mangabeira Unger na teoria jurídica contemporânea. Evidenciado na criação “incessante de limitações à regra da maioria” e, conseqüentemente, na “hipertrofia de práticas e estruturas” que lhe são contrárias, no abandono “da reconstrução institucional a momentos raros e mágicos de recriação nacional”, na oposição a todo tipo de “reforma institucional, principalmente aquelas concebidas para elevar o nível de engajamento político popular, como ameaças ao sistema de direitos”, no esforço para obter judicialmente “os avanços que a política popular não consegue produzir”, e, fundamentalmente, na compreensão da política como “uma fonte subsidiária e derradeira da evolução jurídica, a ser tolerada quando nenhum dos métodos mais sofisticados de resolução jurídica de controvérsias se aplica”<sup>4</sup>, o *desconforto com a democracia* apresenta-se como um sentimento dominante em nossa cultura jurídica, ampliador daquele senso comum<sup>5</sup>.

A conexão entre esse *segredinho sujo* e as razões usualmente apresentadas para fundamentar o controle judicial de constitucionalidade é bastante evidente. Frequentemente, a democracia e a atividade legislativa são pintadas com cores soturnas como uma forma de dar credibilidade à ideia de revisão judicial e, ato contínuo, o retrato idealizado do julgar e o retrato de má fama do legislar são expostos e confrontados. De um lado, a tirania, a parcialidade, a paixão, o interesse, a barganha, o compromisso, a troca de favores, a falta de razoabilidade e a arbitrariedade da decisão tomada a partir da mera contagem numérica de cabeças. De outro, a justiça, a imparcialidade, a razão, o sopesamento otimizador, a coragem para desafiar maiorias tirânicas e a proteção de direitos a partir do bom argumento moral fundado logicamente. A assimetria comparativa, portanto, perpassa todo esse trajeto. E haveria razão para isso, como adverte Jeremy Waldron.

As pessoas convenceram-se de que há algo *indecoroso* em um sistema no qual uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando suas decisões com base no governo da maioria, tem a palavra final em questões de direitos e princípios. Parece que tal fórum é considerado

<sup>4</sup> Unger, 2004: 95ss.

<sup>5</sup> Embora apresentado por Unger sem meias palavras, esse *segredinho* já havia sido percebido por Tocqueville quando de sua visita ao novo mundo. Se me “perguntassem onde situo a aristocracia americana”, escreveu o jurista francês, “responderia sem hesitar que não o faço entre os ricos, que não possuem nenhum laço comum que os assemelhe. A aristocracia americana está no banco dos advogados e na cadeira dos juizes” (1977: 206), na medida em que “encontramos, oculta no fundo da alma dos juristas, uma parte dos gostos e dos hábitos da aristocracia. Como ela, têm um instintivo pendor para a ordem, um amor natural pelas formas; *assim como a aristocracia, concebem um grande desgosto pelas ações da multidão e, secretamente, desprezam o governo do povo*” (1977: 203, grifei).

indigno de questões mais graves e sérias dos direitos humanos que uma sociedade moderna enfrenta. O pensamento parece ser que os tribunais, com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam um local mais adequado para solucionar questões desse caráter<sup>6</sup>.

Não compartilho desse sentimento e, neste artigo, inverterei a ordem dos fatores por ele amparada. Redirecionado o desconforto, adentrarei o debate “teoria constitucional *versus* teoria democrática” com a intenção de realçar as dificuldades que a entrega da última palavra ao Poder Judiciário acarreta. O objetivo imediatamente perseguido consiste em demonstrar parte do insucesso daquele senso comum em justificar democraticamente o instituto da revisão judicial. Para tanto, reavaliarei criticamente quatro das matrizes argumentativas mais comumente sustentadas pelos expoentes da teoria constitucional, demonstrando suas fragilidades. Mediamente, pretendo fazer crível que defender “o poder Legislativo” como resposta à pergunta que intitula este artigo não pode ser visto como algo tão *naturalmente* incorreto, tal qual assevera essa mesma teoria constitucional.

358

Antes, porém, faz-se necessário realçar a perspectiva teórico-normativa a partir da qual este artigo se desenvolve. Para tanto, algo sobre a falácia lógica de John Marshall deve ser dito<sup>7</sup>. Com bastante frequência, a defesa do controle judicial de constitucionalidade apresentada por Marshall em *Marbury versus* Marshall (1803) é tida como um majestoso exercício de lógica<sup>8</sup>. Nesse contexto, argumenta-se que sem revisão judicial, “garantia *sine qua non* da imperatividade da Constituição”<sup>9</sup>, não existiria constituição soberana e que de nada adiantaria a fixação de freios ao Legislativo se não se estabelecesse esse “mecanismo para controlar a compatibilidade dos atos dele emanados à Constituição”<sup>10</sup>.

Há nessas posturas, todavia, uma flagrante confusão entre um problema prático e um problema lógico. O dever do Judiciário de não aplicar uma norma que efetiva ou pretensamente contrarie a constituição não pode ser expresso como algo *contingentemente necessário*, senão como algo *necessariamente contingente*. Argumentar que a não adoção da revisão judicial seja uma impossibilidade lógica ou que um tal sistema negaria a supremacia da constituição constitui uma grosseira confusão entre gênero (controle de constitucionalidade) e espécie (controle *judicial* de constitucionalidade).

---

<sup>6</sup> Waldron, 2003: 5.

<sup>7</sup> Para mais detalhes, cf. Troper, 2003, e Nino, 1996.

<sup>8</sup> Assim, por exemplo, Binenbojm, para quem a “lógica primorosa de Marshall, [...], ainda hoje aludida nos compêndios, não pode ser desconsiderada” (2004: 31).

<sup>9</sup> Ferreira Filho, 2009: 219.

<sup>10</sup> Ramos, 2010: 45.

Ao contrário do que afirmou Marshall e pretende fazer crer essa parcela dos estudos constitucionais brasileiros, conceber a constituição como norma suprema nada diz sobre qual órgão deve ser chamado a aplicá-la. Se a pergunta é “um órgão judicial deve ter a última palavra sobre interpretação da Constituição?”, a ideia de supremacia constitucional não lhe oferece resposta alguma<sup>11</sup>. Bem pode ser que o Judiciário seja o indicado. Não se pode perder de vista, todavia, que, sejam quais forem as justificativas para uma escolha como essa, elas devem ser apresentadas no âmbito de um debate *normativo* sobre o que deve ser compreendido como um bom sistema de governo, e não a partir de um pretensão raciocínio lógico.

### A REVISÃO JUDICIAL ASSEGURA VALORES ESSENCIAIS AO REGIME DEMOCRÁTICO?

Possivelmente inspirada pela proposta de fusão entre teoria moral e direito constitucional de Ronald Dworkin<sup>12</sup>, uma parcela da teoria constitucional brasileira tem compreendido o controle judicial de constitucionalidade como um mecanismo apto a proteger alguns dos valores mais caros à democracia. Argumenta-se que a “democracia não se assenta apenas no princípio majoritário, mas, também, na realização de valores substantivos”, e que a tutela desses valores “é o fundamento de legitimidade da jurisdição constitucional”<sup>13</sup>, de tal forma que a “limitação da autodeterminação legislativa do Estado não há mais de ser questionada”<sup>14</sup>. Quando a justiça derruba leis ofensivas a tais valores, consequentemente, a intervenção judicial justificar-se-ia como algo “*a favor*, e não contra a democracia”<sup>15</sup>.

Seguindo com esse ponto de partida, a proposta desses autores parece bastante clara: juízes devem procurar por valores morais e anular decisões políticas dos outros Poderes quando elas os contrariarem. Muitos problemas se escondem por trás desse convite. Em primeiro lugar, é necessário perceber a reprodução de um erro comum identificável na suposta existência de algo assim chamado “a filosofia moral”, em sua majestosa unicidade<sup>16</sup>. Ainda que superável tal incorreção, por que razão seriam os juízes considerados atores privilegiados para identificar e colocar em prática essa pretensiosa moralidade?

Ficamos tentados a supor que não haverá nenhuma distorção sistemática na interpretação judicial do “raciocínio moral correto”, senão a que

<sup>11</sup> Atria, 2003: 321.

<sup>12</sup> Dworkin, 2010: 233ss.

<sup>13</sup> Barroso, 2011: 80.

<sup>14</sup> Tavares, 2005: 517.

<sup>15</sup> Binenbojm, 2004: 246.

<sup>16</sup> Retoma essa questão na nota 43, *infra*.

deriva naturalmente dos axiomas filosóficos a partir dos quais os juízes raciocinam (“Nós gostamos de Rawls, vocês gostam de Nozick. Nós ganhamos por 6 a 3. Anule-se a lei”). Isso por si só seria ruim, *mas a situação tende a ser bem pior*. A experiência nos diz que, na verdade, haverá sim uma distorção na escolha de valores fundamentais pelos juízes, uma distorção que privilegia (o que, aliás, não surpreende) os valores dos profissionais liberais da alta classe média, da qual provem a maioria dos juristas, dos juízes e também dos filósofos. As pessoas costumam achar que o que é importante para elas é importante para todos, e nós não somos exceção<sup>17</sup>.

A situação bem pior indicada por John Hart Ely encontra respaldo no elitismo epistemológico que caracteriza o *princípio de Führer* presente nesse convite<sup>18</sup>. De fato, sustentar que a destreza intelectual seja mais importante para se encontrar respostas moralmente corretas do que a capacidade de equilibrar interesses de maneira imparcial resulta mais crível conforme aumentam as chances de que *seu próprio interesse* integre a resposta correta. Ora, uma série incrível de argumentos poderia ser apresentada para sustentar que juízes são melhores que os demais atores políticos na busca por tais decisões, e é bastante fácil perceber o apelo que esses argumentos produzem entre aqueles que engrandecem o controle judicial de constitucionalidade: identificados que são com os juízes, possivelmente frutos de um mesmo meio econômico-social e com a mesma educação e treinamento técnico, a chance de que seus próprios interesses sejam erigidos como a resposta moralmente correta sobe drasticamente quando a competência para encontrá-la é atribuição político-judicial, e não político-legislativa<sup>19</sup>.

Em segundo lugar, a formidável generalidade da perspectiva moral, em parcial oposição às normas jurídicas, bem como a indeterminada relação entre a moral atribuída ao direito, por um lado, e as convicções morais empiricamente identificáveis em uma sociedade, por outro, são capazes de produzir uma aparente camuflagem ao messiânico decisionismo judicial presente em tais argumentos. Ao assumir como pressuposto explícito que ninguém mais do que

<sup>17</sup> Ely, 2010: 78 (grifei).

<sup>18</sup> Segundo Ely, a “noção de que os valores genuínos do povo podem ser claramente decifrados por uma elite não democrática às vezes é chamada na literatura de *princípio de Führer*, e de fato foi Adolf Hitler quem disse: ‘Meu grande orgulho é que não conheço nenhum estadista no mundo que tenha maior direito que eu a dizer que é o representante de seu povo’” (2010: 90). Para um exemplo da utilização do *Princípio de Führer* no Brasil, cf. Ferreira Filho, 1972, argumentando que a única democracia possível na realidade “consiste no governo por uma minoria democrática, ou seja, por uma elite formada conforme a tendência democrática, renovada de acordo com o princípio democrático, imbuída do espírito democrático, voltada para o interesse popular: o bem comum” (p. 29).

<sup>19</sup> McConnel, 1997: 1269. Incisivas críticas ao elitismo epistemológico aqui analisado podem ser encontradas em Waldron, 2009, e Sadurski, 2009.

juízes possui a capacidade moral de argumentação e ao identificar como fator decisivo da interpretação jurídica o próprio entendimento pessoal do juiz sobre o conteúdo “objetivo” da moral social, essa corrente argumentativa parece tentar solver esse problema. Mas isso não é suficiente para desviá-la de uma encruzilhada ainda maior: a potencial imunização da atividade jurisprudencial perante a crítica democrática.

A inclusão da moral no direito [...] imuniza a atividade jurisprudencial perante a crítica a qual originalmente deveria estar sujeita. [...] *Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática.* No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito “superior” dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social<sup>20</sup>.

Ademais, a invocação de princípios ou valores morais superiores ao direito posto pode subsidiar a produção de decisões inusitadas, a partir das quais o âmbito de “proibições” legais passa a ser estendido arbitrariamente ao campo extrajurídico das esferas de liberdade. Nesse contexto, os espaços de liberdade individual transformar-se-iam em produtos casuísticos de decisões judiciais, já que somente *a posteriori* os cidadãos seriam capazes de identificar o profundamente incerto e vacilante “não permitido”<sup>21</sup>. Configuraria desatenção muito grave compreender essa objeção como simples janotismo teórico. A invasão moral nos tribunais apresenta profundas repercussões práticas, identificáveis, inclusive, no cotidiano de nosso Supremo Tribunal Federal. Marcelo Neves, a propósito, externando preocupações semelhantes às de Maus, chama a atenção para a maleabilidade da argumentação moral-principiológica de nossos Hércules, dentro da qual as mitigações são frequentes e a “exceção” pode converter-se em “regra”<sup>22</sup>.

Por fim, não é possível simplesmente desconsiderar um muito provável vício na autoatribuição circular de competências que uma tal proposta pode acarretar. A derivação de capacidades a partir de princípios genéricos que o próprio tribunal

<sup>20</sup> Maus, 2000: 186s (grifei).

<sup>21</sup> Maus, 2000: 189s.

<sup>22</sup> “Na jurisdição constitucional brasileira, [o] problema persistente em relação ao manuseio de princípios [...] reside no fato de que a decisão e os argumentos utilizados [...] tendem a limitar-se ao caso concreto *sub judice*, mas não oferecem critérios para que se reduza o ‘valor surpresa’ das decisões de futuros casos em que haja identidade jurídica dos fatos subjacentes. Dessa maneira, começa a história, novamente, a cada caso, ao sabor das novidades metodológicas e doutrinárias” (Neves, 2013: 199).



desenvolve e aplica em sua atividade de controle normativo pode acarretar um esfacelamento dos limites de competência inicialmente positivados. Em uma tal situação, o dissimulado decisionismo judicial parece ressurgir vigorosamente e, junto com ele, o dilema: *quem vigia os vigilantes?*

[O *Judiciário*] submete todas as outras instâncias políticas à Constituição por ele interpretada e aos princípios suprapositivos por ele afirmados, enquanto se libera ele próprio de qualquer vinculação às regras constitucionais. *Legibus solutus*: assim como o monarca absoluto de outrora, o tribunal que disponha de tal entendimento do conceito de Constituição encontra-se livre para tratar de litígios sociais como objetos cujo conteúdo já está previamente decidido na Constituição “corretamente interpretada”, podendo assim disfarçar o seu próprio decisionismo sob o manto de uma “ordem de valores” submetida à Constituição<sup>23</sup>.

Não menos ilustre que o argumento platônico segundo o qual a democracia é inimiga “da verdade” (ou da resposta moral correta, ou dos valores a serem preservados etc.), exposto e criticado aqui, é a alegação de que a democracia é inimiga dos direitos fundamentais, que analisarei no próximo item.

## A REVISÃO JUDICIAL EVITA A TIRANIA DA MAIORIA?

362

Com base no elitismo epistemológico indicado anteriormente, outros autores flertam com a compreensão dos direitos como trunfos políticos do ideal constitucionalista, caracterização também proposta por Dworkin<sup>24</sup>. Uma vontade popular majoritária sem freios contramajoritários “equivale à *volonté générale*, a vontade geral absoluta propugnada por Rousseau, que se revelaria, na verdade, em uma ditadura permanente”<sup>25</sup>. Esse é um bom resumo do argumento. A partir dessa

---

<sup>23</sup> Maus, 2000: 191s. Na jurisprudência brasileira, os exemplos mais notórios desse vício podem ser encontrados nas ADI 926 e 939, em que o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que uma emenda constitucional pretensa ou efetivamente violadora da constituição estaria sujeita ao seu controle. Não é demais ressaltar que constituição capacita o STF a processar e julgar ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade de *lei ou ato normativo* federal ou estadual, e que “extrair dessa expressão a competência para julgar a constitucionalidade de emendas constitucionais parece razoável desvio daquilo que o constituinte originário lhe reservou” (Mendes, C. H., 2008a: 146). Cf., também, Mendes, C. H., 2005. Também aqui a “lógica” dos argumentos apresentados pelo Supremo poderia servir como justificativa, e, nesse caso, também aqui haverá a confusão entre um problema prático e um problema lógico.

<sup>24</sup> Dworkin, 2010: XV. Retomo essa caracterização no item 4.

<sup>25</sup> Streck, 2004: 274. Para uma crítica a essa leitura convencional de Rousseau, cf. Bobbio, 1988, argumentando que, muito embora Rousseau tenha levado o princípio da vontade geral ao ponto de desconhecer a necessidade de limitar o poder do Estado, “atribuir a ele a paternidade da ‘democracia totalitária’ é uma polêmica tão generalizada quanto errônea” (p. 9).

poderosa imagem, procura-se oferecer o controle judicial de constitucionalidade como uma saída à bastante conhecida preocupação segundo a qual os procedimentos Legislativos podem veicular uma tirania da maioria, entregando ao Judiciário a tarefa de encerrar qualquer jogo político tendente a sacrificar tais direitos com base no número de votos. Afinal, a “experiência histórica de diferentes países parece confirmar que os eventuais detentores de poder, inclusive o legislador, não são infalíveis e sucumbem, não raras vezes, à tentação do abuso de poder e da perversão ideológica”, experiência essa que legitimaria “o desenvolvimento e a consolidação, em diferentes sistemas jurídicos, de institutos como o direito à proteção judiciária e o controle de constitucionalidade das leis”<sup>26</sup>.

Ora, há aqui o mesmo erro presente no apego aos valores do item anterior. Tanto quanto os valores morais, os direitos não são uma exceção à necessidade de autoridade na política. Pessoas discordam sobre direitos em pelo menos três níveis complementares. Em primeiro lugar, há desacordo sobre o que seja um direito. Em segundo, sobre quais direitos possuímos. E por fim, há desacordo sobre o que o improvável consenso sobre quais direitos possuímos acarreta quando sua aplicação é o centro do problema. Nesse contexto, conceber os direitos como trunfos não oferece uma resposta para a complexa questão sobre quais cartas estão disponíveis e quais naipes valem mais que outros. Pelo contrário. Aparece como um mistério, conseqüentemente, que alguns autores pensem nos direitos como se, de alguma forma, eles estivessem fora da disputa entre concepções radicalmente opostas e incongruentes.

Se dizemos que a função dos direitos é impor-se como “trunfos” sobre as decisões majoritárias, deveríamos ser conscientes de que as pessoas discordam sobre quais direitos temos e oferecer alguma base que permita superar tais desacordos e determinar algo que seja suscetível de triunfar<sup>27</sup>.

Entregar a um conjunto de juízes não eleitos e irresponsáveis perante o povo a missão de sanar tais desacordos pode ser defendido como uma base capaz de identificar esse “algo que deve triunfar”. Nesse caso, porém, o problema exsuriria do fundamento utilizado para justificar essa transferência: a tirania da maioria. Abordagens substancialistas como as analisadas nesse item assumem como necessária uma suposta conexão entre decisão majoritária em matéria de

<sup>26</sup> Mendes, Gilmar F., 1999: 32.

<sup>27</sup> Waldron, 2004: 12 (minha tradução). Acentuando o cinismo da constatação de Hobbes, Waldron continua o argumento da seguinte maneira: “We cannot play trumps if we disagree about the suits. Or if we do, we are open to what I regard as the unanswerable cynicism of Thomas Hobbes [...]: for people to demand that we treat *their* theory of rights as the one that is to prevail is ‘as intolerable in the society of men, as it is in play after trump is turned, to use for trump on every occasion, that suite whereof they have most in their hand’”.

direitos e tirania da maioria e, de atropelo, apresentam como remédio algum procedimento “contramajoritário”, como o controle judicial de constitucionalidade<sup>28</sup>. Teóricos substancialistas têm razão em pensar que uma maioria totalmente livre para agir é uma coisa perigosíssima. Como aponta John Hart Ely, porém, é preciso fazer um grande “salto lógico para passar dessa ideia à conclusão de que a imposição de uma ‘constituição não escrita’ por parte de autoridades não eleitas seja a resposta adequada *numa república democrática*”<sup>29</sup>. Tamanho o impulso necessário para um salto como esse que alguns pequenos, mas decisivos, *detalhes* acabam perdendo-se de vista. Entre eles, há um em especial cuja escamoteação parece profundamente ultrajante.

Quando os cidadãos ou seus representantes discordam sobre quais direitos temos ou sobre o que eles acarretam, afirmar que esse desacordo não pode ser superado por procedimentos majoritários e que essa tarefa deve ser entregue a um pequeno grupo de juízes parece quase um insulto. Resulta particularmente insultante quando descobrimos que os juízes discordam entre si exatamente sobre os mesmos pontos sobre os quais discordam os cidadãos e seus representantes, e que *também os juízes tomam suas decisões por votação majoritária*<sup>30</sup>.

Não há muito tempo, o Supremo Tribunal Federal ofereceu uma das mais tragicômicas amostras desse detalhe perdido. Como é sabido, o art. 16 da Constituição estabelece que a lei que *alterar o processo eleitoral* entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência. Também é verdade, porém, que a leitura em voz alta desse artigo não é suficiente para saber se a Lei Complementar n. 135, de 4 de junho de 2010, alterou ou não o processo eleitoral. Um dos *cidadãos* integrantes da Corte argumentou que sim, a referida lei modificava o processo eleitoral e, portanto, não poderia ser aplicada às eleições realizadas em 2010, sob pena de se desrespeitarem direitos. Em sua sustentação, perceptivelmente apaixonada, a despeito do que previam os velhos Federalistas, propugnava que, em uma democracia constitucional, não há povo soberano e tampouco Legislativo soberano, sem, ao que parece, perceber a implícita avocação de soberania que seu raciocínio acarretava.

<sup>28</sup> Para uma crítica à falácia da tirania necessária, cf. Waldron, 2006.

<sup>29</sup> Ely, 2010: 12s (grifei).

<sup>30</sup> Waldron, 2004: 15 (grifei, minha tradução). Em outro trabalho, esse argumento é rearticulado da seguinte maneira: “Estamos todos familiarizados com a maneira como a arbitrariedade da decisão majoritária no parlamento ou no congresso é citada como uma maneira de realçar a legitimidade das cartas de direitos e da revisão judicial. No fim, naturalmente, é uma estratégia sem esperança para os oponentes do majoritarismo. Os próprios tribunais [...] são, invariavelmente, corpos de múltiplos membros que geralmente discordam entre si, mesmo após deliberação. (Talvez *especialmente* após deliberação!). E, quando discordam, também eles tomam suas decisões por meio de votação e decisão majoritária. Cinco votos derrotam quatro no Supremo Tribunal dos Estados Unidos” (Waldron, 2003: 156).

Depois de *mais de dez horas* de deliberação, quatro outros *cidadãos* aderiram a essa opinião. Outros cinco, não. Como resultado desse cinco a cinco, seguiram-se outras tantas horas de uma grotesca confirmação do óbvio: o Judiciário também decide mediante votação majoritária. Posteriormente, com a indicação de mais um *cidadão* que, como se viu, integrou o grupo do “sim, a lei altera o processo eleitoral”, os seis *cidadãos* que formaram maioria no Supremo Tribunal Federal acabaram por contrariar a opinião de cerca de 412 deputados federais, 76 senadores e mais de 2 milhões de outros *cidadãos*.

A dificuldade em se justificar esse tipo de sobreposição é gigantesca. Direitos não podem ser tratados como verdades conhecíveis objetivamente, mediante as quais o procedimento democrático de tomada de decisões políticas possa ser imparcialmente testado e, ocasionalmente, provado defeituoso. Com bastante pertinência, Jeffrey Goldsworthy argumenta que nem sempre uma maioria estará certa, mas que nem sempre ela estará errada também, e a fatalidade dessa observação decorre de uma constatação necessária: não há nenhum método imparcial capaz de demonstrar quando ela está certa e quando ela está errada. Nesse sentido, aqueles que criticam alguma lei estatuída mediante procedimentos democráticos por violar determinado direito estão expressando um ponto de vista parcial já analisado e rejeitado na própria arena democrática. Consequentemente, permitir que um tribunal invalide tal lei significa autorizar a substituição de um ponto de vista parcial e majoritário por um também parcial ponto de vista, mas minoritário – e isso tudo *mediante votação majoritária*<sup>31</sup>.

Se, afastada a crença na superioridade da argumentação judicial (item 2), a única diferença identificável, quando desacordos sobre direitos são deslocados da legislatura para o tribunal, é uma diferença entre *grupos* constituintes da decisão, e não entre *métodos* de decisão, a promessa de um remédio contra a tirania da maioria oferecida aqui passa a ser, no mínimo, contestável: se a votação majoritária produz arbitrariedades e tiranias, grande parte do direito constitucional mundial é arbitrário e tirânico.

Essa interpelação pode ser derivada da resposta que Daniel Farber e Philip Frickey ofereceram ao *teorema de Arrow*. Kenneth Arrow procurou demonstrar que a premissa majoritária pode levar a resultados contra os quais se posiciona a maioria dos cidadãos. Conhecidos como *ciclos de votação*, esses resultados infringiriam o princípio da transitividade, já que poderiam ser estabelecidos de antemão por qualquer pessoa que, conhecendo a preferência dos votantes, controlasse a ordem da votação. Ademais, mesmo que tais resultados não fossem diretamente manipulados pelo definidor da pauta, eles não deixariam de ser arbitrários, pois, caso as alternativas tivessem sido enfrentadas em ordem diversa,

---

<sup>31</sup> Goldsworthy, 2001: 79.

o resultado teria sido diferente. Sem negá-lo diretamente, Farber e Frickey argumentam que a questão não enfrentada por Arrow é “*comparado a quê?*”. Se caos, tirania e incoerência são os resultados inevitáveis da votação majoritária, os tribunais (invariavelmente compostos por membros que decidem por votação majoritária) vão igualmente à bancarrota, e se aceitarmos a tese para as legislaturas, ficamos sem ter para onde nos voltar<sup>32</sup>.

Embora bastante instigante, um estudo aprofundado sobre o *teorema de Arrow* demandaria a interpretação de uma pesada literatura secundária, o que fugiria por completo da proposta deste artigo. Para seguir adiante sem desperdiçar mais espaço, assumo como correto o contra-argumento apresentado por Ian Shapiro, para quem não haveria razão para acreditar que o Legislativo esteja mais exposto que o Judiciário à possibilidade de resultados arbitrários, incoerentes ou manipulados. Ao contrário, tudo leva a crer que a possibilidade de os tribunais

passarem por ciclos é pelo menos igual à legislatura, e talvez estejam até mais sujeitos à manipulação. Os juízes que presidem os tribunais, sobre cuja pauta e ordem de encaminhamento das questões eles exercem um considerável controle, conhecem bem as posições de seus colegas, porque julgam muitos casos estritamente relacionados entre si e a renovação de pessoal é paulatina e lenta<sup>33</sup>.

## REVISÃO JUDICIAL, DESDE QUE ASSEGURE VALORES ESSENCIAIS AO REGIME DEMOCRÁTICO E/OU EVITE A TIRANIA DA MAIORIA?

Embora me pareça inegável a influência de Ronald Dworkin nos autores de teoria constitucional tratados até o momento, há uma faceta de seus argumentos estrategicamente não trabalhada por eles. Para Dworkin, a democracia seria um esquema de governo incompleto do ponto de vista procedimental: ela não poderia prescrever os processos a partir dos quais seria possível saber se as condições que ela exige para os processos que efetivamente prescreve são atendidas. Um regime verdadeiramente democrático<sup>34</sup> não se contentaria com arranjos formais, com a mera participação. Ele exigiria a caracterização de uma comunidade política

<sup>32</sup> Farber/Frickey, 1991: 55.

<sup>33</sup> Shapiro, 2006: 272.

<sup>34</sup> A recorrente caracterização dicotômica (melhor/pior, verdadeiro/falso, bom/ruim, etc.) bem como a reaproximação entre direito e moral a partir da valorização dos princípios como fonte de direito sugerem uma adesão por parte de Dworkin, ainda que implícita e incompleta, ao modelo jusnaturalista. Cf., a respeito, Gabel, 1977, e Richards, 1977. Como argumenta Marcello Neves, porém, não se pode perder de vista que em Dworkin “os princípios jurídicos apoiam-se na moralidade de uma determinada comunidade política e surgem e transformam-se no processo histórico” (2013: 54), o que enfraqueceria a possibilidade dessa ligação.

que observe determinadas condições democráticas e, como consequência, que trate seus membros com a mesma consideração e respeito. Em suma, democracia genuína, para Dworkin, exige associação entre forma e conteúdo. E para obtê-la, ele não vê outra opção senão usar um *cálculo de resultados*.

A melhor estrutura institucional é aquela que produz as melhores respostas para a pergunta (de caráter essencialmente moral) de quais são efetivamente as condições democráticas e que melhor garante uma obediência estável a essas condições<sup>35</sup>.

Com essa passagem, Dworkin retoma a distinção princípio/política introduzida no debate travado com Hart, aprimorando-a<sup>36</sup>. Existiriam duas classes de decisões políticas: as *sensíveis* e as *insensíveis à escolha*. Questões sensíveis à escolha seriam aquelas cuja solução, para ser correta, depende exclusivamente do caráter e da distribuição de preferências dentro da comunidade política. Decidir sobre investir algum fundo disponível na construção de uma estrada, de um hospital ou de uma praça esportiva, por exemplo, seria uma questão de escolha sensível. Por outro lado, decidir sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo, a descriminalização do aborto ou a pesquisa com células-tronco embrionárias seriam questões tipicamente insensíveis à escolha. Como tais, a proposição de uma resposta considerada correta independe da distribuição de preferências dentro da comunidade, e os argumentos contra ou a favor a quaisquer dessas questões seriam igualmente fortes em uma comunidade em que o povo aprova ou reprova, em sua maioria, tais argumentos. Evidentemente, haverá discordância sobre quais questões são sensíveis à escolha e quais são insensíveis. Não faria sentido, porém, que determinada questão insensível à escolha fosse considerada como tal apenas se uma maioria assim o dissesse. Consequentemente, “a questão de segunda ordem de se qualquer questão de primeira ordem é sensível ou insensível à escolha é, em si, insensível a esta”<sup>37</sup>.

A partir dessa distinção, Dworkin argumenta que uma democracia minimamente operante seria inviabilizada por qualquer mudança constitucional que concedesse a um grupo de juízes não eleitos o poder de derrubar *toda* decisão política que lhes parecesse “incorreta”. Questões sensíveis à escolha, por dependerem da distribuição de preferências dentro da comunidade política, não podem sofrer esse tipo de intervenção. Ainda que os juízes sempre “melhorassem” a decisão rejeitada, existiria uma injustificável perda de autogoverno que não poderia ser compensada pelo mérito ou “acerto” das decisões judiciais. Respostas

<sup>35</sup> Dworkin, 2006: 52.

<sup>36</sup> Cf. Hart, 2009, especialmente o “pós-escrito”. Sobre a distinção princípio/política, cf. Dworkin, 2010: 36ss.

<sup>37</sup> Dworkin, 2005: 281s.

corretas para questões de escolha sensível *invariavelmente* serão as que uma maioria indicar. Esse seria o contexto em que a mera participação esgota seu complexo ideal de democracia constitucional.

Situação diversa se dá com questões insensíveis à escolha. Nesse departamento, o aspecto quantitativo do processo de participação cederia espaço à qualidade das decisões políticas. Essa passagem reflete o ponto de discrepância entre democracia comunitária integrada (ou democracia constitucional) e a democracia meramente majoritária<sup>38</sup>. A democracia constitucional defendida por Dworkin apoia a utilização de procedimentos “não majoritários” em ocasiões em que tais procedimentos possam promover as condições democráticas, e o faz sem admitir nenhuma espécie de arrependimento moral. A razão para tal apoio deriva dessa releitura da dicotomia princípio/política. Boas respostas para questões políticas insensíveis poderiam ser obtidas independentemente do procedimento adotado. Se forem alcançadas por votação majoritária legislativa, devem prevalecer *porque são corretas*, e não porque espelham a vontade de uma maioria. O que dizer, porém, quando a votação majoritária produzir uma resposta incorreta?

Com essa questão, Dworkin especifica o vínculo entre o referido cálculo de resultados e o papel do Poder Judiciário em uma democracia constitucional. Para compreendê-lo, ele pede que imaginemos a seguinte situação: (i) o Legislativo aprova uma lei que considera crime a queima da bandeira nacional em sinal de protesto; (ii) tal lei é contestada como inconstitucional na Corte Suprema sob a acusação de restringir a liberdade de manifestação; (iii) o tribunal aceita a acusação e derruba a lei. Como avaliar essa decisão? Seria ela legítima ou, ao menos, justificável? Para os críticos do controle judicial de constitucionalidade, não. Para Dworkin, *depende*.

Se a decisão estiver correta, não se poderia concebê-la como antidemocrática em nenhum sentido coerente. Se, de fato, a lei contraria as condições democráticas estabelecidas na Constituição, declará-la inconstitucional faz prevalecer a democracia, além de torná-la melhor. Nesse caso, nenhum cidadão teria ficado em pior situação em qualquer dimensão dos valores políticos democráticos. Se o poder Judiciário não tivesse cumprido o papel de guardião dos direitos morais, vale dizer, se não tivesse sacado o trunfo político que condiciona a existência de uma democracia verdadeira e a lei continuasse em vigor, todos os cidadãos estariam em pior situação em qualquer das dimensões democráticas, e seria uma perversão injustificável compreender isso como uma vitória do ideal democrático. Quando o Judiciário intervém na busca por soluções corretas para questões insensíveis, a velha arenga da falta de representatividade popular não poderia

<sup>38</sup> Cf., a propósito, Dworkin, 1990 e 2006: 1ss.

mais ser levantada. O fórum do princípio, segundo Dworkin, compõe a instância máxima da democracia comunitária integrada. Juízes são representantes do povo, mas do “povo ele mesmo”, um ente coletivo, etéreo, distinto do “povinho” real, palpável.

Democracia verdadeira imporia a observância de um conteúdo mínimo de justiça: as condições democráticas. Quando em pauta questões insensíveis à escolha, nenhum procedimento seria justo ou injusto *per se*. Votação majoritária legislativa e revisão judicial serão justas ou injustas de acordo com o produto final de tais procedimentos (*output*). Nesse contexto, não interessaria *quem* decide, mas *como se decide*. Como consequência, porém, *se* a decisão da Corte estiver errada, todo o argumento exposto até aqui desaba. *Se* a lei que proíbe a queima da bandeira efetivamente favorece aquele conteúdo mínimo de justiça, declará-la inconstitucional prejudica a democracia e coloca em uma situação pior todos os cidadãos. Seria justificável, diante dessa possibilidade, impedir que o fórum do princípio assumira a liderança na busca por respostas corretas para questões insensíveis? Dworkin acredita que não.

A democracia de fato fica prejudicada quando um tribunal dotado de autoridade toma a decisão errada a respeito das exigências das condições democráticas – mas não fica mais prejudicada do que quando uma legislatura majoritária toma uma decisão constitucional errada que continua de pé. A possibilidade de erro é simétrica. Assim, a premissa majoritária é confusa e deve ser abandonada<sup>39</sup>.

A despeito desse final categórico, Dworkin condiciona a legitimidade do controle judicial de constitucionalidade à apresentação de respostas corretas. Como ponto positivo, a defesa que ele faz desse instituto supera repostas apresadas como as apresentadas nos dois itens anteriores (“é legítimo *porque* protege direitos, ou valores, ou evita a tirania etc.”). Como ponto negativo, todavia, a expressão condicional de argumentos imposta pelo teste de resultados obriga Dworkin a defendê-lo não propriamente como uma *tese*, mas como simples *hipótese*, em seu sentido literal: uma tese fraca<sup>40</sup>.

Ora, também aqui, ao basear a legitimidade do controle judicial de constitucionalidade no acerto das decisões judiciais, Dworkin tangencia o erro presente na caracterização dos direitos como trunfos. Afinal, uma lei que criminalize a queima da bandeira nacional ofende ou não as condições democráticas, contraria ou não aquele “algo que deve triunfar”? Responder “depende”, nesse caso, equivale a não responder coisa alguma. Uma cidadania que discorda sobre direitos discordará sobre o acerto ou justiça de qualquer decisão política baseada na interpretação

<sup>39</sup> Dworkin, 2006: 50.

<sup>40</sup> Dworkin, 2006: 51.



desses direitos, seja ela legislativa ou judicial, e esse dado reflete a impossibilidade de se demonstrar a condição de legitimidade estabelecida por Dworkin e, como dito, estrategicamente desconsiderada pela teoria constitucional nacional. Bem sintetizado por Conrado Hübner Mendes, o argumento é o seguinte:

[...] se não pode haver resposta teórico-normativa para questão empírico-descritiva, e se “respeitar direitos”, condição de legitimidade da revisão judicial [...], é questão empírica (substantiva, não meramente procedimental), a teoria constitucional tem o ônus de demonstrar que o Judiciário “respeita direitos”. Mesmo que perseguisse este propósito e lançasse mão de análises de jurisprudência para avaliar a correção das decisões, como o fez Dworkin, esta busca seria pouco frutífera para justificar a revisão judicial, uma vez que *o respeito a direitos não se prova de maneira incontroversa*<sup>41</sup>.

Também aqui, poder-se-ia defender a caracterização do Judiciário como o órgão identificador dessa posição única, e também aqui o problema exsurgiria do fundamento utilizado para justificar essa opção. Quando argumenta que, em um regime verdadeiramente democrático, não importa *quem* decide, mas apenas *como* se decidem questões insensíveis à escolha, Dworkin barateia a enorme diferença que há entre decidir uma questão política *sobre condições democráticas* e decidir uma questão política sobre condições democráticas *por meios democráticos* e, com isso, inverte a própria ordem de prioridades que caracteriza uma democracia.

370

Em outras palavras, é precisamente porque a questão “quem decide?” importa pelo menos tanto quanto a questão “como se decide?”, que um regime democrático pode ser diferenciado de uma monarquia ou de uma aristocracia, seja ela judicial ou não. Nossas preocupações sobre o caráter democrático ou não democrático de um procedimento político de decisão não se esvaem simplesmente porque o referido procedimento está sendo utilizado para solucionar uma questão sobre a natureza de um regime democrático. Consequentemente, e de maneira inevitável, *há* algo que se perde, desde uma perspectiva democrática, quando um reduzido número de pessoas não eleitas e irresponsáveis politicamente decide, em última e inapelável instância, sobre o que uma democracia requer<sup>42</sup>. Se decide de maneira correta, seja lá o que isso queira dizer<sup>43</sup>, haverá

<sup>41</sup> Mendes, Conrado H., 2008b: 9s (grifei).

<sup>42</sup> O que se perde, afinal? Essa é uma questão que não será completamente explorada nesse artigo. Posso afirmar, porém, que toda declaração de inconstitucionalidade (dificuldade contra-majoritária) ou de constitucionalidade (paternalismo judicial) pressupõe o desrespeito a um *direito* fundamental: a participação. Cf., a propósito, Waldron, 2004: 232ss.

<sup>43</sup> Lênio Luiz Streck talvez seja, entre os brasileiros, o maior defensor da existência daquilo que ele chama de *a* resposta correta (constitucionalmente adequada). Cf., entre outros trabalhos, Streck, 2010. Não compartilho dessa crença, ao menos por duas razões interligadas. Em

algum ganho para compensar essa perda – o que, porém, *não equivale a não existir perda alguma*<sup>44</sup>.

## A REVISÃO JUDICIAL BARRA O TERROR?

Em geral acompanhado de barbaridades históricas, esse é um argumento particularmente problemático em favor do controle judicial de constitucionalidade. Diz-se, nesse contexto, que a “experiência nazista aponta-nos que a simples regra da maioria não é suficiente para assegurar uma associação política baseada na igualdade e autonomia dos indivíduos”<sup>45</sup>. Afinal,

[...] como se viu em passado recente, quando fascistas e nazistas, ascendendo ao poder pelos caminhos que as instituições democráticas lhes franquearam, prontamente se puseram a desacatar essas coisas pequeno-burguesas e atentar contra os direitos individuais e as liberdades públicas, em cumprimento, talvez, ao *destino trágico* do Estado de Direito, que, por mor estrita coerência com os seus princípios, é obrigado a admitir a autodestruição, se essa for a vontade do povo, a quem não se pode impor que viva em liberdade se *livremente* ele se decidir a perdê-la. [...] [S]ob essa perspectiva de coerência suicida, o valor do Estado de Direito será o da sua tragédia: suprimir-se a si próprio, nisso consistindo a sua grandeza e também a sua miséria<sup>46</sup>.

371

---

primeiro lugar, pela impossibilidade de conciliá-la com qualquer projeto normativo de democracia minimamente desejoso de se desvincular daquele segredinho sujo. Afinal, o que poderia significar “a resposta correta” (ainda que não seja a melhor ou a única, como paradoxalmente pretende o autor) em um contexto de insuperável desacordo (*dissenso*, não *consenso*!), senão uma afronta ao pluralismo, base estruturante da ideia de “compartir” presente no direito fundamental à participação? Em segundo lugar, desde a radical ruptura paradigmática produzida pela filosofia nietzschiana, é cada vez mais insustentável a existência de *algo em si*. Ora, “há muitos olhos. Também a esfinge tem olhos; consequentemente, há muitas verdades e, consequentemente, não há nenhuma verdade” (Nietzsche, 2008: 282). Se não há fenômenos morais (e não há), mas apenas uma interpretação moral desses fenômenos, não há, igualmente, fenômenos jurídicos (tampouco fenômenos jurídicos corretos), mas apenas uma interpretação jurídica (que se pretende correta) de tais fenômenos. “E se existem apenas perspectivas sobre a verdade”, assevera Paulo Queiroz, “não existe, por conseguinte, a verdade; consequentemente, não existe a resposta constitucionalmente adequada (ou correta etc.), mas apenas perspectivas sobre a resposta constitucionalmente adequada. A resposta constitucionalmente adequada/correta é uma ficção inútil, portanto. Porque o que quer que possa ser pensado, como quer que seja pensado, por quem quer que seja pensado, sempre poderá ser pensado de diversas outras formas e, por isso, conduzir a resultados diversos. Dito de outro modo: [...] o correto e o incorreto não são qualidades daquilo que designamos como tal, mas uma relação (interação) entre o sujeito e a coisa assim designada. Consequentemente, nada existe de [...] correto em si mesmo, mas apenas perspectivas sobre a [...] correção” (2013: 123s).

<sup>44</sup> Waldron, 2004: 293s.

<sup>45</sup> Viera, 1999: 113.

<sup>46</sup> Coelho, 2011: 9.

Em sua empreitada procedimentalista, John Hart Ely fora o principal alvo desse conhecido ataque substancialista<sup>47</sup>. “Ora”, poder-se-ia argumentar, “negar a possibilidade de controle judicial de constitucionalidade significa que os tribunais deveriam confirmar a constitucionalidade de uma lei que \_\_\_\_\_!”. O preenchimento dessa lacuna costuma apelar ao terror para ser convincente. Depois do Holocausto, argumenta Michel Perry de modo ilustrativo, é praticamente impossível defender a tese de que o processo Legislativo é um valor maior do que o conteúdo das leis<sup>48</sup>.

Embora o que esteja em jogo não seja, propriamente, a aceitação ou rejeição da tese cética criticada por Perry, mas a aceitação ou rejeição de um modelo de tomada de decisões políticas que não vê contradição entre ser politicamente liberal (ou conservador ou qualquer outra coisa que o valha) e, ao mesmo tempo, sustentar, em virtude do respeito pelo procedimento democrático, que tribunais não deveriam intervir nos juízos de valor do Legislativo<sup>49</sup>, há uma gigantesca diferença entre liberalismo ou conservadorismo políticos (sejam quais forem os seus contornos) e o antisemitismo alemão capitaneado por Hitler, e é *essa* diferença que parece fazer a crítica de Perry tão atraente. “Ora”, poder-se-ia continuar o argumento, “isso significa que, impossibilitados de rever qualquer decisão política, os tribunais deveriam confirmar a constitucionalidade do Holocausto!”. Há uma resposta curta para essa objeção, efetivamente apresentada por Ely, e outra um pouco mais longa, que acredito implícita em seu argumento. Concentro-me nesta última.

Não basta responder que o Holocausto não poderia acontecer nesse país. Podemos rezar e pedir que isso nunca ocorra. Acredito que não seja possível, mas ainda assim temos de planejar nossas instituições baseando-nos na premissa de [que] essa catástrofe é uma possibilidade (*seja qual for a barreira oposta por qualquer teoria constitucional a tal situação*)<sup>50</sup>.

A cursiva presente nessa citação permite entrever o tom da resposta mais longa. Ao menos por duas razões, o ressuscitamento cotidiano de Hitler pela

---

<sup>47</sup> É bom que se diga que a crítica que faço *a partir de* John Hart Ely não implica minha concordância com seu modelo “estritamente” procedimentalista de controle judicial de constitucionalidade. Para uma crítica à pretensamente pura separação forma/conteúdo em Ely, cf. Tribe, 1980.

<sup>48</sup> “Surely the skeptical view that the process of policymaking is a higher value than the content of policymaking is a difficult position to defend in this post-Holocaustal age. I share Professor Levinson’s view in this regard: ‘[Paeans] to law as the ‘value of values’, where the specific content of values is left undefined, [are] [...] symptomatic of our contemporary intellectual bankruptcy’” (Perry, 1978: 1216s).

<sup>49</sup> Ely, 2010: 95.

<sup>50</sup> Ely, 2010: 244.

teoria constitucional contemporânea é, em sua essência, uma estratégia vã, uma retórica vazia. Em primeiro lugar, porque há um problema lógico nessa preocupante ritualística, já indicado anteriormente como a falácia da tirania necessária<sup>51</sup>. A relação revisão judicial/proteção de direitos não é algo tão direto e evidente como pressupõe grande parte da teoria constitucional brasileira. Direitos são mais bem protegidos no Brasil do que no Reino Unido, nos Estados Unidos do que na Holanda? Como observa Wojciech Sadurski, qualquer comparação que se intente fazer correrá o grave e óbvio risco de tirar conclusões precipitadas e ilegítimas sobre o efetivo papel do controle judicial de constitucionalidade na proteção de direitos. Tais conclusões poderiam ser consideradas legítimas *se todos os outros dados fossem iguais* e a única variável fosse a adoção ou não da revisão judicial. O *ceteris paribus*, porém, não pode ser alcançado entre duas experiências diversas e, conseqüentemente, não há igualdade possível no “tudo o mais”, de modo que os variáveis fatores de desigualdade afetam profundamente o nível de proteção de direitos em cada uma das culturas confrontadas<sup>52</sup>. Como sugere Mark Tushnet, em termos mais simples, um mundo sem revisão judicial pode, certamente, assemelhar-se à Rússia stalinista ou à Alemanha nazista, *tanto quanto*, porém, ao Reino Unido ou à Holanda contemporâneos<sup>53</sup>.

Não desconheço que um teórico substancialista pode depurar a crítica de Perry, preservando-lhe o caráter atrativo. O que se acentua, diria ele, não é a conexão entre a inexistência de controle judicial de constitucionalidade e o Holocausto, mas a possibilidade de apor obstáculos à insanidade coletiva, capazes de evitar a utilização de mecanismos democráticos para fins tão medonhos. Dessa reformulação, porém, derivaria a segunda razão pela qual o apelo ao terror não pode servir como justificativa à revisão judicial. Estaríamos *de fato* convencidos de que um tribunal capacitado a controlar a constitucionalidade de atos políticos poderia impedir a ascensão de Hitler?

Como indica Fernando Atria, há uma maneira menos cínica – e mais convincente – de expressar esse contra-argumento: o direito não pode proteger quando o direito está suspenso<sup>54</sup>. Os tribunais não foram desenhados para *barrar* o terror, e, quando o terror emerge, ou eles são *cooptados* ou são *calados*. Invariavelmente. Na recente e militarizada história do Supremo Tribunal Federal brasileiro (1964/1988), vários ministros poderiam exemplificar essas duas possibilidades. Veja por si mesmo. Ou mantenha os olhos na própria

<sup>51</sup> Cf. *supra*, nota 29.

<sup>52</sup> Sadurski, 2002: 275s.

<sup>53</sup> Dito de outra maneira, “we do not have to have a court that will strike down laws – a court with the power of judicial review – to have a vibrant language of fundamental rights available to us” (Tushnet, 2000: 168).

<sup>54</sup> Atria, 2003: 323.

Alemanha da década de 1930/1940 e lembre-se de que o *Führer* teve seu próprio constitucionalista.

Quando dissecados, portanto, os argumentos que apelam ao terror para justificar o controle judicial de constitucionalidade podem subsidiar uma interpelação bastante rigorosa: a revisão judicial é desnecessária em um regime de normalidade democrática e inútil em um estado de exceção.

### AFINAL, O QUE É REVISÃO JUDICIAL?

Política envolve princípios, tanto quanto regras procedimentais a partir das quais políticas concretas são especificadas. O processo político não é capaz de mitigar o senso crítico dos cidadãos sobre quais direitos temos ou deveríamos ter, tampouco superar a existência de profundos desacordos sobre seus próprios resultados. Todavia, dada a inevitabilidade desses desacordos, a resolução dessas questões controvertidas depende de uma intrincada rede de procedimentos aptos a definir, além de objetivos sociais, o conteúdo e a distribuição dos direitos que os cidadãos possuem.

Dado que as pessoas sustentam diferentes concepções sobre os direitos, e que temos que chegar a um acordo e fazer valer uma concepção comum, devemos perguntar: “Quem deve ter o poder de tomar decisões [...] sobre as questões práticas que as teorias dos direitos pretendem resolver?”<sup>55</sup>.

374

Ao menos duas alternativas podem ser apresentadas. Uma delas consiste em afirmar que os sujeitos de direitos cujas relações serão reguladas por tais decisões devem ter o poder para decidir diretamente entre si ou mediante complexos mecanismos de representação legislativa, por meio do debate, deliberação e voto. A outra possibilidade seria um sistema igualmente complexo, qualificado pelo sobrepeso atribuído aos votos de um pequeno grupo de juízes capacitados a derubar decisões coletivas tomadas diretamente pelos portadores de direitos ou por seus representantes. Sejam quais forem os argumentos utilizados para fundamentar a adoção de quaisquer dessas opções, é de fundamental importância perceber que o modelo de supremacia judicial não oferece uma alternativa ao desacordo, tampouco à tríade “debate, deliberação e voto”<sup>56</sup>. Instituições políticas devem ser descritas de maneira *procedimental*, e não há como fugir dessa exigência. O que está em jogo, portanto, não é a substituição de um procedimento majoritário por outro não majoritário, mas de um procedimento majoritário direta ou indireta-

---

<sup>55</sup> Waldron, 2004: 243s.

<sup>56</sup> Waldron, 2002: 7.

mente conduzido por milhões de portadores de direitos por outro procedimento majoritário conduzido por 11 integrantes da Suprema Corte<sup>57</sup>.

A disputa pela última palavra entre Legislativo e Judiciário costuma ser conduzida *pela teoria constitucional* como um conflito entre duas tradições filosóficas divergentes: Locke, do seu lado, defensor de limites ao poder político, e Rousseau, pelo lado da teoria democrática, idealizador da noção de vontade geral ilimitada. Desconsidera-se, com essa polarização, a clássica reflexão hobbesiana: o poder soberano não poder ser impugnado pelo conteúdo de seus atos<sup>58</sup>. Decisões tomadas em sede de controle judicial de constitucionalidade não valem porque asseguram valores essenciais ao regime democrático, ou porque evitam a tirania da maioria ou barram o terror e, conseqüentemente, elas não deixam de valer quando não cumprem qualquer dessas metas. Todos esses objetivos são, evidentemente, louváveis, mas nenhum deles representa caminho efetivo algum para a compreensão do papel que um Judiciário dotado do poder de revisão judicial exerce, qual seja: *suplantar desacordos com autoridade*, independentemente do que qualquer teoria da justiça possa dizer sobre sua decisão, e seja ela “correta” ou “incorreta”. Como expõe Conrado Hübner Mendes:

“*Auctoritas, non veritas, facit legem*”. Quem decide por último? Essa é a pergunta que interessa à descrição procedimental, não o que se decide. Interessa a forma, não a substância. Se a decisão se legitimasse pelo seu conteúdo (se devêssemos obediência a ela pela sua substância), as pessoas que não concordassem com ela iriam desobedecer. Seria, na concepção hobbesiana, um retorno ao estado de natureza. Essa a descrição puramente hobbesiana do sistema constitucional: supremacia da Constituição é um *nonsense*, porque a supremacia não se define pelo apontamento de restrições substantivas (declarações de direitos, cláusulas pétreas etc), mas pelo procedimento, pela indicação da autoridade que deve decidir. Hobbes diria: há supremacia do Tribunal constitucional, não da Constituição. Não se deve descrever o controle de constitucionalidade de maneira idealista, pois ele não tem como assegurar a proteção da Constituição ou dos direitos. Simplesmente decide por último. É sob esse enfoque que deveríamos perguntar: e a democracia?<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> Waldron, 2003: 110s. Democracia e majoritarismo são conceitos que devem ser desagregados. Não há, de modo efetivo, nada de especialmente democrático em uma votação majoritária: democracia é um ideal político; votação majoritária é método de decisão. Conseqüentemente, “[i]nstead of talking impersonally about ‘the counter-majoritarian difficulty’, we should distinguish between a court’s deciding things by a majority, and lots and lots of ordinary men and women deciding things by a majority” (Waldron, 1993: 50).

<sup>58</sup> “This is one of Thomas Hobbes’s contributions to political philosophy: any theory that makes authority depend on the goodness of political outcomes is self-defeating, for it is precisely because people *disagree* about the goodness of outcomes that they need to set up and recognize an authority” (Waldron, 2004: 245).

<sup>59</sup> Mendes, Conrado H., 2008a: 100.

Além de “quem decide por último?”, “e a democracia?” seria outra pergunta fundamental para o desenvolvimento de qualquer teoria da autoridade. A relação entre direitos e democracia representa uma via de mão dupla, e o não reconhecimento dessa característica explicaria a explícita ou velada demanda por intervenção judicial no processo político. Nesse sentido, um teórico substancialista como Ronald Dworkin e seus adeptos não deveriam caracterizar os membros de uma maioria democrática como predadores egoístas e irresponsáveis, pois, assim fazendo, sucumbem a uma vergonhosa contradição. Por outro lado, teóricos constitucionais de alguma forma preocupados com a democracia, como John Hart Ely e seus seguidores, não deveriam aceitar a presunçosa indiferença de um procedimentalismo frente ao destino dos direitos individuais em um sistema de decisão majoritária, pois muitos desses direitos são baseados no respeito à capacidade moral individual que a própria democracia pressupõe e acarreta<sup>60</sup>.

376

Reconhecer que não há contradição entre direitos e democracia, todavia, não impõe a aceitação de uma estrutura institucional que atribua ao Judiciário a última palavra em questões sobre as quais discordamos, mas apenas que, seja qual for a objeção *democrática* lançada à revisão judicial, ela deve, concomitantemente, estar baseada em *direitos*. E esse não é um obstáculo de impossível superação. Muito pelo contrário. A maneira como a ideia de direitos emergiu no pensamento político moderno deveria servir como um lembrete de que os *portadores de direitos* foram originariamente concebidos como respeitáveis *idealizadores de direitos*, e não como meras vítimas em potencial, cujos interesses careceriam de proteção. Refletir sobre os direitos de uma pessoa, nesse sentido, não é a mesma coisa que refletir sobre a preservação de um prédio histórico. Quando argumentamos sobre os direitos de um indivíduo, é provável que esse indivíduo (o objeto da argumentação) possua um ponto de vista meditado sobre a matéria. Na medida em que o objetivo precípua de qualquer argumento sobre direitos relaciona-se ao respeito devido a esse indivíduo, torna-se impossível afirmar que essa argumentação toma a sério seus direitos se, concomitantemente, ignoramos qualquer coisa que ele tenha a dizer sobre a questão<sup>61</sup>. E ignorar (sobrepondo ou avalizando) o que determinado indivíduo tenha a dizer sobre uma questão é precisamente o que um tribunal dotado de autoridade para suplantar desacordos *via* revisão judicial faz.

O atrativo da participação como princípio da autoridade reside no fato de ser ela uma *solução democrática baseada em direitos* aos problemas do desacordo e da necessidade de coordenação, o que, todavia, não pressupõe uma concessão ao subjetivismo ou ao relativismo moral. Reconhecer a necessidade de uma au-

---

<sup>60</sup> Waldron, 2004: 282s.

<sup>61</sup> Waldron, 2004: 250.

toridade no âmbito da justiça, da política ou dos direitos e entregá-la aos cidadãos ou seus representantes não são uma decorrência do rechaço da objetividade nesses campos, mas uma reação justificável ante o fato de que, ainda que houvesse (e não há) isso que se chama “a resposta correta” para cada questão nessas áreas, seguiríamos discordando sobre qual seria ela<sup>62</sup>.

Teorias da autoridade (“quem decide?”) e teorias da justiça (“como se decide?”) exercem funções distintas, portanto, e, como consequência, não é necessário abandonar a esperança em reflexões edificadoras de *perspectivas substantivas pretensamente corretas*. Mecanismos institucionais de decisão coletiva precisam de *inputs*, vale dizer, a autoridade precisa de conselhos (ou de uma teoria de si mesma), e essa é a função de qualquer teoria da justiça: reflexionar sobre questões substantivas, sem ser dissuadida pela insuplantável existência de desacordos ou de teorias alternativas.

Não é possível, todavia, que qualquer perspectiva substantiva que se pretenda correta seja tomada como a teoria da autoridade de que necessitamos frente ao desacordo. Não basta, nesse sentido, que repitamos como um mantra “que direitos triunfem”, “que a verdadeira concepção prevaleça”, “que os valores essenciais sejam protegidos”, “que a tirania seja evitada”, “que a resposta correta seja alcançada” ou qualquer outra expressão vazia desse tipo. Seja qual for a teoria da autoridade indicada, ela deve oferecer alguma especificação capaz de superar a fonte original dos desacordos.

Frequentemente, haverá, no âmbito da participação enquanto teoria da autoridade, uma dissonância entre o que consideramos a decisão correta (*minha perspectiva sobre a decisão correta*) e a decisão que efetivamente investimos de autoridade em questões coletivas (a perspectiva *compartilhada* pela maioria). Um idealizador de direitos que cultive uma teoria política completa (uma teoria da autoridade e uma teoria da justiça) pode sustentar o prevalecimento de uma decisão coletiva que lhe pareça incorreta. Esse seria o paradoxo que lhe permite defender uma decisão X como a decisão correta a ser implementada, e a decisão Y como a decisão a ser implementada por ser considerada correta *pelas instituições democráticas*<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> Cf., *supra*, nota 44.

<sup>63</sup> Tanto quanto a existência de desacordos, esse paradoxo é inevitável, embora *não seja exclusividade da teoria da autoridade baseada na participação*. “Sometimes we talk carelessly as though there were a *special* problem for the legitimacy of popular majority decision-making”, assevera Waldron, “a problem that does not exist for other forms of political organization such as aristocracy or judicial rule. Because the phrase ‘tyranny of the majority’ trips so easily off the tongue, we tend to forget about other forms of tyranny; we tend to forget that legitimacy is an issue that pertains to *all* political authority. Indeed it would be very odd if there were a *graver* problem of legitimacy for popular majoritarian decision-making. Other political systems have all the legitimacy-related dangers of popular majoritarianism: they may get things wrong;



Esta, evidentemente, não é a única teoria da autoridade disponível. Em vez de entregar a última palavra aos cidadãos ou aos seus representantes eleitos, poder-se-ia confiar a autoridade política final a uma elite acadêmica ou judicial, a partir de qualquer dos argumentos analisados e criticados nos itens anteriores. Negar a existência de tal possibilidade não foi um dos meus objetivos neste trabalho. Afirmar a impossibilidade de compreendê-la como uma alternativa democrática, sim.

## REFERÊNCIAS

- ATRIA, Fernando. El Derecho y la Contingencia de lo Político. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* 26, 319-345, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics*. 2. ed. New Haven and London: Yale University Press, 1986.
- BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1988.
- COELHO, Inocêncio Mártires. Apresentação. In: Gustavo Zagrebelsky. *A crucificação e a democracia*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 7-30.
- DWORKIN, Ronald. Equality, democracy and constitution: we the people in court. *Alberta Law Review* 28, #2, 324-346, 1990.
- DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005
- DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade: A leitura moral da constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- FARBER, Daniel A.; FRICKEY, Philip P. *Law and public choice: a critical introduction*. Chicago: University of Chicago Press, 1991.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia possível*. São Paulo: Saraiva, 1972.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GABEL, Peter. Reviewed works: taking rights seriously by Ronald Dworkin. *Harvard Law Review* 91, #1, 302-315, 1977.

---

they may have an unjust impact on particular individuals or groups; in short; they may act tyrannically. But they have in addition one legitimacy-related defect that popular majoritarianism does not have: they do not allow a voice and a vote in a final decision-procedure to every citizen of the society; instead they proceed to make final decisions about the rights of millions on the basis of the voices and votes of a few” (2004: 299).

- GOLDSWORTHY, Jeffrey. Legislation, interpretation, and judicial review. *University of Toronto Law Journal* 51, 75-86, 2001.
- HART, H. L. A. *O conceito de direito*. 2. ed. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na *sociedade órfã*”. *Novos Estudos CEBRAP* 58, 183-202, 2000.
- McCONNEL, Michael W. The importance of humility in judicial review: a comment on Ronald Dworkin’s *moral reading* of the Constitution. *Fordham Law Review* 65, 1269-1293, 1997.
- MENDES, Conrado Hübner. Constitutions and institutions: justice, identity, and reform. Judicial review of constitutional amendments in the brazilian supreme court. *Florida Journal of International Law* 17, # 3, 449-462, 2005.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008a.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese (Doutorado em Ciência Política). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 219f, 2008b.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor e Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.
- NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- NIETZSCHE, Friedrich. *A vontade de poder*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.
- NINO Carlos Santiago. *the constitution of deliberative democracy*. New Haven & London: Yale University Press, 1996.
- PERRY, Michael J. The abortion funding cases: a comment on the supreme court’s role in american government”. *The Georgetown Law Journal* 66, # 5, 1191-1245, 1978.
- POLI, Vinicius. *We, (afraid of) the People*. Controle judicial de constitucionalidade: origens, desenvolvimento e dificuldades. *Revista Digital de Direito Público* 1/2012, 01-29, 2012. Disponível em: <www.direitorp.usp.br/periodicos>. Acesso em: 19 set. 2012.
- QUEIROZ, Paulo. *Curso de direito penal*, Parte Geral. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.
- RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no brasil: perspectivas e evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RICHARDS, David A. J. taking *taking rights seriously* seriously: reflections on Dworkin and the american revival of nature law. *New York Law Review* 52, #6, 265-1340, 1977.
- SADURSKI, Wojciech. Judicial review and the protection of constitutional rights. *Oxford Journal of Legal Studies* 22, # 2, 275-299, 2002.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Rights and moral reasoning: an unstated assumption – a comment on Jeremy Waldron’s *Judges as moral reasoners*, *I-Con* 7, # 1, 25-45, 2009.
- SHAPIRO, Ian. *Os fundamentos morais da política*. São Paulo: Martins Fontes, 2006

STRECK, Lenio Luiz. A baixa constitucionalidade e a inefetividade dos direitos sociais em *terrae brasilis*. *Revista Brasileira de Direito Constitucional* 4, 272-308, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isso – decido conforme a minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. São Paulo: Edusp, 1977.

TRIBE, Laurence H. The puzzling persistence of process-based constitutional theories. *The Yale Law Journal* 89, 1063-1080, 1980.

TROPER, Michel. The logic of justification of judicial review. *International Journal of Constitutional Law* 1, 99-121, 2003.

TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the courts*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2000.

UNGER, Roberto Mangabeira. *O direito e o futuro da democracia*. São Paulo: Boitempo, 2004.

VIERA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999.

WALDRON, Jeremy. A right-based critique of constitutional rights. *Oxford University Press* 13, # 1, 18-51, 1993.

WALDRON, Jeremy. Judicial review and the conditions of democracy. *The Journal of Political Philosophy* 6, # 4, 335-355, 1998.

380

WALDRON, Jeremy. Introduction: disagreements on justice and rights. *NYU Journal of Legislation and Public Policy* 6, # 5, p. 5-10, 2002.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal* 115, 1346-1407, 2006.

WALDRON, Jeremy. Judges as moral reasoners. *I-Con* 7, #1, 2-24, 2009.

Data de recebimento: 01/08/2014

Data de aprovação: 12/03/2015

# TUTELA PENAL E O PARADIGMA DA SUSTENTABILIDADE

## CRIMINAL PROTECTION AND SUSTAINABILITY'S PARADIGM

*José Renato Gaziero Cella\**

*Maurício Mosena\*\**

### RESUMO

---

A criminalidade é um problema social contemporâneo. Muitas das políticas criminais que abordam essa problemática não levam em consideração os conhecimentos científicos produzidos nessa seara. Isso porque muitas das soluções apontadas pelas ciências criminais como possibilidades de diminuição da criminalidade não são concebidas. Não se percebe que a desconsideração do sistema carcerário como produtor das mais diversas mazelas repercute na piora dos encarcerados. Nesse sentido, desponta no universo científico a possibilidade de um novo paradigma, denominado de sustentabilidade. Nele, o crime deixa de ser um problema individual, tratado de forma personalíssima e passa a ostentar uma característica coletiva. Assim, a criminalidade vista pela sustentabilidade leva a sociedade a responsabilizar-se de forma solidária pelas suas consequências. Dessa forma, a sustentabilidade aplicada à tutela penal pode se tornar uma das formas de reduzir a criminalidade.

**Palavras-chave:** Criminalidade; Sustentabilidade; Tutela penal sustentável.

### ABSTRACT

---

Crime is a contemporary social problem. Many of the criminal policies that address this issue do not take into account the scientific knowledge produced in this harvest because many of the sciences as pointed out by the criminal possibilities of decreasing crime solutions are not designed. It is not clear that ignoring the prison system as a producer of various ills

---

\* Doutor em Filosofia e Teoria do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná – UFPR, Professor Titular do Programa de Pós-Graduação (Mestrado) em Direito da Faculdade Meridional – PPGD/IMED, Passo Fundo-RS, Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1861970775225338>, e-mail [cella@cella.com.br](mailto:cella@cella.com.br).

\*\* Aluno do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade Meridional – IMED, Passo Fundo-RS, Mestrado em Direito, Democracia e Sustentabilidade, [mauricio.mose@imed.edu.br](mailto:mauricio.mose@imed.edu.br).

reflected in the worsening of prison. Accordingly, in the scientific universe emerges the possibility of a new paradigm, called sustainability. In this, crime is no longer an individual problem, treated very personal way, but shall bear a collective feature. Thus, crime view the society takes sustainability to blame themselves in solidarity for their consequences. Therefore, sustainability applied to the penal law can become a way of reducing crime.

**Keywords:** Crime; Sustainability; Penal protection sustainable.

## INTRODUÇÃO

As políticas criminais utilizadas pelo Estado objetivam soluções para os problemas de violência e criminalidade. No entanto, a realidade mostra-se díspar dessa intenção. Por essa razão, surge a necessidade de revisitar as bases ideológicas em que estão fundadas essas políticas criminais para encontrar no que se fundaria uma tutela penal sustentável.

A ideia de uma tutela penal sustentável emerge a partir da possibilidade de um novo paradigma científico que tem como hipótese justificadora a preservação do homem e, conseqüentemente, da sociedade pelo maior tempo possível no planeta Terra. Disso surge a necessidade de se buscarem outras alternativas para o tratamento da criminalidade, quando esta não é tratada como um problema a ser resolvido, mas somente contingenciado.

382

O presente artigo tem por objetivo ventilar a influências da ideologia liberal econômica nas bases da repressão penal contemporânea. Assim, busca-se apresentar algumas das condições políticas, sociais e econômicas no surgimento do liberalismo, bem como sua transformação em neoliberalismo. Esse é o objeto da primeira seção.

Na segunda seção, além de brevemente retratar o fundamento patrimonialista que rege a sociedade contemporânea, estudar-se-á sua influência na tutela penal e nas políticas de repressão e redução da criminalidade. A ênfase estará na ideologia do discurso apresentado como solução para a criminalidade social.

Depois, na terceira seção, apresentar-se-á o que se tem considerado por alguns cientistas sociais fundamentos do potencial paradigma da sustentabilidade que podem ser aplicados à tutela penal, dando-se bases iniciais para o que se pode considerar uma tutela penal sustentável. Para tanto, serão aplicados conceitos de sustentabilidade social à ideologia das políticas criminais contemporâneas, propondo-se o que se pode conceber como o novo paradigma que influencia as ciências sociais, e como este pode ser aplicado às políticas criminais.

Quanto ao método empregado, utilizou-se o hipotético-dedutivo, pois parte-se de ideias já concebidas e com certa regularidade aceitas, estas retiradas de bibliografias conceituadas, para alcançar algumas hipóteses conclusivas sobre o tema.

Por fim, a proposta do presente estudo está na desconstrução de alguns ideais modernos incorporados ao inconsciente coletivo, denunciando-os como insustentáveis.

## SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E NEOLIBERALISMO

Após a queda do muro de Berlim em 1989, observou-se a consolidação da doutrina capitalista liberal norte-americana no discurso de praticamente todos os países supostamente democráticos<sup>1</sup>. Esse fenômeno ocorreu porque, conforme destaca Morin, aquilo que teria iniciado na expansão marítima do século XV pelos países do oeste Europeu, fenômeno este denominado pelo autor de “mundialização do capitalismo”, não teria mais uma oposição ideológica que era propiciada pela doutrina socialista. A Alemanha Oriental teria sido o último remanescente de peso do socialismo<sup>2</sup>.

Por capitalismo, deve-se entender um modo de produção econômica que “repousa na expectativa de lucros pela utilização das oportunidades de troca, [...] nas possibilidades (formalmente) pacíficas de lucro”<sup>3</sup>. É, portanto, uma forma de organização fundada na empresa do capital com objetivo específico de geração de lucro. A ideologia que sustenta essa doutrina, por sua vez, é o liberalismo, ou seja, a intervenção mínima do Estado na regulação das interações interpessoais, especialmente nas relacionadas ao mercado.

O capitalismo do período moderno tinha por sistema o modelo *fordista/taylorista*, no qual se buscava regular as expectativas do indivíduo em favor do consciente coletivo – proposto pelos dominadores do processo – de acumulação de riquezas e hierarquia (panóptica), modelo de regulação social que influenciaria toda a realidade social do período. Esses modelos tinham por pressuposto a racionalização mecanicista do processo industrial para, ao fim, ter plenos controles sobre a classe operária<sup>4</sup>.

Se o capitalismo é uma ordem econômica, uma forma de organização da produção, a que o sustenta é o liberalismo, o que, necessariamente, remete-nos às revoluções liberais dos setecentos. Contudo, como o presente ensaio não tem nenhuma intenção de profundidade quanto ao movimento revolucionário liberal daquele período, somente estabelecerá a repercussão de tal ideologia liberalista

<sup>1</sup> Cf. MORIN, Edgar. *La via para el futuro da humanidad*. Tradução de Núria Petit Fontseré. Barcelona: Paidós, 2011, p. 99.

<sup>2</sup> MORIN, Edgar. *La via para el futuro da humanidad*. Tradução de Núria Petit Fontseré. Barcelona: Paidós, 2011, p. 20.

<sup>3</sup> WEBER, Max. A ética protestante e o espírito do capitalismo. [st] [sl] [se] Título no original: Die Protestantische Ethik Und Der Geits des Kapitalismus. In: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. Tübingen, 1904, v. XX e XXI, p. 5.

<sup>4</sup> Cf. BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzen. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 67.

atinentes à propriedade privada para, posteriormente, tratar desse reflexo na repressão penal do momento presente.

Uma definição operacional da liberdade naquele contexto pós-revolucionário, proposta por Matteucci, retrata fielmente o espírito do liberalismo:

El individuo, desligado de la tradición, liberado del mito y de los *ídolos*, emancipado del dogma, debía ocuparse sólo – en una sociedad liberada de los vínculos corporativos – del propio perfeccionamiento intelectual y moral; y, a través de la nueva razón – una razón que no conoce la esencia de las cosas sino que transforma el mundo – enpeñarse en la realización del *regnum hominis*, utilizando la naturaleza en provecho propio y construyendo la sociedad según sus dictados<sup>5</sup>.

A escolha desse conceito tem por objetivo, além de demonstrar o que passava na consciência coletiva da sociedade que almejava a liberdade – autonomia, autoconhecimento, autodeterminação –, retratar as bases de fundação do novo Estado, agora liberto do poder absoluto, dos misticismos e das culpas religiosas que haviam assombrado a maior parte do período medieval, sombras estas que também haviam pairado sobre as propriedades, as quais o monarca, no direito divino, tinha o direito de ter ou a expropriar.

384

Aquela liberdade, assim, também diria respeito à possibilidade de conquistar bens sem a intervenção discricionária do soberano, autoritário e sedento pelo poder.

Quando se pensa na proteção da propriedade privada, no fundamento teórico-ideológico propagado naquele período, pensa-se em Locke, um dos contratualistas clássicos, responsável pelas ideias revolucionárias no âmbito da Revolução Gloriosa, na Inglaterra. Ocorre que, diferentemente daquilo que se costuma imaginar, de que o citado autor teria fomentado por meio de seu discurso a proteção da propriedade privada acima dos demais direitos, o qual se tem atualmente como fundo ideológico do liberalismo, o discurso da referida voz protestante tinha muito mais correlação com as terras comunais do que com a proteção da propriedade privada em si, como se pode elucidar do seguinte trecho do *Segundo tratado de governo civil*:

[...] de todas as coisas boas que a natureza proveu em comum, cada um tem o direito, como foi dito, de tomar tanto quanto possa utilizar; cada um se tornaria proprietário de tudo o que seu trabalho viesse a produzir; tudo pertenceria a ele, desde que sua indústria pudesse atingi-lo e transformá-lo a partir de seu estado natural. [...] podia guardar com ele

---

<sup>5</sup> MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Tradução de Francisco J. A. Roig e Manuel M. Neira. Madrid: Trotta, 1998b, p. 260.

a quantidade que quisesse desses bens duráveis, pois o excesso dos limites de sua justa propriedade não estava na dimensão de suas posses, mas na destruição inútil de qualquer coisa entre elas<sup>6</sup>.

Entretanto, o resultado da transformação conquistada pelas revoluções liberais não foi esse de oportunidade de acesso ao bem comum pela apropriação e transformação do natural pelo trabalho, mas da mutação dos senhores feudais e de seus feudos em indivíduos capitalistas com suas respectivas propriedades privadas.

Visar à igualdade entre os indivíduos, expressa no segundo vocábulo representativo do lema liberal, *égalité*, somente realocou o papel do senhor feudal no de empresário capitalista, o qual perpetuou a desigualdade social que teria fomentado a própria revolução. A liberdade nesses moldes, conclamada de uma forma conjunta com a igualdade, ao menos quanto à economia e ao mercado, teria redundado na permanência da desigualdade social, justificando, assim, a constatação de Matteucci, para quem “[...] la verdadera sociedad natural, un lugar de encuentro para el ‘intercambio’ donde regían reglas objetivas e impersonales, las cuales premiaban al mejor y castigan al peor”<sup>7</sup>.

Essa “liberdade de se autorregular” não atribuía às relações comerciais pós-revolucionárias capitalistas o sentido que o “capitalismo” tem hoje. Esta, conforme ensina Weber, apesar de ser percebida como *flashes* na antiguidade e Idade Média, no qual o ganho de dinheiro ou bens por meio de trocas estaria presente, somente no Ocidente e em razão do início da Modernidade – a Razão como centro da tomada de decisões e determinações humanas – é que, de fato, teria assumido contornos de capitalismo<sup>8</sup>.

Segundo o referido autor histórico, somente se poderia considerar como nascimento dessa doutrina econômica o momento em que o processo de troca de bens ou de dinheiro, no esquema *capital – mercadoria – capital*, foi sistematizado racionalmente, pois a obtenção de mais capital após reiterados processos de troca de mercadorias e dinheiro gera mais lucro ao empreendedor do capital com a ajuda da organização do trabalho livre, aquilo que teria resultado na doutrina capitalista atualmente conhecida e dominante.

Contudo, visto brevemente no que consiste a raiz histórica do liberalismo, no sentido de desregulamentação da prática comercial, e como o liberalismo

<sup>6</sup> LOCKE, John. *Segundo tratado do governo civil*. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. [sc]: Vozes, [sa], p. 48.

<sup>7</sup> MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Tradução de Francisco J. A. Roig e Manuel M. Neira. Madrid: Trotta, 1998b, p. 260.

<sup>8</sup> Cf. WEBER, Max. A ética protestante e o espírito do capitalismo. [st] [sl] [se] Título no original: *Die Protestantische Ethik Und Der Geits des Kapitalismus*. In: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. Tübingen, 1904, v. XX e XXI, p. 7-8.



oportunizou a racionalização da forma capitalista de empreender negocialmente, resta identificar brevemente esse fenômeno.

Como afirma Matteucci, definir liberalismo não é tarefa fácil, apesar de se tratar de um fenômeno que teria caracterizado a Europa após o século XVI. Assim, para o objetivo deste trabalho, utilizar-se-á liberalismo como “ideologia política da burguesia [...] quando o mercado possibilita margens de lucro”<sup>9</sup>, mas que, contemporaneamente, pode ser mais esclarecedor como parte do conceito de “neocorporativismo”, característica esta presente na maioria dos Estados Democráticos, como a “participação dos grandes grupos sociais organizados na formação da política do Estado, e principalmente da política econômica”<sup>10</sup>.

Seria, pois, liberalismo uma ideologia que respalda, especialmente no aspecto econômico, as políticas públicas fundadas na influência de grupos sociais específicos, desde partidos políticos até grandes corporações empresariais multinacionais. Como se pode ver, a obtenção desse conceito operacional se dá por uma adoção parcial da nova interpretação jurídica dada pela historiografia alemã (Habermas) e inglesa (Macpherson)<sup>11</sup>.

O acréscimo do prefixo “neo”, resultando no neoliberalismo, supõe uma ressignificação de liberalismo, uma nova forma de manifestação dessa desregulamentação. Aquele, para Rosa, seria “o núcleo da matriz ideológica dos processos de ‘mundialização’ e ‘globalização’”<sup>12</sup>.

A origem da ideologia neoliberal estaria na crítica do *Welfare State* proposta após a Segunda Grande Guerra, espriada por Hayek e Friedman, a qual se funda na mesma liberdade apreçoada nas revoluções liberais setecentistas e que, de forma muito eficiente, foi assim resumida por Rosa:

Em nome da liberdade e com o objetivo de não ceder um milímetro na luta contra a inflação, o novo inimigo interno a ser combatido em nome do (dito) desenvolvimento econômico. Ao Estado compete retirar os entraves de uma economia que deve funcionar livremente conforme as leis do mercado. Este discurso surge para (re)legitimar as desigualdades de sua matriz, dado que fundadas na propriedade privada,

<sup>9</sup> MATEUCCI, Nicola. Liberalismo. In: BOBBIO, Norberto, MATEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 11. ed. Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mónaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. Brasília: UnB, 1998a, p. 694.

<sup>10</sup> MATEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Tradução de Francisco J. A. Roig e Manuel M. Neira. Madrid: Trotta, 1998b, p. 819.

<sup>11</sup> Cf. MATEUCCI, Nicola. *Liberalismo*. In: BOBBIO, Norberto, MATEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 11. ed. Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mónaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. Brasília: UnB, 1998a, p. 699.

<sup>12</sup> ROSA, Alexandre Moraes. Crítica ao discurso da law & economics: a exceção econômica no direito. In: ROSA, Alexandre Moraes, LINHARES, José M. A. 2. ed., *Diálogos com a law & economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 7.

excludente por definição [...]. O discurso de clara estrutura religiosa, da fé no mercado, naturaliza a “justiça da desigualdade”, carro-chefe e latente do discurso neoliberal da “igualdade”<sup>13</sup>.

Como se pode perceber, a mesma ideia de mercado desregulamentado que marcaria as revoluções liberais ressurgiu em meados do século XX, com uma nova faceta. Esse fenômeno ocorre porque além da esfera negocial própria do mercado, o neoliberalismo, sob o ângulo da AED, alcança um posto maior do que aquele em que estava inserido no final século XVIII – abaixo do Estado de Direito –, passando de local de livre intercâmbio de bens à “ordem espontânea catalisadora”<sup>14</sup> de toda a sociedade.

Esse fenômeno, que não deixa de poder ser caracterizado como uma revolução da esfera econômica, pois criado e maturado com a intenção de rebater as crises econômicas sucessivas da segunda metade do século XX, foi denominado por Streck e Oliveira como “‘predador’ da autonomia do direito”<sup>15</sup>.

Para esses autores, o neoliberalismo seria caracterizado pela:

[...] tendência irracional à mundialização inerente ao capital, potencializada por este fustigante processo de informatização e mundialização das telecomunicações [...] passa a apresentar um novo quadro de ordem para o mundo: *minimização* do Estado com o consequente aumento de discricionariedade dos mercados na realização da “integração mundial”<sup>16</sup>.

Em outras palavras, de regulado pelo sistema normativo-jurídico-estatal, na visão neoliberalista, o mercado passaria a ostentar uma posição de sobressistema, regulando-se de uma forma espontânea, sendo a “função do Direito [...] servir de agência coletiva capaz de devolver os sujeitos à ordem espontânea”<sup>17</sup>. Nesse sentido, o discurso neoliberal rejeita a racionalidade do direito, pois aposta na espontaneidade do sistema econômico.

Ocorre que para haver “liberdade” na esfera econômica, faz-se necessário haver rigor na repressão contra aquilo que ameaça o sustentáculo desse sistema, a propriedade privada, o que passa a ser objeto de estudo da seção seguinte.

<sup>13</sup> ROSA, Alexandre Morais, LINHARES, José M. A. 2. ed., *Diálogos com a law & economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 41.

<sup>14</sup> ROSA, Alexandre Morais, LINHARES, José M. A. 2. ed., *Diálogos com a law & economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 44.

<sup>15</sup> STRECK, Lênio L., OLIVEIRA, Rafael T. A “secura”, a “ira” e as condições para que os fenômenos possam vir à fala: aportes literários para pensar o Estado, a economia e a autonomia do direito em tempos de crise. In: STRECK, Lênio L., TRINDADE, André K. *Direito e literatura: da realidade da ficção à ficção da realidade*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 171.

<sup>16</sup> STRECK, Lênio L., TRINDADE, André K. *Direito e literatura: da realidade da ficção à ficção da realidade*. São Paulo: Atlas, 2013.

<sup>17</sup> ROSA, Alexandre Morais, LINHARES, José M. A. 2. ed., *Diálogos com a law & economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 45.

## A IDEOLOGIA DA TUTELA PENAL CONTEMPORÂNEA

A problemática proposta nesta seção pode ser representada pelas declarações do mais novo Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Nêfi Cordeiro, do dia 12 de março de 2014, ao responder à sabatina constitucional na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado Federal:

“Nosso sistema prisional, com prisões degradantes e superlotadas, é realmente um drama que precisa ser pensado e solucionado”. Para ele, a privação da liberdade, que deveria ser a maior pena do condenado, acaba sendo a menor das penas diante de um sistema degradante que trata o condenado como um animal e não lhe dá esperança. [...] “É nesse confronto de buscar eficiência sem abrir mão das garantias individuais dos acusados que caminha e sempre deve caminhar nossa jurisprudência”<sup>18</sup>.

Essa declaração é representativa não só quanto à realidade brasileira, mas também à realidade internacional das prisões e cárceres.

Isso repousa no ainda não ultrapassado fundamento filosófico dominante na repressão penal, do paradigma do objeto, isto é, que o preso não seria um indivíduo, mas uma “coisa” que, “infelizmente”, diante da humanização dos direitos e evolução das garantias individuais, não pode ser descartada, jogada fora.

388

O preso, pois, não é visto como um ser social inserido em uma comunidade social, mas como um problema individualizado em si mesmo, de sua exclusiva responsabilidade. Nada mais, nada menos do que o objeto a que se aplica a pena.

Essa intensa repressividade penal tem correlação direta com o movimento liberal dos setecentos visto na seção anterior.

Foucault descreve minuciosamente como essa “penalização” dos crimes contra a propriedade privada se sobrepõe às demais ilegalidades verificadas na sociedade daquela época. Para o autor, em razão do crescimento econômico que certas ilegalidades toleradas proporcionaram à classe emergente (burguesa), além de aquelas pessoas que não pertenciam ao estrato social ascendente redirecionaram seus atos criminosos contra a propriedade privada, aquilo também teria conduzido à intolerância dos crimes tidos por patrimoniais:

Mas na segunda metade do século XVIII [...] com o aumento geral da riqueza [...] o alvo principal da ilegalidade popular tende a ser não mais em primeira linha os direitos, mas os bens: a pilhagem, o roubo, tendem a substituir o contrabando e a luta armada contra os agentes do fisco.

---

<sup>18</sup> BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Assessoria de Imprensa. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/noticias/noticias/%C3%9Altimas/CCJ-do-Senado-aprova-Nefi-Cordeiro-para-o-STJ](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/%C3%9Altimas/CCJ-do-Senado-aprova-Nefi-Cordeiro-para-o-STJ)>. Acesso em: 13 mar. 2014.

[...] E essa ilegalidade, se é mal suportada pela burguesia na propriedade imobiliária, é intolerável na propriedade comercial e industrial<sup>19</sup>.

É, portanto, na proteção da propriedade privada, esta alcançada pela ascensão social dos comerciantes e industriários em geral, que a repressão penal aos crimes contra o patrimônio se manifesta. O crime, assim, passa por uma reclassificação, entre delitos de direito e delitos de bens, estes muito mais penalizados do que aqueles:

[...] a economia das ilegalidades se reestruturou com o desenvolvimento da sociedade capitalista. A ilegalidade dos bens foi separada da ilegalidade dos direitos. Divisão que se opõe a uma oposição de classes, pois de um lado, a ilegalidade mais acessível às classes populares será a dos bens [...]; de outro a burguesia, então, se reservará a ilegalidade dos direitos: a possibilidade de desviar seus próprios regulamentos e suas próprias leis; [...] E essa grande redistribuição das ilegalidades se traduzirá até por uma especialização dos circuitos judiciários; para as ilegalidades de bens – para o roubo – os tribunais ordinários e os castigos; para as ilegalidades de direitos – fraudes, evasões fiscais, operações comerciais irregulares – jurisdições especiais com transações, acomodações, multas atenuadas, etc<sup>20</sup>.

Esse liame entre proteção à propriedade privada e punição também é acusado pelos autores defensores do abolicionismo penal. Conforme afirma Steinert, a individualização da pena foi necessária para fundar uma sociedade-base para o mercado e para a propriedade privada, imprescindíveis para o embrião do capitalismo. Afirma o autor que as políticas criminais modernas foram caracterizadas pela “irracionalidad de la racionalidad instrumental”<sup>21</sup>.

Para referido autor, sendo a lei o meio-fim para alcançar os objetivos institucionais do Estado e sendo o fortalecimento da economia, que depende de forças de produção, um daqueles objetivos, a lei penal tinha como objetivo a “ressocialização”, em que os sujeitos seriam considerados mercadorias. Como se vê, mesmo no fim do século XX, o apenado era visto como mercadoria do sistema capitalista e, portanto, objeto da repressão penal<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 20. ed. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 71-72.

<sup>20</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 20. ed. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 74.

<sup>21</sup> STEINERT, Heinz. Mas alla del delito y de la pena. In: HULSMAN, Louk H. C., SCHERRER, Sebastián, CHRISTIE, Niels, STEINERT, Heinz, MATHIESEN, Thomas, DE FOLTER, Rolf S. *Abolicionismo penal*. Traducción del inglés por Mariano Alberto Cifardini y Mirta Lilián Bondanza. Buenos Aires: Ediar, 1989, p. 36.

<sup>22</sup> Cf. STEINERT, Heinz. Mas alla del delito y de la pena. In: HULSMAN, Louk H. C., SCHER-

A crítica a esse modelo repousa na plena individualização da pena, que deixa de ter um aspecto social, mas fica adstrita à pessoa do condenado, ao menos no campo normativo-jurídico. O crime não tem um contexto social, de inserção no sentimento de responsabilidade coletiva, mas sim de punição personalíssima.

Verifica-se, portanto, que a influência liberal nas penas provoca uma contradição, pois em vez de libertar o cidadão da mão do Estado, dá a este um maior poder de punibilidade, contrariando, portanto, qualquer movimento de humanização dos direitos visto em outras searas jurídicas, especialmente no direito constitucional.

E quanto ao neoliberalismo, qual seria sua repercussão dentro da repressão penal? Se no capitalismo da metade do século XX em diante verifica-se uma política criminal cada vez mais repressiva, em tempos de neoliberalismo, apesar de os movimentos constitucionais já estarem consolidados em grande parte dos países considerados democráticos, a repressão penal sem misericórdia, para a manutenção da ordem econômica, permanece. E talvez de uma forma muito mais perigosa, pois revestida de um discurso institucional que contradiz a política criminal aplicada.

Isso fica bem demonstrado por Rosa:

390

Os sujeitos, segundo o modelo neoliberal, não podem depender do Estado que, pelo mercado e a seleção natural dos mais capazes, pode naturalizar as desigualdades sociais. A “liberdade” como valor democrático fundamental retiraria a legitimidade das ações estatais, salvo na repressão, claro. Assim é que o Estado deve ser mínimo na busca da “Justiça Social”, a cargo do mercado, mas com mão de ferro implacável na esfera penal, reprimindo as manifestações sociais que busquem o que Hayek denomina de paternalismo estatal. Afinal, o mercado das prisões demanda insumos, gente descartável...! De um lado cria-se a segurança adubada ideologicamente e, de outro, mecanismos de assimilação da violência, numa escalada do controle social. O controle social, via sistema penal, contracena, num aparente paradoxo, com uma desregulação e diminuição do Estado. [...] Deveria assumir uma postura de manutenção da “ordem espontânea”, adaptando os sujeitos ao modelo de mercado, especialmente pela via penal, autorizando, inclusive, a morte de quem não consegue meios de sobreviver. Eis o discurso cínico e hegemônico, acoplado pelos iludidos de todos os dias<sup>23</sup>.

---

RER, Sebastián, CHRISTIE, Niels, STEINERT, Heinz, MATHIESEN, Thomas, DE FOLTER, Rolf S. *Abolicionismo penal*. Traducción del inglés por Mariano Alberto Ciafardini y Mirta Lilián Bondanza. Buenos Aires: Ediar, 1989, p. 40-41.

<sup>23</sup> ROSA, Alexandre Morais, LINHARES, José M. A. 2. ed., *Diálogos com a law & economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 47-48.

Vê-se, pois, que a repressão penal atualmente verificada na sociedade tem como fundamento inegável a proteção da propriedade privada para o bom funcionamento da ideologia neoliberal capitalista. O que para o fim do século XX era justificativa para a aplicação da pena – ressocializar para poder produzir na sociedade produtora –, no início do século XXI, somente há uma mudança da perspectiva: ressocializar para poder consumir na sociedade de consumo.

Isso quer dizer que as premissas de aplicação da pena, de política criminal, de repressão, de controle social estão alicerçadas em argumentos econômicos neoliberais, e não em argumentos humanitários sociais, sociológicos ou filosóficos, enfim, de política criminal. As ciências que denunciavam a insustentabilidade da atual política criminal não são ouvidas, nem sequer consideradas na tomada de decisões pelo Estado. E já se sabe o por quê.

Não seria por acaso que outro abolicionista, Mathiesen, citando um decreto do governo sueco sobre a prisão, já em 1983, dizia:

Sin embargo, la investigación criminológica nos enseña que la idea de mejorar al individuo mediante la privación de su libertad, en forma de encarcelamiento, es una ilusión. Por el contrario, hoy se acepta que tal castigo conduce a una pobre rehabilitación y a una gran reincidencia, además del efecto destructivo que tiene sobre la personalidad<sup>24</sup>.

Retomando o discurso representativo com que se iniciou esta seção, do novo Ministro do STJ, o qual serviu para demonstrar uma crise de legitimidade na aplicação de penas, servirá agora para representar a incongruência entre os discursos que envolvem as políticas criminais. Lembre-se que, quanto ao sistema prisional brasileiro, Néfi Cordeiro reconhece a precariedade e afronta aos direitos humanos dos apenados. Entretanto, ao tratar do tema do tráfico de drogas, o mesmo novo Ministro teria afirmado que “precisa ser combatido com rigor, pois fomenta uma criminalidade violenta que exige respostas gravíssimas por parte do Estado”<sup>25</sup>.

Justamente nessa contradição de ideias, ora de reconhecimento da ilegalidade que se tem praticado nos atuais sistemas prisionais, ora reafirmando uma política criminal repressiva que resultará em uma maior população carcerária, é que a tutela penal demonstra sua falta de sustentabilidade.

---

<sup>24</sup> MATHIESEN, Thomas. La política del abolicionismo. In: HULSMAN, Louk H. C., SCHERRER, Sebastián, CHRISTIE, Niels, STEINERT, Heinz, MATHIESEN, Thomas, DE FOLTER, Rolf S. *Abolicionismo penal*. Traducción del inglés por Mariano Alberto Ciafardini y Mirta Lilián Bondanza. Buenos Aires: Ediar, 1989, p. 120.

<sup>25</sup> BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Assessoria de Imprensa. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/noticias/noticias/%C3%9Altimas/CCJ-do-Senado-aprova-Nefi-Cordeiro-para-o-STJ](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/%C3%9Altimas/CCJ-do-Senado-aprova-Nefi-Cordeiro-para-o-STJ)>. Acesso em: 13 mar. 2014.

E, sendo assim, a partir do que se verá acerca do novo paradigma que se cogita, o da sustentabilidade, uma tutela penal sustentável envolve uma hipótese de romper com essa influência do neoliberalismo na aplicação do direito penal. Esse, pois, é o desafio do capítulo seguinte.

## O PARADIGMA DA SUSTENTABILIDADE NA TUTELA PENAL

O tratamento científico da pesquisa e da produção científica é algo recente, do início do século XX<sup>26</sup>. A ciência se encontra em uma situação de crise, mesmo após grandes descobertas científicas, especialmente na área das Ciências Naturais, crise esta que pode ser representada pela seguinte assertiva de Boaventura de Souza Santos:

Estamos de novo regressados à necessidade de perguntar pelas relações entre ciência e a virtude, pelo valor do conhecimento dito ordinário ou vulgar que nós, sujeitos individuais e coletivos, criamos e usamos para dar sentido às nossas práticas e que a ciência teima em considerar irrelevante, ilusório e falso; e temos finalmente de perguntar pelo papel de todo o conhecimento científico acumulado no enriquecimento e empobrecimento prático das nossas vidas, ou seja, pela contribuição positiva ou negativa da ciência para a nossa felicidade<sup>27</sup>.

392

A inquietação do referido autor é fundamental para o momento presente. Apesar de sua fala ter quase 30 anos, atualmente se verifica uma realidade que põe em xeque tudo aquilo que se tinha por apropriado, ou melhor, por científico. A incapacidade das Ciências, em especial as de categoria Social, de preverem os problemas que hoje acometem o planeta e a própria existência do homem, ou ainda de demonstrarem soluções mínimas para o enfrentamento da crise demonstrada na seção anterior, indica que todos se encontram em uma crise paradigmática.

Como marcos históricos capazes de demonstrar e caracterizar de uma forma razoavelmente clara, não tanto seu início, mas ao menos a existência dessa crise científica que se está anunciando, podem-se elencar as duas grandes guerras mundiais, no início do século XX, porque nesse período, ao menos no campo normativo-jurídico, já existiam vários documentos preservando direitos humanos, os quais se mostraram incapazes de impedir milhões de mortes resultantes do combate.

Além disso, é fato que comprova a crise paradigmática a imensa desigualdade social que somente aumenta, fazendo com que, conforme recente publicação

<sup>26</sup> Cf. MARTINS, Gilberto A., THEÓPHILO, Carlos R. *Metodologia da investigação científica para ciências sociais aplicadas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 02.

<sup>27</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 18-19.

de Bauman intitulada “¿La riqueza de unos pocos nos beneficia a todos?”, aproximadamente a metade da população possua somente 1% da riqueza do mundo, que o país mais rico (Qatar) tenha uma “renda per capita” 420 vezes maior do que a do mais pobre (Zimbábue), e que para o autor a maior refém dessa discrepância seja a própria democracia.<sup>28</sup>

Boaventura de Souza Santos, atento a essa crise, denomina um novo paradigma que estaria se apresentando de “emergente”, não buscando qualificá-lo ou conceituá-lo a partir de uma característica particular que ele apresente, mas somente tratando-o como substituto daquele da era moderna. Neste, a matemática estaria no centro e o conhecimento reduzido a tudo aquilo que se pode quantificar, ou ter sua complexidade reduzida pela decomposição e classificação, nos moldes cartesianos<sup>29</sup>.

No novo paradigma, parte-se do colapso da percepção do mundo por meio de categorizações e leis, portanto, da crise do positivismo científico. Em seu lugar, entraria a centralidade das ciências teóricas que envolvem a análise complexa dos fenômenos naturais e sociais a partir de uma análise sistêmica e complementar<sup>30</sup>. Isso ressalta a necessidade de cooperação entre os ramos cartesianos propositalmente diferenciados – natural e social, físico e metafísico – em um sentido de interdependência e complementaridade<sup>31</sup>.

Não seria por acaso que Giddens, ao analisar as previsões e construções teóricas de Marx e Weber, ressalta, como característica dessa despreocupação com o entorno, que nenhum deles foi capaz de prever que a Revolução Industrial e o desenvolvimento do capitalismo seriam responsáveis pelos problemas ecológicos e ambientais que hoje atormentam e dizimam o planeta<sup>32</sup>, o que tem posto em risco a própria existência humana<sup>33</sup>.

Apesar de Santos ter caracterizado, conforme assinalado anteriormente, esse novo paradigma quanto ao seu momento histórico, localizando-o na transição entre o novo e o velho paradigma, Ferrer afirma que o novo paradigma em que

<sup>28</sup> Cf. BAUMAN, Zygmunt. *¿La riqueza de unos pocos nos beneficia a todos?* Tradução de Alicia Capel Tatjer. Barcelona: Paidós, 2014, p. 11-13.

<sup>29</sup> Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 28-31.

<sup>30</sup> Cf. CAPRA, Frijot. *As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2002, p. 8.

<sup>31</sup> Cf. FERRER, Gabriel Real. Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía ¿construimos juntos el futuro? *In: Novos estudos jurídicos*, v. 17, n. 3, dez. 2012. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4202>>. Acesso em: 09 jan. 2013, p. 310-311.

<sup>32</sup> Cf. GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991, p. 17.

<sup>33</sup> FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 23.



a ciência se encontra é o da “sustentabilidade”<sup>34</sup>, hipótese que também é corroborada por Freitas:

Trata-se do vetor que tem condão de recalibrar o modo de pensar e gerir o destino comum. Sim, as gerações presentes e futuras, sem renúncia admissível, ostentam, segundo o novo paradigma, o direito fundamental à ambiência limpa [...] que só se alcança com base na reviravolta profunda do estilo de pensar, produzir e consumir<sup>35</sup>.

Para melhor identificar, portanto, no que consistiria esse novo paradigma proposto, recorrer-se-á brevemente a Jonas, que afirma que a sociedade, para prolongar sua estada em um ambiente fadado à extinção, precisa acolher o chamado “princípio da responsabilidade”.

Jonas sustenta que a civilização humana é contrária aos elementos da natureza. Demonstra essa realidade a partir da construção das cidades, que são as formas de organização da sociedade e que envolveram, sem sombra de dúvida, a destruição daquela para que hoje pudessem existir. Afirma o autor que essa dominação, inicialmente, não trazia grande repercussão ao meio ambiente, pois o homem sempre esteve em uma posição de pequenez frente aos seus elementos. E justamente em razão dessa desproporção, o homem teria adotado uma postura prepotente e petulante, crendo que sua dominação e criação artificial pudessem ser permanentes<sup>36</sup>.

394

Entretanto, essa intenção humana não tem respaldo na realidade contemporânea, ainda mais quanto às construções metafísicas que permeiam a humanidade. Prossegue Jonas:

Na condição de um artefato vulnerável, a construção cultural pode esgotar-se ou desencaminhar-se. [...] nem mesmo no interior do ambiente artificial o seu arbítrio poderá revogar algum dia as condições básicas da existência humana. Sim, a inconstância do fado humano assegura a constância da condição humana. [...] Assim, mesmo aqui, no seu próprio artefato, no mundo social, o controle do homem é pequeno, e sua natureza permanente acaba por se impor<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> Cf. FERRER, Gabriel Real. Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía ¿construimos juntos el futuro? *Novos estudos jurídicos*, v. 17, n. 3, dez. 2012. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4202>>. Acesso em: 09 jan. 2013, p. 312.

<sup>35</sup> FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 15.

<sup>36</sup> Cf. JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade*. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto e PUC-Rio, 2006, p. 31-32.

<sup>37</sup> JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade*. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto e PUC-Rio, 2006, p. 32.

Dessa forma, se de fato a sustentabilidade deve ser considerada um novo paradigma, sua função é conduzir e delinear toda a produção científica, em que se incluem as formas de organização social como produtos culturais. Por conseguinte, subsistindo, impera que o novo paradigma seja atrelado, enlaçado, correlacionado, ou ainda fundido com a tutela penal.

Com isso, pretende-se dizer que emerge um novo paradigma sociocultural, ainda não unânime na ciência política e no direito, mas evidente nas ciências naturais<sup>38</sup>, o da sustentabilidade. E apesar de essa nova percepção do mundo surgir em torno da escassez dos recursos naturais e da limitação energética da Terra, também tangencia a realidade social fruto da política penal repressiva.

Entretanto, a dimensão social dessa potencial ruptura paradigmática ainda parece de difícil conceituação e teorização. Se de fato apresenta-se como paradigma rompedor da modernidade, a sustentabilidade também deverá adentrar na seara das ciências sociais.

A partir do princípio responsabilidade de Jonas, em que pese teorizado para promover a responsabilidade do homem quanto à preservação da biosfera, hipótese que desde a Revolução Industrial, quando se potencializou sua destruição, até o fim do século XX foi desconsiderada, algumas observações são pertinentes ao presente estudo. Especialmente quando Jonas afirma que:

Sob a mesma luz aparece, então, o novo dever. Nascido do perigo, esse dever clama, sobretudo, por uma ética da preservação, da preservação e da proteção, e não por ética do progresso e do aperfeiçoamento. Apesar da modéstia do seu objetivo, seu imperativo pode ser muito difícil de ser obedecido, e talvez exija mais sacrifícios do que todos aqueles que visavam a melhorar a sorte da espécie humana<sup>39</sup>.

A situação da repressão penal, que no fim de seu processo redundava no encarceramento, mostra-se antagônica a qualquer ideia de solução e melhora. A política criminal empregada, que se funda em um sistema neoliberal, não tem, por próprio fundamento ideológico, reduzir a criminalidade.

E se essa ideologia neoliberal, responsabilizada pela crise econômica de 2008/2009<sup>40</sup>, não é capaz de antever seus próprios problemas na seara econômica,

<sup>38</sup> Cf. JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade*. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto e PUC-Rio, 2006, p. 235.

<sup>39</sup> Cf. JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade*. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto e PUC-Rio, 2006, p. 232.

<sup>40</sup> Cf. STRECK, Lênio L., OLIVEIRA, Rafael T. A “secura”, a “ira” e as condições para que os fenômenos possam vir à fala: aportes literários para pensar o estado, a economia e a autonomia do direito em tempos de crise. In: STRECK, Lênio L., TRINDADE, André K. *Direito e literatura: da realidade da ficção à ficção da realidade*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 185.

criando um sistema sustentável, nunca se preocupará com as políticas criminais sustentáveis que clamam do meio social.

Por essa razão, a tutela penal contemporânea, pautada para atender a uma ideologia centrada no capital e alimentada pelo consumo e pelo individualismo, nunca considerará o crime como fruto de um problema social, um problema de todos os indivíduos. Precisa-se incorporar o princípio de responsabilidade de Jonas, no sentido de que a sociedade deve responder pelos seus atos coletivamente. Crê-se que somente assim pode-se conceber um embrião ideológico para a afirmação de uma tutela penal sustentável.

E, nesse ponto, Ana Paula Motta Costa retrata de forma fiel o resultado dessa base neoliberal aplicada ao discurso repressivo penal:

O ideal moderno de igualdade e liberdade entra em contradição com as condições concretas de convivência social, em que a falta de igualdade material nunca possibilitou o mesmo tratamento entre as pessoas propagado pelo discurso civilizatório. Os “fora de lugar” estão em todos os lugares. A visibilidade da presença impositiva agride, e a invisibilidade das pessoas e de suas realidades impede a identificação de uns com os outros<sup>41</sup>.

Portanto, a aplicação do paradigma da sustentabilidade à política criminal conduz, inevitavelmente, à reconsideração da base ideológica liberal, ou ainda neoliberal, nos objetivos da sociedade e do Estado no tratamento da criminalidade, pois esse problema não é de uns poucos, destoantes do “sonho americano”, mas de toda a sociedade vista coletivamente.

396

## CONCLUSÃO

A sociedade contemporânea sofre a determinação de sua conduta e ideias fundada na ideologia liberalista, mas que atualmente, em razão de um hipertrofiamento, denomina-se de neoliberalismo. Independentemente da sua nomenclatura, essa ideologia sustenta-se na proteção da propriedade privada e manutenção do poder nas mãos dos detentores do capital, entendido este como a ferramenta essencial da economia.

Essa ideologia, em que pese apresentar uma raiz econômica, acaba espraiando seu ideal a todos os demais campos do saber humano, inclusive na esfera social, onde estaria também a política criminal como necessária para lidar com a criminalidade no interior da sociedade.

E quando essa ideologia neoliberal influencia, ou melhor, quase determina a política criminal a ser adotada, além de uma maior repressão violenta contra

---

<sup>41</sup> COSTA, Ana Paula Motta. *Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da invisibilidade à indiferença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 216-217.

o criminoso, o discurso de proteção de direitos fundamentais fica vazio e retórico. Isso porque a situação dos cárceres, aqui no Brasil e no mundo, mostra-se deplorável e ofensiva quanto aos direitos humanos do apenado.

Nesse sentido, até mesmo o discurso de ressocialização como objetivo da aplicação da pena. O apenado, em vez de ser tido como indivíduo titular de dignidade humana, é tratado como objeto da tutela penal contemporânea. Ou seja, não como sujeito humano, mas como objeto material da aplicação da pena.

Por essas razões, aproveitando-se da atual e potencial ruptura científica que o chamado paradigma da sustentabilidade propõe, o qual se funda em uma ideia de compreensão dos fenômenos, inclusive sociais, de uma forma complexa e interdependente, cogitou-se a aplicação desse novo paradigma à tutela penal.

Isso envolveria tratar a criminalidade como algo próprio da sociedade, portanto um problema de todos os cidadãos. Logo, uma tutela penal sustentável envolveria a possibilidade de o crime ser visto em um senso de responsabilidade coletiva, social, e não mais individualizada como se tem propagado nas estratégias contemporâneas de repressão.

E, como fundamento invencível de justificação ideológica de uma eventual tutela penal sustentável, lançou-se a premissa de que a ideologia neoliberal capitalista que rege a produção e consumo de nossa sociedade deve ser afastada das bases da política criminal. Nesse sentido, afirmou-se que é prejudicial um fundamento patrimonialista na repressão da criminalidade, pois a desigualdade material e a discrepância de condições verificadas na realidade social somente potencializam e multiplicam o cometimento de crimes, nunca os subtraindo.

Portanto, ao se propor uma tutela penal sustentável deve-se ter em mente uma mudança paradigmática, uma revalorização moral para que o sujeito criminoso seja mais valorizado que um objeto, como um indivíduo a ser compreendido e ajudado, e não para ser consumido como combustível para a manutenção do *laissez-faire*.

## REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzen. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. *¿La riqueza de unos pocos nos beneficia a todos?* Tradução de Alícia Capel Tatjer. Barcelona: Paidós, 2014.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Assessoria de Imprensa. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/noticias/noticias/%C3%9Altimas/CCJ--do-Senado-aprova-Nefi-Cordeiro-para-o-STJ](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/%C3%9Altimas/CCJ--do-Senado-aprova-Nefi-Cordeiro-para-o-STJ)>. Acesso em: 13 mar. 2014.

CAPRA, Frijot. *As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2002.

COSTA, Ana Paula Motta. *Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da invisibilidade à indiferença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRER, Gabriel Real. Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía ¿construimos juntos el futuro? *Novos estudos jurídicos*, v. 17, n. 3, dez. 2012. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4202>>. Acesso em 09.jan.2013.

FOUCAULT, Michel. 20. ed. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.

JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade*. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contra-ponto e PUC-Rio, 2006.

LOCKE, John. *Segundo Tratado do Governo Civil*. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. [sc]: Vozes, [sa].

MARTINS, Gilberto A., THEÓPHILO, Carlos R. *Metodologia da investigação científica para ciências sociais aplicadas*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. Tradução de Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

398

MATHIESEN, Thomas. La política del abolicionismo. In: HULSMAN, Louk H. C., SCHERRER, Sebastián, CHRISTIE, Niels, STEINERT, Heinz, MATHIESEN, Thomas, DE FOLTER, Rolf S. *Abolicionismo penal*. Traducción del inglés por Mariano Alberto Ciafardini y Mirta Lilián Bondanza. Buenos Aires: Ediar, 1989.

MATTEUCCI, Nicola. *Liberalismo*. In: BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 11. ed. Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mónaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. Brasília: UnB, 1998a.

MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Tradução de Francisco J. A. Roig e Manuel M. Neira. Madrid: Trotta, 1998b.

MORIN, Edgar. *La via para el futuro da humanidad*. Tradução de Núria Petit Fontseré. Barcelona: Paidós, 2011.

ROSA, Alexandre Morais. *Crítica ao discurso da law & economics: a exceção econômica no direito*. In: ROSA, Alexandre Morais, LINHARES, José M. A. 2. ed. *Diálogos com a law & economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

STEINERT, Heinz. Mas alla del delito y de la pena. In: HULSMAN, Louk H. C., SCHERRER, Sebastián, CHRISTIE, Niels, STEINERT, Heinz, MATHIESEN, Thomas, DE FOLTER, Rolf S. *Abolicionismo penal*. Traducción del inglés por Mariano Alberto Ciafardini y Mirta Lilián Bondanza. Buenos Aires: Ediar, 1989.

## Tutela penal e o paradigma da sustentabilidade

STRECK, Lênio L., OLIVEIRA, Rafael T. A “secura”, a “ira” e as condições para que os fenômenos possam vir à fala: aportes literários para pensar o estado, a economia e a autonomia do direito em tempos de crise. *In*: STRECK, Lênio L., TRINDADE, André K. *Direito e literatura: da realidade da ficção à ficção da realidade*. São Paulo: Atlas, 2013.

WEBER, Max. A ética protestante e o espírito do capitalismo. [st] [sl] [se] Título no original: Die Protestantische Ethik Und Der Geits des Kapitalismus. *In*: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. Tübingen, 1904, v. XX e XXI.

Autores convidados



# UMA ANÁLISE EMPÍRICA SOBRE O USO DOS PRINCÍPIOS, INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E DECISÃO JUDICIAL

## AN EMPIRICAL ANALYSIS OF THE USE OF PRINCIPLES, LEGAL INTERPRETATION AND JUDICIAL DECISION

*Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva\**

*Bárbara Lupetti\*\**

*Rafael Mario Iorio Filho\*\*\**

### RESUMO

O presente artigo tem por objetivo fazer uma análise crítica e reflexiva da realidade atual do uso de princípios e da interpretação jurídica no âmbito da decisão judicial. A problemática está exatamente no abuso da aplicação de princípios, de forma ampla e irrestrita, ao que se pode chamar de “princípios abertos”. A proposta é considerar o Direito a partir de uma perspectiva multidisciplinar em suas práticas discursivas, em uma tentativa de explicitar como ele é, independentemente do dever ser. Para isso, abordaremos o Direito sob a perspectiva de saber alográfico e, depois, analisaremos o discurso jurídico como ele é hoje para, finalmente, sope-sarmos se a utilização de princípios da forma como ocorre significa fazer justiça ou extrapola os limites do razoável.

**Palavras-Chave:** Princípios; Interpretação jurídica; Decisão judicial; Jurisdição; Lei.

---

\* Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Correspondência para/Correspondence to: Av. Venezuela, 134, 6º andar, Centro, Rio de Janeiro/RJ, CEP: 20081-310. E-mail: rafa.ioriofilho@gmail.com. Telefone: (21) 2510-8631.

\*\* Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho. Correspondência para/Correspondence to: Rua Ibituruna – lado par, Maracanã, Rio de Janeiro/RJ, CEP: 20271-020. E-mail: blupetti@globo.com. Telefone: (21) 2574-8888.

\*\*\* Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho. Correspondência para/Correspondence to: Rua São José, 35, 15º andar, Centro, Rio de Janeiro/RJ, CEP: 20010-020. E-mail: rafa.ioriofilho@gmail.com. Telefone: (21) 3231-2005.



## ABSTRACT

---

This article aims to make a critical and reflective analysis of the current reality of the use of principles and legal interpretation under the court decision. The problem is the abusive application of principles of broad and unrestricted manner, it can be called “open principles”. The proposal is to consider the right from a multidisciplinary perspective in their discursive practices in an attempt to explain how it is, regardless of should be. For this approach, the law from the perspective of knowing allographic and after analyze the legal discourse as it is today to finally sopesarmos the use of principles of how occurs means doing justice those beyond the limits of the reasonable.

**KEYWORDS:** Principles; Legal interpretation; Judicial decision; Jurisdiction; Law.

## INTRODUÇÃO

O nosso interesse em escrever sobre este tema adveio da percepção de que estamos vivenciando um momento jurídico em que a supremacia dos princípios se impõe, parecendo-nos conveniente que, cada vez mais, pensemos e fomentemos estudos e reflexões sobre o papel do juiz, uma vez que é ele quem, ao fim e ao cabo, como intérprete definitivo, maneja os princípios e a teoria disponível e, no caso concreto, exerce a jurisdição.

Em uma conversa com um desembargador, que fora entrevistado por um dos coautores deste texto, ele se disse muito preocupado com essa “tendência” de os juízes cada vez mais julgarem segundo o que ele próprio chamou de “princípios abertos”.

Para o desembargador, esse uso indiscriminado dos princípios permite que o juiz decida “como quiser”. Durante a entrevista, contou alguns casos e esforçou-se para comprovar a sua “tese” (de que o uso indiscriminado dos princípios permite que o juiz decida como quiser).

Demonstrando a sua preocupação com essa nova “era principiológica”, o desembargador enunciou a seguinte frase que, até hoje, reverbera para todos nós e que foi, de fato, o que motivou a elaboração deste texto: “o juiz julga a lei”. E, segundo ele, “isso é perigoso porque, se o juiz é bom, ótimo. Mas se o juiz for mal-intencionado, é um problema”.

Sendo assim, o presente texto propõe pensar o Direito de forma reflexiva, e não de maneira repetitiva e reprodutora, própria dos trabalhos classificados tradicionalmente como jurídicos. Nossa proposta é analisar o Direito brasileiro em suas práticas discursivas, em uma tentativa de explicitar como ele é, e não como ele deveria ser. Em outras palavras, a partir de uma perspectiva

multidisciplinar (filosofia do Direito, antropologia jurídica<sup>1</sup> e análise semiolinguística do discurso<sup>2</sup>) de enfrentamento do fenômeno jurídico, pretendemos explicitar uma gramática das decisões judiciais no Direito brasileiro, objetivando demonstrar com que regras operam os intérpretes das normas jurídicas no Direito brasileiro na chamada era dos princípios ou cenário pós-positivista<sup>3-4</sup>.

## O DIREITO COMO UM SABER ALOGRÁFICO

Nos países de tradição de *civil law* identificam-se dois grandes filões, funções ou papéis de interpretação na concretização da norma jurídica: a doutrina jurídica e as decisões judiciais, consolidadas na “jurisprudência”.

A doutrina<sup>5</sup> no Direito brasileiro pretende ocupar o papel de sugerir interpretações pertinentes aos operadores do Direito. Tais sugestões serão utilizadas ou não dependendo do argumento defendido em juízo e da apropriação que o juiz faz do próprio, conforme autorizam os princípios da independência e do

---

<sup>1</sup> Interessante a passagem de Roberto KANT DE LIMA (1983:98): A contribuição que se pode esperar da Antropologia para a pesquisa jurídica no Brasil será evidentemente vinculada à sua tradição de pesquisa. Desde logo há de se advertir que o estranhamento do familiar é um processo doloroso e esquizofrênico a que certamente não estão habituadas as pessoas que se movem no terreno das certezas e dos valores absolutos. A própria tradição do saber jurídico no Brasil, dogmático, normativo, formal, codificado e apoiado em uma concepção profundamente hierarquizada e elitista da sociedade, refletida em uma hierarquia rígida de valores autodemonstráveis, aponta para o caráter extremamente etnocêntrico de sua produção, distribuição, repartição e consumo.

<sup>2</sup> Do ponto de vista metodológico, trabalhamos com a análise semiolinguística do discurso a partir de CHARAUDEAU e MAINGUENEAU (2004), que nos possibilitou explicitar as estruturas e visadas discursivas, ou intenções, de cada enunciador ou autor textual em suas interpretações.

<sup>3</sup> De maneira bastante simples, o pós-positivismo é uma forma de compreensão do direito que sustenta a normatividade dos princípios jurídicos (e, portanto, de aplicação obrigatória no caso concreto) e abertura do direito ao plano ético-moral. A partir da década de 1990, incorporando uma série de autores estrangeiros, tais como Robert Alexy e Ronald Dworkin, passa a ser entre nós a visão hegemônica (na doutrina e jurisprudência) sobre a forma adequada não só de compreensão, mais especialmente de aplicação do Direito. Para maiores esclarecimentos ver Bonavide (1995) e Barroso (2007).

<sup>4</sup> A integridade proposta por Ronald Dworkin poderia ser um parâmetro a ser explorado para não recairmos nos problemas da decisão subjetiva dos magistrados. Essa construção se apegua à ideia de um romance em cadeia, assim, o juiz seria o autor dessa narrativa e, como tal, ele deve se vincular ao passado (decisões antigas) para que a história mantenha sua coerência e para que exista espaço para que ele decida. (DWORKIN, R. *A virtude soberana: a teoria pratica da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005)

<sup>5</sup> A dogmática jurídica, também chamada de doutrina, é uma forma de construção do saber própria do campo jurídico que consiste em reunir e organizar de modo sistemático e racional comentários a respeito da legislação em vigor e da melhor maneira de interpretá-la. A dogmática é um saber que produz as doutrinas jurídicas, por meio das quais o direito se reproduz. Tais doutrinas constituem o pensamento de pessoas autorizadas a trabalhar academicamente determinados assuntos, interpretar os textos legais e emitir pareceres a respeito da forma mais adequada de interpretá-los e de aplicá-los.

livre convencimento do juiz. Além disso, a doutrina também seria responsável pela socialização dos integrantes do campo jurídico (advogados públicos e privados, magistrados, membros do Ministério Público, estudantes e acadêmicos do curso de Direito) nos símbolos e nas representações articuladas do sistema de pensamento<sup>6</sup> ou da atividade discursiva próprias do Direito.

O papel da jurisprudência, aqui entendida de forma ampla como sinônimo das decisões dos tribunais, no nosso sistema de fontes do Direito, reduz o juiz à figura de um simples “aplicador” da lei. Na atividade profissional, associada aos operadores do Direito, as decisões, em geral, são manejadas apenas como “argumento de autoridade”,<sup>7</sup> que se prestam a reforçar as teses sustentadas pelas partes em juízo ou mesmo a própria decisão tomada pelo juiz. As decisões proferidas pelas cortes materializam as representações de seus juízes sobre a problemática abordada, cristalizando e formalizando uma relação no campo jurídico, que se traduz na chamada prestação jurisdicional. Como nos diz Eros Grau:

A norma jurídica é produzida para ser aplicada a um caso concreto. Essa aplicação se dá mediante a formulação de uma decisão judicial, uma sentença, que expressa a norma de decisão. Aí a distinção entre as normas jurídicas e a norma de decisão. Esta é definida a partir daquelas. Todos os operadores do Direito o interpretam, mas apenas uma categoria deles realiza plenamente o processo de interpretação, até o seu ponto culminante, que se encontra no momento da definição da norma de decisão. Este, que está autorizado a ir além da interpretação tão somente como produção das normas jurídicas, para dela extrair a norma de decisão do caso, é aquele que Kelsen chama de *intérprete autêntico*, o juiz.<sup>8</sup>

Estabelecidos esses dois papéis, importante se torna observar que a filosofia do Direito, mais especificamente o seu ramo da hermenêutica, estabelece que o processo de interpretação do Direito se processa pela alografia:

<sup>6</sup> Consideramos que, no Direito, o nosso “olhar” é “disciplinado” e domesticado teoricamente não só pelo esquema conceitual da “disciplina” em que fomos formados, nos termos descritos por Bourdieu (1987), mas também pelas categorias apresentadas nas teorias disponíveis.

<sup>7</sup> A doutrina jurídica denomina tal uso das decisões dos tribunais como “eficácia persuasiva” da jurisprudência. Como nos diz Leonardo GRECO (2003:3): “A jurisprudência não é cristalizada em um postulado abstrato, mas em um acórdão inteiro, com todas as suas particularidades, tal como o exigia o Supremo Tribunal Federal para a caracterização do dissídio jurisprudencial no antigo recurso extraordinário (Súmula 291), consoante a regra de comparação hoje inscrita no parágrafo único do artigo 541 do Código de Processo Civil. Nessa comparação, restringe-se a eficácia vinculante às chamadas *rationes decidendi*, como critérios jurídicos que identificam os fatos relevantes da controvérsia e os fundamentos centrais da decisão e desprezam-se os denominados *obiter dicta*, argumentos ou circunstâncias secundários ou acessórios, ou se lhes confere simples eficácia persuasiva”. (grifos nossos)

<sup>8</sup> GRAU, Eros. Interpretação do direito. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2009, p. 472.

Podemos afirmar que o Direito é alográfico. Há dois tipos de arte: as alográficas e as autográficas. Nas primeiras, alográficas [música e teatro], a obra apenas se completa com concurso de dois personagens, o autor e o intérprete; nas artes autográficas [pintura e romance], o autor contribui sozinho para a realização da obra. Em ambas há interpretação, mas são distintas, uma e outra. A interpretação da pintura e do romance importa compreensão: a obra, objeto da interpretação é completada apenas pelo seu autor; a compreensão visa a contemplação estética, independentemente da mediação de um intérprete. A interpretação musical e teatral importa compreensão + reprodução: a obra, objeto da interpretação, para que possa ser compreendida, tendo em vista a contemplação estética, reclama um intérprete; o primeiro intérprete compreende e reproduz e o segundo intérprete compreende mediante a (através da) compreensão/reprodução do primeiro intérprete.<sup>9</sup>

A norma, portanto, se dá por uma operação entre o compositor do texto legal (legislador) e o intérprete (doutrina ou juiz, em conjunto).

Ainda sobre essa operação interpretativa, elucidativo é o seguinte trecho do texto de Eros Grau:

A norma é construída, pelo intérprete, no decorrer do processo de concretização do Direito. Partindo do texto das normas e dos fatos, alcançamos a norma jurídica, para então caminharmos para a norma de decisão, aquela que confere solução ao caso. Somente então se dá a concretização do Direito. Concretizá-lo é produzir normas jurídicas gerais nos quadros de solução de casos determinados. A concretização implica caminhar do texto da norma para a norma concreta [a norma jurídica], que não é ainda, todavia, o destino a ser alcançado. A concretização somente se realiza em sua plenitude no passo seguinte, quando é definida a norma de decisão, apta a dar solução ao conflito que substancia o concreto. Por isso, interpretação e concretização se superpõem. Inexiste, hoje, interpretação do Direito sem concretização; esta é a derradeira etapa daquela.<sup>10</sup>

A partir desta compreensão alográfica do processo de realização da norma jurídica, questiona-se o papel secundário atribuído à doutrina e à jurisprudência nos sistemas de *Civil Law*. Ou seja, é reconhecido que o intérprete é coautor do Direito. O que leva a relevância deste trabalho a procurar descobrir que regras discursivas e, portanto, de compreensão/reprodução,

<sup>9</sup> GRAU, Eros. Interpretação do direito. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2009, p. 472.

<sup>10</sup> GRAU, Eros. Interpretação do direito. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2009, p. 472.

operam inconscientemente<sup>11</sup> nos processos mentais resultantes nas interpretações sobre o Direito que, ao final, são as representações discursivas do campo. Em outras palavras, a gramática, regra da língua, das escolhas decisórias tomadas pelos atores do campo, especialmente os juízes.

## O DISCURSO JURÍDICO

O termo discurso na perspectiva linguística significa um encadeamento de palavras ou uma sequência de frases que seguem determinadas regras e ordens gramaticais no intuito de indicar a outro – com quem se fala ou para quem escreve – que pretendemos lhe comunicar/significar alguma coisa. Esse conceito pode ser compreendido também do ponto de vista da lógica, como a articulação de estruturas gramaticais com a finalidade de informar conteúdos coerentes à organização do pensamento<sup>12</sup>.

No que toca à espécie discurso jurídico, ele é o processo lógico-mental que permite a produção de sentido de um conteúdo normativo a partir de fórmulas linguísticas encontradas em textos, enunciados, preceitos e disposições. Em outras palavras, ele é o resultado concreto da interpretação realizada pela alografia dos atores/intérpretes do campo jurídico<sup>13</sup>.

406

Essa produção de sentido é uma questão de interação e, portanto, o pensamento jurídico se elabora a partir dos modos de interação e da identidade dos participantes implicados, o que permite a distinção de três lugares de fabricação desse pensamento<sup>14</sup>: a doutrina jurídica, a retórica jurídica e a cultura jurídica.

---

<sup>11</sup> Estamos usando o termo inconscientemente, pois segundo estudos como LUPETTI BAPTISTA (2008) e KANT DE LIMA (1983), o Direito brasileiro não tem uma teoria da decisão. Nos países de tradição de *Common Law*, os caminhos decisórios são explícitos, enquanto aqui eles não são.

<sup>12</sup> Quanto à definição do termo “discurso”, ver MAINGUENEAU e CHARAUDEAU (2004:168-172).

<sup>13</sup> “Um campo, e também o campo científico, se define, entre outras coisas, através da definição dos objetos de disputas e dos interesses específicos que são irreduzíveis aos objetos de disputas e dos interesses próprios de outros campos (não se poderia motivar um filósofo com as questões próprias dos geógrafos) e que não são percebidos por quem não foi formado para entrar nesse campo (cada categoria de interesses, a outros investimentos, destinados, assim, a serem percebidos como absurdos, insensatos, ou nobres, desinteressados). Para que um campo funcione, é preciso que haja objetos de disputas e pessoas prontas para disputar o jogo, dotadas de *habitus* que impliquem o conhecimento e o reconhecimento das leis imanentes do jogo, dos objetos de disputas, etc” (BOURDIEU, 1992:89).

<sup>14</sup> Observe-se que estes lugares de produção do discurso são comuns a qualquer tipo de discurso particularizado em um campo. Para aprofundamento da questão, consulte-se o verbete “discurso” do Dicionário de Análise do Discurso (MAINGUENEAU e CHARAUDEAU, 2004: 314) – “Noção utilizada no estudo das interações verbais, extraída de Flahault: ‘Cada um tem acesso a sua identidade a partir e no interior de um sistema de lugares que o transcende; esse conjunto implica que não existe fala que não seja emitida de um lugar e que não convoque o

Cada qual corresponde respectivamente a um desafio de troca linguageira particular: I) um lugar de elaboração dos sistemas de pensamento, além dele; II) um lugar cujo sentido está relacionado ao próprio ato de comunicação; e por último, III) um lugar onde é produzido o comentário.<sup>15</sup>

I) O primeiro lugar é aquele da doutrina jurídica, que consiste no sistema de pensamento, resultado de uma atividade discursiva que faz o papel de fundadora de um ideal jurídico referível à construção das opiniões. Assim, este *topos* (lugar) se refere à dogmática jurídica, não atrelada aos atores especificamente. Refere-se sim, para usar uma denominação “bourdieuniana”, ao *habitus*<sup>16</sup> e ao capital simbólico dos integrantes do campo jurídico.

II) O segundo lugar caracteriza-se como uma dinâmica de comunicação dos atores jurídicos. Refere-se à razão ideológica de identificação imaginária da “verdade” jurídica. Os atores do campo jurídico fazem parte das diversas cenas de vozes comunicantes de um enredo permeado pelo desafio retórico do reconhecimento social, isto é, o consenso, a rejeição ou a adesão. Suas ações realizam vários eventos: audiências públicas; debates reuniões; e, hoje principalmente, a ocupação do espaço midiático<sup>17</sup>. Os atores precisam de filiações e, por essa razão, estabelecem organizações que se sustentam pelo mesmo sistema de crença político-jurídica articuladora de ritos e mitos pela via dos procedimentos retóricos, a chamada retórica jurídica<sup>18</sup>.

III) O terceiro *topos* situa-se nas influências do discurso sobre as instituições que formam uma cultura jurídica, isto é, o discurso jurídico não se mantém fechado no campo jurídico, mas influencia todas as instituições culturais. Esse

---

interlocutor a um lugar correlativo; seja porque essa fala pressupõe apenas que a relação de lugares está em vigor, seja porque o locutor espera reconhecimento de seu lugar específico, ou obriga seu interlocutor a se inscrever na relação” (1978:58). Para Vion, “pela relação de lugares exprime-se de modo mais ou menos consciente qual posição se deseja ocupar na relação e, ao mesmo tempo, define-se, de modo correlativo, o lugar do outro”. Consequentemente, “uma das questões que está em jogo na relação que se constrói consistirá em aceitar ou negociar essa relação de lugares identitários, de maneira que os lugares ocupados no final da interação serão, muito frequentemente, distintos das tentativas iniciais de posicionamentos (1992:80-81)”.

<sup>15</sup> CHARAUDEAU, Patrick. *Discurso político*. São Paulo: Contexto, 2006.

<sup>16</sup> *Habitus* é uma categoria criada por Pierre Bourdieu (1992) para definir a estruturação de um raciocínio próprio da relação e práticas dos agentes sociais e seus campos, de forma a legitimar e criar o campo sobre o qual age. Esse modo de pensar específico dos agentes de um campo de poder é historicamente construído, evoluindo em novas formas de adaptação e reforço de suas convicções, sem, contudo, serem atingidos seus princípios essenciais. Ele procura ser maleável aos anseios dos agentes impedidos de adentrar ao campo a fim de que possam se manter legítimas as relações de poder.

<sup>17</sup> Ver GARAPON (1999:77).

<sup>18</sup> A *retórica*, além de ser a arte da persuasão pelo discurso, é também a teoria e o ensinamento dos recursos verbais – da linguagem escrita ou oral – que tornam um discurso persuasivo para seu receptor. Segundo Aristóteles, a função da *retórica* não seria “somente persuadir, mas ver o que cada caso comporta de persuasivo” (*Retórica*, I,2,135 a-b).

lugar da produção do discurso estabelece as relações entre os atores de dentro do campo e os de fora, revelando opiniões produtoras de conceitos que expandem a cultura relacionada a esse tipo de discurso.

Esse discurso jurídico, como já visto, se materializa por uma operação interpretativa/decisória de um agente do campo jurídico. Ou seja, toda ação discursivo-jurídica pressupõe uma escolha entre as diversas possibilidades interpretativas, voltada à sua aplicação em uma situação concreta. E toda decisão pressupõe uma prática de linguagem, impondo-se mencionar que o discurso decisório é polifônico, pois resulta do somatório das vozes e discursos de diversos atores. Sendo assim, é possível dele se extrair diversas cadeias de discursos. Por isso, nos chama a atenção a ideologia<sup>19</sup> que permeia esse discurso decisório, revelando-se na representação social que o juiz-intérprete faz das normas que deve aplicar e do conflito que lhe é submetido<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Ideologia, no presente trabalho, é tomada com o sentido que lhe dá Aron e deve ser compreendida como “um sistema global de interpretação do mundo social” ARON (1968:375). Interessante observar, ainda, as palavras de BOURDIEU: “Enfim, mais sutilmente, a submissão aos hábitos de pensamento, ainda que sejam os que, em outras circunstâncias, possam exercer um formidável efeito de ruptura, pode conduzir também a formas inesperadas de ingenuidade. E eu não hesitarei em dizer que o marxismo, nos seus usos sociais mais comuns, constitui, frequentemente, a forma por excelência por ser mais insuspeita, do pré-construído duto. Suponhamos que se pretende estudar ‘a ideologia jurídica’, ou ‘religiosa’, ou ‘professoral’. O termo ‘ideologia’ pretende marcar a ruptura com as representações que os próprios agentes querem dar à sua própria prática: ele significa que não se deve tomar à letra as suas declarações, que eles têm interesses, etc.; mas, na sua violência iconoclasta, ele faz esquecer que a dominação à qual é preciso escapar para o objetivar só se exerce porque é ignorada como tal; o termo ‘ideologia’ significa também que é preciso reintroduzir no modelo científico o fato de a representação objetiva da prática dever ter sido construída contra a experiência inicial da prática ou, se se prefere, o fato de a ‘verdade objetiva’ desta experiência ser inacessível à própria experiência. Marx permite que se arrombem as portas da *doxa*, da adesão ingênua à experiência inicial; mas, por detrás da porta, há alçapão, e o meio-hábil que se fia no senso comum duto esquece-se de voltar à experiência inicial a construção dota deve ter posto em suspenso. A ‘ideologia’ (a que seria preferível de futuro dar outro nome) não aparece e não se assume como tal, e é desse desconhecimento que lhe vem a sua eficácia simbólica. Em resumo, não basta romper com o senso comum vulgar, nem com o senso duto na sua forma corrente; é preciso romper com os instrumentos de ruptura que anulam a própria experiência contra a qual eles se construíram. E isso para se construírem modelos mais completos, que englobem tanto a ingenuidade inicial como a verdade objetiva por ela dissimulada e à qual, por outra forma de ingenuidade, se prendem os meio-hábeis, aqueles astutos. (Não posso deixar de dizer aqui que o prazer de se sentir astuto, desmistificado e desmistificador, de brindar aos desencantadores desenganados tem boa parte em muitas vocações sociológicas... E o sacrifício que o método rigoroso exige é ainda maior...)” (BOURDIEU, 1989:48).

<sup>20</sup> Entre os diversos estudiosos da Análise do Discurso, Patrick Charaudeau é o que melhor se ajusta a explicitar a ideologia concretizada no discurso dos intérpretes-juizes em suas operações alográfica-interpretativas, pois fornece um instrumental que permite a construção de uma metodologia para a análise dos discursos jurídicos. A metodologia de Charaudeau situa-se na moldura da chamada teoria semiolinguística do discurso, pois se alinha a uma tradição de estudo dos gêneros deliberativos e da persuasão codificados pela retórica aristotélica. Par-

Tais fatores inspiram a nossa proposta em procurar compreender a construção do discurso jurídico-decisório, em especial a partir do uso dado aos princípios. Como se vê, a dinâmica do discurso jurídico, tomando como referência o pensamento de Charaudeau<sup>21</sup>, se dá pelo chamado princípio de influência. Este princípio caracteriza-se como um ato de linguagem no qual um agente tenta influenciar, persuadir o seu auditório, ou seja, aqueles para quem ele se dirige.

Os elementos que sustentam a legitimação<sup>22</sup> e, portanto, tratam da influência do discurso jurídico-decisório, poderiam ser classificados por quatro ordens de legitimação simbólica que estruturam o *habitus* do campo jurídico: 1) a crença na lei/norma como ato emanado de autoridade competente; 2) o Poder Judiciário como guardião dos valores democráticos; 3) a crença na decisão judicial construída pelo debate do contraditório<sup>23</sup>; e 4) a crença de que o uso dos princípios (constitucionais) permite a abertura de um sistema jurídico (contingenciado pelo positivismo jurídico) para a realização da justiça e compromisso com os direitos fundamentais.

---

te-se de uma problemática da organização geral dos discursos, fundamentando-se em um projeto de influência do EU sobre o TU em uma situação dada, e para qual existe um contrato de comunicação implícito de interação social. O contrato de comunicação no pensamento de Charaudeau é um conceito central, definido como “[...] o conjunto das condições nas quais se realiza qualquer ato de comunicação (qualquer que seja a sua forma, oral ou escrita, monolocal ou interlocutiva). É o que permite aos parceiros de uma troca linguageira reconhecerem um ao outro com os traços identitários que os definem como sujeitos desse ato (identidade), reconhecerem o objetivo do ato que os sobredetermina (finalidade), entenderem-se sobre o que constitui o objeto temático da troca (propósito) e considerarem a relevância das coerções materiais que determinam esse ato (circunstâncias) (CHARAUDEAU e MAINGUENEAU (2004:132)).

<sup>21</sup> A perspectiva de Charaudeau faz a associação dos seguintes fatores: a) a análise da situação, aspecto que aborda os gêneros do discurso associados às práticas sociais, consideradas na estrutura das forças simbólicas (*habitus*) estabelecidas e reproduzidas no campo de poder, no qual se situa o estatuto de cada ator do discurso; b) a desempenho do discurso, aspecto que toma em conta o estatuto do autor do discurso e sua fala atualizante, enquanto competência, que reproduz consciente e/ou inconscientemente a locução enunciativa do que é dito; e/ou estrategicamente não dito; c) a semiolinguística, aspecto no qual o texto produzido é tomado como resultado de processos em que os sujeitos comunicantes se relacionam em ação de influência sobre o TU, perpassando diversas finalidades e situações comunicativas. Essa influência do EU sobre o TU, denominada princípio de influência, portanto, trata da relação que o EU (locutor) objetiva ou visa no TU (receptor do discurso) como um efeito, pedido, ordem ou, na perspectiva de nosso objeto, da imposição de uma decisão de autoridade.

<sup>22</sup> Para fins deste trabalho, consideramos sinônimas as expressões *justificação* e *legitimação*, pois, a partir da ótica daquele que enuncia o discurso (enunciador-intérprete), esses termos significariam a ação de articular estratégias simbólicas de poder que demonstrariam serem os comandos (visadas) do enunciador não arbitrários, ou seja, reconhecidos como devidos, motivos; o que gera obediência e aceitação.

<sup>23</sup> Esses seriam os principais elementos de justificação ou legitimação apresentados pelo *habitus* do campo jurídico para as decisões do Supremo Tribunal Federal.



Entre eles, interessa-nos mais de perto a última ordem de legitimação: a problemática dos princípios, em razão do recorte de nosso objeto de investigação neste texto.

### USANDO PRINCÍPIOS PARA “FAZER JUSTIÇA”: “ÀS VEZES, FAZEMOS MÁGICA”<sup>24</sup>

O Ministro Cesar Asfor Rocha<sup>25</sup> conclama em suas “Cartas a um jovem juiz”, que os magistrados desmistifiquem a lei escrita e, em busca de soluções justas, “abandonem o legalismo dogmático” e “adotem uma posição humanística”. “O sistema de aplicação da lei já cedeu seu passo ao sistema da interpretação da lei”.<sup>26</sup> Para o Ministro, “o juiz deve criar soluções para realizar justiça”.<sup>27</sup>

Para o presidente da Academia Brasileira de Letras Jurídicas (ABLJ), Francisco Amaral, como noticiara o Superior Tribunal de Justiça, “não existe mais a aplicação da interpretação da norma. O ato interpretativo passa a ser uma criação. O juiz cria quando decide, o que é uma mudança de paradigma”. Segundo ele, a “crise do Direito está sendo paulatinamente dominada pelo poder criativo dos magistrados”. Notadamente, em relação ao Direito Civil, ele menciona que “graças a um Código Civil com o sistema aberto, que permite interpretação criativa”, esse novo paradigma está sendo adequadamente introduzido no sistema judiciário:

410

Tenho confiança no poder criativo dos juristas brasileiros. A ciência jurídica perdeu o seu papel histórico de criação de regras gerais e abstratas, mas tem que elaborar diuturnamente, com o auxílio dos juristas, as normas individuais e concretas para cada caso<sup>28</sup>.

A importância do papel criativo do juiz é também destacada por Prado<sup>29</sup>, que avalia positivamente o novo papel do juiz de “sair da legalidade óbvia” para, com “grande criatividade”, buscar uma decisão justa.

Modernamente, exige-se, de fato, um novo papel para o juiz, que deve ser menos técnico e mais “humano”<sup>30</sup>. E os princípios, segundo os dados revelam,

<sup>24</sup> No trabalho de campo, operado por um dos autores, foi escutado mais de uma vez que os juízes “fazem mágica” quando querem “fazer justiça”.

<sup>25</sup> ROCHA, Cesar Asfor. *Cartas a um jovem juiz*: cada processo hospeda uma vida. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 26 e 31.

<sup>26</sup> ROCHA, Cesar Asfor. *Cartas a um jovem juiz*: cada processo hospeda uma vida. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 37.

<sup>27</sup> ROCHA, Cesar Asfor. *Cartas a um jovem juiz*: cada processo hospeda uma vida. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 72.

<sup>28</sup> Ver: <[http://www.stjunior.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=103875](http://www.stjunior.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=103875)>.

<sup>29</sup> PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção*: aspectos da lógica da decisão judicial. 5. ed. Campinas: Millennium, 2010, p. 108.

<sup>30</sup> O Desembargador Paulo Afonso Brum Vaz, coordenador do Sistema de Conciliação do Tribu-

estão a serviço dessa função, justificando e legitimando, com teorias sofisticadas de ponderação, a relativização do rigor positivista da lei.

Nessa linha, o uso dos princípios confirma a expectativa do campo porque permite a relativização da lei no caso concreto. Muitas histórias, narrativas e processos analisados elucidaram situações em que o uso dos princípios permitiu a relativização do rigor positivista da lei.

Efetivamente, a preocupação aqui não é valorativa. Portanto, não pretendemos julgar a forma como a jurisdição vem sendo prestada, nem tampouco o papel dos magistrados nessa nova ordem principiológica. Não nos interessa enunciar se o uso dos princípios é bom ou ruim, mas se mostra relevante pensar sobre essa nova “era principiológica”, de modo a compreendermos o que tem sido feito no mundo da realidade dos tribunais. Ou seja, interessa-nos descrever e buscar entender o que, na prática, está acontecendo a partir dessa forma de prestação jurisdicional e desse novo papel do juiz que, ao final, se revelam também como estratégias discursivas.

Para “fazer justiça”, muitas vezes os intérpretes se valem da elasticidade inerente aos princípios jurídicos, como muitos interlocutores disseram. Uma juíza foi bastante direta, afirmando: “Podemos fazer tudo usando princípios. Fundamentamos tudo usando os princípios”. E depois, um desembargador explicitou o mesmo: “Eu tenho muita preocupação com esse negócio de princípios. Quando o juiz não encontra uma saída na lei ou no processo, já vem falando de princípios. E hoje quase tudo são princípios”.

Khalil<sup>31</sup> narra em seu livro a mesma problemática. Citando um juiz por ele entrevistado, diz algo curioso: “O princípio é uma coisa fluida. É algo com que eu possa brincar como massinha de criança [...] não há a menor possibilidade de eu dizer que o Direito não dá resposta”.

Entre todas as narrativas, destacamos um caso específico que chama atenção pela elasticidade que a exegese demandava.

Em certa ocasião, foi entrevistada uma juíza cível e, enquanto falávamos sobre os dilemas da construção da decisão judicial, ela disse que um dos casos

---

nal Regional Federal da 4ª Região, que abrange a Região Sul, em entrevista à *Revista Consultor Jurídico*, expressou questões muito interessantes sobre o novo perfil dos juízes e do papel do judiciário: “O rol de atribuições do Judiciário se alargou muito. Houve um câmbio no papel do juiz moderno. O eixo passou a ser Direito-juiz, ao invés de Direito-lei. Hoje, nós somos voltados para o social, para a implementação dos direitos fundamentais e da Constituição. [...] Nós não nos limitamos a interpretar a lei. Não basta mais conhecer a lei. Nós criamos o Direito para o caso em julgamento, tecendo e interpretando a ordem jurídica como um todo. Isso toma tempo, dá trabalho, exige abnegação e desprendimento. Demanda muita preparação e um conhecimento multidisciplinar e humanista”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-fev-29/entrevista-paulo-brum-vaz-desembargador-trf>>.

<sup>31</sup> KHALIL, Antoin Abou. *A personalidade do juiz e a condução do processo*. São Paulo: Antoin Abou Khalil, 2011, p. 305.

mais dramáticos se tratava de embargos de terceiro<sup>32</sup>, que foram opostos por uma senhora e por sua filha, portadora síndrome de Down. Elas moravam no imóvel que tinha sido penhorado no processo principal e seria leiloado poucos dias depois. Elas queriam suspender o leilão e a outra juíza que respondia pela vara antes da magistrada entrevistada havia concedido a liminar, em caráter precário. A história contada foi a seguinte:

É que o marido da senhora, pai da menina portadora da síndrome de Down, tinha sido fiador de uma pessoa. Essa pessoa não pagou a dívida e ele, como fiador, teve que responder pela dívida. O bem que ele tinha dado como garantia da fiança era justamente o apartamento em que a senhora e a filha viviam. Na época da ação, eles estavam até separados. Mas quem morava no apartamento era a senhora e a filha. Esse imóvel foi penhorado e estava para ser leiloado. Eu suspendi, mas ia ter que ter o leilão, e elas iam ter que sair do apartamento. Esses casos de fiança normalmente já são muito dramáticos porque o fiador é aquela pessoa pela qual nós temos sempre uma certa dose de complacência porque é uma pessoa que queria ajudar outra e acabou sendo prejudicada, quer dizer, ele paga por uma dívida que não contraiu, enfim, já tem toda uma questão moral por trás dessa coisa da fiança... no caso específico, era uma menina portadora de síndrome de Down, que ia pra rua, porque elas não tinham para onde ir. Estavam pela Defensoria, moravam num bairro pobre...o pai deu como fiança o único bem do casal. E a mãe assinou, na qualidade de esposa, anuindo à fiança dada pelo marido. E estavam separados, enfim, um rolo só. E quem se prejudicaria eram a senhora e a filha, por causa de uma coisa que o ex-marido tinha feito... todo um drama sobre o qual eu tinha que decidir. Eu ia assinar o despejo delas...e eu não queria fazer isso. Eu não queria que elas saíssem da casa. Tinha até um laudo médico dizendo, inclusive, que a menina estava adaptada ao bairro, tinha conseguido um emprego no bairro, coisa que dificilmente ela conseguiria em outro local. O credor do processo principal já estava com grande parte da dívida satisfeita pela penhora de outros dois imóveis, quer dizer, ele já ia receber parte da dívida...então, eu estava fazendo de tudo para evitar que esse processo prosseguisse... eu queria arrumar um outro bem porque claro que o credor tinha que receber, mas essa situação era muito dramática. Então, eu fiquei com o processo muito tempo, pensando, e é um daqueles casos – raros, ainda bem, porque no nível isso é muito raro, quase nunca me vejo nessas situações... **e era um caso que eu ia acabar tendo que decidir com base em princípios... na dignidade da pessoa humana, do acesso à moradia,**

412

---

<sup>32</sup> Ação incidental proposta por aquele que não é parte no processo principal, mas sofreu turbacão ou esbulho na posse de seus bens, fruto de uma penhora, por exemplo. Está previsto no art. 1.046 do CPC.

**como direito fundamental.** Dá para fazer uma mágica e decidir principiologicamente. Mas eu não sei se o Tribunal mantém isso. Acho que não... porque é uma interpretação muito elástica... é uma ponderação entre o direito do credor de receber e o direito de uma menina com síndrome de Down... é dramático, sensibiliza, mas não sei se o nosso Tribunal manteria isso não... porque, pela lei, não tem jeito. É fiança. Tem que sair. Mas se eu puder, eu não vou fazer isso... eu não quero fazer isso e, ainda não julguei, mas vai ser um daqueles casos em que vou pensar muito, uma forma, para dar uma sentença... vai ser difícil.

Após a entrevista, o pedido foi julgado procedente, conforme trechos da sentença aqui transcritos.

[...] além dos fundamentos acima, a posse da autora se justifica pelo seu direito à moradia, previsto como direito fundamental na CF/88, o que por si só é suficiente a fazer prevalecer sobre o interesse do exequente na obtenção de seu crédito. Como bem ressaltado pelo Ilustre membro do Ministério Público, o que se tem é o embate entre o direito constitucional a moradia da embargante e o crédito do executado, sendo certo que este não tem sobre o patrimônio dos executados qualquer direito específico sobre qualquer dos bens que o compõem. Na ponderação de direitos necessária no caso, é de maior alçada o direito à moradia da embargante, por ter sede constitucional e por constituir-se em direito fundamental, próprio à integral dignidade humana. Veja-se que para a embargante a manutenção de sua moradia, mais que lhe assegurar um teto, lhe assegura condições de vida adequadas à sua condição de portadora de síndrome de Down, preservando seus laços de amizade, de estudo e trabalho, de familiaridade e todo um contexto sociofamiliar que lhe permite bem desenvolver sua identidade e sua personalidade, superando as dificuldades que possam advir de sua condição especial. Neste sentido, em seu favor, há a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada pelo Brasil, e vigente em nosso ordenamento, que dispõe: 1) Art. 28. 1. Os Estados-Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência a um padrão adequado de vida para si e para suas famílias, inclusive alimentação, vestuário e moradia adequados, bem como à melhoria contínua de suas condições de vida, e tomarão as providências necessárias para salvaguardar e promover a realização desse direito sem discriminação baseada na deficiência'. Não se pode negar, ademais, que a residência da embargante, para ela, não representa apenas o lugar onde habita, mas, sobretudo, o ambiente terapêutico necessário à estabilidade de sua condição sindrômica, minimizando os efeitos de sua condição especial, tal como dispõe expressamente a Lei 10.216/2001, em seu art. 2º. 'Art. 2º. Nos atendimentos em saúde mental, de qualquer natureza, a pessoa e seus familiares ou responsáveis serão formalmente cientificados dos direitos enumerados no parágrafo único

deste artigo. Parágrafo único. São direitos da pessoa portadora de transtorno mental: VIII – ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis’. Sobre a importância do apoio social ao portador da síndrome – o que a embargante detém residindo no imóvel penhorado, a reforçar a relevância de se tutelar o direito à moradia que ora defende – pode-se trazer a colação ensinamento de Priscila Grisante: ‘O apoio social vem a ser outro fator que influencia a dinâmica familiar. Conforme Llewellyn e McConnel (2002) há duas definições importantes: uma coloca o apoio social como informações que contribuem para sentimentos de ser aceito, capaz e valorizado e, na outra, apoio social é visto como bens ou serviços trocáveis, assim, incluem-se entre ações de apoio: apoio prático (ajuda financeira, ajuda para executar alguma tarefa, etc.), apoio informacional (fornecimento de informação ou conselho), apoio emocional (provisão de cuidado, empatia, amor e confiança) e interação social positiva – ou companheirismo (participação em atividades agradáveis)’. (Priscila Crespilho Grisante; Ana Lúcia Rossio Aiello, Interações familiares: observação de diferentes subsistemas em família com uma criança com síndrome de Down, *Rev. bras. educ. espec.* vol. 18 n. 2 Marília abr.-jun. 2012). Diante de todo este contexto fático e jurídico, há que se reconhecer a prevalência do direito à moradia da autora, sobre o direito ao crédito do exequente (pessoa jurídica, locadora em contrato de locação não residencial), por sua maior estatura constitucional, prevalecendo o primeiro sobre o segundo. Isto posto, julgo procedentes os embargos de terceiro, para afastar a penhora sobre o imóvel [...]

E a decisão da juíza foi confirmada em segundo grau, pelo Tribunal de Justiça, conforme manifesto em sua ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DE TERCEIRO. COMPOSSUIDORA. DIREITO DE MORADIA. GARANTIA CONSTITUCIONAL. RECURSO IMPROVIDO. A sentença não está a merecer reforma. Trata-se de embargos de terceiro, em que compossuidora de imóvel questiona penhora de bem no qual reside, com fundamento no direito de moradia. Diante disso, o primeiro aspecto relevante é o reconhecimento de ser a Embargante, ora Apelada, compossuidora e, portanto, legitimada para a propositura dos presentes embargos. Restado evidenciado que a Embargante é compossuidora, evidente é que seu direito de moradia restou ameaçado pela penhora do imóvel no qual reside. No caso concreto, como bem salientou a d. Procuradoria de Justiça, a moradia é destinada à pessoa incapaz, portadora de síndrome de Down, o que acarreta evidente situação de vulnerabilidade. Dessa forma, correto o acolhimento do pedido constante dos embargos, que, ao contrário do que alega o Apelante, não ignora a exceção da Lei 8.009/90, quanto à impenhorabilidade do bem de família, mas se fundamenta em direito diverso, qual seja na garantia constitucional do direito à moradia”.

Para “fazer justiça”, a magistrada entrevistada ponderou princípios jurídicos e julgou conforme havia dito que o faria: em favor da menina com síndrome de Down, sendo referendada sua escolha pelo Tribunal. Na ponderação entre o direito à moradia e o direito ao recebimento do crédito, priorizou-se aquele em prol deste, ainda que a Lei 8.009/90 expressamente permitisse a penhora de bem de família em casos de fiança.

Ou seja, este caso elucidada, assim como tantos outros descritos em outra oportunidade<sup>33</sup>, que a elasticidade do uso dos princípios acaba permitindo, no caso concreto, que o juiz tenha ampla possibilidade de interpretação e que relativize o rigor positivista da lei, permitindo-se, como disse o desembargador que ilustra nossa inquietação sobre este tema, que o “juiz julgue a lei”.

A nossa proposta reflexiva sugere que o novo escopo do Direito, definido pelo pós-positivismo e moldado a partir de uma teoria de ponderação de princípios e de uma sofisticada teoria hermenêutica, redundou, de certo modo, em casuismo e decisionismo, e que isso implica, eventualmente, arbitrariedade e aplicação desigual da lei<sup>34</sup>.

Talvez, se o caso fosse julgado por outro magistrado<sup>35</sup> – ou mesmo se a Apelação Cível tivesse sido distribuída para outra Câmara – o desfecho poderia ter sido outro, já que, na ponderação, não existindo critério legal que defina o princípio prevalecente e nem havendo consensos (quer doutrinários, quer

---

<sup>33</sup> LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes. *Os rituais judiciais e o princípio da oralidade: construção da verdade no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Fabris, 2008.

<sup>34</sup> De outra perspectiva, mas no mesmo sentido, “Naturaliza-se, no campo, a desigualdade de tratamento por parte do Estado-juiz. As estruturas processuais, informadas pelas práticas e doutrina, fecham para a pessoa a possibilidade de se ter do Judiciário uma decisão semelhante a que foi dada para seu vizinho. Perde-se a previsibilidade e a segurança na solução dos casos pelo juiz. A distribuição de justiça se torna aleatória; é uma questão de sorte ter o caso julgado pelo juiz A, e não pelo B. Se a sorte lhe faltou, enfim, nada pode ser feito. No fundo, a resposta dada pelo Estado ao conflito vai depender das qualidades pessoais e intelectuais do juiz da causa, do quanto de “bom senso” o mesmo aplica nos seus processos. Há aqui um espaço de arbítrio de difícil compatibilização com a democracia – que resta comprometida em severo grau, se o bom funcionamento de suas instituições fica condicionado às qualidades pessoais dos agentes públicos. Trata-se de uma feição autoritária do sistema judicial que demarca o nosso processo e que reforça desigualdades inerentes à nossa sociedade” (DUARTE, 2010:102).

<sup>35</sup> Assumimos responsabilidade por nossas escolhas de variadas maneiras. Quando essas escolhas são feitas livremente, e não ditadas ou manipuladas por outros, nós nos culpamos se concluímos que deveríamos ter escolhido de modo diverso. [...] Nossas circunstâncias são outra história: não faz sentido assumir responsabilidade por elas a não ser que sejam o resultado de nossas escolhas. Ao contrário, se estamos insatisfeitos com nossos recursos pessoais e não nos culpamos por nenhuma escolha que afetou nossa parcela nesses recursos, é natural que reclamemos dos outros, geralmente os oficiais de nossa comunidade foram injustos conosco. A distinção entre escolha e circunstância é não só familiar, mas fundamental na ética em primeira pessoa. [...] Não podemos planejar ou julgar nossas vidas senão pela distinção entre aquilo sobre o que devemos assumir responsabilidade, porque o escolhemos, e aquilo sobre o que não devemos porque vai além de nosso controle.

jurisprudenciais) sobre critérios objetivos de prevalência ou mesmo uma pauta de prioridades axiológicas, a escolha é do julgador<sup>36</sup>.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisarmos os discursos apresentados no presente texto, na perspectiva do terceiro lugar de produção de sentidos dos discursos de um enunciador, qual seja, aquele que procura explicitar quais são os elementos de justificação ou de legitimação dos discursos, vimos que a chamada “era principiológica” apresenta-se como o “grande argumento” presente nas expectativas de reconhecimentos do campo jurídico brasileiro e, por isso, nas crenças de que a sociedade o aceitará ou a ele aderirá. Nesse sentido, sinaliza-se para a compreensão de que o intérprete da lei estará autorizado individualmente a afastar a “lei injusta” usando princípios como estratégia argumentativa. E do lugar do enunciador do discurso (o juiz), os princípios permitem a aplicação da “justiça”, ou seja, daquilo que seria “moralmente bom”, não porque o caso concreto estabelece um conflito de ordem moral sem resposta presente no ordenamento, cabendo ao julgador “descobrir/construir” a resposta adequada a partir de uma perspectiva sistêmica, que remete ao coletivo como sua fonte de legitimação. Mas sim porque a circunstância suscita impasses ideológicos para aquele que deve decidir a demanda. Logo, é a moralidade do julgador que se impõe de plano, a partir das lentes que usa para ver o mundo e que necessariamente não está contingenciada pelas moralidades socialmente construídas entre os membros de um grupo, de uma sociedade<sup>37</sup>.

416

Tal constatação nos gera perplexidades, não apenas porque somos operadores jurídicos e pesquisadores, mas também porque somos cidadãos. Diante do fato de um mesmo caso poder ser tratado de forma absolutamente distinta, conforme a Vara, a Câmara ou a Turma em que o processo tramite, surge a metáfora da “loteria judiciária”.

Por sua vez, a loteria remete à problemática dos limites da interpretação do juiz<sup>38</sup>. De fato, os limites – ou a ausência deles – é o que nos interessa destacar neste texto, em que, efetivamente, procuramos apenas explicitar que a ampla possibilidade de interpretação do juiz diante da norma é o que dá espaço a que ele faça, no caso concreto, o que “quer”, segundo critérios pessoais do que considera “fazer justiça”. Fazer o que se quer implica arbitrariedade.

---

<sup>36</sup> Tal questão nos remete a uma outra problemática que tem sido também um objeto nosso de reflexão, a chamada lógica do contraditório.

<sup>37</sup> Diferentemente daquilo sugerido pela doutrina como forma de encaminhamento para a solução dos chamados *hard cases* (DWORKIN, 1986 e 2007), os dados que suportam nossa pesquisa apontam para um caminho diverso, prevalecendo a pauta moral do julgador como referência decisória.

<sup>38</sup> HALIS (2010:138) defende, mencionando Holmes, juiz da Corte Suprema dos Estados Unidos, que o espaço de criação do juiz deve ser “microscópico”.

Paradoxalmente, se há a “tentação/missão/vocação” dos juízes em fazer justiça no caso em concreto, há também um certo desconforto nesse atuar. Como nos disse um interlocutor: “O juiz não tem que julgar a lei. Se ele concorda, ele aplica. Se discorda, rasga a lei? Isso é estado democrático? Não é”.

Outro desembargador se esforçou para afastar do Judiciário a pecha de um poder arbitrário:

Você não pode legislar, criar lei. Não podemos deixar de cumprir a lei e temos de interpretá-la de uma forma mais razoável. Então, em uma ação de reintegração de posse, em que famílias vão perder suas casas, dar um prazo em nome da dignidade humana, tudo bem. O juiz tem de interceder para fazer a justiça. Mas dentro de certos limites razoáveis. Eu não posso, por exemplo, não dar a reintegração para o proprietário da terra. Isso é ultrapassar o limite e fazer justiça social. Isso, não dá. Mas eu posso dar um prazo digno para a parte contrária ter tempo de providenciar sua mudança, ver para onde vai etc. O caminho não é o juiz desobedecer a lei ou romper com o sistema da ordem jurídica, por conta daquela situação específica, casuística. Isso é o fim. E tem gente que faz. Mas eu sempre tomei muito a atitude de buscar junto às partes uma situação de consenso, formas menos traumáticas de cumprir a lei, mesmo que ela seja rigorosa... marcar audiência, dar um prazo que a lei não dá.

Portanto, a nossa questão está centrada em tentar entender o que acontece na prática, no plano discursivo, diante dessa permissão de ampla liberdade conferida ao intérprete da norma. Ou seja, o que tem acontecido nos tribunais e como os intérpretes têm se valido dos princípios, da hermenêutica e da técnica da ponderação de princípios<sup>39</sup>?

Se temos um sistema em que o juiz, com base em princípios, pode “paralisar a incidência da norma no caso concreto, ou lhe buscar novo sentido”<sup>40</sup>, valendo de estratégias discursivas, mais ou menos sofisticadas, mas arribadas em uma correção moral, teremos explicitados os motivos reais de fundamentação da decisão?

---

<sup>39</sup> Essa preocupação também é compartilhada por reflexões alinhadas à dogmática jurídica. SOUZA NETO (2007) destaca que, a despeito do otimismo com que nossa doutrina vem recebendo a técnica da ponderação, também crescem, tanto no Brasil quanto no exterior, algumas preocupações concernentes à possibilidade de um uso abusivo da técnica, arguindo-se, sobretudo, que ela geraria um aumento excessivo da discricionariedade judicial, com sérios prejuízos para a segurança jurídica e para a legitimação do judiciário. Outros teóricos da nova interpretação constitucional também reconhecem que “no estágio atual, a ponderação ainda não atingiu o padrão desejável de objetividade, dando lugar à ampla discricionariedade judicial [...]” (BARROSO, BARCELLOS, 2008:350).

<sup>40</sup> BARROSO, Luis Roberto. *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 295.



Ou esses motivos são travestidos de linguagem legítima e, portanto, os aspectos pessoais e pessoalizados da decisão ficam obscurecidos e, consequentemente, fora de controle, gerando imprevisibilidade, insegurança e, portanto, crise de legitimidade?

Os dados apontam que a ampla liberdade de interpretação da norma pode levar o exegeta a muitos (e diferentes) caminhos. Dependendo do intérprete, o resultado pode ser “justiça ou arbítrio”.

A questão que se coloca é saber até que ponto o campo jurídico fica confortável com tamanha imprevisibilidade. É saber se tais usos discursivos possibilitam um esforço de socialização do cidadão no direito de seu país, sendo este um instrumento de inclusão. Se este é o sistema que pretendemos ter.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARON, R. *L'opium des intellectuels*. Paris: Gallimard, 1968.

BARROSO, Luis Roberto. *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, ano 23, n. 1, p. 20-49, jan. 2007.

418

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.) *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 327-405.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

BOURDIEU, Pierre. Sistemas de ensino e sistemas de pensamento. In: Pierre Bourdieu. *A economia das trocas simbólicas*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1987, p. 203-229.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BOURDIEU, Pierre. A força do direito. Elementos para uma sociologia do campo jurídico. In: BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Difel, 1989, p. 209-255.

BOURDIEU, Pierre. *A economia das trocas linguísticas*. São Paulo: Edusp, 1992.

CHARAUDEAU, Patrick. *Discurso político*. São Paulo: Contexto, 2006.

CHARAUDEAU, Patrick; MAINGUENEAU, Dominique. *Dicionário de análise do discurso*. São Paulo: Contexto, 2004.

DUARTE, Fernanda. A construção da verdade no processo civil e a igualdade jurídica. In: NETTO, Fernando Gama de Miranda; MEIRELLES, Delton Ricardo Soares (Orgs.). *Direito processual em debate*. Niterói: Editora da UFF, 2010, p. 91-108.

DWORKIN, Ronald M. *Is There Really No Right Answer In Hard Cases?* from Feinberg, Joel and Gross, Hyman, *Philosophy of Law* (Third Edition). Belmont, California: Wadsworth Publishing Company, 1986, p. 174-191.

DWORKIN, Ronald M. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião de promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GRAU, Eros. Interpretação do direito. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2009.

GRECO, Leonardo. *Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>, 2003. Acesso em: 19 ago. 2009.

HALIS, Denis de Castro. *Por que conhecer o judiciário e os perfis dos juízes?* O pragmatismo de Oliver Holmes e a formação das decisões judiciais. Curitiba: Juruá, 2010.

KANT DE LIMA, Roberto. Por uma antropologia do direito no Brasil. In: FALCÃO, Joaquim de Arruda. *Pesquisa científica e direito*. Recife: Massangana, 1983.

KHALIL, Antoin Abou. *A personalidade do juiz e a condução do processo*. São Paulo: Antoin Abou Khalil, 2011.

LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes. *Os rituais judiciais e o princípio da oralidade: construção da verdade no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2008.

LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes. *Paradoxos e ambiguidades da imparcialidade judicial: entre “quereres” e “poderes”*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2013.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial*. 5. ed. Campinas, SP: Millennium, 2010.

ROCHA, Cesar Asfor. *Cartas a um jovem juiz: cada processo hospeda uma vida*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. Ponderação de princípios e racionalidade das decisões judiciais: coerência, razão pública, decomposição analítica e standards de ponderação. *Virtù – Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional*, Salvador, n. 1: 1-17, mar./maio 2007.

