



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 é composto de dois números, com periodicidade semestral.

Secretária: Natália Carvalho Campos Azevedo.

Editores associados: Adrielly Francine Rocha Tiradentes, Fabiana Silva Bittencourt, Henrique Cassalho Guimarães e Meliza Marinelli Franco Carvalho.

Conselho Editorial:

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

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

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

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

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

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

Prof. Dr. Nicola Picardi - Università degli Studi di Roma "La Sapienza";
Prof. Dr. Rodrigo Perez Lisisic - Universidade do Atacama – Chile;
Prof. Dr. Rui Manuel Moura Ramos - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra;
Prof^a. Dra. Paula Costa e Silva - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
(Portugal);
Prof. Ms. Diego Germán Mejía - Lemos – National University of Singapore, Faculty of
Law, 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^a. Dra. Angela Araújo da Silveira Espindola - UNISINOS;
Prof^a. Dra. Flávia Piovesan, PUC – SP e PR;
Prof^a. Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha - UNISINOS;
Prof^a. Dra. Maria Sylvia Zanella Di Pietro – USP;
Prof^a. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE;
Prof. Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho – UCB – DF.

Pareceristas atuantes:

Pós-Dr^a. Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci - MACKENZIE
Dr^a. Ana Virginia Moreira Gomes - UNIFOR
Dr. André Karam Trindade - IMED
Me. Antônio Sá da Silva - UFBA
Dr. Artur Stamford da Silva - UFPE

Dr. Aurélio Agostinho da Bôaviagem - FADIC
Dr. Bruno Amaro Lacerda - UFJF
Me. Bruno Fraga Pistinzi - PUC/MG
Me. Carina de Castro Quirino - UERJ
Dr^a. Carolina de Abreu Batista Claro - UNB
Dr. Celso de Barros Correia Neto - UCB
Dr. César Augusto Silva da Silva - UFGD
Dr. Cícero Krupp da Luz - FDSM
Me. Clarissa Tassinari - UNISINOS
Dr^a. Cláudia Mansani Queda de Toledo - FDSM
Dr^a. Claudia Ribeiro Pereira Nunes - FAAR
Dr^a. Cleide Calgaro - UCS
Dr. Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira - UCS
Dr^a. Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira - UNILASALLE
Dr. Christiano de Oliveira Taveira - UERJ
Dr. Daniel Francisco Nagao Menezes - MACKENZIE
Dr^a. Daniella Maria dos Santos Dias - UNIFESSPA
Dr^a. Danielle Anne Pamplona - PUC/RS
Dr. Delmo Mattos da Silva - IPA
Me. Denise dos Santos Vasconcelos Silva - UFC
Pós-Dr. Dirceu Pereira Siqueira - UNIFAFIBE
Dr^a. Edna Raquel Hogemann - UNESA
Pós-Dr. Edson Vieira da Silva Filho - FDSM
Dr. Elias Jacob de Menezes Neto - UNISINOS
Pós-Dr. Elias Kallás Filho - FDSM
Me. Eliseu Raphael Venturi - UFPR
Dr. Érico Hack - PUC/PR
Pós-Dr. Fernando Sérgio Tenório de Amorim - CESMAC
Dr. Flávio Luís de Oliveira - ITE
Dr. Gabriel Luis Bonora Vidrih Ferreira - UEMS
Me. Geraldo Magela Melo -UNIFEMM

Pós-Dr. Germano Andre Doederlei Schwartz - FMU

Pós-Dr. Giuseppe Tosi - UFPB

Dr. Harrison Ferreira Leite - UFBA

Dr. Henrique Mioranza Koppe Pereira - UNISC

Dr. Isaac Costa Reis - UFSB

Dr. Jair Aparecido Cardoso - USP

Dr. João Carlos Medeiros de Aragão - PUC/SP

Dr. João Henrique Ribeiro Roriz - UFGO

Dr. José Alberto Antunes de Miranda - UNILASALLE

Dr. José Luiz Ragazzi - FDSM

Dr. José Vicente Mendonça - UERJ

Me. Julio Moraes Oliveira - FAPAM

Dr. Leonel Pires Ohlweiler - UNILASALLE

Dr. Lourival José de Oliveira - FACCAR

Dr. Lucas da Silva Tasquetto - PUC/SP

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

Dr^aa. Maria Virgínia Leal - UFPE

Pós-Dr^a. Marli Marlene Moraes da Costa - UNISC

Me. Matheus Faganello - FADERGS

Pós-Dr. Maurin Almeida Falcão - UCB

Dr. Miguel Calmon Teixeira de Carvalho Dantas - UFBA

Dr^a. Mônica Bonetti Couto - UNINOVE

Dr^a. Mônica Teresa Costa Sousa - UFMA

Dr. Murilo Gaspardo - UNESP

Dr^a. Nélida Cristina dos Santos - FDSBC

Me. Nikolay Henrique Bispo - FGV

Dr. Nuno Coelho - USP

Pós-Dr. Paulo Eduardo Vieira de Oliveira - FDSM

Me. Rafael Alem Mello Ferreira - FDSM

Pós-Dr. Rafael Lazzarotto Simioni - FDSM

Pós-Dr^a. Renata Almeida Costa - UNILASALLE

Me. Renato Ribeiro de Almeida - USP
Pós-Dr. Rodrigo Garcia Schwarz - UNOESC
Me. Rogério Barros Sganzerla - UFF
Dr^a. Rosa Maria Borges - UNIRITTER
Dr^a. Rosalina Moitta Pinto da Costa - UFPA
Dr^a. Samantha Ribeiro Meyer - UNINOVE
Dr. Sebastian Borges de Albuquerque Mello - UFBA
Dr. Sérgio Tibiriçá Amaral - ITE
Dr^a. Theresa Rachel Couto Correia - UFSC
Dr. Vanderlei Martins - UERJ
Dr. Victor Hugo Tejerina-Velazquez - UNIMEP
Dr. Wilson José Gonçalves - UFMS

Bibliotecária responsável: Zélia Nilva de Souza Chagas.

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

Linha editorial: Constitucionalismo e Democracia.

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

Política de livre acesso: Todo o material publicado na Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas é de acesso online e gratuito. Na versão impressa, é distribuída por permuta e doação a diversas instituições de ensino nacionais e estrangeiras. A cessão de artigos à revista é igualmente gratuita, não sendo cobradas, tampouco, taxas para a análise e publicação. A Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas obedece aos termos da licença Creative Commons 3.0 (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc->

nd/3.0/br/deed.pt), atribuição não comercial e sem derivações, em consonância com a legislação autoral brasileira, Lei 9.610/98.

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

Correspondência: Toda correspondência, incluindo artigos científicos a serem submetidos para avaliação, cartas aos editores, solicitação de cópias, sugestões, avisos e outras informações, deve ser enviada para revista@fdsm.edu.br. Endereço postal: Av. Dr. João Beraldo, 1075 - Centro - Pouso Alegre MG - CEP 37550-000 – Tel./Fax: (35) 3449-8106.

Normas para a submissão de artigos: Disponíveis em:
<http://www.fdsu.edu.br/site/posgraduacao/diretrizes.php>

Faculdade de Direito do Sul de Minas:

Diretor: Leonardo de Oliveira Rezende

Vice-Diretor: Rafael Tadeu Simões

Fundador: Evaristo Toledo

Coordenação Financeira: Luiz Otávio de Oliveira Rezende

Coordenação de Graduação: Elias Kallás Filho

Coordenação Científica e de Pós-Graduação: Rafael Lazzarotto Simioni

EDITORIAL

50 ANOS DE CONHECIMENTO E INTERESSE

Em 1965, Jürgen Habermas proferiu sua aula inaugural para a cátedra de professor da Universidade de Frankfurt, com o título “Conhecimento e interesse”. Posteriormente publicado em 1968, na forma de um capítulo do seu livro chamado *Técnica e ciência como ideologia*, “Conhecimento e interesse” foi o primeiro ensaio de uma ideia promissora em filosofia política, que resultou, depois, em uma reflexão mais profunda sobre os interesses imanentes ao conhecimento, publicado na forma de um livro com o mesmo nome. Habermas queria demonstrar, dentre outras coisas, que não existe conhecimento desprovido de interesses. Tal como observado por Husserl, o conhecimento científico, do mesmo modo que o conhecimento em geral, também é um conhecimento guiado por ideologias, paixões, hábitos, preconceitos e interesses que passam muito longe dos velhos ideais de neutralidade, imparcialidade e objetividade.

Passados tantos anos dessas reflexões críticas, típicas dos diálogos da filosofia alemã do pós-guerra, muitas coisas mudaram nesse campo de discussão, mas algumas ainda permanecem atuais. Mudaram os modos de lidar com os conceitos da história da filosofia, mudaram as relações que pensávamos existir entre sujeito e objeto, como também mudaram os modos de produção e validação do sentido das proposições científicas. Uma questão, no entanto, permaneceu: a busca pelo real, a obsessão científica pela realidade. Isso porque, depois de Wittgenstein, a diferença entre o real e o artificial já não pode mais ser entendida ingenuamente como uma diferença real.

Assumimos aí o paradigma da linguagem, a convicção de que o real não se revela para nós de modo direito aos sentidos, mas se apresenta linguisticamente. E, como a linguagem é um sistema de símbolos que constrói relações de significação que independem de uma correspondência com o mundo real, então a noção modernista de ciência se transforma, de uma noção descritiva da realidade, em uma concepção radicalmente construtivista.

O mundo agora não é mais uma realidade ôntica cuja existência independe de nós e da nossa linguagem. O mundo agora é o resultado de “jogos de linguagem”, de uma rede histórica de processos de significação baseados em matrizes linguísticas que se estruturam com independência tanto da vontade de sujeitos reais quanto das correspondências lógicas e ontológicas com o mundo real.

A episteme da ciência moderna, isto é, as condições de verificação da própria existência do conhecimento científico, sofrem uma radical e paradoxal transformação: conhecimento agora é construção, é discurso, é o resultado de

processos históricos muitas vezes guiados por ideologias de dominação e de reprodução de relações de poder. Mas justamente por isso a questão do real se torna paradoxalmente mais importante. O real torna-se uma obsessão do conhecimento científico.

A questão do real se torna o tema e o problema central na filosofia da ciência, na teologia, nas artes visuais e literárias, na educação, nas ciências sociais e, com a física subatômica, inclusive nas matemáticas. A literatura não trabalha mais, como no romantismo, com a dramatização dos sentimentos humanos: ela explora agora universos paralelos de modos de vida. A fotografia, a pintura e o cinema se desligam dos compromissos com a realidade e começam a buscar justamente a problematização dos diversos modos – históricos, contextuais e contingentes – de representação dessa realidade. A teologia, sob o eufemismo das práticas ecumênicas, já não trabalha mais procurando a unidade, a reconciliação, a harmonia e a coerência entre diferentes práticas e crenças: ela trabalha agora com a diferença, com a contradição, com o conflito, com a incoerência.

A ciência jurídica brasileira permaneceu, de certo modo, conectada com essa nova episteme do conhecimento em geral. Talvez sem muita consciência do funcionamento do sistema de produção de sentido que se instaurou especialmente a partir do estruturalismo francês do pós-guerra, a ciência jurídica brasileira já não estabelece mais aquela cumplicidade metafísica que matinha com os textos legais e com os precedentes jurisprudenciais dos tempos do positivismo jurídico clássico. O conhecimento científico, no campo do direito, tem buscado outros referenciais, outras abordagens, outras categorias de entendimento para explicar as complexas relações que existem – nossa obsessão pelo real – entre direito e sociedade.

Entretanto, esse esforço epistêmico no campo dos discursos jurídicos encontra-se restrito às academias. Ele não aparece nos discursos profissionais da advocacia, do ministério público, da magistratura, que continuam sendo discursos técnicos, pensamentos tipicamente, como se dizia, dos “operadores” do direito. Se essa reflexão “faz sentido” diante da realidade da cultura jurídica brasileira de nosso tempo, podemos inclusive inferir a existência de uma nova divisão entre uma dogmática jurídica de simplificação técnica, refém das decisões judiciais e dos concursos públicos, ao lado de outra doutrina jurídica de reflexão crítica da própria cultura jurídica e dos diversos modos de produção de sentido do direito.

Uma, por um lado, procura vender receitas para satisfazer o desespero profissional que um país injusto e desigual como o Brasil apresenta para seus cidadãos. A outra procura satisfazer outra ordem de desespero: o entendimento desses processos de dominação e de reprodução do poder, que fazem com que as relações

de inclusão e exclusão social permaneçam sempre como estão. Uma promete um futuro profissional melhor, baseado na formação de habilidades e competências técnicas. Outra promete um entendimento das estruturas discursivas que constroem o conceito de “um futuro profissional melhor”, enquanto o judiciário vai conseguindo a aprovação do aumento do seu teto, de 33 para 39 mil reais por mês, com todos os reflexos e efeitos cascata.

A promessa de um futuro profissional melhor sem dúvida é mais sedutora do que uma promessa de entendimento dos processos de dominação que impedem a emancipação social (estamos usando o conceito de emancipação de Habermas). Mas aí está, dentre outras, a atualidade de se resgatar, ainda que só hoje, ainda que apenas nesta pequena página, a reflexão sobre a relação entre conhecimento e interesse.

Vender a promessa de um futuro profissional melhor baseado na reprodução de um conhecimento técnico não representa um interesse de emancipação. Pelo contrário: existe aí uma clara tentativa de dominação e de exploração comercial de uma massa enorme de cidadãos que consomem conhecimentos pseudojurídicos como indulgências medievais para o acesso ao reino dos céus, ao paraíso ou ao nirvana (essa dogmática é ecumênica). Promessas vazias, cujas frustrações são atribuídas, como nos discursos liberais do início do século XX, ao próprio cidadão, que, aparentemente, não se esforçou o suficiente.

A graduação em direito no Brasil, na sua grande maioria, encontra-se vítima desse sistema de promessas liberais. Trata-se de uma ideologia tão perversa e ao mesmo tempo sedutora que não apenas os assim chamados “operadores” do direito, mas também os professores do direito, passam a acreditar que a doutrina já não serve para nada e o que importa são a lei e os precedentes do STF, pois ali estaria o verdadeiro direito.

Com efeito, a episteme do direito, isto é, o direito de dizer o que é direito, já não pertence mais à doutrina, tampouco à advocacia. Ela pertence hoje ao judiciário e, em especial, ao STF. Foi-se o tempo em que grandes doutrinadores, como Pontes de Miranda, para citar apenas um exemplo, criticavam de modo honesto as decisões do STF, a demonstrar os erros e acertos, submetendo as decisões à discussão, a outros pontos de vista, a outros modos de entendimento. A dogmática jurídica hoje, submetida aos concursos e condenada a manter-se como mero instrumento de reprodução do poder sobre a episteme do direito brasileiro, já nem mais questiona as decisões dos tribunais: entende-as como se fossem fontes primárias do direito de uma nação. Entende-as como se fossem as referências absolutas, suficientes e exclusivas – a obsessão pelo real – da cultura jurídica brasileira.

Não sabemos se a doutrina jurídica brasileira exerceu algum papel de protagonista no desenvolvimento histórico do direito. Mas sabemos que, até

os anos sessenta, a advocacia no Brasil constituía uma classe política de muito prestígio social, que inclusive ocupava praticamente todas as cátedras do ensino jurídico nas academias de direito. Desde então, e especialmente nos anos setenta, a disputa entre advocacia e magistratura deu uma virada. A aprovação do CPC de 73 é um marco dessa vitória do judiciário, que afirmou o protagonismo das concepções judiciais de ação e jurisdição e não as concepções materiais de direito processual, que vinham de doutrinadores ligados à advocacia, como Pontes de Miranda, Ovídio Baptista da Silva, dentre outros pensadores do direito processual que, hiperbolicamente, não aparecem na lista dos “grandes processualistas brasileiros” indicados em célebre livro de teoria geral do processo: uma teoria que concebe a ação e a jurisdição como tutela, não como compromisso com o direito material. Uma concepção, portanto, jurisdicional do direito processual. Não uma concepção de processo como realização do direito material dos cidadãos.

A advocacia perdeu essa disputa com o judiciário pela episteme do direito já nos anos setenta. O que sobrou dessa disputa foi a esperança de manter-se atualizada em relação às decisões dos tribunais. Uma submissão que, até os anos sessenta, seria algo impensável para um advogado. Em muitos casos até mesmo uma ofensa. Porque o direito não era propriedade de uma classe profissional. O direito era uma referência que não poderia pertencer a alguém ou a um grupo. Sabíamos, desde o contratualismo francês de Jean Jacques Rousseau, da importância de substituir o governo dos homens pelo governo das leis, de evitar o arbítrio da vontade do soberano por meio da submissão à razão da lei. Hoje, contudo, assistimos a uma advocacia submetida ao arbítrio do judiciário, cujo título de proprietário da episteme do direito encontra-se registrado nos fatídicos diários oficiais do governo.

Mas um elemento novo começou a surgir a partir dos anos noventa, que foi a profissionalização da docência do direito. O direito hoje não é mais uma batalha travada apenas entre advogados, juízes, ministério público e outros profissionais da área jurídica. Há outro jogador querendo entrar nessa disputa: os acadêmicos do direito. Os professores de carreira, os docentes, os pesquisadores, que, independentemente de cumularem funções com a advocacia, com a magistratura ou com outras carreiras jurídicas, assumem a perspectiva de reflexão e crítica da cultura jurídica brasileira.

Os discursos acadêmicos estão longe de sensibilizar os discursos jurisdicionais, por várias razões. Mas eles sem dúvida estão enriquecendo a cultura jurídica brasileira com um outro olhar, com uma outra perspectiva, que não busca mais a unidade, a reconciliação, a harmonia e a coerência, mas que procura entender justamente a diversidade, o conflito, a incoerência e os diversos modos de produção de sentido do direito.

A *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, nesta 32ª edição, mantém seu compromisso de difundir um conjunto de pesquisas jurídicas que transcendem aos partidarismos acadêmicos e profissionais. Nas páginas que seguem, cuidadosamente avaliadas, estudadas e refletidas por pareceristas doutores nas respectivas áreas de avaliação, o leitor encontrará contribuições científicas relevantes a respeito da cultura jurídica brasileira. Para que nossa frenética busca pelo real não caia na ilusão performativa das promessas daquele futuro profissional de submissão e de reprodução das relações de poder, que atualmente podem ser observadas na disputa entre advocacia, magistratura e academia sobre a ocupação e apropriação dos espaços de produção de sentido do direito. Tal como Habermas propôs há 50 anos, permanece atual a pergunta sobre as relações de poder entre conhecimento e interesse.

Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni

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

A AUDIÊNCIA DE TENTATIVA DE CONCILIAÇÃO NO NOVO PROCESSO CIVIL

THE CONCILIATION ATTEMPT IN HEARING IN THE NEW CIVIL PROCEDURE

Lázaro Alves Martins Júnior*

RESUMO

O novo Código de Processo Civil brasileiro incrementa, sob o aspecto formal, a tentativa de conciliação, trazendo em seu bojo inovações que condensam os diversos instrumentos de resolução de conflitos sem a necessidade de prestação jurisdicional revestida com a tutela impositiva do direito, todavia, existem antinomias e uma fricção com relação à isonomia entre as partes, carecendo de uma interpretação que estabeleça os exatos limites desta fase. Paralelamente e de forma perfunctória, permeia-se, ao longo do texto, uma crítica ao sistema procedimental que não imprime maior celeridade e denota casuísmos advindos da atividade política que servem aos grandes litigantes.

Palavras-chave: novo Código de Processo Civil; conciliação; antinomia; interpretação; política.

ABSTRACT

The new Brazilian civil process code steps up, in the formal aspect, the attempt for conciliation, bringing in its text innovations that compresses the many tools for resolving the conflict without the need of the judiciary apparatus clothed with the imposing guardianship of the law, however, there are antinomies and a friction with regard the isonomy between the parties, needing for interpretation that establishes the exact limits of this phase. Parallely and in a perfunctory way, permeates through out the text a criticism to the procedural system that does not impresses a greater celerity and denotes casuistry arising from the political activities that serves the interests of big litigants.

* Doutorando em Direito Constitucional pela FADISP/SP, Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Ceres do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, com áreas de interesse em Direito Processual Civil, Direito Civil e Direito Constitucional. Endereço: Rua 8ª, n. 54, Centro, Ceres, Goiás, CEP: 76300-000. E-mail: mag.lamjunior@tjgo.jus.br. Telefones: 62-33071711 (Fórum da Comarca de Ceres).

Keywords: new civil process code; conciliation; antinomy; interpretation; politics.

INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil em vigência, apesar das sintomáticas controvérsias, inaugura e alia, dentre outras inovações, um robustecimento sistematizado dos instrumentos alternativos de solução de conflitos em seu bojo, entre eles a conciliação, sem expurgar do mundo jurídico a legislação especial. Esse marco legislativo traz para o arcabouço jurídico nacional, unido ao sistema de precedentes com inspiração no *common law*, uma seara fértil para que as lides sejam solucionadas em fases pré-judiciais, nos moldes em que assistimos implementados em países mais desenvolvidos.

A previsibilidade do direito, eventualmente engessado com o decorrer do tempo, imprimindo destaque às técnicas interpretativas consubstanciadas nos institutos do *distinguishing* e *overruling*, facultará às partes e aos advogados mensurarem previamente os efetivos danos da ação judicial e dispensá-la, formulando convenções válidas que poderão desafogar a estrutura estatal de funcionamento da justiça.

12

Evidentemente, teremos de superar questões culturais, interesses de classes e pontos de fricção no procedimento, todavia, é um caminho a ser trilhado com o natural lapidar perene e perseverante que faça ruir os obstáculos vaticinados que dimanam aspectos bastante tangíveis.

Este estudo tratará da natureza jurídica da audiência de *tentativa* de conciliação desde a sua alusão na petição inicial, sua posição tópica no procedimento que, aparentemente, alquebra a paridade entre as partes criando um direito *potestativo* para o réu, e a figura do *terceiro* que poderá ser inserido em momento posterior à realização da audiência no feito sem que se possa falar no abalo de sua faculdade de exigi-la, ou seja, a preclusão processual, quando observados os princípios que norteiam o futuro digesto procedimental, que se diz harmônico com a Constituição Federal, em especial invocando a sua leitura em termos *magno*.

Valer-se-á, quando necessário, do escólio de doutrinadores *praxistas*.

Não há desatenção ao fato de que tratamos de meras perspectivas interpretativas diante do predomínio da *teoria da norma*, em que o texto legal é apenas o ponto de partida para o intérprete materializar o direito, a *norma válida*, o que se infere será uma constante diante das beligerâncias textuais ou antinomias internas que pululam no texto promulgado, já alvo de prévias alterações pelo Congresso Nacional, sem estar ausentes, ainda que de forma superficial, críticas a casuísmos que parecem servir aos litigantes “atacadistas”.

MEIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

De forma simplista, é demasiada difundida a ideia de que o Estado, este ente nunca suficientemente explicado¹ e por alguns execrado², diante de sua força coercitiva que submete e coage a vontade humana, sepultando a autotutela que remanesceu positivada de forma excepcional, v.g., nas ações possessórias, avocou para si o *munus* e o *poder* de dizer o direito com o desiderato de pacificação social. Essa dicção do direito imposta pelo Estado se dá mediante a atividade legislativa e póstuma aplicação da lei.

O estudo aprofundado da história acompanhando a evolução do direito é libertador e faz ver, como anteriormente pincelado, que o exercício do poder pelo Estado pautado em um direito é, antes de tudo, um ato de coerção, de submissão da população ao Estado que, forçosamente, se vê dominada por um *poder de fato*, seja político, religioso ou financeiro, fenecendo, assim, a imagem de um Estado delineado unicamente para o bem-estar social.

Entrementes, o fato é que esse monopólio estatal sempre se mostrou controvertido e atacado, e, como não poderia ser diferente, também defendido sob o pálio da necessidade de organização social um supedâneo que carece de especial tirocínio para ser repellido diante da imanente natureza humana que carrega consigo o *temor*, o que tornou a sociedade gregária.

Um dos motivos para a controvérsia é o natural dissenso social pela contraposição de interesses. Não se chega a um consenso absoluto no campo político e, por consequência, no direito que é seu reflexo; quando muito se tem um consenso potencial que não assegura um direito absolutamente justo sob todos os crivos subjetivos. Outro motivo, hodierno, é o fato de que os direitos, em antanho meras garantias de proteção perante o Estado, ganharam novas e múltiplas dimensões e, normalmente, se fazem valer pelo exercício da pretensão de uma parte em face de outra, gerando a multiplicação dos conflitos e, em regra, os Estados se mostram insuficientemente preparados para desempenhar essa função de forma primorosa a partir da ingente formação de lides, acentuando-se estas

¹ BAUMAN, Zigmunt. *Aprendendo a pensar com a sociologia*. Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 213-232; COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 205-267; DIAS, Reinaldo. *Sociologia do direito: a abordagem do fenômeno jurídico como fato social*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 13-22; MACHADO NETO, Antonio Luis. *Sociologia jurídica*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 185-190; SCURO NETO, Pedro. *Sociologia geral e jurídica: introdução ao estudo do direito, instituições jurídicas, evolução e controle social*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 76-80.

² NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Assim falava Zaratustra: livro para toda gente e ninguém*. Apêndices de Elisabeth Foster Nietzsche. Tradução de José Mendes de Souza. Prefácio Geir Campos. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012, p. 56-57.

pela atuação despudoradamente nociva quanto à competência material e tenacidade legítima do Estado em reconhecer os direitos e cumprir o seu dever, sendo este, sem dúvida e paradoxalmente, em suas variadas esferas providas do federalismo descentralizado, o maior litigante em nosso país.

No Brasil, estimam-se cem milhões de processos tramitando e, destes, acima da metade do montante envolve, como litigantes, entes estatais.

Temos um país em processo letárgico de desenvolvimento, sempre emergente, e, como já dito a recente descoberta dos *novos* direitos e exegeses que os sufragam, que se desapegam dos primevos, já vetustos, sendo toda pessoa humana dotada da prerrogativa de invocar direitos a partir de possuir *personalidade jurídica*, definida por Nader³, em sua obra de introdução ao direito, como “atributo essencial ao ser humano, é a aptidão para possuir direitos e deveres, que a ordem jurídica reconhece a todas as pessoas”.

Isso acabou por gerar a hipertrofia da estrutura judicial.

Claramente o sistema judicial estatal brasileiro não consegue dar vazão à demanda pela via clássica que carece inequivocamente do pronunciamento judicial. Isso se dá pelos mais variados motivos. Nesse sentido, preconiza Amorim⁴:

O resultado é que os conflitos aumentam conforme também se agiganta a própria sociedade, em uma velocidade que o aparato Estatal não consegue acompanhar, via das deficiências na própria condução administrativa do Estado, redução das verbas e falta de interesse político em equiparar a máquina judiciária.

Destarte, ao longo da história do direito foram desenvolvidos diversos instrumentos alternativos para solucionar as lides formadas no corpo social. Lenza⁵, magistrado sempre empenhado no movimento conciliatório, salientou que:

A grande preocupação do moderno Judiciário brasileiro é a de encontrar fontes alternativas de jurisdição, uma vez que ele próprio reconhece que os serviços jurisdicionais não estão correspondendo aos anseios dos que postulam suas questões na justiça de nosso país.

É mister ressaltar que essa busca pelos novos instrumentos de solução de litígios não se vê restrita aos países subdesenvolvidos, embora a agudez da carência de institutos eficazes nestes se mostre mais acentuada. Sá⁶ alude a este espriar

³ NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 348.

⁴ AMORIM, Aureliano Alburquerque. *Arbitragem e Poder Judiciário*. Goiânia: Contato Comunicação, 2009, p. 13.

⁵ LENZA, Vitor Barboza. *Magistratura ativa*. Goiânia: AB, 2000, p. 141.

⁶ SÁ, Djanira Maria Radamês de. *Teoria geral do direito processual civil: a lide e sua resolução*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 15.

A audiência de tentativa de conciliação no novo processo civil

mundial dos instrumentos para solução de conflitos diversos da jurisdição tradicional jungida ao magistrado:

Assim é que, tanto nos países que adotam o sistema de *civil law* quanto naqueles de tradição de *common law*, buscam-se mecanismos que resultem na obtenção de uma justiça que produza resultados mais efetivos em menor lapso de tempo, deixando aos interessados a opção pela forma judicial ou extrajudicial de resolução de seus litígios.

A conciliação, em sua essência, permite dissipar o dissenso, que é um sentimento muitas vezes remanescente no íntimo da pessoa quando da submissão das partes ao entendimento proferido pelo Estado-Juiz por meio da sentença. O instrumento da conciliação como pacificador social tem matiz tão importante que foi visto como inafastável por parte da doutrina à luz dos contornos imprimidos pelo texto codificado outrora que davam supedâneo a esse raciocínio. Wambier⁷ apresentou o seguinte escol:

1. A tentativa de conciliação das partes na audiência de instrução e julgamento constitui incidente de ocorrência obrigatória, sob pena de nulidade, inclusive quando se haja realizado sem êxito a audiência de conciliação (art. 331, na redação da Lei n. 8.952).

Sem dúvidas, a conciliação é o mais primitivo instrumento de solução de conflitos, anterior ao Estado e sua organização burocrática e legal, tanto que sobreviveu à expansão da judicialização dos conflitos como instituto no seio dos procedimentos processuais e se mostra vigorosa até hoje. A cogência dessa fase na seara judicial, embora discutível, tem algumas vantagens endógenas, quando bem estruturada, a partir de características que a diferem da atividade jurisdicional impulsionada por seu órgão natural, o que, com lapidar tirocínio, é apontado por Lenza⁸:

O conciliador exerce um papel de relevo nesse mister porque pode exortar as partes a uma conciliação, esclarecendo-as sobre os inconvenientes de uma demanda judicial, com relação a gastos, tempo e desconfortos, inerentes à lide. Normalmente, o conciliador atinge bons resultados, conduzindo as partes desavindas a uma composição porque, no contato com elas, pode oferecer determinadas orientações que seriam defesas ao juiz, sob pena de implicação de pré-julgamento.

Impende constatar que a conciliação tem relevante *papel pacificador* na acepção literal da palavra, não padecendo da renitente couraça sofista que

⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002, v. 1, Teoria geral do processo e processo de conhecimento, p. 81.

⁸ LENZA, Vítor Barboza. *Magistratura ativa*, cit., p. 153.

empresta essa definição à solução da lide por meio da sentença de resolução do mérito. Tourinho Neto⁹, condensa esse raciocínio em sua obra nestas palavras:

... tivemos oportunidade de dizer, em outras palavras, que a composição amigável é a melhor forma de solucionar conflitos jurídicos e sociológicos, a medida que a sentença de mérito de procedência ou improcedência do pedido põe termo apenas à lide no plano do direito, não extinguindo, necessariamente, o litígio dos contendores na órbita social, onde reside a efetiva pacificação.

Com raízes na conciliação, nasceram institutos que foram adequados a situações específicas, mas, com cerne na pacificação social buscando extirpar a belicosidade entre partes de quaisquer espécies.

A mediação tem o objetivo de, conhecidos de forma antecedente as partes e os problemas pelo mediador, figura esta que pode ser escolhida pelos contendores e que encaminhará as tratativas entre as partes, insuflando os pontos positivos e negativos da controvérsia, apresentando caminhos para a melhor solução sem caráter impositivo, mas sim, ao final, conciliatório.

Adentrando a arbitragem, as partes acolhem ou escolhem um árbitro que terá função próxima à da jurisdição judicial, impondo o resultado àquele sucumbente no procedimento. No Brasil, temos a regulamentação expressa na Lei n. 9.307 de 1996, que recebeu reforço e inter-relação com o novo Código de Processo Civil, embora padeça de aceitação plena diante de problemas conjunturais de nossa sociedade, conquanto, sem dúvida, se apresente como mais um instrumento que se propõe a auxiliar o Estado na função de solucionar litígios. Lenza¹⁰ apresenta contornos gerais dos institutos da mediação e arbitragem:

A mediação se presta tanto às soluções dos conflitos de Direito Privado quanto às de Direito Público Internacional, cuja solução é sugerida, e não imposta, pelo mediador às partes. A mediação tem nítida diferenças da arbitragem porque, após assinada a cláusula compromissória ou instituído o compromisso arbitral, ela se torna compulsória.

A mediação assemelha-se à arbitragem pela interveniência de terceiro na solução do conflito de interesses. Contudo, diferem entre si, já que na mediação o terceiro interfere com o escopo único da tentativa de conciliação das partes, sem qualquer decisão de mérito. Na arbitragem há decisão de mérito proferida pelo terceiro quando lavra a sentença arbitral.

⁹ TOURINHO NETO, Fernando da Costa. *Juizados especiais estaduais cíveis e criminais: comentários à Lei n. 9.099/95*. 4. ed. reform. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005, p. 218.

¹⁰ LENZA, Vítor Barboza. *Magistratura ativa*, cit., p. 148-149.

A audiência de tentativa de conciliação no novo processo civil

Constata-se, neste contexto, que, historicamente, as sociedades, com algum grau de civilização, mesmo que ainda rudimentar, buscavam formas de solução dos conflitos e o primeiro nível de interlocução para isso foi a conciliação. Esta não obtida, eclodia a lide e com ela novos instrumentos foram criados, por meio do direito, com a escolha de julgadores para a “pacificação” social evitando a supremacia da violência ou força individuais.

Houve, assim, a instituição do monopólio estatal da força, da coerção, mediante o direito que, após histórica evolução, passou a ser proposto, em tese, de forma geral e abstrata.

Tornando-se insuficiente o Estado monopolizador do pronunciamento do direito para as demandas que se potencializaram hodiernamente, institutos que têm como gênese a conciliação foram realçados e buscam apresentar-se como meios suficientemente legítimos e viáveis para dirimir os conflitos em fórmulas menos angustas e acutiladoras do que as judiciais, ressaltando que esses novos meios não representam uma privatização do direito ou desconfiguração das funções típicas dos Poderes formatadas por Montesquieu, frise-se, para funcionamento harmônico e integrado e não estanque, como indevidamente se vê afirmado por alguns deturpadores dos ensinamentos daquele mestre.

O novo Código de Processo Civil tem uma faceta elogiável ao dotar a legislação brasileira de recursos suficientes para a maior disseminação e o melhor funcionamento dos meios alternativos de dissipação de perlas mediante conciliação, mediação e arbitragem, possibilitando, ainda, a condensação e a consolidação de entendimentos ao longo do tempo nas esferas derradeiras judiciais que vincularão as inferiores, favorecendo, após um período de maturação, o incremento da utilização de meios extrajudiciais de finalização de conflitos diante da previsibilidade do resultado do processo.

17

PETIÇÃO INICIAL. A OPÇÃO PELA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO É PRESUPOSTO PROCESSUAL?

O art. 282 do atual Código de Processo Civil elenca de forma taxativa os requisitos da petição inicial. Se não atendidos e não implementada a correção à peça prefacial do processo, esta será indeferida. É claro o prescrito no art. 284, *caput* e seu parágrafo único.

Theodoro Júnior¹¹ destaca que “do exame da inicial, ou do não cumprimento da diligência saneadora de suas deficiências pelo autor, pode o juiz ser levado a proferir uma decisão de caráter negativo, que é o indeferimento da inicial”.

¹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 1, p. 322.

Câmara¹², no mesmo diapasão afirma que “sanado o vício, a petição inicial encontrar-se-á apta a permitir o regular desenvolvimento do processo. Decorrido o prazo sem que o vício seja sanado, deverá o juiz indeferir liminarmente a petição inicial”. Didier Júnior¹³, um dos engenheiros do novo Código de Processo Civil, expõe em sua obra que “a petição inicial somente deve ser indeferida se não houver possibilidade de correção do vício ou, se houver, tiver sido conferida oportunidade para que o autor a emende e este não tenha atendido satisfatoriamente à determinação”.

Parece ser inconteste o entendimento doutrinário, tanto o clássico quanto o contemporâneo, acerca da obrigatoriedade de preenchimento dos requisitos impostos pela lei no que tange à construção da exordial.

O novo Código de Processo Civil instituiu, no art. 319, em seu inciso VII, o requisito da inicial com o seguinte teor: “a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação”. Da mesma forma, elastecendo o prazo vigente, em dias úteis, o que, diga-se de passagem, não parece consentâneo com a declamada celeridade processual, esta uma propaganda insidiosa divulgada inconsequentemente, o novo Código permite sanear o vício sob a mesma sanção de indeferimento da inicial ainda vigente, conforme o art. 321 e seu parágrafo único. Nessa mesma esteira, o § 5º do art. 334 alude à obrigatoriedade de o autor, caso não queira a audiência de conciliação, manifestar-se expressamente.

18

É necessário ressaltar que a atuação lépida do legislador durante os trabalhos de elaboração do Código, sob o influxo de uma pléiade de interessados pelos mais diversos motivos na promulgação da nova Lei, promoveu uma guinada sensível no texto do digesto instrumental em curto espaço de tempo e diversas antinomias vicejaram no Código. A princípio, o Código somente abandonaria a obrigatória fase de conciliação se as duas partes se manifestassem assim expressamente. Em razão disso, restou no texto final o inciso I do § 4º do art. 334 que conflita com seu § 5º e com o inciso VII do art. 319, e ainda com o inciso II do art. 335.

A leitura acurada dessas antinomias, promovendo o seu acendramento interpretativo, indica que o autor na peça inaugural deve optar pela realização ou não da audiência de conciliação. Caso o autor opte pela sua realização, o réu poderá, até dez dias anteriores a ela, protocolar a rejeição à sua realização, momento em que inicia o prazo para apresentar sua contestação.

¹² CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 19. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 314.

¹³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, v. 1, p. 470.

A audiência de tentativa de conciliação no novo processo civil

Mas nesse ponto reside cizânia. Nessa fase de prognósticos e elucubrações sobre a interpretação do Processo Civil em vigor, há quem defenda que a ausência do requisito do inciso VII na petição inicial faz presumir que o autor concorda com a designação de audiência de conciliação, pois essa interpretação promovida pelo condutor do feito estaria alinhada com os princípios instituídos pelos parágrafos 2º e 3º do art. 3º, fortalecendo a atividade de resolução consensual dos conflitos, o que é um dos baluartes da nova legislação.

Mas parece não ser bem assim. Se buscarmos analogicamente no ordenamento jurídico nacional institutos que tratam da manifestação da vontade, vê-se o art. 111 do Código Civil que dispensa a manifestação do agente, presumindo a anuência com o seu silêncio quando as circunstâncias o indiquem e não exista exigência de declaração expressa. Ora, o art. 319, VII, do novo Código de Processo Civil, exige que o autor indique expressamente seu interesse ou não na realização da audiência de conciliação. Não há indicação de que, não havendo manifestação, presuma-se a opção pelo ato processual, violando a literalidade da prescrição legal.

É certo ainda que a remessa de todas as ações que ingressam diariamente para audiências de conciliação prévia, claramente sem estrutura judiciária existente para essa missão, significará um novo passo procedimental que empecerá açodar o processo e pode não ser interessante ao autor. Inclusive, como veremos, quebra-lhe a paridade de tratamento diante do que foi previsto para o réu na legislação processual civil em vigor.

A leitura do § 5º do art. 334, com a devida depuração do texto não corrigido na versão final do inciso II do art. 335, deixa extreme de dúvidas que a interpretação criada por parte da doutrina traz para o réu um *direito potestativo*. O autor pode manifestar, na inicial, que deseja a audiência de conciliação ou mediação e o réu, unilateralmente, pode rejeitá-la e, independe de qualquer manifestação judicial chancelando essa intenção, pois, por força do dispositivo legal, inicia-se o curso do lapso temporal para a contestação a partir da manifestação do réu devidamente protocolada. Em suma, o ato para conciliação não se realizará. De outro norte, se o autor manifestar o desinteresse, o réu poderá insistir na realização por força dos princípios já mencionados e insculpidos nos §§ 2º e 3º do art. 3º do novo Código que estão sendo erigidos ao patamar de *postulados* ou *cogentes*. Há uma boa possibilidade de o julgador comungar com a necessidade de designação da audiência neste caso.

Dessarte, se o autor nada manifestar e for presumido pelo julgador o seu interesse na audiência de conciliação, fica ao alvedrio exclusivo do réu se houverá ou não a audiência. Se o autor informar que não a quer, o réu ainda poderá insistir em sua realização, o que não deixa de ser uma quebra de paridade no tratamento das partes dentro do processo.

Nesse contexto, fica evidente que a pretensão de presumir a intenção do autor de passar pela audiência de conciliação quando não cumpra o requisito do inciso VII do art. 319 na exordial deve ser repelida, pois, além de ignorar o comando expresso e claro da lei, salienta uma indevida posição processual superior do réu na legislação. Portanto, não preenchendo a petição inicial todos os requisitos exigidos na Lei, deverá o condutor do feito determinar a emenda da inicial, valendo-se do art. 321 e seu parágrafo único.

Tem-se, assim, que o inciso VII do art. 319 é pressuposto de desenvolvimento válido e regular do processo, de ordem objetiva, consubstanciando item para que a petição se assevere apta para que ecloda e gere a formação hígida da ação, não se tornando anacrônica a interpretação consolidada na doutrina até aqui.

POSIÇÃO TÓPICA DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO. QUEBRA DA PARIDADE DE ARMAS

Desimportando a nomenclatura aplicada à audiência de conciliação, que parece indicar que o acordo entre as partes se efetivará, quando, na verdade, se tenta a conciliação entre elas, parecendo mais razoável chamá-la de *audiência de tentativa de conciliação*, o fato é que o momento processual é desfavorável ao autor diante da regulamentação que o novo Código de Processo Civil insculpiu.

20

Não é segredo para os operadores do direito que a audiência de conciliação é comezinha e indispensável – em tese – no âmbito dos juizados especiais cíveis e, naquele ambiente judicial, ela se dá de forma antecedente à apresentação da contestação, entretanto, também é amplamente sabido que, nessa esfera, o direito material discutido é singelo por natureza e vedação legal expressa na Lei n. 9.099, de 1995.

Impossível negar que a parte que se apresenta para a audiência de conciliação sabendo de antemão o que o autor tem em seu favor guarda para si uma vantagem.

Cediço dos operadores do direito, já que previsto em lei, que era requisito da inicial nos arts. 282, VI, 283 e 396 do Código de Processo Civil de 1973, equivalentes e sem grandes alterações, no Código em vigência, aos arts. 319, 320 e 434 respectivamente, que o autor deve fazer acompanhar à inicial as provas documentais contemporâneas e indispensáveis para a propositura da ação e indicar na peça a atividade probatória que pretende no feito, embora a explicitação precisa possa vir em momento póstumo.

Esse prévio conhecimento do réu quanto às provas acostadas na inicial parece alquebrar o *princípio da paridade de armas* ou da *igualdade processual* definida por Didier Júnior¹⁴ nestes termos: “Os sujeitos processuais devem receber

¹⁴ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, cit., p. 69.

A audiência de tentativa de conciliação no novo processo civil

tratamento processual idêntico; devem estar em combate com as mesmas armas, de modo a que possam lutar em pé de igualdade. Chama-se a isso de paridade de armas: o procedimento deve proporcionar às partes as mesmas armas para a luta”.

Infere-se, assim, que a audiência de conciliação no procedimento comum em que as causas tratam, muitas das vezes, de assuntos sensíveis e complexos deveria vir após a apresentação da contestação como previa o Código de Processo Civil de 1973 em seu art. 331, *caput*, pois as partes podiam aferir exatamente sua situação processual e melhor mensurar o desenvolvimento do feito e seu resultado, tornando-se mais sensíveis a um acordo.

Essa distorção exposta fica mais aguda com a eventual possibilidade de uma nova audiência de conciliação a partir da inserção de terceiros por meio da reconvenção, por exemplo, já que essas partes trazidas ao processo devem ter as mesmas oportunidades de se defender e produzir provas e, portanto, em tese, fazem jus a participarem de uma audiência de *tentativa* conciliação.

Aparentemente, o autor sofreu uma perda no que tange à isonomia de posição processual com o novo Código de Processo Civil, abalo que poderá atingir similarmente e em conjunto o réu em situações em que se admita a posterior intervenção de terceiros.

O TERCEIRO E A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO.

21

O novo Código de Processo Civil manteve a inserção de terceiros na lide pelas variadas formas já existentes, ampliando-as, embora algumas assim não sejam nomeadas apesar de sua natureza jurídica semelhante.

O terceiro é, normalmente, em linhas gerais, descrito pela doutrina como alguém que, não sendo parte, sofre os efeitos materiais do processo. Diversas compilações trazem em linhas mais ou menos próximas essa definição¹⁵.

Tratando da sucessão das partes e procuradores prevista nos arts. 108 a 110 do novo Código em operação, o que não é reconhecido topicamente e juridicamente como uma intervenção de terceiro na acepção purista do instituto, versam os artigos acerca das situações em que há alteração do proprietário da coisa litigiosa, do litigante, ou ainda do procurador da parte, tudo de forma muito semelhante ao disposto no digesto instrumental de 1973. Não obstante, não há como negar que adentra ao feito uma nova personagem que está submetida, como preconiza Queiroz¹⁶, aos efeitos do comando judicial nestes termos: “Quem é

¹⁵ MARTINS JÚNIOR, Lázaro Alves. *Manual pragmático de direito processual civil*. Com as perspectivas de inovação do novo processo civil, orientações para elaboração de peças e fluxogramas. Goiânia: Kelps, 2015, p. 94.

¹⁶ QUEIROZ, Ari Ferreira de. *Direito processual civil*. Teoria geral do processo – processo de conhecimento – recursos. 7. ed. rev. ampl. atual. jan. 2003. Goiânia: IEPC, p. 227.

terceiro não é parte na relação jurídica processual, mas pode se ligar a esta em face de uma relação jurídica material, pelo que poderá ser atingido direta ou indiretamente pela sentença”.

A título da intervenção de terceiros propriamente dita, temos devidamente regulados no diploma instrumental que adentrou em vigor, a Assistência nas espécies simples e litisconsorcial entre os arts. 119 a 124; a Denúnciação da Lide, que foi sensivelmente aprimorada, nos arts. 125 a 129; o Chamamento ao Processo regulamentado nos arts. 130 a 132; a salutar inovação do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, inclusive da espécie *inversa*, nos arts. 133 a 137; e o *Amicus Curiae*, no art. 138.

A intervenção de terceiros é definida por Wambier nos seguintes termos¹⁷.

Num primeiro momento, poder-se-ia genericamente afirmar que *terceiro* é um contraconceito, isto é, é terceiro todo aquele que não for parte.

Intuitivamente, já se percebe que dentre todos esses terceiros deve haver importantíssimas discriminações, em função de sua ligação ou proximidade para com o litígio em relação ao qual são terceiros. Pode-se falar em terceiros desinteressados – e a esses a lei não fornece caminho algum para que possam intervir em processo alheio, instrumentando-lhe com os embargos de terceiro, para que possam justamente dizer que não podem ser atingidos porque nada têm que ver com o processo – em terceiros interessados de fato – cujo interesse é meramente econômico, moral ou espiritual, mas não jurídico – e em terceiros que podem intervir e se tornar partes.

Câmara traz escólio que robustece esta definição do instituto¹⁸.

Assim é que, conhecido o conceito de terceiro, pode-se definir a *intervenção de terceiro* como o ingresso, num processo, de quem não é parte. Justifica-se a existência das diversas modalidades de intervenção de terceiros pelo fato de o processo poder produzir efeitos sobre a esfera jurídica de interesses de pessoas estranhas à relação processual.

A Reconvenção, que agora tem cariz expressamente autônoma e está prevista no art. 343 do novo Código de Processo Civil, em seus §§ 3º e 4º, admite a inserção de terceiro em qualquer dos polos, ampliando a expansão dos limites objetivos e subjetivos da lide.

Essa maior abrangência da reconvenção já era defendida por Didier Júnior¹⁹ em sua interpretação do Código de Processo Civil de 1973 e, tendo sido este jurista

¹⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues, op. cit., 2002, p. 249.

¹⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas, op. cit., 2009, p. 168.

¹⁹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, cit., p. 557.

A audiência de tentativa de conciliação no novo processo civil

um dos revisores do novo digesto processual, assevera-se natural que tenha sido recepcionado esse entendimento. Vejamos:

Possibilidade de ampliação subjetiva do processo (“reconvenção subjetivamente ampliativa”).

É possível, no entanto, defender a ampliação subjetiva do processo pela via da reconvenção, se ela impuser litisconsórcio do autor e um terceiro e se tratar de demanda conexa com a ação principal (art. 103 do CPC), o que redundaria, de qualquer modo, na reunião das causas para julgamento simultâneo (art. 105 do CPC). Assim, a inadmissibilidade da reconvenção é medida inútil, pois acaso o réu propusesse ação autônoma, em razão da conexão, a reunião dos feitos no mesmo juízo se impunha.

Câmara²⁰ externa em seus estudos símile entendimento afirmando: “A possibilidade de oferecer esta reconvenção subjetivamente mais ampla é totalmente amparada pelo princípio da economia processual, o qual se encontra à base dos institutos da reconvenção e do litisconsórcio”.

Sem dúvida, a leitura atenta do novo Código de Processo Civil revelará que ele é a condensação de pensamentos sufragados na doutrina mais abalizada e na jurisprudência, e que acabam por refletir na repisada e sempre prestigiada, por mais que seja combatida, positivamente do direito, vetor principal da *segurança jurídica*, tão cara aos empreendedores. Nesse ponto, a reconvenção não foi tratada diferentemente, ficando superados hodiernamente posicionamentos de outros juristas mais conservadores²¹.

Evidentemente, a inserção do terceiro, a que título for, seja pelos institutos tradicionais ou ainda pelos assemelhados, traz à tona fatos processuais que carecem de análise sob a perspectiva da atividade conciliatória.

A partir do momento que o texto legal processual civil traz elementos orientadores da atividade exegética no art. 3º em seus §§ segundo “§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” e terceiro “§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”, que podem ser lidos como verdadeiros comandos cogentes em prol da conciliação sem ater-se ao termo *parte* ou *terceiro*, torna-se plenamente possível afirmar que qualquer pessoa, física ou jurídica, que venha a ser inserida no feito, a qualquer título, poderá invocar a tentativa de conciliação em audiência.

²⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, cit., p. 328.

²¹ DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007, p. 268; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, cit., p. 356.

O sucessor no domínio ou na posição processual, embora não se trate em lindes mais estreitas exatamente de *terceiro* sob a regulamentação do Código, não teria, diante desses comandos legais interpretativos, o direito de tentar a conciliação? A pacificação advém, em muito, do elemento volitivo, subjetivo. Portanto, ressaí altaneira a tese de que alterada a parte, há nova hipótese de tentativa de consenso, pois novos interesses subjacentes à lide entram no campo processual.

Com relação ao *terceiro* propriamente dito e assim elencado no código, que se insere e tem relação jurídica com o feito, evidentemente que este, pela inarredável obrigação prevista nos dispositivos já citados de que se assegure a isonomia processual, deve ter o direito de tentar a conciliação em audiência.

Nota-se, assim, que há a franca possibilidade não só de audiências de conciliação em sessões múltiplas conforme previsto no novo Código para as partes originárias, mas, também, novas audiências para os terceiros que se veem inseridos postumamente na lide, sob pena de sonegar a estes um direito estimulado e positivado como norteador da nova legislação instrumental.

Embora mais complexo esse entendimento, em geral as petições de inserção do terceiro buscam arrimo e têm matiz semelhante à exordial, devendo, portanto, contar também com a manifestação acerca da intenção ou não da audiência de conciliação, recebendo tratamento similar ao das partes originárias, inclusive, a possibilidade de recusa expressa.

24

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O legislador brasileiro é movido por diversas fricções advindas do corpo social, em especial da atividade política e do *poder de fato*, este fruto das conjunções e convergências fortemente advindas do interesse econômico dentro do matiz estatal adotado.

Certo é que o parlamentar não prima pela coerência de forma absoluta. Interesses, sem dúvidas, estiveram em jogo em todo o trabalho preparatório deste novo digesto processual. A rapidez de trâmite, quando comparada à de outros projetos de igual envergadura, *v.g.*, o Código Civil de 2002, fruto de uma maturação de mais de duas décadas, e o movimento de profunda alteração do projeto original, e em especial a modificação do novo texto em alguns meses, que já fora alvo de revisão, para o texto final promulgado e em vigor, gerou conflitos textuais que são claros indicadores do açodamento completamente desapegado da técnica ou de qualquer interesse juridicamente nobre.

Legisla-se sem preocupação com o fático, sem ouvir verdadeiramente os *praxistas*.

O mote do Código que trará rapidez, celeridade, se perdeu nos diversos pontos de exercício do contraditório e de manifestação obrigatória e prévia

das partes. No mesmo diapasão, a audiência de conciliação, sem estrutura adequada para dar vazão instantânea ao provável número de interessados em sua realização, ou mesmo a adoção como passo obrigatório pelos magistrados, será um novo ponto no processo que pode torná-lo substancialmente mais moroso. Esses pontos exigirão lapidação e, mesmo assim, deverão tornar o Judiciário mais pesado financeiramente para o Estado, vez que foram criadas novas figuras processuais a título de auxiliares da Justiça, muito possivelmente para se inserir bacharéis em direito no mercado de trabalho em tempos de profusão de neófitos profissionais oriundos de cursos de direito com qualidade propedêutica severamente preocupante e que enfrentam dificuldades imensas em um mercado extremamente disputado, em especial nas regiões menos desenvolvidas economicamente que contam com a predominância na área da educação superior dos cursos jurídicos, com o fito claramente de empreendedorismo capitalista.

Com o que se constatou e a desconfiança que o parlamento produz espontaneamente junto à opinião pública, não se sabe exatamente o que o legislador procura, mas não pareceu ser a celeridade processual. Há tempos a conciliação era uma fase obrigatória no Código de Processo Civil e foi extirpada pela Lei n. 10.444, de 2002, da condição de inafastável justamente para trazer rapidez. Agora, retoma essa feição impositiva no processo para... dar celeridade! No mínimo, insólito. Não funcionou no passado; nossa sociedade se tornou mais beligerante e ativa em busca de seus direitos por meio da via judicial e não houve uma mudança de mentalidade cultural da população e instituições que levem à menor exigência da prestação eminentemente jurisdicional. Agora foi retomado o caminho que feneceu – sem ao menos ter vicejado em algum momento – sem deixar saudades.

Com a retomada da audiência de conciliação em uma roupagem obrigatória em momento processual que possivelmente levará a parte autora a se arrostar em desvantagem com o réu no que tange à previsibilidade objetiva acerca do resultado, vez que este não terá apresentado o que lhe ampara em termos probatórios, o que em outros momentos poderá atingi-los, autor e réu em conjunto, deparando-se inferiorizados sob essa faceta perante o terceiro que adentre no feito em momento futuro, positiva-se uma quebra de isonomia não justificada.

Não é irrazoável dizer que bastariam algumas inovações no Código de Processo Civil de 1973, como na reforma substancial e pontual de 1994, e obteríamos sensível avanço, possivelmente com mais celeridade.

Mas, como dito, interesses estatais, de classes e econômicos, nem sempre ligados ao que é melhor para a população é que sustentam a atividade política parlamentar que, ao final, gera o *direito posto* e imposto, sendo exemplo disso, entre outros, o casuísmo do valor da causa nos pedidos de indenização por danos

morais que busca inequivocamente promover involução no número de processos dessa natureza, o sistema de precedentes com verticalização dos entendimentos com natureza vinculante às esferas judiciais inferiores, permitindo um *lobby* localizado pelos grandes litigantes e a criação de instrumentos para agilizar esse sistema fechado de interpretação.

Embora assim seja, não se pode olvidar que o novo Código de Processo Civil, talvez despiendo como dito alhures, nos dota de um arcabouço processual que, no futuro, a partir da consolidação dos entendimentos nos Tribunais e da sedimentação do sistema misto do *civil law* com o *common law*, poderá imprimir maior celeridade processual, pois as causas estarão despidas de discussão, salvo as possibilidades de *distinguishing*²² e *overruling*²³, o que pode fomentar o desenvolvimento da atividade conciliatória e de mediação extrajudiciais, desafogando a máquina judiciária, pois haverá previsibilidade objetiva dos resultados.

Destarte, não se afigura uma revolução processual, mas se espera que, com o tempo, exista uma transformação na seara jurídica com a atuação em moldes semelhantes a países europeus e às cortes norte-americanas, diante da consolidação dos entendimentos.

26

O risco que se cogita entre os benefícios citados em prognose é a concentração de poderes em Tribunais superiores que têm formação eminentemente política e ligada à atividade estatal de governabilidade, seara fértil para as investidas políticas.

Em suma, teremos algum avanço instrumental, todavia, em um novo Código prescindível e com crises internas, com o risco de maior opressão do *poder de fato*, que é o econômico e político, sobre a população.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor. A dialética do esclarecimento. Max Horkheimer. *Revista da UFMG*. Minas Gerais, publicada em junho, 2013, p. 1-73. Disponível em: <<http://www.mom.arq.ufmg.br/mom/babel/textos/adorno-horkheimer-dialetica-esclarecimento-caps-1-2.pdf>>. Acesso em: 1º out. 2015.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. 350p.

AMORIM, Aureliano Albuquerque. *Arbitragem e Poder Judiciário*. Goiânia: Contato Comunicação, 2009, 200p.

²² É a demonstração ao julgador que a situação concreta discutida nos autos é diversa da que está solidificada em entendimentos jurisprudenciais ou em verbetes de súmulas.

²³ Prova de que o entendimento sufragado pelos Tribunais ou em Súmula foi superado.

A audiência de tentativa de conciliação no novo processo civil

- ARISTÓTELES. *A política*. Introdução de Ivan Lins. Tradução de Nestor Silveira Chaves. Edição Especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. 346p.
- ARISTÓTELES. *Retórica*. Tradução de Manuel Alexandre Júnior; Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. São Paulo: Folha de São Paulo, 2015, 240p., v. 1.
- ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. Tradução de Sérgio Bath. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. 884p.
- BACON, Francis. *Ensaio sobre moral e política*. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2001, 192p.
- BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista da OAB*. Brasília, junho de 2008. p 1-29. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 1º jun. 2015.
- BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Publicado em maio de 2010. São Paulo. *Sítio de Luis Roberto Barroso*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 1º jun. 2015.
- BARROSO, Luis Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. 522p.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional – pressupostos hermenêutico-constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002. 221p.
- BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. 279p.
- BAUMAN, Zygmunt. *Aprendendo a pensar com a sociologia*. Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. 301p.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. 7. ed. São Paulo: Martin Claret, 2014. 118p.
- BENGOETXEA, Joxerramon. *Una defensa del consecuencialismo en el derecho*. Universidade de Santiago de Compostela. Servizo de Publicacións e Intercambio Científico. Santiago de Compostela, 1993, v. 2, n. 2. Disponível em: <http://scholar.google.com.br/scholar?q=UNA+DEFENSA+DEL+CONSECUENCIALISMO+EN+EL+DERECHO+Joxerramon+Bengoetxea&btnG=&hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5>. Acesso em: 1º jun. 2015.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 212p.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 19. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 1, 528p.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. 716p.
- DESCARTES, René, 1596-1650. *Meditações metafísicas*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Folha de São Paulo, 2015, v. 5.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. v. 1, 678p.

DIAS, Reinaldo. *Sociologia do direito: a abordagem do fenômeno jurídico como fato social*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. 258p.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2007. 334p.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico. *Revista Academia*, 15 p. Disponível em: <http://www.academia.edu/1615334/Neoconstitucionalismo_e_moralismo_ju%C3%Addic>. Acesso em: 1º jun. 2015.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007. 941p.

DWORKING, Ronald. *A justiça de toga*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Fernando Santos; revisão técnica Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2010 (Biblioteca Jurídica WMF). 432p.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A trivialização dos direitos humanos. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 28, out. 1990, p. 99-115.

FERREIRA, Delson. *Manual de sociologia: dos clássicos à sociedade da informação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. 247p.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação do direito e os princípios*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. 176p.

28

GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. *Teoria política do direito: a expansão política do direito*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013. 252p.

HERANI, Renato Gugliano. *Controle de constitucionalidade das leis pré-constitucionais*. Rio de Janeiro; São Paulo: Forense, 2010. 286p.

JELLINEK, Georg. *A declaração dos direitos do homem e do cidadão: contribuição para a história do direito constitucional moderno*. Organização, estudo introdutório e tradução de Emerson Garcia. São Paulo: Atlas, 2015. v. 2, 111p.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução de J. Rodrigues de Merege. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2014. 223p.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 9. ed. rev. São Paulo: RT, 2013. 205p.

LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma constituição*. Tradução de Gabriela Edel Mei. São Paulo: Pillares, 2015. 168p.

LENZA, Vítor Barboza. *Magistratura ativa*. Goiânia: AB, 2000. 282p.

LUNARDI, Soraya Gasparetto. Modulação temporal dos efeitos no processo de controle de constitucionalidade e influência de argumentos econômicos. *Revistas do Curso de Direito da FEAD*, n. 5, jan./dez. de 2009, 16 p. Disponível em: <[*Rev. Fac. Dir. Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 32, n. 1: 11-30, jan./jun. 2016](http://scholar.google.com.br/scholarhl=ptBR&q=MODULAC3%87%C3%83O+TEMPORAL+DOS+EFEITOS+NO+PROCESSO+DE+CONTROLE+DE+CONSTITUCIONALIDADE+E+INFC3%8ANCIA+DE+ARGUMENTOS+ECOC3%94MICOS+Soraya+Gasparetto+Lunardi&btnG=&lr.>. Acesso em: 1º jun. 2015.</p></div><div data-bbox=)

A audiência de tentativa de conciliação no novo processo civil

- MACHADO NETO, A. L. *Sociologia jurídica*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. 420p.
- MARTINS JÚNIOR, Lázaro Alves. *Manual pragmático de direito processual civil*. Com as perspectivas de inovação do novo processo civil, orientações para elaboração de peças e fluxogramas. Goiânia: Kelps, 2015. 286p.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2015. 62 p.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 343p.
- MULLER, Friedrich. Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, n. 27, p. 111-126, 1989. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=77386>>. Acesso em: 1º jun. 2015.
- NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. 515p.
- NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Assim falava Zaratustra: livro para toda gente e ninguém*. Apêndices Elisabeth Foster Nietzsche. Tradução de José Mendes de Souza. Prefácio de Geir Campos. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012. 340p.
- PAULA, Gil César Costa de. *Teoria geral do estado: textos para uma abordagem crítica*. Goiânia: Vieira, 2010. 668p.
- PEGORARO, Lucio. La circulación, la recepción y la hibricación de los modelos de justicia constitucional. *Revistas CEPC. Espanha*, 2009, p. 393-416. Disponível em: <www.cepc.gov.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicasR=8&IDN=398&IDA=1432>. Acesso em: 1º jun. 2015.
- QUEIROZ, Ari Ferreira de. *Direito processual civil*. Teoria geral do processo – processo de conhecimento – recursos. 7. ed. rev. ampl. atual. Goiânia: IEPC, jan. 2003. 654p.
- REVORIO, Francisco Javier Díaz. *Valores superiores e interpretación constitucional*. Colección: Estudios Constitucionales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. 592p.
- SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Teoria geral do direito processual civil: a lide e sua resolução*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998. 249p.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1999. 379p.
- SCHOPENHAUER, Arthur, 1788-1860. *Aforismo sobre a sabedoria de vida*. Tradução de Jair Barboza. São Paulo: Folha de São Paulo, 2015. v. 2, 192p.
- SCURO NETO, Pedro. *Sociologia geral e jurídica: introdução ao estudo do direito, instituições jurídicas, evolução e controle social*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 314p.
- SPECTOR, Céline. *Vocabulário de Montesquieu*. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2011. 70p.
- TAVARES, André Ramos. A constituição é um documento valorativo? *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 9, p. 337-348, jan./jun. 2007.
- TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2012. 181p.

Lázaro Alves Martins Júnior

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 1, 674p.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. *Juizados especiais estaduais cíveis e criminais: comentários à Lei 9.099/95*. 4. ed. reform. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005. 827p.

VOLTAIRE, 1694-1778. *Tratado sobre a tolerância*. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Folha de São Paulo, 2015. 142p.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002. v. 1: Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 704p.

Data de recebimento: 08/01/2016

Data de aprovação: 06/05/2016

ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA: UMA ANÁLISE DO REGIME PORTUGUÊS

TRIBUTARY ARBITRATION: AN ANALYSIS OF THE PORTUGUESE REGIME

*Amanda Monique de Souza Aguiar Maia**

RESUMO

O tema desenvolvido neste trabalho é a arbitragem tributária portuguesa como forma de resolução de conflitos. O problema a que se propõe responder é: a arbitragem é meio eficiente para a resolução de conflitos tributários? A metodologia adotada foi a revisão bibliográfica, utilizando-se de formas primárias e secundárias com o objetivo de estudar o contexto em que ocorreu a extensão deste instituto, comum em área comercial, à seara tributária e as vantagens geradas. Para tanto, foi imprescindível abordar os aspectos gerais do instituto da arbitragem, sua regulamentação jurídica em Portugal e as interpretações, doutrinária e jurisprudencial, do instituto. Os resultados da pesquisa mostram que a arbitragem portuguesa trouxe como vantagens a celeridade, a redução dos custos gerais e a especialidade da decisão proferida, mas também que, na prática, a decisão é irrecorrível e também que a diminuição das pendências judiciais é uma busca que demanda longo prazo.

Palavras-chave: solução de controvérsias; arbitragem tributária.

ABSTRACT

The theme developed in this work is the Portuguese tax arbitration as a means of conflict resolution. The problem that sets out to answer is: arbitration is efficient means for resolving tax disputes? The methodology was the literature review using primary and secondary forms in order to study the context in which the extent was this institute, common in the commercial area, the harvest and the generated tax advantages. Therefore, it was essential to address the general aspects of the concept of arbitration, its legal regulations in Portugal and interpretations, doctrine and case law

* Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMINAS). Áreas de interesse: Direito Tributário. Endereço para correspondência: Rua Juiz Elizeu Jardim, 273, bairro Indústrias I, Belo Horizonte-MG, CEP: 30610-070. E-mail: amanda.monique@sga.pucminas.br.

of the institute. The survey results show that the Portuguese arbitration brought the advantages of speed, reducing overhead costs and expertise against the decision, but also that in practice, the decision is final and also that the reduction of court backlogs is a quest that long-term demand.

Keywords: settlement of disputes; tax arbitration.

INTRODUÇÃO

A arbitragem apresenta diversas vantagens, como a celeridade na resolução do litígio, maior autonomia da vontade, a especificidade e a neutralidade dos árbitros. Apesar dos benefícios apontados pela doutrina, na seara do Direito Público, a sua instituição sempre encontrou grandes resistências, especialmente no Direito Tributário, sob a argumentação de que, sendo o crédito tributário disponível, a Administração não poderia se utilizar da arbitragem, ficando o instituto restrito às atividades comerciais e afins.

Todavia, em uma atitude pioneira, Portugal, por meio de uma autorização legislativa, permitiu em 2010 que o governo regulamentasse a arbitragem em matéria tributária. Essa regulamentação ocorreu em 2011 mediante o Decreto-Lei n. 10, seguido pela Portaria n. 112-A/2011 que vinculou, a partir do dia 1º de julho de 2011, diversos órgãos à arbitragem para resolução dos conflitos fiscais, garantindo ao contribuinte a opção por mais essa via.

32

Assim, envolvidos por uma grande curiosidade, desafiamo-nos a estudar melhor o tema da introdução da arbitragem em Portugal como mecanismo alternativo à jurisdição estatal na solução de controvérsias de natureza tributária.

Nesse contexto é que o capítulo inicial se dedica a uma rápida abordagem dos aspectos gerais do instituto da arbitragem português, especialmente sobre o seu conceito, a sua natureza jurídica, os tipos de arbitragem, a convenção de arbitragem e, por fim, teceremos considerações sobre os árbitros e os tribunais arbitrais.

Em seguida, adentra-se no tema central a ser desenvolvido neste trabalho: a arbitragem tributária portuguesa. Para tanto, inicia-se fazendo uma breve referência ao contexto histórico e social em que a arbitragem tributária foi introduzida e o trajeto da arbitragem administrativa para arbitragem tributária. A seguir, aborda o modelo de arbitragem adotado em Portugal por meio do estudo da previsão da arbitragem tributária no ordenamento jurídico português. O capítulo termina apontando o cenário atual da arbitragem tributária em Portugal, com as vantagens e desvantagens apresentadas pelo instituto.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O INSTITUTO DA ARBITRAGEM

A Constituição Portuguesa permite expressamente em seu art. 202º, n. 4 que, por meio de Lei, se crie outros instrumentos e formas de resolução de litígios como alternativas à jurisdição estatal.

Os meios de composição de controvérsias podem ser divididos basicamente em duas categorias: autocomposição; e heterocomposição. A autocomposição é uma forma “pela qual os interessados na dissipação de suas controvérsias, e ausente o Estado jurisdicional, conciliam-se pela renúncia, submissão, desistência e transação”¹. Na heterocomposição, por sua vez, “as partes (ou até mesmo uma delas unilateralmente, no caso da jurisdição) submetem a terceiro seu conflito, em busca de solução a ser por ele firmada ou, pelo menos, por ele instigada ou favorecida”². A arbitragem, assim como a conciliação e a mediação, é um desses meios, apresentando-se como uma alternativa à jurisdição do Estado.

Apesar de não ser propósito do presente trabalho o estudo dos diversos aspectos da arbitragem, algumas notas sobre suas características gerais são imprescindíveis para a compreensão da arbitragem no Direito Tributário. Passemos à análise de suas características principais, com base na Lei de Arbitragem Voluntária (LAV).

Conceito e natureza jurídica da arbitragem

Existem diversas definições da arbitragem encontradas na doutrina, entre elas destaca-se a elaborado por Carlos Carmona para quem a arbitragem é

meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial [...]. Trata-se de mecanismo privado de solução de litígios, por meio do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes³.

Desse conceito, podemos extrair as principais características da arbitragem: heterocompositiva (pois o conflito é solucionado com a intervenção de alguém fora da relação conflituosa), convencional (vez que por meio de um acordo as partes escolhem a via arbitral), formalizada (porque pressupõe a escolha de procedimentos a serem seguidos)⁴, pode-se acrescentar ainda que a arbitragem

¹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos. 9. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 23.

² SENA, Adriana Goulart de. Formas de resolução de conflitos e acesso à justiça. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 46, n. 76, p. 93-114, jul./dez., 2007. Disponível em: <https://www.trt3.jus.br/download/artigos/pdf/20_formas_resolucao_conflitos.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015.

³ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei n. 9.307/96, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 31. Livro eletrônico. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788522470617>>. Acesso em: 20 maio 2015.

⁴ CARVALHAL, Ana Paula Z. A arbitragem administrativa em Portugal. *Revista Eletrônica FMU Direito*, São Paulo, v. 24, n. 33, p. 1-18, 2010, p. 3. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.fmu.br/index.php/FMUD/article/view/73/72>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

é, em regra, sigilosa (visto que somente as partes em litígio podem autorizar que o processo se torne público). Em Portugal existe ainda uma questão controversa na doutrina a respeito da arbitragem caracterizar-se, ou não, como uma função jurisdicional.

No entendimento de Ana Paula Carvalhal (2010), dois motivos permitem o entendimento de que os tribunais arbitrais em Portugal desempenham função jurisdicional: “primeiro, o Tribunal Arbitral constitui uma das categorias de tribunais segundo o art. 209º, n. 2, da Constituição Portuguesa⁵. Segundo, os árbitros julgam segundo o direito constituído”⁶. É relevante mencionar, inclusive, que este segundo argumento foi o mesmo utilizado na exposição de motivos do Regulamento Jurídico da Arbitragem Tributária (Decreto-Lei n. 10/2011) esclarecendo que “a instituição da arbitragem não significa uma desjuridificação do processo tributário, na medida em que é vedado o recurso à equidade, devendo os árbitros julgar de acordo com o direito constituído”⁷.

Para concluir a análise da natureza jurídica da arbitragem portuguesa, faz-se mister destacar a conhecida afirmação de Francisco Cortez (1992), segundo a qual

o árbitro não é um conciliador, a decisão arbitral não é uma transacção; o árbitro é um juiz e a sua decisão é uma sentença. Só que se a decisão arbitral tivesse efeitos meramente privados, entre as partes, a utilidade dos seus efeitos seria muito reduzida. É então que a lei, no nosso caso a Lei Fundamental, tendo em conta as reconhecidas vantagens da arbitragem, equipara essa função jurisdicional dos tribunais arbitrais à função jurisdicional dos tribunais judiciais. Desta forma, os tribunais arbitrais não deixam de ser instituições de natureza privada para se transformarem em órgãos do Estado. O Estado é que, reconhecendo a utilidade pública da arbitragem voluntária, quebra o monopólio do exercício da função jurisdicional pelos seus órgãos atribuindo à decisão os efeitos próprios da sentença judicial: a força de caso julgado e a força executiva⁸.

⁵ Conforme teor: “Artigo 209º (Categorias de tribunais) 2. Podem existir tribunais marítimos, *tribunais arbitrais* e julgados de paz”. PORTUGAL. Constituição (1976), op. cit.

⁶ CARVALHAL, Ana Paula Z., op. cit., p. 3.

⁷ PORTUGAL. Decreto-Lei n. 10, 20 de janeiro de 2011a. Regime jurídico da arbitragem em matéria tributária, disciplina a arbitragem como meio alternativo de resolução jurisdicional de conflitos em matéria tributária. *Diário da República*. Disponível em: <https://www.caad.pt/files/documentos/CAAD_AT-RJAT_DL_10-2011-2011-01-20.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2015.

⁸ CORTEZ, Francisco. A arbitragem voluntária em Portugal: dos ricos homens aos tribunais privados. *Revista O Direito*, v. 4, ano 124, p. 365-404, 1992, IV, p. 555. Disponível em: <<http://www.mlgs.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/508.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

Assim, o instituto da arbitragem em Portugal é de natureza jurisdicional (e não contratual; negocial), na medida em que os árbitros são equiparados aos juízes, cabendo-lhes definir o direito nos casos concretos e suas decisões valem como sentença.

Tipos de arbitragem

A arbitragem pode ser classificada em diversas modalidades, as principais são: quanto ao elemento volitivo, podem ser necessária ou voluntária; quanto ao elemento funcional, classificam-se em *ad hoc* ou institucional; quanto ao regime jurídico, segundo a lei ou segundo a equidade⁹.

Na arbitragem voluntária, ou facultativa, as partes optam por resolver seus conflitos pelo tribunal arbitral em detrimento da jurisdição do Estado; entretanto, uma vez convencionada a opção pela arbitragem, as partes ficam vinculadas à sua jurisdição¹⁰.

Há países que têm ainda a arbitragem necessária, ou obrigatória. É o que ocorre em Portugal, onde o recurso à solução arbitral é obrigatório para determinadas matérias, sob a mesma fundamentação de sua natureza jurídica, isto é, de que os árbitros integram a ordem judicial portuguesa exercendo função jurisdicional¹¹.

Por força dos arts. 1.082º a 1.085º do Código de Processo Civil Português (Lei n. 41/2013), o funcionamento de cada tribunal arbitral necessário será regulado pela lei especial que o criar e, de modo subsidiário, observa-se, em tudo o que não estiver especialmente regulado na parte aplicável, o disposto na Lei da Arbitragem Voluntária¹². Assim, a arbitragem necessária não repousa sobre a autonomia da vontade, e sim é imposta por lei especial, vale dizer, “a própria lei, em vez de confiar certo litígio à resolução por um tribunal estadual, impõe às partes o recurso a um tribunal arbitral”¹³, sendo realizada, por exemplo, nas expropriações litigiosas quando não for possível fixar a indenização do expropriado por meio de acordo com o expropriante, com recurso para os tribunais comuns, nos termos do art. 38º, n. 1, do Código das Expropriações (Lei n.

⁹ CARVALHAL, Ana Paula Z., op. cit., p. 4.

¹⁰ Idem.

¹¹ CARMONA, Carlos Alberto, op. cit., p. 36.

¹² PORTUGAL. Código de Processo Civil (2013): Lei n. 41, de 26 de junho de 2013. *Diário da República*. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis&sso_miolo=>>. Acesso em: 5 fev. 2015.

¹³ MENDES, Armindo Ribeiro. *Introdução às práticas arbitrais*. 2009. Disponível em: <<http://arbitragem.pt/estudos/sumarios-praticas-arbitrais-mestrado-forense-da-catolica.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

168/99)¹⁴. Entretanto, apesar de pronunciamentos proferidos pelos Tribunais Constitucionais sobre a legitimidade da arbitragem necessária, parte da doutrina portuguesa ainda questiona sua constitucionalidade¹⁵⁻¹⁶.

A arbitragem *ad hoc*, a seu turno, é aquela em que o tribunal arbitral é formado exclusivamente para a resolução de determinado conflito¹⁷, desenvolvendo-se sem a intervenção de nenhuma entidade permanente. Enquanto a arbitragem institucionalizada ocorre quando o tribunal arbitral é organizado em um centro ou em uma entidade pré-constituída e permanente, entidade esta que tem regulamento próprio, presta apoio logístico e recebe como contraprestação o pagamento de uma taxa¹⁸. A Lei de Arbitragem Voluntária (LAV – Lei n. 63/2011), em seu art. 62º, n. 1, condiciona a criação dessas entidades de arbitragem institucionalizada à autorização do Ministro da Justiça¹⁹.

Por fim, podemos classificar a arbitragem segundo a lei ou equidade tendo em vista os critérios de decisão do litígio. Na arbitragem segundo a lei, os árbitros decidem o processo com fundamento nas regras do direito constituído que foi escolhido pelas partes, uma vez que é permitida, pela LAV²⁰, a designação de qualquer lei ou ainda do sistema jurídico de outro Estado²¹. Já na arbitragem por equidade os árbitros podem atender a critérios de conveniência, oportunidade e justiça concreta²², sendo necessária a expressa determinação, por acordo das partes, que os árbitros assim procedam, nos termos do art. 39º,

¹⁴ PORTUGAL. Código das Expropriações (1999): Lei n. 168, de 18 de setembro de 1999. *Diário da República*. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_print_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=477&nversao=&tabela=leis>. Acesso em: 5 fev. 2015.

¹⁵ CARVALHAL, Ana Paula Z., op. cit., p. 5.

¹⁶ É, por exemplo, bastante criticada pelo ex-presidente da Ordem dos Advogados de Portugal, António Marinho e Pinto, no sentido de que o governo português, ao tornar a arbitragem obrigatória em algumas matérias, está “subvertendo os alicerces e os próprios paradigmas da Justiça pública soberana que figurou na Europa nos últimos milênios, desde a Grécia antiga até hoje.” PINTO, António Marinho e. Profissão do passado. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 16 fev. 2014. Entrevista concedida a Aline Pinheiro. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-fev-16/entrevista-marinho-pinto-ex-presidente-ordem-advogados-portugal>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

¹⁷ CARMONA, Carlos Alberto, op. cit., p. 33.

¹⁸ CARVALHAL, Ana Paula Z., op. cit., p. 5.

¹⁹ PORTUGAL. Lei de arbitragem voluntária: Lei n. 63, de 14 de dezembro de 2011b. *Diário da República*. Disponível em: <<http://arbitragem.pt/noticias/2011/2011-12-14-lav-dr.pdf>>. Acesso em: 5 fev. 2015.

²⁰ Idem.

²¹ Dispõe ainda o n. 2, do art. 39, da LAV que “na falta de designação pelas partes, o tribunal arbitral aplica o direito do Estado com o qual o objecto do litígio apresente uma conexão mais estreita.” Idem.

²² CARVALHAL, Ana Paula Z., op. cit., p. 5.

n. 1, da LAV. Importa destacar que, de acordo com o n. 4, do art. 39º, da LAV, não cabe recurso da sentença em que a causa tenha sido decidida segundo a equidade ou mediante composição amigável²³.

Convenção de arbitragem

Disciplinada nos arts. 1º ao 7º, da LAV, é o ato jurídico apto a afastar a jurisdição estatal e a instaurar um processo arbitral, tendo duas formas de manifestação, quais sejam, o compromisso arbitral, convenção de arbitragem que tem por objeto um litígio atual, ainda que afeto a um tribunal do Estado, e a cláusula compromissória que é a convenção envolvendo litígios eventuais decorrentes de uma relação jurídica contratual²⁴ ou extracontratual (portanto, prévia ao litígio), conforme n. 3, do art. 1º, da LAV²⁵. Nas palavras de Carlos Carmona (2012)

a convenção de arbitragem tem um duplo caráter: como acordo de vontades, vincula as partes no que se refere a litígios atuais ou futuros, obrigando-as reciprocamente à submissão ao juízo arbitral; como pacto processual, seus objetivos são os de derogar a jurisdição estatal, submetendo as partes à jurisdição dos árbitros²⁶.

Mediante a convenção de arbitragem, pode ser atribuído ao tribunal arbitral o julgamento de qualquer litígio que trate de interesses de natureza patrimonial ou aqueles passíveis de celebração de transação, desde que por lei especial estes não estejam submetidos exclusivamente a outros tribunais, conforme art. 1º, da LAV²⁷.

A LAV permite que pessoas jurídicas de Direito Público, nestas incluindo o Estado, possam “celebrar convenções de arbitragem, na medida em que para tanto estejam autorizados por lei ou se tais convenções tiverem por objecto litígios de direito privado”²⁸.

Para que seja válida, a convenção de arbitragem deve adotar a forma escrita, incluindo documento escrito assinado pelas partes, a troca de cartas, telegramas e telefaxes ou outros meios de telecomunicação que ofereçam as mesmas garan-

²³ PORTUGAL. Lei de arbitragem voluntária: Lei n. 63, de 14 de dezembro de 2011b, op. cit.

²⁴ O art. 18º da LAV esclarece que “uma cláusula compromissória que faça parte de um contrato é considerada como um acordo independente das demais cláusulas do mesmo. A decisão do tribunal arbitral que considere nulo o contrato não implica, só por si, a nulidade da cláusula compromissória.” Idem.

²⁵ Idem.

²⁶ CARMONA, Carlos Alberto, op. cit., p. 79.

²⁷ PORTUGAL. Lei de arbitragem voluntária: Lei n. 63, de 14 de dezembro de 2011b, op. cit.

²⁸ Idem.

tias de autenticidade, clareza e conservação (como os meios eletrônicos de comunicação magnético, óptico etc.). Esse requisito também é satisfeito quando há “troca de uma petição e uma contestação em processo arbitral, em que a existência de tal convenção seja alegada por uma parte e não seja negada pela outra”²⁹, e ainda quando há “remissão feita num contrato para documento que contenha uma cláusula compromissória, [...] desde que a remissão seja feita de modo a fazer dessa cláusula parte integrante do mesmo”, conforme o n. 4 e 5, do art. 2º da LAV³⁰. O outro requisito é de cunho material, determinando que, quando a arbitragem for instituída por compromisso arbitral, este deverá delimitar o objeto do litígio, todavia, sendo por cláusula compromissória, deve designar a relação jurídica a que os litígios respeitem³¹. Desrespeitados quaisquer desses requisitos, é nula a convenção de arbitragem.

A convenção de arbitragem pode ser modificada pelas partes até à aceitação do primeiro árbitro, contudo, após a designação dos árbitros, apenas poderá ser alterada com o acordo de todos os árbitros e antes da prolação da sentença. A LAV também permite sua revogação pelas partes, desde que seja feita até a sentença arbitral³².

Quanto à cessação do processo arbitral e a sentença nele proferida, a LAV prevê, no n. 3 do art. 5º, que deixam “de produzir efeitos, logo que um tribunal estadual considere, mediante decisão transitada em julgado, que o tribunal arbitral é incompetente para julgar o litígio que lhe foi submetido”³³. A morte ou extinção das partes, por sua vez, não caduca a convenção de arbitragem e também não extingue a instância arbitral, exceto se houver convenção dispondo em outro sentido³⁴.

Árbitros e tribunais arbitrais

Árbitro, de acordo com Carlos Carmona, “é a pessoa física indicada pelas partes – ou por delegação delas – para solucionar uma controvérsia [...] declarando a norma que incidiu sobre um dado fato típico”³⁵⁻³⁶.

²⁹ PORTUGAL. Lei de arbitragem voluntária: Lei n. 63, de 14 de dezembro de 2011b, op. cit.

³⁰ Idem.

³¹ Idem.

³² Idem.

³³ Idem.

³⁴ Idem.

³⁵ CARMONA, Carlos Alberto, op. cit., p. 228.

³⁶ A Lei de Arbitragem brasileira (Lei n. 9.307/96) traz uma definição de árbitro em seu art. 18: “O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário.” BRASIL. Lei de Arbitragem: Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 3 mar. 2015.

Ao optarem pela arbitragem, as partes estão investindo sua confiança nos árbitros, por isso, o acordo entre elas deve abordar as qualificações exigidas e demais informações indispensáveis à nomeação de um árbitro independente e imparcial, conforme art. 10º, n. 6, da LAV³⁷, entre pessoas naturais com plena capacidade e comprovada aptidão técnica, sendo vedado seu rechaço em razão da nacionalidade, exceto quando se tratar de arbitragem internacional, em que o tribunal deve considerar a conveniência da nomeação de um árbitro de nacionalidade diversa da das partes³⁸.

Os árbitros, nos termos do art. 9º, da LAV, não podem ser responsabilizados por danos que resultarem das decisões por eles proferidas, exceto nos casos em que, na mesma situação, os magistrados judiciais também são responsabilizados³⁹.

Em regra, a designação dos árbitros que constituirão o tribunal arbitral cabe às partes, o que é feito na convenção de arbitragem ou em escrito posterior assinado por elas, porém podem fixar o modo pelo qual os árbitros serão escolhidos, inclusive, incumbindo a designação a um terceiro, que deverá fazê-lo no prazo de 30 dias, a contar da solicitação, sob pena da escolha ser atribuída ao tribunal estadual competente a pedido de qualquer das partes, salvo estipulação em contrário⁴⁰.

Da mesma forma, nos casos em que apenas um árbitro for constituir o tribunal arbitral e não haja consenso entre as partes quanto a essa atribuição, a escolha, a pedido de qualquer das partes, caberá ao tribunal estadual. Contudo, “quando o tribunal arbitral for composto por três ou mais árbitros, cada parte deve designar igual número de árbitros e os árbitros assim designados devem escolher outro árbitro, que actua como presidente do tribunal arbitral”⁴¹. Importa destacar que, nos casos em que não há acordo sobre a escolha dos árbitros, a decisão quanto a nomear cabe ao tribunal estadual⁴².

A aceitação do encargo é feita por escrito, no prazo de 15 dias a contar da comunicação da sua designação, salvo estipulação diversa das partes, sendo que o seu silêncio é interpretado como recusa à designação⁴³.

Ninguém é obrigado a atuar como árbitro, mas após aceitar o encargo, só é legítima a dispensa fundada em causa superveniente que o impossibilite de exercer tal função ou na falta de conclusão do acordo quanto aos honorários.

³⁷ PORTUGAL. Lei de arbitragem voluntária: Lei n. 63, de 14 de dezembro de 2011b, op. cit.

³⁸ Idem.

³⁹ Idem.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ Idem.

⁴² Idem.

⁴³ Idem.

Uma vez aceito o encargo pelo árbitro, a escusa injustificada do exercício da função o sujeita a responder pelos danos que der causa, é o que prevê o art. 12º da LAV⁴⁴.

A pessoa convidada para o exercício da função arbitral tem a obrigação de revelar as circunstâncias que possam suscitar dúvidas sobre sua imparcialidade e independência, inclusive durante todo o processo, as circunstâncias supervenientes de suspeição⁴⁵.

Questão interessante é a referente aos honorários e despesas com os árbitros. Prevê o art. 17º, da LAV, que, se as partes não tiverem regulado na convenção de arbitragem ou houverem concluído um acordo sobre os honorários dos árbitros, a forma de reembolso das suas despesas e o modo de pagamento de preparos, cabe aos próprios árbitros, observados a complexidade das questões decididas e o valor da causa, fixar o montante, sendo garantida à parte o requerimento de adequação deste valor pelo tribunal estadual competente, que poderá, inclusive, reduzi-lo⁴⁶. Havendo falta de pagamento de preparos previamente acordado ou fixado pelo tribunal arbitral ou estadual, após a decorrência de um prazo adicional razoável, o tribunal arbitral poderá suspender ou dar por finalizado o processo⁴⁷.

Finalizada a análise das principais dimensões da arbitragem no âmbito da LAV, vejamos como foi introduzida e como se desenvolve a arbitragem tributária em Portugal.

40

A ARBITRAGEM NO DIREITO TRIBUTÁRIO

Para melhor compreensão do tema a que nos propomos neste capítulo, não podemos deixar de iniciá-lo fazendo uma breve referência ao contexto histórico e social em que a arbitragem foi introduzida, para, em seguida, abordarmos o modelo de arbitragem adotado em Portugal.

Contextualização histórica

A arbitragem tradicionalmente se desenvolveu no Direito Coletivo do Trabalho e Direito do Consumidor⁴⁸, o Direito Público, contudo, apresentava grandes resistências à possibilidade de as partes atribuírem aos árbitros o poder de decidir o conflito existente entre elas, em substituição aos tribunais do Estado, pela dificuldade em aceitar que a Administração, que tem supremacia jurídica sobre os cidadãos, pudesse “afastar a competência dos tribunais administrativos,

⁴⁴ PORTUGAL. Lei de arbitragem voluntária: Lei n. 63, de 14 de dezembro de 2011b, op. cit.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ Idem.

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ ESQUÍVEL apud CARVALHAL, Ana Paula Z., op. cit., p. 6.

criados justamente para apreciar litígios de natureza jus-administrativa, e submeter-se ao julgamento de árbitros⁴⁹.

Por conseguinte, a justificativa da vedação da arbitragem nas relações de Direito Público baseava-se na “ideia de que a administração pública não pode dispor livremente dos direitos e obrigações do Estado, vinculada que está à primazia do interesse público e ao princípio da legalidade”⁵⁰.

A isso se somava, conforme esclarece José Nabais (2011), a concepção, em uma tradição republicana, dos tribunais como órgãos de soberania (órgão jurídicos supremos), ao lado dos demais órgãos, apresentando-se a jurisdição como uma função exercida, exclusivamente, por um poder do Estado avessa a ser repartida com os particulares, sobretudo no que diz respeito à solução de conflitos de natureza pública, “pois, resulta da sua natureza, que o poder não é atribuído para ser cedido ou ser partilhado, mas para ser eficazmente exercido”⁵¹.

Ana Francisco (2012) explica que essa visão começou a mudar no final do século XX com o surgimento do Estado de Direito Social, que aumentou profundamente a intervenção do Estado na sociedade, e com o crescimento econômico que fez emergir novas exigências sociais, deixando a Administração Pública impossibilitada de atender a todas as demandas, vendo-se obrigada a alterar seu modo de agir⁵².

A Administração, antes distanciada dos administrados, autoritária e despótica, torna-se mais próxima dos cidadãos, procurando a utilização de mecanismos de cooperação como forma de garantir o interesse público, atuando junto dos particulares⁵³.

Reflexo disso é a perspectiva da jurisdição como uma garantia dos indivíduos. A jurisdição “apresenta-se, não tanto como um poder do Estado, mas antes como uma garantia das pessoas, uma garantia para assegurar a realização dos direitos e interesses legalmente protegidos destas”⁵⁴. Nessa perspectiva, a

⁴⁹ Idem.

⁵⁰ SERRA, Manuel Fernando dos Santos. A arbitragem administrativa em Portugal: evolução recente e perspectivas. In: VILLA-LOBOS, Nuno; VIEIRA, Mónica Brito (Org.). *Mais justiça administrativa e fiscal: arbitragem*. Lisboa: Coimbra Editora, 2010, p. 19-29.

⁵¹ NABAIS, José Casalta. Reflexão sobre a introdução da arbitragem tributária. *Revista da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional*, ano 1, n. 1, p. 19-43, 2011, p. 22. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/revista-pgfn/ano-i-numero-i/casalta.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

⁵² FRANCISCO, Ana Mafalda Costa. (2012). *A arbitragem tributária*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Católica Portuguesa, 2º Ciclo de Estudos em Direito, Porto, p. 7. Disponível em: <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/11975/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O_ARBITRAGEM%20TRIBUT%C3%81RIA!.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2015.

⁵³ FRANCISCO, Ana Mafalda Costa, op. cit., p. 8.

⁵⁴ NABAIS, José Casalta, op. cit., p. 23.

recusa ampla da arbitragem acaba sendo uma violação dos direitos de acesso à justiça, vez que, com aumento das demandas sociais, houve consequente volume de pendências judiciais e morosidade da justiça, devendo caber aos litigantes a escolha dos órgãos para decidir seus conflitos⁵⁵. Isto é, acabou por se reconhecer a arbitragem como um meio eficaz para resolver litígios entre administração e administrados.

Com a entrada em vigor do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (DECRETO-LEI N. 129/84^o), passou a existir uma previsão legal expressa sobre a instituição de tribunais arbitrais para a resolução de questões administrativas⁵⁶.

Posteriormente, com a reforma de 2004, a matéria passou a ser regulada pelo Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), com a inclusão do TÍTULO IX (Tribunal Arbitral e Centros de Arbitragem) constituído pelos arts. 180^o ao 187^o, e o sistema do contencioso administrativo objetivista – de modelo francês – foi superado, consagrando a jurisdicionalização e a subjetivação – tipicamente do sistema alemão – que têm por lema a proteção dos direitos dos administrados⁵⁷.

Transição da arbitragem administrativa para a arbitragem tributária

42

Mesmo com a extensão da Arbitragem ao Direito Administrativo, no âmbito do Direito Tributário a possibilidade de qualquer forma de alternativa de resolução de conflitos apresentava grande resistência⁵⁸. Isso se devia à dificuldade de se aceitar que em um dos principais instrumentos políticos, qual seja, a arrecadação de impostos, pudesse o Estado, por convenção, escolher o tribunal arbitral como órgão de julgamento dos seus conflitos⁵⁹.

Com o tempo, também houve alteração do modo de agir e da dogmática do Direito Tributário: a arbitragem começou a ser vista como mais um meio de garantir a eficaz resolução dos conflitos e alívio das pendências e atrasos judiciais⁶⁰. Houve aumento da participação dos cidadãos nas atividades e decisões tomadas pela Administração que, por meio de suas organizações, passaram a por limites ao Estado, definindo critérios e exigindo que ele estivesse efetivamente a serviço dos interesses da coletividade e não a serviço de si [Estado] enquanto entidade oposta à sociedade⁶¹.

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ CARVALHAL, Ana Paula Z., op. cit., p. 6.

⁵⁷ FRANCISCO, Ana Mafalda Costa, op. cit., p. 8.

⁵⁸ FRANCISCO, Ana Mafalda Costa, op. cit., p. 9.

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ FRANCISCO, Ana Mafalda Costa, op. cit., p. 10.

⁶¹ CAMPOS, Diogo Leite de. A arbitragem em direito tributário. In: SEPARATA. *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao professor Doutor António Sousa Ribeiro*, v. 1, Lisboa: Coimbra Editora, 2006, p. 747.

A revisão da matéria tributável fixada por métodos indiretos (verificação por meio de indícios), prevista nos arts. 91º e 92º da Lei Geral Tributária (LGT), é um exemplo de solução de litígio que necessita da participação do cidadão, pois, para que a discussão da legalidade possa ter lugar, é necessário que o contribuinte tenha realizado prévia reclamação desencadeando o procedimento de revisão da matéria tributável (procedimento que se assemelha ao processo arbitral)⁶², em outras palavras, no caso de haver um grande espaço entre as normas e a decisão no caso concreto, existe a possibilidade de se promover a um acordo entre contribuinte e administração. Entretanto, ainda havia insatisfação dos contribuintes com o procedimento fiscal devido à sua pequena eficácia prática e persistiam os tradicionais obstáculos à introdução da arbitragem no Direito Tributário⁶³.

Um desses obstáculos se relaciona com a possibilidade – e a razão – de se instituir a arbitragem em Direito Tributário em Portugal, país que adota a jurisdição dual, dispondo dos Tribunais Administrativos e Fiscais com independência e competência própria para controlar a Administração Pública.

Questionava-se se essa competência poderia ser partilhada com uma jurisdição de natureza privada pelo fato de a Constituição da República Portuguesa (CRP) deixar implícito que os litígios sob sua esfera de competência não poderiam ser dirimidos por outros tribunais⁶⁴. Mas a interpretação da CRP pela doutrina foi no sentido de que o art. 212º, n. 3, deveria ser lido em harmonia com o art. 209º, n. 2, “para o efeito de se dever entender que ele só confere poderes de jurisdição aos tribunais (administrativos e fiscais) do Estado sob reserva da existência de tribunais arbitrais”⁶⁵.

Outra alegação que se constituía em um obstáculo foi a de que a introdução da arbitragem violaria o princípio da legalidade, mas, conforme esclarece Ana Francisco, “este princípio situa-se no plano da criação das normas fiscais, e não no plano da sua interpretação e aplicação”⁶⁶.

O princípio da indisponibilidade das receitas fiscais também foi invocado, eis que estão excluídos da arbitragem litígios que digam respeito a direitos de caráter indisponíveis, aqueles a respeito dos quais a lei impõe uma solução estritamente vinculada, e admitir a arbitragem, nesse caso, seria possibilitar a substituição de uma solução legal por uma arbitral⁶⁷, ou seja, para esses autores a arbitragem somente poderia ser admitida nas matérias em que a Administração

⁶² NABAIS, José Casalta, op. cit., p. 34-35.

⁶³ FRANCISCO, Ana Mafalda Costa, op. cit., p. 10.

⁶⁴ Idem.

⁶⁵ ALMEIDA apud FRANCISCO, Ana Mafalda Costa, op. cit., p. 11.

⁶⁶ FRANCISCO, Ana Mafalda Costa, op. cit., p. 13.

⁶⁷ NABAIS, José Casalta, op. cit., p. 32.

gozasse de margem para atuar de forma discricionária, e não vinculada. Entretanto, esse argumento foi superado, visto que “o fato de as partes submeterem a sua questão à arbitragem não significa que estejam a exercer quaisquer poderes de disposição sobre a sua relação controvertida”⁶⁸, sendo, pois, legítima a arbitragem no campo da indisponibilidade “desde que a arbitragem ofereça garantias equivalentes às da justiça estadual [...] com subordinação ao princípio da legalidade e com exclusão ao recurso à equidade”⁶⁹.

Quanto ao motivo de se adotar a arbitragem em Direito Tributário, a justificativa estava na falta de preparação dos tribunais para lidar com a crescente complexidade das questões que eram atribuídas para julgamento, principalmente no que diz respeito a infraestrutura e recursos humanos qualificados, devido ao elevado grau de litígios e número de juízes insuficiente⁷⁰⁻⁷¹.

Ultrapassados alguns obstáculos da introdução da arbitragem tributária, analisaremos o ordenamento jurídico que a disciplina.

Previsão da arbitragem tributária no ordenamento jurídico

A arbitragem portuguesa tem base constitucional expressa no art. 209º, n. 2, da Constituição que prescreve que “podem existir tribunais arbitrais”⁷², não contendo nesse dispositivo nenhuma vedação à sua instituição nas relações jurídicas tributárias⁷³, além disso, o art. 20º, n. 4, da CRP, estipula que o direito de decisão no prazo razoável é um dos imperativos do direito a tutela jurisdicional efetiva⁷⁴, o que não vinha ocorrendo pela morosidade já exposta.

Todavia, para o estabelecimento de uma arbitragem tributária, era necessária ainda base legal própria, diversa da regulamentação da arbitragem administrativa, diante da autonomia desses ramos do Direito⁷⁵. Esse suporte legal se

⁶⁸ FRANCISCO, Ana Mafalda Costa, op. cit., p. 14.

⁶⁹ Idem.

⁷⁰ FRANCISCO, Ana Mafalda Costa, op. cit., p. 14-15.

⁷¹ A autora Ana Francisco cita a insatisfação com a Justiça apresentada na seguinte explanação de Anselmo Rodrigues: “a verdade é que entre nós a crise da Justiça está instalada nos jornais, nas sondagens, nos operadores judiciários, no cidadão, havendo uma consciência generalizada da sua falta de eficácia, o que conduz a um sentimento de impunidade e inexistência de qualquer sanção por falta de cumprimento das leis.” (RODRIGUES apud Ana Mafalda Costa, op. cit., p. 14).

⁷² PORTUGAL. Constituição (1976). *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa>>. Acesso em: 4 fev. 2015.

⁷³ NABAIS, José Casalta, op. cit., p. 32.

⁷⁴ PORTUGAL. Constituição (1976). *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa>>. Acesso em: 4 fev. 2015.

⁷⁵ NABAIS, José Casalta, op. cit., p. 34.

deu com a aprovação da Lei de Orçamento do Estado (LOE) para 2010, que em seu art. 124º trouxe uma autorização legislativa ao Governo para “instituir a arbitragem como forma alternativa de resolução jurisdicional de conflitos em matéria tributária”⁷⁶.

Aspectos da autorização legislativa

A arbitragem tributária constitui um meio processual alternativo que tem como finalidade “reforçar a tutela eficaz e efectiva dos direitos e interesses legalmente protegidos dos contribuintes, devendo ser instituída de modo a constituir um direito potestativo dos contribuintes”, conforme o disposto nos n. 2 e 3, do art. 124º, da LOE/2010⁷⁷.

Com relação ao objeto do processo arbitral tributário, a alínea “a” do n. 4, do mesmo artigo, diz que compreendem

os actos de liquidação de tributos, incluindo os de autoliquidação, de retenção na fonte e os pagamentos por conta, de fixação da matéria tributável, quando não dêem lugar a liquidação, de indeferimento total ou parcial de reclamações gratuitas ou de pedidos de revisão de actos tributários, os actos administrativos que comportem a apreciação da legalidade de actos de liquidação, os actos de fixação de valores patrimoniais e os direitos ou interesses legítimos em matéria tributária⁷⁸.

Acrescenta a alínea “b” que, como fundamento do processo arbitral tributário, o Governo é autorizado a definir a ilegalidade, a lesão ou o risco de lesão de direitos ou interesses legítimos e, como efeitos da sentença proferida pelo árbitro, a proceder à definição “da anulação, da declaração de nulidade ou de inexistência do acto recorrido ou do reconhecimento do direito ou do interesse legalmente protegido dos contribuintes”⁷⁹.

Esses artigos relevam uma ampla abertura à arbitragem porque a ela se pode recorrer para o julgamento da generalidade dos litígios tributários⁸⁰. O único limite expresso está previsto na alínea “c”, do referido n. 4, a saber, “a determinação de que o julgamento do tribunal arbitral é feito segundo o direito constituído, ficando vedado o recurso à equidade”⁸¹. Essa inadmissibilidade é criticada,

⁷⁶ PORTUGAL. Lei n. 3-B, de 28 de abril de 2010. Orçamento do Estado para 2010. *Diário da República*. Disponível em: <http://www.dgap.gov.pt/upload/legis/2010_1_3_b_28_04.pdf>. Acesso em: 5 maio 2015.

⁷⁷ Idem.

⁷⁸ Idem.

⁷⁹ Idem.

⁸⁰ NABAIS, José Casalta, op. cit., p. 36.

⁸¹ PORTUGAL. Lei n. 3-B, de 28 de abril de 2010. Orçamento do Estado para 2010. *Diário da República*. Disponível em: <http://www.dgap.gov.pt/upload/legis/2010_1_3_b_28_04.pdf>. Acesso em: 5 maio 2015.

pois o mesmo não ocorre na arbitragem administrativa e também porque a equidade é comumente utilizada no Direito Fiscal⁸².

Apesar da amplitude da autorização, a Lei não fez referência aos contratos fiscais relativos à concessão de incentivos fiscais, permanecendo a vedação da arbitragem prevista no Decreto-Lei n. 203/2003 em relação a essa matéria⁸³.

A alínea “h” consagra, como regra, a irrecorribilidade da sentença proferida pelo tribunal arbitral, com exceção do recurso para o Tribunal Constitucional quando “a sentença arbitral recuse a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade ou aplique norma cuja inconstitucionalidade tenha sido suscitada”⁸⁴.

Outra questão interessante trazida pela LOE/2010 foi a atribuição de responsabilidade da parte vencida pela integralidade dos honorários e despesas dos árbitros, prevista na alínea “n”, do n. 4, do art. 124º. Esses encargos, todavia, podem ser diminuídos “ao montante das custas judiciais e dos encargos que seriam devidos se o contribuinte tivesse optado pelo processo de impugnação judicial ou pela acção para o reconhecimento de um direito ou interesse legítimo em matéria tributária”⁸⁵.

Decreto-Lei n. 10/2011: Regime jurídico da arbitragem em matéria tributária

46

A Arbitragem Tributária foi introduzida em Portugal com o Decreto-Lei n. 10/2011, de 20 de janeiro, que trouxe o Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária (RJAT), no uso da autorização legislativa conferida pelo art. 124º da Lei n. 3-B/2010, de 28 de abril (Lei de Orçamento do Estado para 2010), entrando em vigor no dia 1º de julho de 2011.

Conforme o preâmbulo do Decreto-Lei n. 10/2010, este visa o cumprimento de três objetivos principais: 1) fortalecer a tutela efetiva dos direitos e dos interesses legalmente protegidos dos sujeitos passivos; 2) produzir maior celeridade na solução de demandas que opõem a administração tributária ao sujeito passivo; 3) reduzir a pendência de processos existentes nos tribunais administrativos e fiscais⁸⁶.

Além dos objetivos, o preâmbulo traz um conceito peculiar de arbitragem como “uma forma de resolução de um litígio através de um terceiro neutro e imparcial – o árbitro –, escolhido pelas partes ou designado pelo Centro de Arbitragem Administrativa e cuja decisão tem o mesmo valor jurídico que as sentenças judiciais”⁸⁷.

⁸² FRANCISCO, Ana Mafalda Costa, op. cit., p. 36.

⁸³ NABAIS, José Casalta, op. cit., p. 37.

⁸⁴ PORTUGAL. Lei n. 3-B, de 28 de abril de 2010, op. cit.

⁸⁵ Idem.

⁸⁶ PORTUGAL. Decreto-Lei n. 10, 20 de janeiro de 2011a, op. cit.

⁸⁷ Idem.

A arbitragem tributária contemplada nesse Regime teve seu âmbito de competência estreitado em relação às disposições contidas na autorização legislativa⁸⁸, adotando uma atitude mais cautelosa. Dispõe o RJAT que são da competência dos tribunais arbitrais

a apreciação da declaração de ilegalidade de liquidação de tributos, de autoliquidação, de retenção na fonte e os de pagamento por conta, a declaração de ilegalidade de actos de determinação da matéria tributável, de actos de determinação da matéria colectável e de actos de fixação de valores patrimoniais e, bem assim, a apreciação de qualquer questão, de facto ou de direito, relativa ao projecto de liquidação, sempre que a lei não assegure a faculdade de deduzir a pretensão anteriormente referida⁸⁹.

Assim, algumas matérias autorizadas na LOE/2010 não foram regulamentadas, como “a acção para o reconhecimento de um direito ou interesse legítimo em matéria tributária”⁹⁰.

O modelo de arbitragem tributária adotado em Portugal foi o da arbitragem institucionalizada, por isso, de acordo com o RJAT, os tribunais arbitrais atuam sob a organização de um centro. Esse centro de arbitragem institucionalizada é uma associação privada sem fins lucrativos que teve sua constituição promovida pelo Ministério da Justiça, denominada CAAD (Centro de Arbitragem Administrativa), tendo um procedimento próprio previamente regulamentado e cuja atuação está sob a supervisão do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos⁹¹.

A supervisão realizada pelo Conselho Superior dos Tribunais Administrativos se materializa pela nomeação, entre os juízes aposentados, do presidente do Conselho Deontológico do CAAD, o que garante maior confiança dos contribuintes na transparência e imparcialidade da arbitragem tributária, pois é ao Conselho Deontológico que cabe resguardar a idoneidade do processo⁹².

Para a garantia dessa neutralidade foram atribuídas funções com o fim de combate de suspeições. Cabe ao Conselho Deontológico, por exemplo, aprovar o regulamento interno do CAAD, pronunciar-se sobre a lista de árbitros do CAAD, nomear os árbitros da lista quando as partes optarem por não o fazer e

⁸⁸ FRANCISCO, Ana Mafalda Costa, op. cit., p. 20.

⁸⁹ PORTUGAL. Decreto-Lei n. 10, 20 de janeiro de 2011a, op. cit.

⁹⁰ FRANCISCO, Ana Mafalda Costa, op. cit., p. 21.

⁹¹ AGRELLOS, Miguel Durham. O regime de arbitragem tributária português. *Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, Portugal, n. 29, p. 138-142, 2011, p. 138. Disponível em: <<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3084/documento/articuloUM.pdf?id=2990>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

⁹² FRANCISCO, Ana Mafalda Costa, op. cit., p. 29.

também desenvolver e assegurar a aplicação do Código Deontológico – que estabelece expressamente os parâmetros de uma conduta ética que deve ser adotada pelos árbitros⁹³.

Para exercer a função de árbitro na arbitragem tributária, o RJAT, dispõe em seu art. 7º, que este deve ser escolhido “entre pessoas com comprovada capacidade técnica, idoneidade moral e sentido de interesse público”⁹⁴. A capacidade técnica é averiguada pelo preenchimento dos requisitos do n. 2 do mesmo artigo, são eles

ser juristas com pelo menos 10 anos de comprovada experiência profissional na área do direito tributário, designadamente através do exercício de funções públicas, da magistratura, da advocacia, da consultoria e jurisconsultoria, da docência no ensino superior ou da investigação, de serviço na administração tributária, ou de trabalhos científicos relevantes nesse domínio⁹⁵.

O RJAT prevê ainda a possibilidade de indicação de árbitros “licenciados em Economia ou Gestão nas questões de maior complexidade e que exijam um conhecimento específico de área não jurídica”, desde que não seja o árbitro-presidente⁹⁶.

48

No que tange ao processo arbitral tributário, em suma, este se baseia no princípio da autonomia dos árbitros na condução do processo e tem como característica marcante a celeridade⁹⁷. Para tanto, adotou-se um processo sem grandes formalidades, sendo estabelecido um limite temporal de 6 (seis) meses para emitir a sentença arbitral, com permissão de prorrogação excepcional por no máximo mais 6 (seis) meses, conforme art. 21º, do RJAT⁹⁸.

A simplicidade do processo arbitral pode ser exemplificada pelo fato de o pedido de constituição do tribunal arbitral ser feito por meio de requerimento *on-line* enviado ao presidente do CAAD e também pelo princípio processual da oralidade: após a constituição e a resposta da Administração Tributária, realiza-se uma reunião inicial com as partes para a discussão das questões de fato e de direito, em que será marcada uma data para as alegações orais, se necessário⁹⁹.

⁹³ CENTRO DE ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA. *Estatuto do CAAD*. 2014b. Disponível em: <https://www.caad.pt/files/documentos/CAAD_Estatutos_2014-07-10.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2015.

⁹⁴ PORTUGAL. Decreto-Lei n. 10, 20 de janeiro de 2011a, op. cit.

⁹⁵ Idem.

⁹⁶ Idem.

⁹⁷ Idem.

⁹⁸ Idem.

⁹⁹ FRANCISCO, Ana Mafalda Costa, op. cit., p. 25.

Por oportuno, cumpre salientar que o Regulamento da arbitragem tributária reitera a regra geral da irrecorribilidade das sentenças arbitrais e prevê duas exceções, a saber, “o recurso para o Tribunal Constitucional, nos casos em que a sentença arbitral recuse a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade ou aplique uma norma cuja constitucionalidade tenha sido suscitada”¹⁰⁰, que também estava previsto na autorização legislativa, e ainda o recurso para Supremo Tribunal Administrativo da sentença arbitral (sobre o mérito das pretensões deduzidas que ponham fim aos processos) quando esteja contrária, em relação à mesma questão fundamental de direito, a acórdão proferido pelo Tribunal Central Administrativo (TCA) ou proferido pelo Supremo Tribunal Administrativo¹⁰¹.

Nas circunstâncias em que o tribunal arbitral seja a última instância de decisão dos litígios tributários, a decisão é suscetível de reenvio prejudicial em cumprimento do § 3 do art. 267º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, conforme dispões o preâmbulo do RJAT¹⁰².

Também é possível que as decisões do tribunal arbitral sejam anuladas pelo TCA com fulcro na falta de especificação dos fundamentos de direito e de fato que orientaram a decisão, na oposição dos fundamentos com a decisão, na pronúncia indevida ou na omissão de pronúncia ou na violação dos princípios do contraditório e da igualdade das partes, nos termos do art. 27º e 28º, n. 1, do RJAT¹⁰³.

Por fim, cabe o registro de que o RJAT determinou que a sujeição à jurisdição dos tribunais arbitrais dependia de portaria emitida pelos membros do Governo responsáveis pela área fiscal¹⁰⁴. Isso se deu com a edição da Portaria n. 112-A/2011 que vinculou, a partir do dia 1º de julho de 2011, os serviços e organismos da Direção-Geral dos Impostos (DGCI) e da Direção-Geral das Alfândegas e dos Impostos Especiais sobre o Consumo (DGAIEC) à arbitragem do CAAD¹⁰⁵. Porém, a Portaria excluiu da jurisdição dos tribunais arbitrais as pretensões atinentes à declaração da ilegalidade de atos de autoliquidação, de retenção na fonte e de pagamentos desde que não tenham sido antecedidos de impugnação na via administrativa, entre outras matérias¹⁰⁶.

¹⁰⁰ PORTUGAL. Decreto-Lei n. 10, 20 de janeiro de 2011a, op. cit.

¹⁰¹ FRANCISCO, Ana Mafalda Costa, op. cit., p. 26.

¹⁰² PORTUGAL. Decreto-Lei n. 10, 20 de janeiro de 2011a, op. cit.

¹⁰³ Idem.

¹⁰⁴ Idem.

¹⁰⁵ PORTUGAL. Portaria n. 112-A, de 22 de março de 2011c. Vincula vários serviços e organismos do Ministério das Finanças e da Administração Pública à jurisdição do Centro de Arbitragem Administrativa. *Diário da República*. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1415&tabela=leis>. Acesso em: 5 fev. 2015.

¹⁰⁶ FRANCISCO, Ana Mafalda Costa, op. cit., p. 23.

Regulamento de custas nos processos de arbitragem tributária

No seguimento do DL n. 10/2011 (RJAT) e da Portaria n. 112-A/2011, tornou-se público pelo CAAD o Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária, estabelecendo as taxas de arbitragem aplicáveis, concretizando-se, assim, mais um passo na consagração do processo arbitral¹⁰⁷.

As custas do processo arbitral tributário são genericamente denominadas como taxa de arbitragem, incluindo todas as despesas decorrentes da condução do processo arbitral e os honorários dos árbitros, conforme definição do art. 2º, do Regimento de Custas¹⁰⁸.

Os critérios para a determinação do valor da taxa são dois: o valor das custas e o modo de designação dos árbitros, nos termos do art. 3º¹⁰⁹. Para fins de custas, o valor da causa é o da liquidação cuja anulação se requer ou o valor contestado, com base no Código de Procedimento e de Processo Tributário¹¹⁰. Determinado esse valor, deve-se calcular as custas com base nas Tabelas I e II anexas ao Regulamento de Custas – art. 1º do Regulamento. Relativamente ao segundo critério, preveem-se diferentes valores em razão de ser a parte ou o CAAD quem escolhe os árbitros e também regras quanto ao encargo decorrente das custas¹¹¹.

50

Conforme já exposto, de acordo com o RJAT, a designação de árbitros pelo CAAD ocorre sempre que as partes não designarem árbitros ou quando o tribunal funciona com árbitro singular. Nesses casos, o Regulamento de Custas prevê que a taxa inicial corresponde a 50% da taxa de arbitragem, paga por transferência bancária para a conta do CAAD, sendo o restante do valor devido no término com as custas finais do processo arbitral¹¹².

Nessa situação, o valor mínimo da taxa é de € 306,00 em causas cujo valor seja inferior a € 2.000,00, e o valor máximo previsto na tabela ascende a € 4.896,00 nas causas de até € 275.000,00. Já nas causas que tenham valor superior ao máximo tabelado, são devidos € 306,00 para cada acréscimo de € 25.000,00¹¹³. Vejamos a tabela:

¹⁰⁷ FERREIRA, Rogério M. Fernandes. *As custas na arbitragem tributária*, 2011. Disponível em: <http://www.plmj.com/xms/files/newsletters/2011/Abril/AS_CUSTAS_NA_ARBITRAGEM_TRIBUTARIA.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2015.

¹⁰⁸ CENTRO DE ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA. *Regulamento de custas nos processos de arbitragem tributária*. 2012. Disponível em: <https://www.caad.pt/files/documentos/CAAD_AT-Regulamento_Custas_Tributario-2012-11-27.pdf>. Acesso em: 2 maio 2015.

¹⁰⁹ Idem.

¹¹⁰ FERREIRA, Rogério M. Fernandes, op. cit.

¹¹¹ CENTRO DE ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA. *Regulamento de custas nos processos de arbitragem tributária*. 2012. op. cit.

¹¹² FERREIRA, Rogério M. Fernandes, op. cit.

¹¹³ CENTRO DE ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA. *Regulamento de custas nos processos de arbitragem tributária*. 2012. op. cit.

Tabela 1 – Artigo 4º do Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária

DE	ATÉ	TAXA DE ARBITRAGEM INICIAL (50% da Taxa de Arbitragem artigos 2º, n. 2 e 4º, n. 2 do Regulamento e Custas)	TAXA DE ARBITRAGEM (artigo 2º, n. 1 do Regulamento de Custas)
–	2.000.00 €	153.00 €	306.00 €
2.000.01 €	8.000.00 €	306.00 €	612.00 €
8.000.01 €	16.000.00 €	459.00 €	918.00 €
16.000.01 €	24.000.00 €	612.00 €	1224.00 €
24.000.01 €	30.000.00 €	765.00 €	1530.00 €
30.000.01 €	40.000.00 €	918.00 €	1836.00 €
40.000.01 €	60.000.00 €	1.071.00 €	2142.00 €
60.000.01 €	80.000.00 €	1.224.00 €	2448.00 €
80.000.01 €	100.000.00 €	1.337.00 €	2754.00 €
100.000.01 €	150.000.00 €	1.530.00 €	3060.00 €
150.000.01 €	200.000.00 €	1.836.00 €	3672.00 €
200.000.01 €	250.000.00 €	2.142.00 €	4284.00 €
250.000.01 €	275.000.00 €	2.448.00 €	4896.00 €

Fonte: Centro de Arbitragem Administrativa, 2012.

Por sua vez, quando o sujeito passivo opta por designar o árbitro, independentemente do valor da causa, ou nos casos em que o valor do pedido de pronúncia ultrapasse duas vezes o valor da alçada do TCA (causas superiores a € 60.000,00), só é possível que haja tribunal arbitral coletivo de três árbitros, conforme determina o art. 5º, n. 3, do Regulamento de Custas¹¹⁴, o pagamento será integralmente suportado pelo sujeito passivo, devendo ser efetuado por transferência bancária para a conta do CAAD, antes de formulado o pedido de constituição do tribunal arbitral¹¹⁵. Nessas ocasiões, o limite mínimo de taxa arbitral é de € 12.000,00 e o máximo é de € 120.000,00, conforme a Tabela II do Regulamento de Custas

Tabela 2 – Artigo 5º do Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária

DE	ATÉ	TAXA DE ARBITRAGEM ² (artigo 5º do Regulamento de Custas)
–	60.000.00 €	6.000.00 €
6.000.01 €	250.000.00 €	12.000.00 €

¹¹⁴ Idem.

¹¹⁵ Idem.

250.000.01 €	500.000.00 €	24.000.00 €
500.000.01 €	750.000.00 €	36.000.00 €
750.000.01 €	1.000.000.00 €	48.000.00 €
1.000.000.01 €	2.500.000.00 €	60.000.00 €
2.500.000.01 €	5.000.000.00 €	80.000.00 €
5.000.000.01 €	7.500.000.00 €	100.000.00 €
7.500.000.01 €	10.000.000.00 €	120.000.00 €

Fonte: Centro de Arbitragem Administrativa, 2012.

Caso esses valores não forem pagos tempestivamente, isso constitui causa impeditiva de constituição da arbitragem. O Regulamento ainda prevê que eventuais despesas decorrentes da nomeação de peritos, tradutores, intérpretes e outras despesas com a produção de prova são suportadas diretamente pelas partes¹¹⁶.

Dessa forma, com a publicação desse regulamento, estavam presentes as condições necessárias para que, diante de uma controvérsia tributária com a Administração Pública, o contribuinte pudesse optar pela instituição do tribunal arbitral.

Cenário atual e expectativas da arbitragem tributária portuguesa

Para finalizarmos o estudo da arbitragem tributária em Portugal, este tópico se dedica a uma sucinta análise de alguns reflexos gerados após a introdução da arbitragem em matéria tributária nestes 4 (quatro) anos da inclusão do instituto.

A primeira análise refere-se às custas. Conforme explica Clotilde C. Palma a arbitragem tem se mostrado um procedimento mais barato do que os da Justiça estatal, proporcionando custas menores¹¹⁷, o que também pode ser confirmado com os dados das tabelas apresentadas no tópico anterior. O fiscalista Pedro Amorim, por sua vez, entende que as custas “são demasiado elevadas para quem quer nomear um árbitro e são pagas à cabeça”, frente “às custas dos processos em que não há lugar a nomeação de árbitro”¹¹⁸.

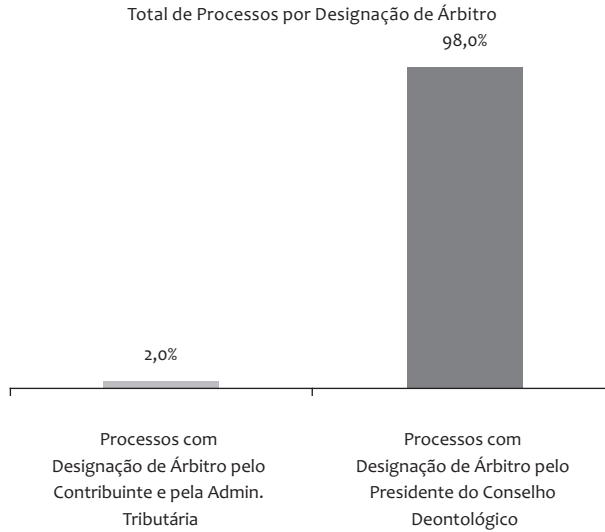
¹¹⁶ CENTRO DE ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA. *Regulamento de custas nos processos de arbitragem tributária*. 2012. op. cit.

¹¹⁷ PALMA, Clotilde Celorico. A experiência portuguesa da arbitragem tributária. In: VII Congresso Internacional de Direito Tributário do Paraná, 2014, Curitiba, *Slides da palestra*, p. 8. Disponível em: <<http://direitotributariodoparana.com.br/assets/clotilde-celorico-palma.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2015.

¹¹⁸ AMORIM apud SOUSA, Paula Cravina de. Arbitragem tributária tem 917 processos em três anos. *Económico*, 3 de julho de 2014. Disponível em: <http://economico.sapo.pt/noticias/arbitragem-tributaria-tem-917-processos-em-tres-anos_196801.html>. Acesso em: 30 abr. 2015.

Conforme gráfico (a seguir) disponibilizado pelo CAAD, apenas em 2% dos processos houve a designação de árbitro, devido ao elevado custo:

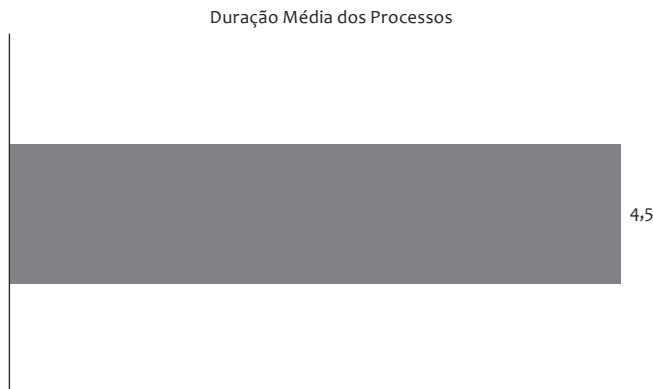
Gráfico 1 – Arbitragem Tributária



Fonte: Centro de Arbitragem Administrativa, 2014a.

O segundo ponto de análise desses quatro anos de instituição da arbitragem tributária é a celeridade. Conforme os dados, a arbitragem tem uma duração média de 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias, o que constitui uma vantagem em relação à jurisdição estatal.

Gráfico 2 – Arbitragem Tributária



OBS. 4,5 meses = 4 meses e 15 dias. Ou seja, a **média do prazo da decisão** é de cerca de **4 meses**.

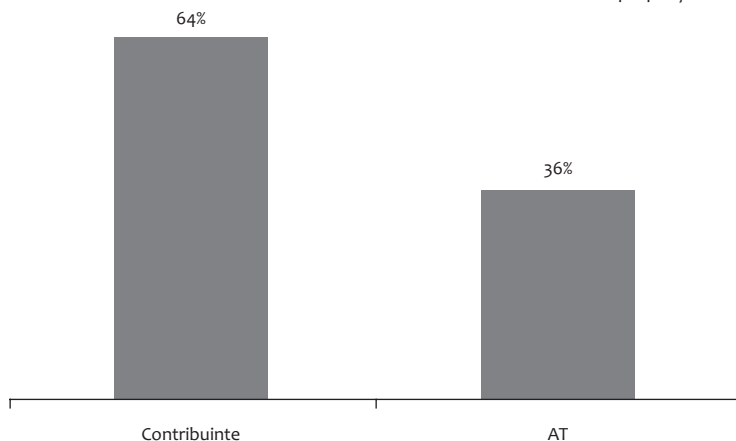
Fonte: Centro de Arbitragem Administrativa, 2014a.

Outra questão a ser observada é a recursal, pois um empecilho apresentado pelos contribuintes como o motivo que os leva a não optar pela arbitragem é entenderem que, na prática, as decisões são irrecorríveis, conforme aponta Pedro Amorim: “na grande maioria das vezes, os recursos que são feitos pelos contribuintes são recusados tanto pelo Tribunal Central Administrativo, como pelo Supremo Tribunal Administrativo como ainda pelo Tribunal Constitucional”¹¹⁹.

Por último, interessante estatística, interessante estatística do CAAD, mostra que 64% dos processos julgados até 2014 tiveram decisão favorável ao contribuinte, enquanto apenas 36% foram favoráveis à Administração Tributária¹²⁰. Vejamos:

Gráfico 3 – Arbitragem Tributária

Sentido da Decisão – Resultados Favoráveis das Decisões Arbitrais em proporção



Fonte: Centro de Arbitragem Administrativa, 2014a.

Por último, uma questão significativa concerne à diminuição (ou não) de processos judiciais após a introdução da Arbitragem Tributária. De acordo com Fábio Grillo, citado por Livia Scocuglia, o interesse de Portugal no juízo arbitral surgiu no final de 2009 em função de uma crise de solvência fiscal, objetivando “agilizar a cobrança do crédito tributário” e atualmente “mais de 500 procedimentos arbitrais foram feitos em cinco anos, uma média altíssima”¹²¹. Entretanto,

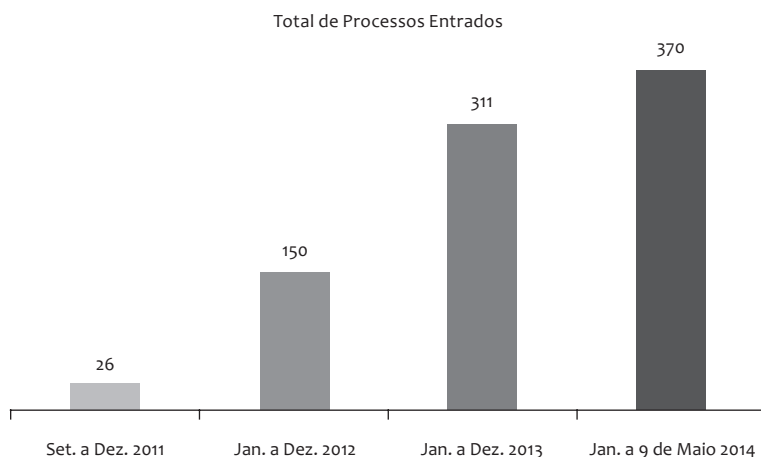
¹¹⁹ AMORIM, apud SOUSA, Paula Cravina de, op. cit.

¹²⁰ CENTRO DE ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA. Estatísticas CAAD. *CAAD Notícias*, Lisboa, maio/2014, p. 3-8, 2014a. Disponível em: <http://issuu.com/caad.arbitragem/docs/caad_noticias_mai_2014?e=7377553/7873801>. Acesso em: 30 abr. 2015.

¹²¹ GRILLO apud SCOCUGLIA, Livia. Portugal tem exemplo aplicável de arbitragem em discussões fiscais. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 7 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-07/portugal-exemplo-aplicavel-arbitragem-discussoes-fiscais>>. Acesso em: 30 abr. 2015.

de acordo com Clotilde C. Palma, até o momento, a arbitragem não atingiu seu objetivo principal de diminuir as pendências litigiosas¹²². Essa opinião é compartilhada por Pedro Amorim para quem o “impacto no alívio dos tribunais judiciais é muito pequeno”¹²³. Contudo, Clotilde Palma complementa que “tem-se registrado um aumento significativo dos processos, que se traduz num maior conhecimento do Regime e numa maior confiança”¹²⁴. Isso é comprovado pelos dados de entrada de processos tributários no CAAD, o que em longo prazo pode representar um real desafogamento do Judiciário:

Gráfico 4 – Arbitragem Tributária



Fonte: Centro de Arbitragem Administrativa, 2014a.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com este trabalho, constatou-se que em Portugal, apesar da existência da arbitragem necessária (ou obrigatória) para algumas matérias, em se tratando de Direito Tributário, constitui uma faculdade do contribuinte resolver, ou não, o conflito por essa via. Também, nesse país, optou-se pelo modelo de arbitragem institucionalizada no qual o tribunal arbitral é organizado por uma entidade pré-constituída e permanente. Na arbitragem tributária, essa função é atribuída ao Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD) que, por sua vez, está sob a supervisão do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos.

No início do estudo, questionamos ainda o motivo que levou Portugal a optar pela arbitragem tributária. A resposta encontrada foi a morosidade da

¹²² PALMA, Clotilde Celorico, op. cit., p. 37.

¹²³ AMORIM, apud SOUSA, Paula Cravina de, op. cit.

¹²⁴ PALMA, Clotilde Celorico, op. cit., p. 37.

Justiça devida ao elevado grau de litígios e do número insuficiente de juízes, o que também gerou uma crise de solvência fiscal. Por causa dessa crise, a arbitragem começou a ser vista como mais um meio de garantir a eficaz resolução dos conflitos e instituto capaz de aliviar as pendências e atrasos judiciais.

Entretanto, parte da doutrina portuguesa, ainda com resistência à extensão desse instituto aos conflitos tributários, alegou como óbice que a Administração não poderia dispor livremente dos interesses públicos e que a mera existência dos tribunais administrativos e fiscais excluía a arbitragem nesse ramo do Direito. Contudo, tal argumento foi superado, pois, ao submeter o conflito à arbitragem, as partes não estão dispondo do seu direito. A partir de uma interpretação harmônica ou sistemática da Constituição pela doutrina, passou-se a entender que, havendo tribunais arbitrais, a jurisdição dos tribunais administrativos e fiscais tornava-se subsidiária.

A seguir, comprovou-se que alguns benefícios teorizados pela doutrina foram concretizados com a instituição da arbitragem tributária, como a notória agilidade na resolução dos conflitos e a realização, em Portugal, de um procedimento mais barato do que os da Justiça estatal, exceto no que tange à escolha dos árbitros, ato que se mostrou muito oneroso e, assim, pouco praticado. Já a previsão de recurso não se confirmou na prática, pois a queixa dos contribuintes foi de que a maior parte dos recursos é, de plano, recusada pelos tribunais judiciais. Também, nesses 4 anos de sua instituição, não houve significativa diminuição das pendências judiciais, mas cada vez mais as pessoas estão aderindo a esse procedimento, o que, em longo prazo, pode levar à realização de tal objetivo.

Por fim, entendemos que a arbitragem não resolverá todos os males existentes em matéria de conflitos tributários, mas, assim como outros meios alternativos de solução de conflitos, pode diminuir a taxa de congestionamento judicial devido aos benefícios que traz. Por oportuno, sintetizam-se as seguintes vantagens da arbitragem tributária encontradas neste estudo: celeridade na tramitação do processo; maior autonomia da vontade (as partes têm liberdade para a escolha dos árbitros e da legislação aplicável); especialidade (resolução de litígios de forma mais técnica pelos árbitros); melhora da relação entre fisco e contribuinte (porque, no processo arbitral, há maior participação dos envolvidos e maior diálogo no curso do julgamento); neutralidade (visto que a lei de arbitragem determina que deve ser escolhido um árbitro imparcial e sem nenhum envolvimento no conflito).

Destarte, a arbitragem pode trazer diversos benefícios. Não obstante, entendemos que, por ter um sentido de interesse público, deve ser garantido um acesso democrático a esse meio de solução de controvérsias, com custas razoáveis para que não fique restrito à camada da população com maior recurso econômico.

REFERÊNCIAS

- AGRELLOS, Miguel Durham. O regime de arbitragem tributária português. *Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, Portugal, n. 29, p. 138-142, 2011. Disponível em: <<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3084/documento/articuloUM.pdf?id=2990>>. Acesso em: 15 abr. 2015.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- BRASIL. Lei de Arbitragem: lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 3 mar. 2015.
- CAMPOS, Diogo Leite de. A arbitragem em direito tributário. In: SEPARATA. *Estudos jurídicos e econômicos em homenagem ao professor Doutor António Sousa Ribeiro*, v. 1, Lisboa: Coimbra Editora, 2006.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. Livro eletrônico. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788522470617>>. Acesso em: 20 maio 2015.
- CARVALHAL, Ana Paula Z. A arbitragem administrativa em Portugal. *Revista Eletrônica FMU Direito*, São Paulo, v. 24, n. 33, p. 1-18, 2010. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.fmu.br/index.php/FMUD/article/view/73/72>>. Acesso em: 20 mar. 2015.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.
- CENTRO DE ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA. Estatísticas CAAD. *CAAD Notícias*, Lisboa, maio/2014, p. 3-8, 2014a. Disponível em: <http://issuu.com/caad.arbitragem/docs/caad_noticias_maio_2014?e=7377553/7873801>. Acesso em: 30 abr. 2015.
- CENTRO DE ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA. *Estatuto do CAAD*. 2014b. Disponível em: <https://www.caad.pt/files/documentos/CAAD_Estatutos_2014-07-10.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2015.
- CENTRO DE ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA. *Regulamento de custas nos processos de arbitragem tributária*. 2012. Disponível em: <https://www.caad.pt/files/documentos/CAAD_AT-Regulamento_Custas_Tributario-2012-11-27.pdf>. Acesso em: 2 maio 2015.
- CORTEZ, Francisco. A arbitragem voluntária em Portugal: dos ricos homens aos tribunais privados. *Revista O Direito*, v. 4, ano 124, p. 365-404, 1992, IV. Disponível em: <<http://www.mlgs.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/508.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2015.
- FERREIRA, Rogério M. Fernandes. *As custas na arbitragem tributária*, 2011. Disponível em: <http://www.plmj.com/xms/files/newsletters/2011/Abril/AS_CUSTAS_NA_ARBITRAGEM_TRIBUTARIA.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2015.
- FRANCISCO, Ana Mafalda Costa. (2012). *A arbitragem tributária*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Católica Portuguesa, 2º Ciclo de Estudos em Direito, Porto. Disponível em: <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/11975/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O_ARBITRAGEM%20TRIBUT%C3%81RIA!.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2015.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos. 9. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MENDES, Armindo Ribeiro. *Introdução às práticas arbitrais*. 2009? Disponível em: <<http://arbitragem.pt/estudos/sumarios-praticas-arbitrais-mestrado-forense-da-cato-lica.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

NABAIS, José Casalta. Reflexão sobre a introdução da arbitragem tributária. *Revista da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional*, ano 1, n. 1, p. 19-43, 2011. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/revista-pgfn/ano-i-numero-i/casalta.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

PALMA, Clotilde Celorico. A experiência portuguesa da arbitragem tributária. In: VII Congresso Internacional de Direito Tributário do Paraná, 2014, Curitiba, *Slides da palestra*. Disponível em: <<http://direitotributariodoparana.com.br/assets/clotilde-celorico-palma.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2015.

PINTO, António Marinho e. Profissão do passado. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 16 fev. 2014. Entrevista concedida a Aline Pinheiro. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-fev-16/entrevista-marinho-pinto-ex-presidente-ordem-advogados-portugal>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

PORTUGAL. Código das Expropriações (1999): Lei n. 168, de 18 de Setembro de 1999. *Diário da República*. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_print_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=477&nversao=&tabela=leis>. Acesso em: 5 fev. 2015.

58

PORTUGAL. Código de Processo Civil (2013): Lei n. 41, de 26 de junho de 2013. *Diário da República*. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis&so_miolo=>>. Acesso em: 5 fev. 2015.

PORTUGAL. Constituição (1976). *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa>>. Acesso em: 4 fev. 2015.

PORTUGAL. Decreto-Lei n. 10, 20 de janeiro de 2011a. Regime jurídico da arbitragem em matéria tributária, disciplina a arbitragem como meio alternativo de resolução jurisdicional de conflitos em matéria tributária. *Diário da República*. Disponível em: <https://www.caad.pt/files/documentos/CAAD_AT-RJAT_DL_10-2011-2011-01-20.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2015.

PORTUGAL. Lei de Arbitragem Voluntária: Lei n. 63, de 14 de dezembro de 2011b. *Diário da República*. Disponível em: <<http://arbitragem.pt/noticias/2011/2011-12-14--lav--dr.pdf>>. Acesso em: 5 fev. 2015.

PORTUGAL. Lei Geral Tributária: Decreto-Lei n. 398, de 17 de dezembro de 1998. *Diário da República*. Disponível em: <http://info.portaldasfinancas.gov.pt/NR/rdonlyres/87CAB3CA-4ED1-411A-9BDE-3E9725C24F21/0/LGT_01_2014.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2015.

PORTUGAL. Lei n. 3-B, de 28 de abril de 2010. Orçamento do Estado para 2010. *Diário da República*. Disponível em: <http://www.dgap.gov.pt/upload/legis/2010_1_3_b_28_04.pdf>. Acesso em: 5 maio 2015.

PORTUGAL. Portaria n. 112-A, de 22 de março de 2011c. Vincula vários serviços e organismos do Ministério das Finanças e da Administração Pública à jurisdição do Centro de Arbitragem Administrativa. *Diário da República*. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1415&tabela=leis>. Acesso em: 5 fev. 2015.

SCOCUGLIA, Livia. Portugal tem exemplo aplicável de arbitragem em discussões fiscais. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 07 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-07/portugal-exemplo-aplicavel-arbitragem-discussoes-fiscais>>. Acesso em: 30 abr. 2015.

SENA, Adriana Goulart de. Formas de Resolução de Conflitos e Acesso à Justiça. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 46, n. 76, p. 93-114, jul./dez., 2007. Disponível em: <https://www.trt3.jus.br/download/artigos/pdf/20_formas_resolucao_conflitos.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015.

SERRA, Manuel Fernando dos Santos. A arbitragem administrativa em Portugal: evolução recente e perspectivas. In: VILLA-LOBOS, Nuno; VIEIRA, Mónica Brito (Org.). *Mais Justiça Administrativa e Fiscal: arbitragem*. Lisboa: Coimbra Editora, 2010. p. 19-29.

SOUSA, Paula Cravina de. Arbitragem tributária tem 917 processos em três anos. *Económico*, 03 de julho de 2014. Disponível em: <http://economico.sapo.pt/noticias/arbitragem-tributaria-tem-917-processos-em-tres-anos_196801.html>. Acesso em: 30 abr. 2015.

Data de recebimento: 24/08/2015

Data de aprovação: 08/03/2016

ATIVISMO JUDICIAL E ESTADO DEMOCRÁTICO

JUDICIAL ACTIVISM AND DEMOCRATIC STATE

Ana Cristina Bacega De Bastiani*

Mayara Pellenz**

Leilane Serratine Grubba***

RESUMO

Esta pesquisa investiga o decisionismo judicial no Brasil, a partir da delimitação dos direitos fundamentais e de um exame específico sobre o papel desempenhado pelo Poder Judiciário na efetivação desses direitos. A análise utilizou o método dedutivo e, como conclusão, parece apontar para o fato de o Poder Judiciário atuar de forma discricionária, o que demonstra que o Estado Democrático de Direito sofre uma ameaça em razão do desrespeito à separação dos Poderes e ao sistema de pesos e contrapesos. Há uma crescente judicialização de direitos, e o Estado necessita posicionar-se diante de tal realidade. Com isso, a análise mostra-se de suma importância, pois, na condição de Estado Democrático de Direito, o Estado brasileiro deve encontrar uma alternativa para esse fenômeno.

Palavras-chave: ativismo judicial; constitucionalismo; democracia; direitos fundamentais; processo.

ABSTRACT

This research investigate the judicial decisionism in Brazil, from the definition of fundamental rights and a specific analysis of the role played by Judiciary in terms of these rights. The analysis used the deductive method and, as a conclusion, seems to point to the fact that the Judiciary acts in a discretionary manner, which demonstrates that the democratic

* Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Meridional, Linha de Pesquisa Fundamentos da Democracia e da Sustentabilidade. E-mail: cristi.bd@hotmail.com.

** Mestre em Direito pelo Programa de Pós Graduação em Direito da Faculdade Meridional, de Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: maypellenz@hotmail.com.

*** Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Faculdade Meridional. Professora dos Programas de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Faculdade Meridional e Universidade Nove de Julho. Professora dos Cursos de Direito da Faculdade Meridional e Faculdade CESUSC. Professora da Escola Superior do Ministério Público de Santa Catarina. Pesquisadora da Fundação Meridional.

rule of law suffers a threat because of disrespect to the separation of powers and the system of weights and balances. There is a growing legalization of rights, and the rule needs to position itself in face of such a reality. Thus, this analysis shows itself very important because, as a democratic state, Brazilian state must find an alternative to this phenomenon.

Keywords: judicial activism; constitutionalism; democracy; fundamental rights; process.

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais advêm da luta do homem para conquistar uma vida digna por meio de direitos, durante muito tempo violados. Diante do desrespeito aos direitos praticados no decorrer da história da humanidade, percebeu-se a necessidade de que eles estivessem expressos em documentos, como as Constituições, para que fossem exigíveis. A Constituição Federal brasileira de 1988 é uma das mais avançadas do mundo no que tange à proteção desses direitos.

De acordo com o respectivo momento histórico, surge a necessidade da proteção efetiva de novos direitos. O período vivido hoje parece requerer a proteção de direitos coletivos. No entanto, está-se passando a um estágio de busca pela proteção desses novos direitos sem efetivar outros que se referem à primeira e segunda dimensões. Não se mostra mais necessário que tais direitos sejam justificados, uma vez que é perceptível a relevância de sua proteção constitucional; o que se exige é sua concretização.

O Brasil vive uma modernidade tardia e demonstra que ainda não conseguiu, efetivamente, atingir a eficácia dos direitos fundamentais sociais, já que para isso se depende da vontade e atuação dos Poderes políticos, principalmente do Executivo. Para tanto, formula-se um problema de pesquisa: a atuação do Poder Judiciário na resolução de demandas que envolvem direitos sociais tem invadido a competência e discricionariedade dos Poderes políticos, ameaçando a estabilidade do Estado Democrático de Direito? A hipótese levantada é a de que o fenômeno de judicialização da política tem sido uma consequência da omissão dos Poderes políticos no exercício de suas funções, mas os julgadores devem ter cuidado para resolver as demandas dali surgidas. Caso contrário, estarão invadindo a esfera de competência dos demais Poderes, desestabilizando a sustentabilidade do Estado na viabilidade de suas funções e criando um desequilíbrio na harmonia entre os Poderes. Tudo isso coloca sob ameaça o Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, esta pesquisa desenvolve-se primeiramente delimitando os direitos fundamentais e, depois, fazendo essa análise específica a respeito da atuação dos juízes e do tribunal constitucional na busca pela efetivação dos direitos fundamentais sociais. Demonstrar-se-á essa ameaça à democracia, sem a pretensão de esgotar o tema.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988, denominada “Constituição Cidadã”, inovou ao ressaltar, primeiramente, os Direitos e Garantias Fundamentais, deixando para segundo plano a Estrutura do Estado e a Organização dos Poderes. Ferreira Filho explica que, “em primeiro lugar, ela enumera os direitos e garantias fundamentais logo num Título II, antecipando-os, portanto, à estruturação do Estado. Quis com isso marcar a preeminência que lhes reconhece”¹. A Constituição de 1988 privilegiou a proteção dos direitos da pessoa humana, colocando-os em primeiro plano, tendo em conta que é prevendo expressamente e protegendo os direitos que o Estado Democrático e Constitucional de Direito se realiza.

Em relação à previsão dos direitos fundamentais pela Constituição brasileira, Piovesan explica que a “Carta de 1988, como marco jurídico da transição ao regime democrático, alargou-se significativamente o campo dos direitos e garantias fundamentais, colocando-se entre as Constituições mais avançadas do mundo no que diz respeito à matéria”².

Os direitos dos seres humanos foram surgindo e sendo conquistados por meio de lutas dos indivíduos. Porém, juntamente com o surgimento desses direitos, é preciso que o Estado estabeleça “como” os direitos do homem podem ser protegidos. Por isso eles passaram a ser positivados e elevados ao *status* de direitos constitucionalizados, a fim de que o Estado possua diretrizes não somente para proteger os direitos da pessoa humana, mas também para efetivá-los.

A delimitação do que são os direitos fundamentais merece especial atenção, já que existem muitas denominações que se assemelham, mas que nem por isso devem ser tratadas como sinônimos. Dimoulis e Martins explicam sobre a denominação “direitos fundamentais”:

[...] esse termo não é o único existente no direito constitucional e nas constituições a designar tais direitos. Há uma série de outros termos, incluindo “liberdades individuais”, “liberdades públicas”, “liberdades fundamentais”, “direitos humanos”, “direitos constitucionais”, “direitos públicos subjetivos”, “direitos da pessoa humana”, “direitos naturais”, “direitos subjetivos”³.

¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 99.

² PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 25.

³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2007, p. 52.

Os autores acrescentam que, “exceto as expressões ‘direitos naturais’ e ‘direitos humanos’, que indicam respectivamente direitos pré-positivos ou supra-positivos e não são direitos positivados na Constituição, não há uma única expressão correta para designar os direitos dos homens elevados a um *status* constitucional”⁴. Os direitos fundamentais, portanto, são o resultado da vontade de positivar valores básicos, sendo a base da estrutura normativa do Estado. Sarlet, nessa senda, explica que:

Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais [...] a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa⁵.

Os direitos do homem, que eram naturais e subjetivos, passaram a ser constitucionalizados na busca por uma efetiva proteção. Regimes totalitários demonstraram essa necessidade, e, principalmente após a Segunda Grande Guerra, muitos países foram democratizados e constitucionalizaram direitos fundamentais para que estes não pudessem ser violados, em uma agressão à dignidade das pessoas. Sarlet explica que os direitos fundamentais são atraídos em torno da dignidade da pessoa humana, pois esta dá sentido à exigência de proteção dos direitos:

[...] a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que “atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais”, exige, pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos). Assim, sem que se reconheça à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade⁶.

Por tratarem de conteúdos como a proteção da dignidade humana, os direitos fundamentais demonstram seu caráter de fundamentalidade e, por esse motivo, a necessidade de serem constitucionalizados, dotados de aplicabilidade e exigência. Nessa perspectiva, Steinmetz afirma que “os direitos fundamentais são direitos positivos, constitucionalizados”⁷.

⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 53, destaque dos autores.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 61.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 87.

⁷ STEINMETZ, Wilson Antonio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 19.

O que se busca por meio da proteção dos direitos fundamentais, portanto, é resguardar a dignidade da pessoa humana, já que ela dá coerência e unidade a todos os direitos. Isso significa que, quando há violação de determinado direito fundamental, também se está violando a proteção à dignidade⁸.

Entendida a importância da constitucionalização desses direitos, ainda é preciso delimitar o âmbito do surgimento de sua constitucionalização, haja vista que os direitos foram surgindo de modo gradual. Os direitos fundamentais surgiram, aparentemente, em ondas ou dimensões⁹, sem que uma dimensão de direitos superasse a anterior. Dimoulis, para explicar as categorias de direitos fundamentais, elucida que é preciso “imaginar uma relação entre Estado e a pessoa que é titular de um direito fundamental como relação entre *duas esferas* em interação”¹⁰. Para ele:

[...] é possível identificar três categorias de direitos fundamentais, conforme o tipo de relacionamento entre indivíduo e Estado, quais sejam: direitos de *status negativus*¹¹ (de defesa), direitos de *status positivus*¹² (sociais prestacionais) e direitos de *status activus*¹³ (políticos de participação)¹⁴.

Os direitos fundamentais surgiram de acordo com as necessidades apresentadas em cada momento histórico. Inicialmente surgiram os direitos de primeira

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 92.

⁹ “Muitos autores referem-se a ‘gerações’ dos direitos fundamentais, afirmando que sua história é marcada por uma gradação, tendo surgido em primeiro lugar os direitos clássicos individuais e políticos, em seguida os direitos sociais e, por último, os ‘novos’ direitos coletivos como os de solidariedade e de desenvolvimento, havendo também direitos de quarta geração relacionados ao cosmopolitismo e democracia universal. [...] Tal opção terminológica (e teórica) é bastante problemática, já que a ideia das gerações sugere uma substituição de cada geração pela posterior enquanto no âmbito que nos interessa nunca houve abolição dos direitos das anteriores ‘gerações’ como indica claramente a Constituição brasileira de 1988 que inclui indiscriminadamente direitos de todas as ‘gerações’” (DIMOULIS; MARTINS, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 34, destaques dos autores).

¹⁰ DIMOULIS, Dimitri. Elementos e problemas da dogmática dos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Jurisdição e direitos fundamentais*: anuário 2004/2005. Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 73.

¹¹ Trata-se de direitos que permitem aos indivíduos defenderem-se contra uma possível atuação do Estado. Esses direitos protegem a liberdade da pessoa (DIMOULIS, Dimitri. *Jurisdição e direitos fundamentais*, p. 74).

¹² Essa categoria refere-se aos direitos que permitem à pessoa humana exigir uma atuação do Estado no sentido de melhorar as condições de vida. O Estado deve atuar adentrando a esfera particular do indivíduo para oferecer-lhe algo (DIMOULIS, Dimitri. *Jurisdição e direitos fundamentais*, p. 74).

¹³ Essa categoria de direitos oferece ao cidadão a possibilidade de participar da determinação da política estatal de forma ativa (DIMOULIS, Dimitri. *Jurisdição e direitos fundamentais*, p. 74).

¹⁴ DIMOULIS, Dimitri. *Jurisdição e direitos fundamentais*, p. 74.

dimensão, de *status* negativo, que implicam principalmente uma limitação do Estado em relação a seus cidadãos, mas também uma limitação do próprio ser humano em relação aos demais seres humanos. Isso aconteceu porque o ser humano possui direitos que lhe são inerentes, mas o Estado precisa regular o exercício desses direitos. Nessa senda, observa Ferreira Filho que:

[...] o pacto social, para estabelecer a vida em sociedade de seres humanos naturalmente livres e dotados de direitos, há de definir os limites que os pactuantes consentem em aceitar para esses direitos. A vida em sociedade exige o sacrifício que é a limitação do exercício dos direitos naturais. Não podem todos ao mesmo tempo exercer todos os seus direitos naturais sem que daí advenha a balbúrdia, o conflito¹⁵.

Os direitos inerentes à pessoa humana não podem ser exercidos ao mesmo tempo e sem limites. Por isso o Estado passou a limitar esses direitos, positivando-os. Os direitos dos homens passaram a ser considerados normas jurídicas para que pudessem ser exigíveis. Os considerados fundamentais também, porque protegem a integridade da pessoa humana. Devem ser elevados ao *status* constitucional, pois são fundamentos basilares para que o indivíduo e a sociedade como um todo sejam protegidos contra o arbítrio ou omissão do Estado e possam exigir a efetivação de tais direitos.

66

Dimoulis explica que “direitos fundamentais são direitos subjetivos das pessoas [...], garantidos por normas de nível constitucional que limitam o exercício do poder estatal”¹⁶. Como se pode ver, “esta definição indica os sujeitos da relação criada pelos direitos fundamentais (pessoa *vs.* Estado), a finalidade desses direitos (limitação do poder estatal) e sua posição no sistema jurídico (supremacia constitucional ou fundamentalidade formal)”¹⁷. No que se refere à segunda dimensão de direitos, os chamados direitos econômicos, sociais e culturais, sua finalidade é modificada em relação à primeira dimensão explanada anteriormente, e a relação entre indivíduo e Estado também muda.

A força dirigente e determinante dos direitos a prestações [...] inverte, desde logo, o objecto clássico da pretensão jurídica fundada num direito subjetivo: de uma *pretensão de omissão* dos poderes públicos (direito a exigir que o Estado se abstenha de interferir nos direitos, liberdades e garantias) transita-se para uma *proibição de omissão* (direito a exigir que o Estado intervenha ativamente no sentido de assegurar prestações aos cidadãos)¹⁸.

¹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*, p. 4.

¹⁶ DIMOULIS, Dimitri. *Jurisdição e direitos fundamentais*, p. 72.

¹⁷ DIMOULIS, Dimitri. *Jurisdição e direitos fundamentais*, p. 72.

¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2001, p. 365.

Quando se trata da segunda dimensão de direitos, portanto, o que se busca é uma intervenção do Estado para que os direitos previstos por essa dimensão possam ratificar-se¹⁹. Assim, quando se trata de direitos fundamentais, estes nem sempre pedem uma abstenção do Estado. Para a proteção de tais direitos, exige-se uma nova postura, pois a realidade social se modifica e o Direito precisa acompanhar esse movimento. Deve-se verificar qual o direito que se busca tutelar a fim de perceber a conduta adequada por parte do Estado para que tal direito seja confirmado.

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social. A nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que não cuida mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas sim, [...] de propiciar um “direito de participar do bem-estar social”²⁰.

A realidade social é impulsionadora do surgimento de novos direitos, que, em função da própria evolução, acabam por se constituir como fundamentais, pois atendem às demandas por uma vida digna por parte de pessoas que enfrentam uma realidade social cada vez mais exigente e complexa.

Evidentemente, o acúmulo contínuo de gerações e funções dos direitos fundamentais é impulsionado pelas transformações sociais processadas com grande intensidade e velocidade nos séculos XIX e XX. Dizendo de outro modo, a ampliação e a multifuncionalização dos direitos fundamentais são uma exigência do desenvolvimento social cada vez mais veloz²¹.

Os direitos fundamentais nem sempre estiveram munidos do caráter de aplicabilidade imediata. Eles possuem caráter axiológico, mas nem por isso deixam de ser exigíveis perante o Estado. No caso de qualquer ameaça a esses direitos, o homem pode postulá-los. Os direitos fundamentais, portanto, vinculam

¹⁹ Sabe-se que a existência de direitos fundamentais não se limita à primeira e segunda dimensões de direitos. No entanto, para a análise realizada neste artigo, está-se a delimitar apenas as duas referidas dimensões, já que a segunda parte deste se destina a realizar uma análise do processo de constitucionalização, que tem gerado um fenômeno de judicialização relativo especialmente aos direitos sociais. Portanto, importante a diferenciação entre a primeira e a segunda dimensões de direitos para que se possa entender de forma mais clara as diferentes demandas e atuações dos juízes e tribunais constitucionais na busca pela efetivação dos direitos fundamentais individuais e sociais, já que a abstenção ou prestação são o que vai diferenciar sua ratificação.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 47.

²¹ STEINMETZ, Wilson Antonio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, p. 96.

o Estado, e a vinculação ocorre porque são direitos que protegem o ser humano, respeitando sua dignidade, e, mais, atendem à condição humana. São direitos invioláveis, inalienáveis e intransferíveis, e é por isso que careceram de constitucionalização e agora de eficácia.

Tem-se percebido um aumento da judicialização de questões que envolvem a efetivação de direitos fundamentais, notadamente os sociais, pois o Estado, de forma geral, não tem prestado a devida atenção a seu papel positivo na realização desses direitos de segunda dimensão. Como foi possível verificar nas palavras de Dimoulis e Martins, logo acima, o Estado está vinculado às disposições constitucionais, portanto, no caso de não cumprimento, tem a pessoa o direito de recorrer ao Judiciário para exigi-los, já que este também está vinculado a tais disposições.

No Estado Democrático e Constitucional de Direito também é preciso que os homens se mobilizem a buscar do Estado aquilo que é seu dever: além de prever direitos, que estes sejam efetivados no plano real. Na democracia, que ainda é buscada no Brasil, a participação constante dos cidadãos na transformação social é essencial. E no Estado Constitucional o papel do Poder Judiciário para auxiliar o cidadão na busca pela eficácia real de seus direitos fundamentais tem-se mostrado muito presente.

68

A garantia dos direitos fundamentais, assim, “são temas de origem e repercussão política, sendo que qualquer decisão do legislador ou do Poder Judiciário produz efeitos políticos”²². Os direitos fundamentais não existem para que as pessoas busquem proteção em juízo, e sim para que possam ver respeitados seus direitos a fim de formar uma sociedade igual, livre e justa, sem que precisem recorrer ao Judiciário. No entanto, caso isso se mostre necessário, o Poder Judiciário pode ser procurado para efetivá-los, e isso tem acontecido com cada vez mais frequência. Direitos constitucionalizados que protegem a pessoa humana e sua dignidade devem ser respeitados não somente pelo Estado – que avoca para si os deveres relativos à implementação dos direitos previstos pela Constituição Federal –, mas também pelos indivíduos, titulares desses direitos.

Por isso a atuação dos juízes e do Supremo Tribunal Federal tem-se mostrado eficiente, porém invasiva, nessa perspectiva de dar eficácia a tais direitos. No entanto, certo cuidado nessa atuação mostra-se de suma importância. Nesse sentido, relevante se faz a análise da segunda parte deste artigo, a respeito da atuação dos juízes e do Supremo Tribunal Federal para a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente os sociais. As aspirações da sociedade à ratificação de direitos existem, todavia o problema é muito mais amplo. Os julgadores não podem utilizar-se de posições pessoais para fazer efetivo ou não determinado direito fundamental. Pintore explica:

²² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 17.

Ninguna teoría de los derechos fundamentales puede resultar auto(suficiente), es decir, ninguna puede prescindir de una teoría de la autoridad. Esto es cierto con carácter general y no sólo para el ius naturalismo. Más aun, estaría tentada de afirmar que, a fin de cuentas, el *verdadero* problema de los derechos fundamentales es justamente el “procedimental” de la autoridad que los administra²³.

O constitucionalismo brasileiro tem enfrentado essas questões, buscando a efetivação de direitos fundamentais. O Poder Judiciário tem sido a esperança de muitos cidadãos para a realização de direitos garantidos pela Constituição, no entanto o fato parece gerar grande quantidade de demandas judiciais, que têm exercido uma influência muito grande do Poder Judiciário na discricionariedade, sobretudo do Poder Executivo, para a realização de suas funções. Esse é o tema específico do próximo item deste artigo, sobre o enfrentamento do problema da crescente judicialização das questões a respeito da proteção dos direitos fundamentais. Para tanto, far-se-á uma análise a respeito da atuação do Poder Judiciário perante essas demandas, observando se sua postura é capaz de colocar em risco o Estado Democrático de Direito.

O ATIVISMO JUDICIAL COMO UM RISCO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

69

Esta seção dedica-se a analisar criticamente a maneira como o Poder Judiciário, especialmente por meio dos juízes e do Supremo Tribunal Federal, em sua atividade de garantia dos direitos sociais e da dignidade humana, tem atuado para resolver demandas que envolvem a eficácia desses direitos. Quando se propõe essa análise, é preciso ter presente que se está falando de um momento histórico específico, o momento do constitucionalismo. Tal momento pode ser identificado com a democracia e com a preocupação de garantir os preceitos previstos pela Constituição Federal, especialmente a garantia dos direitos fundamentais. Da maneira como vem sendo apresentado, esse constitucionalismo tem dependido de “posturas axiologistas e voluntaristas que proporcionam atitudes incompatíveis com a democracia, como o ativismo e a discricionariedade judicial”²⁴, o que demonstra ser um perigo para a democracia, pois os juízes não podem decidir conforme sua consciência, e sim conforme o direito.

²³ PINTORE, Anna. Derechos insaciables. In: CABO, Antonio de; PISARELLO, Gerardo (Eds.). *Fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2005, p. 245.

²⁴ STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 64.

É percebido, dentro desse contexto, que a jurisdição constitucional e os tribunais têm desempenhado um papel destacado e fundamental para a eficácia dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, e que, portanto, essa é uma marca característica do constitucionalismo. Referindo-se mais claramente ao assunto, está-se falando do protagonismo da jurisdição constitucional, um fenômeno de judicialização que vai ser determinante para uma série de questões vivenciadas nos dias de hoje.

A judicialização é resultado de uma série de fatores que se conjugam. Pode-se dizer que se trata de um fenômeno decorrente de fatores externos ao Poder Judiciário. Isso porque, na falta de efetivação dos direitos previstos pela Constituição Federal por parte especialmente do Poder Executivo, o Judiciário é procurado pelos titulares desses direitos, sendo visto como o meio possível para coagir o poder político responsável a efetivar os direitos demandados²⁵.

Dentre os fatores que conduzem a uma ampliação da atuação ou a um protagonismo do Poder Judiciário na ordem democrática, passa-se desde a centralidade da Constituição, a preocupação com sua força normativa, seu caráter principiológico e a própria ideia de dimensão objetiva dos direitos fundamentais²⁶. Sabe-se que os direitos fundamentais são mais do que direitos subjetivos, pois se constituem em diretivas. São elementos centrais da ordem normativa, especialmente dotados de carga valorativa. Portanto, a ordem jurídica não é neutra, mas impregnada de valores. Isso acaba abrindo espaço para construções criativas e

70

²⁵ Importante ressaltar a diferença entre o fenômeno da judicialização e o ativismo judicial, muitas vezes tratados como sinônimos, mas que não o são. Um fenômeno enseja o outro, mas é relevante ter presente que a judicialização decorre de um somatório de fatores *externos* ao Poder Judiciário, enquanto o ativismo estaria mais associado a uma forma de *atuação* do Poder Judiciário no cumprimento do exercício de suas funções.

²⁶ A respeito dessas questões, importante esclarecer que a Constituição é formada por um conjunto de normas, dentre as quais é possível identificar regras e princípios. Alexy explica: “[...] as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91). Conflitos entre regras resolvem-se por meio de critérios tais como o da hierarquia, o cronológico e o da especialização. Já os princípios apresentam-se como mandamentos de otimização em face de possibilidades jurídicas e fáticas, portanto deve haver um sopesamento para, diante do fato em concreto, apurar qual é a melhor maneira de resolver o conflito. Os direitos fundamentais têm um caráter principiológico, já que dotados de maior generalidade e abstração, no entanto são merecedores de especial atenção, tanto quanto as regras, pois são direitos objetivos e de aplicabilidade imediata. Diante dos ensinamentos desse autor, então, pode-se dizer que, quando uma norma de direito fundamental colide com um princípio oposto, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Dessa maneira, nem sempre um direito fundamental deve sobrepor-se a outro; é preciso um sopesamento para que, em cada situação fática, se analise qual direito deva ser aplicado, mesmo quando se tratar de normas principiológicas de direitos fundamentais. É nesse sentido que Alexy explica que princípios e regras não se diferenciam apenas de modo gradual; também existe uma diferença qualitativa.

desdobramentos com relação aos papéis dos direitos fundamentais, o que acaba por reforçar a ideia de atuação do Poder Judiciário e do dever de garantia e de proteção desses direitos, conduzindo também à ampliação e transformação da natureza da jurisdição constitucional.

O que se tem apresentado é que os responsáveis por realizar os ponderamentos acabam por ultrapassar limites que podem causar sérios riscos a uma democracia. Esse perigo ocorre tendo em vista a grande interferência de um dos Poderes nas atribuições dos demais. Ainda, com esse aparente excesso de liberdade em sua competência, os juízes e tribunais podem atribuir muitos direitos, bem como eliminá-los de acordo com seu controle.

Se o cuidado necessário não for tomado, a postura dos tribunais constitucionais pode tornar-se perigosa e abalar as estruturas de um regime democrático pautado pela separação entre os Poderes²⁷, especialmente afetando o sistema de pesos e contrapesos. Trindade explica que “muitas vezes a atividade praticada em sede de jurisdição constitucional [...] resulta numa interferência cujos (d)efeitos colocam em xeque a clássica concepção de separação dos poderes [...] [e das] conexões recíprocas e controles mútuos”²⁸.

A hermenêutica, como meio de interpretação do direito, deve ser entendida assim mesmo: é possível interpretar normas, mas interpretar não significa colocar ideologias em suas decisões. Isso afetaria a imparcialidade. A interpretação deve ser realizada a partir dos parâmetros apresentados e não como meio de impor ou excluir direitos. A atividade interpretativa (hermenêutica jurídica) é função judicial e “um modo de concretizar a Constituição, isto é, o modo pelo qual a Constituição deve ser efetivamente interpretada”²⁹, mas não confere aos julgadores liberdade para interpretar de acordo com posições pessoais. No entanto, ao que parece, neste Estado constitucional o Poder Judiciário tem desempenhado um papel de destaque em relação à confiança dos cidadãos na efetivação de seus direitos³⁰.

²⁷ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

²⁸ TRINDADE, André Karam. Do protagonismo ao ativismo judicial. In: REDIN, Giuliana; BRUCH, Kelly Lissandra. *Direitos fundamentais e espaço público*. Passo Fundo: Imed, 2010, p. 112.

²⁹ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional. In: CANTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 78.

³⁰ Relevante nesse contexto ressaltar que, enquanto no Estado Liberal a figura do Poder Legislativo sobressai, no Estado Social o papel de destaque fica por conta do Executivo, tendo em vista a necessidade da intervenção estatal, e no Estado Democrático de Direito (que consiste em um *plus* ao Estado Social) o Poder Judiciário é quem assume a maior relevância, tendo em vista que o direito tem demonstrado ser um instrumento eficaz para a implantação das promessas não cumpridas pelo Estado Social. Assim, claramente é possível perceber um deslocamento do centro de tensão nesse período constitucional para a figura do Poder Judiciário.

A partir dessa releitura, o Poder Judiciário se tornou uma espécie de remédio para a inoperabilidade das políticas públicas. Todavia, no fundo ele não passa de um depositário das esperanças de uma sociedade desanimada e desarticulada, de maneira que a judicialização da política, ao fortalecer o protagonismo judicial, implica o risco de enfraquecer a democracia³¹.

Efetivamente, os tribunais constitucionais são chamados a decidir sobre quase todas as questões — desde decisões estratégicas em relação à falta de atualidade de leis bem ou as eventuais omissões do poder público até a análise das falhas nas prestações de direitos sociais. Enfim, todas as questões hoje são judicializáveis e, por isso, trazidas à apreciação do Poder Judiciário. Há claramente um fenômeno de constitucionalização (tudo está na Constituição, portanto tudo é judicializável e pode ser demandado perante os tribunais). Isso ocorre em virtude do fato de a Constituição regular tudo, logo, tudo é direito. Ferrajoli adverte que isso ocorre porque as

[...] novas constituições [...] nascidas ou reformadas depois das ditaduras militares como radicais “nunca mais” à perda das liberdades e da democracia, marcam o início de uma terceira fase do constitucionalismo, após as fases das constituições flexíveis, nos séculos XVIII e XIX, e das constituições rígidas do segundo pós-guerra. [...] Podemos chamá-las *constituições de terceira geração* por causa de alguns traços comuns: são constituições longas, com base no modelo da Constituição portuguesa de 1976, formada por 299 artigos, que inaugura esta terceira fase do constitucionalismo. [...] A constituição brasileira, de 5 de outubro de 1988 — composta por 250 artigos (muitos dos quais formados por inúmeros incisos e parágrafos) e por 97 normas transitórias, reformada em 1994 e, depois, alterada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004, é indubitavelmente mais avançada. As suas novidades são muitas e todas de grande relevância³².

Diante disso, o que se quer dizer é que a Constituição brasileira possui um amplo catálogo de direitos, que, como tais, devem ser eficazes. No caso de não eficácia, o cidadão pode exigir judicialmente que tais direitos sejam atendidos — e isso tem gerado mudança na forma de atuação dos tribunais. Mas, pela amplitude da previsão constitucional, justifica-se, de certa forma, a própria ampliação da judicialização de questões. O que não se justifica é o ativismo judicial, que tem sido percebido com frequência.

³¹ TRINDADE, André Karam. *Direitos fundamentais e espaço público*, p. 112.

³² FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o Estado de Direito. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 232-3.

Talvez um dos aspectos mais polêmicos do fenômeno da judicialização resida na questão da judicialização da política, ou seja, da atuação do Poder Judiciário quando se trata da garantia dos direitos fundamentais e da implicação de sua atuação nos demais Poderes, notadamente nos Poderes políticos — Executivo e Legislativo. Diante de tudo, é possível dizer que há duas formas de os Poderes políticos serem “invadidos” pela atuação do Poder Judiciário ao se omitirem em suas funções. É perceptível que muitas vezes existem falhas legislativas que ocasionam a não prestação de um direito constitucional, justamente por falta de regulamentação pelo Poder Legislativo, e que isso pode ser sanado por meio do mandado de injunção³³ (que requer a imposição pelo Judiciário ao Legislativo para tanto). E também a não efetivação de um direito por falta da atuação do Poder Executivo, no sentido da não implantação de política pública específica. As políticas públicas talvez sejam a síntese, no âmbito do direito, dessa relação entre direito e política que está conformada por novos parâmetros e padrões no contexto atual, e merecem especial atenção do Poder Executivo, para que haja uma diminuição no fenômeno da judicialização e da interferência do Judiciário nessas questões.

O Estado liberal, quando cria a separação de Poderes, cria uma separação institucional entre direito e política, atribuindo a atividade política aos Poderes Executivo e Legislativo e deixando a atividade do Poder Judiciário como atividade técnica. Portanto, a aplicação do direito é técnica realizada pelo Judiciário, ocupando a política um âmbito separado, destinado à competência do Executivo e Legislativo. Trata-se de uma separação institucional que na prática não subsiste, pois o Poder Judiciário tem tomado decisões mais políticas, dotadas de anseios ideológicos do julgador, do que propriamente técnicas — algo temerário.

O fato é que hoje percebemos uma ampliação do espaço do direito e certa conformação da política pelo direito. Ocorre que há, de acordo com as diretrizes constitucionais, uma ampliação dos espaços de vinculação dos Poderes estatais a suas atividades e deveres de realização de direitos e menor espaço para a discricionariedade por parte dos Poderes políticos. Esse aspecto aparece de forma muito significativa no caso dos direitos sociais, porque estes pressupõem escolhas entre meios e fins. A forma de realização desses direitos se dá por meio de escolhas políticas para perceber qual é a melhor maneira de realizá-los, conforme provoca Bobbio:

³³ O art. 5º, LXXI, da Constituição Federal prevê essa alternativa quando explicita: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim *qual é o modo mais seguro para garanti-los*, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados³⁴.

Para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, a ação política é determinante para assegurá-los. O que está sendo analisado é que os direitos previstos precisam produzir efeitos, e os produzem por meio de escolhas políticas ou da coação pelo Poder Judiciário. Essas escolhas políticas tradicionalmente eram isentas ou livres da atuação do Judiciário. Entretanto, o que se tem percebido, progressivamente, é um avanço das noções de vinculação e de obrigação, reduzindo o espaço da discricionariedade. Há um avanço nas possibilidades de espaço de atuação e controle do Judiciário em relação aos demais Poderes, sob a justificativa da efetivação dos direitos fundamentais.

O desafio do Poder Judiciário de controlar as questões em que deve posicionar-se e interferir nas demais esferas é muito difícil, já que vem sendo progressivamente invocado para tanto. Ele não pode escusar-se, mas, diante disso tudo, escolher a posição a ser assumida demanda muito cuidado. Essa posição justifica-se, pois a tarefa do Judiciário era muito mais simples quando se tratava simplesmente de se manifestar a respeito dos direitos individuais. O que se tem percebido é que a discricionariedade é considerada um conceito-chave para a realização de políticas públicas — que são elementos estratégicos na realização dos direitos sociais. Aqui é que se encontra a grande dificuldade sobre as políticas públicas para a realização dos direitos sociais, pois, no caso da escolha do Poder Executivo de não realizar determinada política pública, por motivos financeiros ou quaisquer outros, o Judiciário muitas vezes tem sido procurado e determinado que o Executivo assim o faça, sem considerar os motivos pelos quais dificultou a realização da política antes da intervenção judicial.

Ao mesmo tempo, existe um dever de proteção, que implica ao Estado o dever de realizar os direitos fundamentais. Portanto, a pessoa humana tem o direito de ter efetivadas tais garantias constitucionais. De acordo com a força normativa da Constituição, ocorre necessariamente a ampliação da vinculação do Estado à efetivação das medidas necessárias à realização dos direitos sociais, além de uma redução de sua discricionariedade para realizar ou não medidas nesse sentido.

³⁴ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 6. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 25.

Da dimensão objetiva dos direitos fundamentais decorre um dever de proteção, que se traduz também em um dever de realização de ações no sentido da garantia de realização desses direitos — já que se sabe que a norma deve ser válida, vigente e eficaz³⁵. Este último elemento se refere aos efeitos sociais produzidos por ela. Nesse sentido, por se tratar de normas constitucionais, os direitos fundamentais devem produzir efeitos, ser eficazes, nem que para isso se neces- site recorrer ao Judiciário.

Existe então uma relação diretamente proporcional entre a redução do espaço de discricionariedade e uma progressiva vinculação a direitos por meio da Constituição, pelos referidos motivos. Quanto menor a discricionariedade, maior a vinculação e a possibilidade de controle e atuação do Poder Judiciário para garantia desses direitos. A questão é que a judicialização da política e a atuação dos juízes e tribunais devem estar pautadas em algumas reflexões a respeito da maneira como o Poder Judiciário vem atuando quando se trata de ações que reivindicam a realização de direitos fundamentais, especialmente os sociais.

Em meio a esse contexto de judicialização, poder-se-ia dizer que o Judiciário deveria, então, manifestar-se a respeito apenas em casos excepcionais, justamente para não invadir a esfera especialmente do Poder Executivo. No entanto, observa-se que, até mesmo em razão da grande demanda, essas situações não são tão excepcionais assim e acabam se justificando sob a prerrogativa de que é preciso efetivar a dignidade humana³⁶. Se isso não for realizado pelo meio político, que seja então pelo jurídico. É possível perceber que, quando o que está em jogo é a tutela de um mínimo existencial na efetivação de direitos sociais, que aparece identificada e associada à noção de proteção da dignidade humana, não incide a reserva do possível.

Percebe-se, assim, que, quando o que está em jogo é a dignidade humana, o mínimo existencial não se aplica à lógica do orçamento. A posição do Poder Judiciário tem demonstrado que, estando a dignidade da pessoa humana em jogo,

³⁵ A validade refere-se aos critérios para a formulação da norma. É um critério prévio a sua vigência. A vigência refere-se ao critério temporal, em que se permite saber se no presente há uma norma que pode ser exigida, enquanto a eficácia refere-se à perpetuação de seus efeitos sociais, pois, se não produzir efeitos, de nada adianta ser norma válida e vigente.

³⁶ Sarlet conceitua a dignidade da pessoa humana como uma “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 62).

e estando em jogo o mínimo existencial, a reserva do possível não incide. Essa posição, por mais que possa revelar uma preocupação significativa com a garantia dos direitos fundamentais e a própria garantia da dignidade humana, deve preocupar, já que parece demonstrar certa despreocupação com a noção da viabilidade do Estado no cumprimento de suas funções e tarefas. Isso porque o Estado também possui diretrizes orçamentárias importantes para sua organização e bom funcionamento que também necessitam ser respeitadas. Oliveira alerta para isso:

[...] há um entendimento corriqueiro que exagera na amplitude da *liberdade decisória* ou de *conformação* do agente público, quando a generalidade das deliberações, com raríssimas exceções, passam a ser *justificadas* pelo chavão da reserva do possível, por um qualquer *escalonamento de prioridades*, escala que só pode ser estipulada pelo agente *originalmente* incumbido, em uma extrapolação da discricionariedade (uma *discricionariedade ampliada*, que encobre a arbitrariedade), sob o argumento também de que o judiciário não está habilitado a ingressar na aferição dos critérios utilizados. Esta perspectiva enfraquece ou ignora a forma dirigente da Constituição, a vinculação que deriva da sua normatividade, a razoabilidade da concretização em função das peculiaridades fáticas. Defende-se que o campo da discricionariedade é menos extenso do que comumente se prega, que, no cotidiano das vezes, só há uma conduta a ser tomada pela Administração Pública, que há uma vasta e promissora atuação jurisdicional no que diz com a tutela das prestações positivas do Estado. Também que a reserva do possível não pode ser convertida ou deturpada em explicação para tudo, um *ás na manga*, que, na falta de alegação melhor, convincente, ao fim, tudo justifica, toda desídia, toda incompetência, todo *desvio de poder*, toda malversação de recursos públicos, toda corrupção, toda arbitrariedade³⁷.

A realidade que se apresenta é que o Poder Judiciário tem demonstrado que, além de técnico, tem agido como um ator político, atuando diretamente para o controle de políticas públicas, já que se sabe que vem atuando nesse campo e decidindo de forma muitas vezes desconectada com a realidade e com o que se apresenta em termos de viabilidade do Estado perante o orçamento. Além disso, percebe-se uma desvirtuação do conceito do mínimo existencial por parte do Supremo Tribunal Federal ao se posicionar dessa forma perante a realização dos direitos fundamentais sociais. Isso ocorre porque, quando se trata dos direitos individuais, tem-se que o Estado deve proporcionar a máxima proteção, enquanto

³⁷ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e vida da Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 394.

a efetivação dos direitos fundamentais sociais exige do Estado atuações positivas, no sentido de garantir a seus cidadãos o mínimo necessário para uma vida com dignidade.

É importante que se compreenda o sentido do Estado e que se entenda que ele também se destina à efetivação dos direitos fundamentais, sejam eles de qualquer espécie, mas que suas competências e limitações também necessitam ser respeitadas. A separação dos Poderes na Constituição Federal, que lhes impõe determinadas funções, não ocorre por acaso. Isso é importante para preservar o regime democrático, sem a possibilidade de que um Poder sobressaia, o que acabaria por gerar situações absolutas. É nesse sentido que, ao explicar as ideias de Cittadino, Trindade explana:

Considerando a importância conferida ao papel desempenhado pelos tribunais na arquitetura do Estado constitucional de Direito, o protagonismo judicial poderia ser visto positivamente se a atividade exercida pelos juízes não fosse o resultado de juízos subjetivos fundados na ponderação de valores, não violasse o equilíbrio do sistema político e não resultasse em práticas arbitrárias que colocassem em risco os pilares da democracia constitucional: a garantia dos direitos fundamentais e a preservação do regime democrático e da soberania popular³⁸.

Diante disso, o princípio da razoabilidade parece ser um meio importante para um posicionamento perante a demanda pela concretização de direitos fundamentais sociais. Poderes como o Legislativo e Executivo são os diretamente responsáveis por essa concretização. O Legislativo, ao cumprir sua atividade, proporciona as condições legais para que o Executivo, por meio de medidas prestacionais, possa criar e manter políticas públicas essenciais para a realização desses direitos.

A viabilidade da realização de tais direitos é importante para que se analise a direção que o Estado, de forma geral, está tomando. No momento em que os Poderes políticos deixam a desejar no exercício de suas funções, e abrem espaço para que um deles (no caso do constitucionalismo contemporâneo, o Poder Judiciário) tenha de interferir demasiadamente nas funções dos demais, há uma quebra no equilíbrio do Estado, e isso pode gerar consequências graves à democracia, especialmente a brasileira, recente e carente de pontos importantes de implantação efetiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais são a base do sistema constitucional. São direitos que protegem a pessoa humana e estão atraídos pelo princípio da dignidade

³⁸ TRINDADE, André K. *Direitos fundamentais e espaço público*, p. 118.

humana. Trata-se de direitos válidos, vigentes, mas que muitas vezes acabam não produzindo efeitos na vida do indivíduo. O Estado brasileiro hoje é um dos mais avançados no que tange à proteção e respeito aos direitos de seus cidadãos. Ao longo do tempo, no Brasil, houve avanços gradativos jurídicos e políticos nessa proteção. Hoje, esse Estado encontra-se em um momento importante no que se refere à previsão constitucional dos direitos fundamentais, que todavia ainda carecem de real efetivação. A busca pela confirmação dos direitos ainda ocorre, e a cada dia de maneira mais intensa.

Entretanto, para essa ratificação, é necessária muita vontade e organização, essencialmente por parte dos Poderes Legislativo e Executivo, no sentido de fazer com que esses direitos sejam tratados com a seriedade que merecem. Muitas vezes o esforço não é percebido e acaba gerando a pretensão pela efetivação de direitos, aumentando o número de demandas perante o Poder Judiciário.

A carência de meios para efetivar direitos fundamentais é consequência da realidade brasileira, que vive uma modernidade tardia e apresenta problemas relacionados à concretização de direitos, especialmente os sociais. Isso tem feito os cidadãos brasileiros verem no Poder Judiciário uma esperança para tornar seus direitos eficazes.

78

A hipótese prevista para este estudo — de que há uma crescente judicialização e uma invasão do Poder Judiciário nas demais esferas de poder — se confirma, haja vista que claramente há um fenômeno de judicialização dos direitos fundamentais. Os direitos sociais, que dependem de prestações estatais para sua realização, são o principal objeto dessas demandas, que têm gerado cada vez maior interferência do Poder Judiciário nas outras esferas do Estado, tais como o Legislativo e o Executivo. A judicialização tem levado, além do risco de um desequilíbrio na separação de Poderes, a uma preocupação com a interferência do Judiciário em questões que envolvem o orçamento público, sem muitas vezes considerar a realidade da Administração Pública e suas limitações na sustentabilidade e viabilidade para a realização de direitos da forma imposta pelo Judiciário. Isso preocupa e deve ser debatido, pois leva a questionar o limite que os julgadores precisam observar para não colocar em risco a separação dos Poderes e, conseqüentemente, o regime democrático.

Parece que a noção de viabilidade das condições do Estado, associada ao princípio da razoabilidade, seria importante para uma forma razoável de atuação do Poder Judiciário, sem que este, portanto, decida conforme a ideologia de seus julgadores e coloque em perigo a democracia brasileira, ainda jovem. É um desafio permanente, mas que pode ser enfrentado, na medida em que se entenda a relevância deste debate.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 6. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRASIL. Constituição, 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- CAENEGEM, R. C. Van. *Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental*. Tradução de Alexandre Vaz Pereira. Lisboa: Gulbenkian, 2009.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2001.
- DIMOULIS, Dimitri. Elementos e problemas da dogmática dos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005*. Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o Estado de Direito. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- HAARSCHER, Guy. *Filosofia dos direitos do homem*. Lisboa: Inst. Piaget, 1993.
- MAIA, Paulo Sávio N. Peixoto. *O guardião da Constituição na polêmica Kelsen-Schmitt: Rechstaat como referência semântica na memória de Weimar*. Disponível em: <<http://repositorio.bce.unb.br/handle/10482/3525>>. Acesso em: 16 maio 2015, às 14h15.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e vida da Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- PINTORE, Anna. Derechos insaciables. In: CABO, Antonio de; PISARELLO, Gerardo (Eds.). *Fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2005.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- REIS, Jorge Renato dos. Os direitos fundamentais de tutela da pessoa humana nas relações entre particulares. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Direitos sociais & políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

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

STEINMETZ, Wilson Antonio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STEINMETZ, Wilson Antonio. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

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

STRECK, Lenio Luiz. 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-São Leopoldo: Livraria do Advogado/UNISINOS, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

TRINDADE, André Karam. Do protagonismo ao ativismo judicial. In: REDIN, Giuliana; BRUCH, Kelly Lissandra. *Direitos fundamentais e espaço público*. Passo Fundo: Editora Imed, 2010.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Data de recebimento: 09/10/2015

Data de aprovação: 04/12/2015

CONCESSÃO DE BENEFÍCIO ASSISTENCIAL AO IMIGRANTE: UMA ANÁLISE CRÍTICA

CONCESSION OF SOCIAL ASSISTANCE TO IMMIGRANT: A CRITICAL ANALYSIS

*Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega**
*Daniel Diniz Gonçalves***

RESUMO

O presente art. aborda a questão das políticas públicas assistenciais dispensadas aos imigrantes, no contexto jurídico-espacial Brasileiro, tendo como questão prática a discussão judicial da concessão de benefício assistencial de prestação continuada ao estrangeiro. Apresentar-se-ão, no corpo do trabalho, as opiniões favoráveis e contrárias à concessão do amparo assistencial a ele e, depois, criticam-se ambas as opiniões, com a teoria crítica de David Sanches Rubio e as achegas doutrinárias de Costas Douzinas, porquanto tais posições se desenvolvem em um âmbito reducionista, eis que exclusivamente estatalista, economicista e dogmático. No fim do trabalho, espera-se oferecer uma nova perspectiva de direitos humanos aplicados aos imigrantes, que transcende o reducionismo denunciado.

Palavras-chave: benefício assistencial; estrangeiro; teoria crítica.

ABSTRACT

This article addresses the issue of welfare policies dispensed to immigrants in the legal space of Brazilian context, possessing as a practical case the judicial litigation about the concession of social benefits. In the body of development of this paper, it will be presented the favorable views and the antagonists of granting social benefits to immigrants, and then, this work will criticize both opinions (favorable and antagonists) with critical

* Mestre e Doutora pela PUC/SP – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora da UFG – Universidade Federal de Goiás e da UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto. E-mail: mcvidotte@uol.com.br.

** Bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Direito Constitucional e Direito Público pela UNIDERP. Mestrando pela UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto. Bolsista PROSUP (modalidade taxa). Membro da Advocacia-Geral da União – Procurador Federal em Passos/MG. E-mail: daniel.dinizgoncalves@gmail.com.

theory of David Sanches Rubio and doctrinal help of Douzinas Back, because such positions are developed in a reductionist framework, exclusively within the context State Bureaucracy, inspired solely by economical and dogmatic thoughts. After work, this paper will offer a new perspective on human rights applied to immigrants who transcends denounced reductionism.

Key-words: social benefit; foreigner; critical thought.

INTRODUÇÃO

O contexto geográfico da modernidade foi caracterizado por um sensível redimensionamento, traduzido pelo incremento do intercâmbio de pessoas, bens, valores e informações entre os Estados-nação, a ponto de vulnerar suas fronteiras e mesmo seu conceito de soberania, enquanto poder pleno dentro de um limite territorial¹.

Muitas pessoas deslocam-se entre Estados com o fito de fugir de situações de sofrimento em seus países de origem ou procurar por um futuro mais promissor, o que não passou despercebido por David Sanches Rubio:

También, recientemente, en distintos medios de comunicación españoles, hemos podido ver varias escenas de televisión y fotografías de la prensa escrita con las que se nos muestran en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, blindadas con cercas y vallas de alambres y custodiadas policialmente, el drama de muchos seres humanos inmigrantes africanos que, desesperados, intentan pasar la frontera huyendo de una existencia dramática y trágica en sus países de origen, con la esperanza de encontrar una vida mejor y más digna en suelo europeo².

Pontua o *magister* espanhol que o fenômeno da imigração não se observa apenas em países do norte, sobretudo Europa Ocidental e Estados Unidos, mas, também, em países como o Brasil.

82

¹ DAHL, Robert A. *La democracia e sus críticos*. 1992 de todas las ediciones em castelano. Buenos Aires: Ediciones Paidós Ibérica.

² Tradução livre do autor: “Também, recentemente, em distintos meios de comunicação espanhol, pudemos ver várias cenas de televisão e fotografias de imprensa escrita que nos mostram as cidades autónomas de Ceuta e Melilla, blindadas com cercas e valas e custodiadas policialmente, o drama de muitos seres humanos, imigrantes africanos que, desesperados, tentam passar a fronteira, fugindo de uma existência dramática e trágica em seus países de origem, com a esperança de encontrar uma vida melhor e mais digna em solo europeu”. RUBIO, David Sanches. “La inmigración y la trata de personas cara a cara con la adversidad y los Derechos Humanos: xenofobia, discriminación, explotación sexual, trabajo esclavo y precarización laboral”, publicado em *Revista Eletrônica do Ministério Público do Trabalho*, Migrações e trabalho/Erlan José Peixoto do Prado, Renata Coelho, organizadores. – Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2015, p. 127.

No se trata de un problema localizado en España. Es un problema interno de muchos estados y regiones –como es el caso de Brasil y otros países de América Latina–, pero también un problema que afecta a todo el planeta y al tipo de estructura estratificada de dividir y coordinar socialmente no solo el trabajo, sino el hacer, el poder, el ser y saber humanos muy condicionados por sistema capitalista tanto en su versión central como en su versión periférica y dependiente³.

Colocada a realidade social de que ora se irá tratar, convém a direcionar sob uma abordagem mais instigadora, sobretudo jurídica e eticamente. Quando um imigrante ingressa em solo estrangeiro, munido apenas de esperanças, e estando esgotado física, espiritual e mentalmente, qual o tipo de recepção que deve o Estado recebedor lhe dispensar?

Muitas vezes, consoante consignado nas lições de David Sanches, os Estados que são alvo dos influxos populacionais de imigrantes sequer desejam cogitar uma política pública institucionalizada de imigração, preferindo erguer altos muros, de molde a conter a imigração.

Aos muitos imigrantes que, a despeito das barreiras erguidas pelos Estados recebedores, neles consegue adentrar, o que se vê é uma recepção pouco amistosa, ou, por vezes, hostil. Todo o discurso argumentativo acerca de direitos humanos que, na retórica, esbanja boas intenções, parece ser relativizado quando se trata de imigrantes. Novamente David Sanches pontua que:

83

El caso es que con el tema de la migración se pone a prueba la capacidad que los seres humanos tenemos de ser solidarios y si de manera coherente estamos dispuestos a tratar a nuestros semejantes con dignidad. Pero lamentablemente y tal como se están desarrollando los acontecimientos, con la inmigración se nos presenta una de las paradojas del discurso universalista de los Derechos Humanos, asentado en un plano teórico, valorativo y discursivo maravilloso de inclusiones abstractas, pero basado en un contexto práctico, de convivencia y relacional abyecto de exclusiones concretas cimentadas en sociabilidades desiguales y discriminaciones raciales, etno-culturales, sexuales, de género, clasistas y etarias. Cada día comprobamos cómo Occidente y sus ideales de dignidad humana se mueven enfermizamente en una bipolaridad no solo psicológica y epistemológica, sino también cultural y práctica⁴.

³ Tradução livre do autor: “Não se trata de um problema localizado da Espanha. É um problema interno de muitos Estados e Regiões – como é o caso do Brasil e outros países da América Latina, e também um problema que afeta a todo o planeta e ao tipo de estrutura estratificada de dividir e coordenar socialmente no solo o trabalho, o fazer, o poder, o ser e saber humanos, muito condicionados pelo sistema capitalista, tanto em sua versão central quanto em sua versão periférica e dependente”. RUBIO, David Sanches, op. cit., p. 127.

⁴ Tradução livre do autor: “O fato é que, com a questão da imigração, é testada a capacidade de os seres humanos serem solidários e se, de forma coerente, estamos dispostos a tratar os nossos

A questão de salvaguarda da dignidade da pessoa humana parece se desfazer diante de conjunturas econômicas, que se apresentam como uma verdade acética e inexorável, em que o humano, o estrangeiro, é visto apenas como um consumidor de recursos econômicos e financeiros do Estado receptor. Tal perspectiva exacerba-se quando se cuida de benefícios assistenciais, especialmente desenvolvidos para pessoas em situação de vulnerabilidade, que concedem o pagamento pecuniário de numerários mínimos a quem deles necessite, sem uma contraprestação do beneficiário.

Em *terra brasilis*, a questão dos imigrantes, e notadamente do pagamento de benefícios assistenciais a eles, ganhou grande projeção em 26 de junho de 2009, quando o plenário do Supremo Tribunal Federal, analisando o juízo de admissibilidade do Recurso Extraordinário n. 587.970, reconheceu a existência de repercussão geral da matéria concernente justamente à existência ou não de direito do estrangeiro a perceber o benefício assistencial de prestação continuada (BPC ou BPC da LOAS – Lei Orgânica da Assistência Social).

O vultoso incremento do número de ações judiciais ajuizadas abordando o assunto, aliado à discussão nacional e mundial envolvendo o processo migratório, sobretudo em suas dimensões éticas e econômicas, dá ao tema especial relevância, requerendo uma análise mais detida, sendo, então, a proposta deste ensaio, dividida em cinco etapas:

84

1. a delimitação jurídica da controvérsia;
2. apresentação dos argumentos favoráveis à concessão do amparo assistencial ao estrangeiro;
3. a exposição dos argumentos contrários à sua concessão;
4. uma abordagem crítica da situação com os escólios do Prof. Costas Douzinas; e, finalmente,
5. a dedução de uma proposta nova de direitos (sociais, assistenciais) humanos, com as achegas da teoria crítica do professor David Sanches Rubio, aplicada à questão fática de pano de fundo.

semelhantes com dignidade. Mas, infelizmente, e como está sendo desenvolvido nos eventos, com a imigração somos apresentados a um dos paradoxos do discurso universalista dos Direitos do Homem, assentado em um plano teórico, valorativo e discursivo assentado em inclusões abstratas, mas com base em um contexto prático e de convivência com exclusões específicas abjetas relacionais baseadas em sociabilidades desiguais e discriminações racial, etnicocultural, sexual, de gênero, classe nacional e idade. Todos os dias vemos como o ocidente e seus ideais de dignidade humana se movem patologicamente em uma bipolaridade não só psicológica e epistemológica, mas também cultural e prática”. RUBIO, David Sanches, op. cit., p. 127.

DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO

Da contextualização jurídica da controvérsia

O primeiro benefício pecuniário genuinamente assistencial foi estabelecido pela Constituição da República, que, no inciso V, do art. 203, conferiu ao idoso e à pessoa portadora de deficiência o pagamento de um salário mínimo mensal:

V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Esse dispositivo, consoante previsão esculpida em sua parte final (conforme dispuser a lei), não é autoaplicável, exigindo-se, assim, atuação integrativa do legislador infraconstitucional. Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: Embargos de declaração em Recurso Extraordinário. 2. Decisão Monocrática do relator. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. 3. Previdenciário. Renda Mensal Vitalícia. Art. 203, V, da Constituição Federal. Dispositivo não autoaplicável. 4. Eficácia após edição da Lei n. 8.742, de 07/12/1993. Precedentes. Agravo Regimental a que se nega provimento. (ED em RE 401.127-1/SP – Relator Ministro Gilmar Mendes – DJU 17/12/2004).

85

A Lei Orgânica da Assistência Social, Lei n. 8.742/93, promoveu a plena integração do benefício assistencial ao ordenamento jurídico pátrio, sendo sua regulamentação administrativa engendrada com o Decreto n. 1.744/95.

O art. 1º, da Lei Orgânica da Previdência Social, estabeleceu que:

A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

A dicção legal de que a assistência social seria “direito do cidadão” foi a origem da celeuma da concessão ou não do benefício assistencial ao estrangeiro no cenário jurídico e social pátrio. Cidadão seria tão somente o brasileiro nato ou naturalizado, o que, pois, redundaria na exclusão do estrangeiro.

O Decreto n. 1.744/95 deixou explícita a impossibilidade de o estrangeiro, que não fosse naturalizado, obter a prestação, o que se vê consignado em seu art. 4º: “São também beneficiários os idosos e as pessoas portadoras de deficiências estrangeiros naturalizados e domiciliados no Brasil, desde que não amparados pelo sistema previdenciário do país de origem”.

Veja-se que a disposição restritiva da concessão do benefício assistencial permanece no atual Decreto que o regulamenta, Decreto n. 6.214/07: “Art. 7º É devido o Benefício de Prestação Continuada ao brasileiro, naturalizado ou nato, que comprove domicílio e residência no Brasil e atenda a todos os demais critérios estabelecidos neste Regulamento”.

Isso posto, a literalidade da lei ordinária, e de seus regulamentos, conduziria a uma conclusão de que o estrangeiro só teria direito ao benefício assistencial de prestação continuada, caso tenha adquirido a nacionalidade brasileira.

Paladinos e detratores da concessão do benefício assistencial aos estrangeiros se digladiam no intuito de pacificar uma compreensão do assunto. Exportam-se seus principais argumentos, já adiantando a anotar que a discussão, por ambas as partes, desenvolveu-se em um campo extremamente reducionista, pois dogmático e estatalista, com o qual se tentará romper.

Dos argumentos favoráveis à concessão do benefício assistencial

Do desrespeito à Constituição Federal pela negação do benefício assistencial ao estrangeiro

Asseveram os defensores da possibilidade de concessão do benefício assistencial aos estrangeiros⁵ que uma leitura mais detida do art. 5º, *caput*, da Constituição da República, desvela que os direitos e garantias fundamentais nela expressos se estendem aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país. *In verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

A leitura do art. traria assentada a conclusão de que, em relação a direitos e garantias fundamentais, há tratamento isonômico dispensado aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, não havendo, pois, a exigência de que sejam esses naturalizados.

Anotam os defensores da possibilidade de concessão do benefício assistencial aos estrangeiros que, quando a Constituição Federal confere direitos e/ou prerrogativas diferenciados àqueles que detenham a nacionalidade primária ou aos brasileiros em geral, fê-lo expressamente, porquanto o § 2º do art. 12 estatui que “a lei não poderá estabelecer distinções entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição”⁶.

⁵ BRASIL. Ministério Público Federal. Procedimento administrativo n. 1.34.001.000473/2003-14.

⁶ Art. 12. São brasileiros:

Na mesma linha, quando a Constituição autoriza a distinção de direitos idênticos entre brasileiros e estrangeiros, ela também adota a técnica legislativa de enunciação expressa e em casos exaurientes⁷.

Dessarte, sustentam os defensores da possibilidade de concessão do benefício assistencial aos estrangeiros que se a Constituição Federal admite tratamento jurídico diferenciado entre estrangeiros e nacionais apenas nos casos expressamente previstos, é imperioso admitir-se que nos demais casos, notadamente naqueles que contemplam direitos fundamentais, o tratamento deve ser isonômico.

Da assistência social como direito fundamental

Consoante os apologistas da concessão do benefício assistencial aos estrangeiros, a Lei Orgânica da Assistência Social, Lei n. 8.742/93, não contém qualquer restrição ao direito à assistência social aos estrangeiros residentes no país.

Se a lei em si não ostenta vedação expressa, não poderia seu decreto regulamentar, Decreto n. 1.744/95, inovar juridicamente e restringir o direito ao benefício assistencial.

Nesse diapasão, os defensores evocam a Ingo Wolfgang Sarlet⁸, cujos escólios apregoam que:

[...]

§ 3º São privativos de brasileiro nato os cargos:

I – de Presidente e Vice-Presidente da República;

II – de Presidente da Câmara dos Deputados;

III – de Presidente do Senado Federal;

IV – de Ministro do Supremo Tribunal Federal;

V – da carreira diplomática;

VI – de oficial das Forças Armadas;

VII – de Ministro de Estado da Defesa.

Art. 89. O Conselho da República é órgão superior de consulta ao Presidente da República, e dele participam:

VII – seis cidadãos brasileiros natos, com mais de trinta e cinco anos de idade, sendo dois nomeados pelo Presidente da República, dois eleitos pelo Senado Federal e dois eleitos pela Câmara dos Deputados, todos com mandato de três anos, vedada a recondução.

Vide, também, os arts. 5º, inciso LI, e 222, todos da CRFB/88.

⁷ Art. 190. A lei regulará e limitará a aquisição ou o arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira e estabelecerá ou casos que dependerão de autorização do Congresso Nacional.

Art. 172. A lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros.

Vide, também, arts. 176, § 1º, 222, 227, § 5º, todos da CRFB/88.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

Hoje não há mais falar em direitos fundamentais na medida da lei, mas, sim, em leis apenas na medida dos direitos fundamentais, o que – de acordo com Gomes Canotilho – traduz de forma plástica a mutação operada nas relações entre a lei e os direitos fundamentais. De pronto, verifica-se que a vinculação aos direitos fundamentais significa para o legislador uma limitação material de sua liberdade de conformação no âmbito de sua atividade regulamentadora e concretizadora. Para além disso, a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF gera, a toda evidência, uma limitação das possibilidades de intervenção restritiva do legislador no âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Se, por um lado, apenas o legislador se encontra autorizado a estabelecer restrições aos direitos fundamentais, por outro, ele próprio encontra-se vinculado a eles, podendo mesmo afirmar-se que o art. 5º, § 1º, da CF, traz em seu bojo uma inequívoca proibição de leis contrárias aos direitos fundamentais, gerando a sindicabilidade não apenas do ato de edição normativa, mas também de seus resultados, atividade, por sua vez, atribuída à Jurisdição Constitucional. Isto significa, em última *ratio*, que a lei não pode mais definir autonomamente (isto é, de forma independente da Constituição) o conteúdo dos direitos fundamentais, o qual, pelo contrário, deverá ser extraído exclusivamente das próprias normas constitucionais que os consagram.

88

Isso posto, a restrição trazida pelo Decreto n. 1.744/95, além de violar a Constituição da República, houve por desvirtuar *in totum* sua finalidade.

Ressaltam, como já dito, os paladinos da concessão do benefício assistencial que os Decretos são instrumentos normativos editados pelo Poder Executivo para tornar efetivo o cumprimento da lei e, dessarte, não podem trazer inovações jurídicas, criando, modificando ou extinguindo direitos. É o que assenta Alexandre de Moraes⁹, citando Esmein, “são eles prescrições práticas que têm por fim preparar a execução das leis, completando-as em seus detalhes, sem lhes alterar, todavia, nem o texto, nem o espírito”.

Da Convenção Americana sobre Direitos Humanos

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969, ratificada pelo Brasil em 1992, estatui uma série de garantias à liberdade pessoal e à justiça social, sempre tendo como base o respeito aos direitos humanos. Seu art. 1º consagra a proibição de qualquer forma de discriminação, *verbis*:

Art. 1º Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem

⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 427.

Concessão de benefício assistencial ao imigrante

discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Na mesma esteira, dispõe seu art. 24: “Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei”.

Asseveram os paladinos da concessão que o hodierno Direito Internacional tem como núcleo os direitos humanos e os tratados internacionais ratificados pelo Brasil que resguardem direitos fundamentais têm força legal equiparada à de normas constitucionais, sendo sua aplicabilidade irrestrita e imediata, desde que aprovados com o quórum diferenciado de dois terços, em cada Casa Legislativa, em dois turnos¹⁰.

Do princípio da universalidade

Os defensores do amparo assistencial aos estrangeiros esposam que a Universalidade é um princípio constitucional retór da assistência social, o que está ostensivo no art. 203 da Carta Republicana com a dicção: “A assistência social será prestada a quem dela necessitar...”, no que ratifica o art. 194:

A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao poder público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I – universalidade da cobertura e do atendimento;

Dados o teor e a conformação constitucional do princípio da Universalidade, a conduta que nega a concessão do benefício assistencial aos estrangeiros destoaria do mesmo. Como garantir a aplicação do Princípio da Universalidade excluindo do direito à assistência social os estrangeiros residentes no país?

Dos argumentos contrários à concessão do benefício assistencial

Do direito de igualdade

Igualdade, dentro do Estado Social de Direito, materializa-se na busca da justa repartição dos recursos políticos¹¹ entre os integrantes da sociedade, desiderato esse protagonizado pelo Estado.

¹⁰ Art. 5º, § 3º, Constituição da República.

¹¹ Conjunto de bens da vida que são partilháveis, com vistas a se alçar todos e cada cidadão ao lugar de debatedor da *pólis*, ou seja, pessoa dotada da capacidade de elaborar, discutir, mudar e rejeitar políticas públicas, entendidas estas como planos de execução concreta de ações

Para os detratores da possibilidade de concessão do benefício assistencial aos estrangeiros¹², se o cerne da igualdade reside na ideia da justa repartição dos recursos políticos, a primeira análise a ser feita é se a proteção assistencial aos estrangeiros insere-se na possibilidade econômico-financeira de um Estado e se a comunidade nacional está apta a legitimar essa proteção.

Os opositores entendem, com fincas no realismo jurídico, que a realidade jurídica internacional demonstra que isso não é possível.

Desde a consolidação internacional dos direitos humanos, a possibilidade de proteção nacional aos apátridas foi vista com reservas. O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC – ratificado pelo Brasil em 24/01/1992), inspiração interna aos países signatários dos chamados direitos humanos de segunda “geração”¹³, dispõe:

Art. 2º

§ 1 Cada Estado-membro no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

§ 2 Os Estados-membros no presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados se exercerão sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

§ 3 Os países em desenvolvimento, levando devidamente em consideração os direitos humanos e a situação econômica nacional, poderão determinar em que medida garantirão os direitos econômicos reconhecidos no presente Pacto àqueles que não sejam seus nacionais.

Na mesma toada de temporização da proteção aos estrangeiros, a Convenção n. 102, da OIT, Norma Mínima de Seguridade Social para todos os Países (ratificada pelo Brasil – Decreto Legislativo n. 269/2008), dispõe que:

governamentais, integradas, sincronizadas e harmônicas, com vistas a concretizar o longo cardápio de direitos sociais previstos na Constituição da República.

¹² MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. O direito do estrangeiro residente no país ao benefício assistencial de prestação continuada. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 12, p. 9-18, fev. 2012.

¹³ Optamos por referenciar o termo geração entre aspas porque não acreditamos na linearidade do desenvolvimento dos direitos humanos no tempo.

Art. 68

1. Os residentes não nacionais devem gozar dos mesmos direitos que os residentes nacionais. Todavia, no que diz respeito às prestações ou às frações de prestações financiadas exclusivamente ou em sua maior parte pelos cofres públicos e, no que se refere aos regimes transitórios, podem ser prescritas disposições especiais relativamente aos estrangeiros e aos nacionais nascidos fora do território do Estado-membro.

Os instrumentos supracitados consagraram um tratamento “diferenciado” aos estrangeiros, o que encontra respaldo na realidade jurídica vigente no cenário mundial, na medida em que, passados mais de 40 anos da elaboração do Pacto Internacional, ainda hoje os Estados não conferem aos estrangeiros a mesma proteção assistencial dada aos seus cidadãos.

Nessa esteira, alegam os opositores da proteção assistencial aos estrangeiros que o Brasil, em documentos como o Acordo Multilateral do Mercosul¹⁴ e a Convenção Multilateral da Comunidade Ibero-Americana¹⁵, reconheceu tais limitações, o que só corrobora a impossibilidade de concessão do benefício assistencial aos estrangeiros no contexto brasileiro.

Outrossim, ao contrário do que ocorre nas outras áreas da seguridade social (saúde e previdência), não há nenhum acordo de reciprocidade firmado pelo Brasil com outro Estado, garantindo a extensão de proteção do brasileiro ou estrangeiro a benefícios assistenciais.

No que tange à suposta lesão à Constituição Federal pelo tratamento diferenciado aos estrangeiros na concessão do benefício assistencial, asseveram os contestantes que a argumentação de que a Constituição só autoriza a diferenciação entre nacionais e estrangeiros nos casos especificamente previstos desafia a interpretação teleológica do texto constitucional, porquanto desrespeita a previsão do tratamento “diferenciado” entre nacionais e estrangeiros apontado e fundamentado no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que inspirou a própria Carta da República no tocante ao cardápio de direitos sociais.

Finalmente, asseveram os opositores que inexistente isonomia, enquanto igualdade fática, a ser protegida, vez que o cenário internacional não se caracteriza

¹⁴ Acordo Multilateral do Mercosul (Decreto Legislativo n. 541/2001): Art. 3: O presente Acordo será aplicado em conformidade com a legislação de seguridade social referente às prestações contributivas pecuniárias e de saúde existentes nos Estados Partes, na forma, condições e extensão aqui estabelecidas.

¹⁵ Convenção Multilateral Ibero-Americana de Segurança Social: Item 4: A presente Convenção não se aplica aos regimes não contributivos, nem à assistência social, nem aos regimes de prestações a favor das vítimas de guerra ou das suas consequências”. In: <http://www.inss.gov.br/arquivos/office/3_110318-142609-692.pdf>.

por reciprocidade. Como se pode falar em tratamento isonômico de estrangeiro e brasileiro se o inverso (brasileiro que reside não exterior) não tem esse mesmo amparo, apesar de estar em igual situação de miserabilidade?

Do princípio da solidariedade

A corrente opositora alega que a concessão de benefício assistencial a estrangeiro, além de ampliar a proteção da seguridade social em total descompasso com a política internacional firmada pelo Brasil, acaba também por solapar o cânone reitor de todo o sistema constitucional de seguridade social, o Princípio da Solidariedade.

Na ótica dos detratores da concessão do benefício assistencial aos estrangeiros, não há como se falar em direito à proteção social sem lastrear tal direito dentro da solidariedade humana. Por conseguinte, a definição de solidariedade, por mais ampla e indefinida que possa ser, exige o elemento da interdependência recíproca. É justamente por isso que, por meio de tratados internacionais, é ofertada a saúde a estrangeiros residentes no Brasil, garantindo a reciprocidade ao brasileiro residente no estrangeiro, bem como o reembolso do país de origem do indivíduo.

92

Dessa forma, sem o auxílio de todos, não há como se custear, nem tampouco legitimar, qualquer sistema que busque a proteção social.

Nessa perspectiva, não há como se falar em efetivação de direitos de seguridade social em um contexto internacional, sem antes fixar o encargo de toda a coletividade mundial, ou ao menos dos países envolvidos (o Estado receptor e o de origem).

A ausência de reciprocidade, seja no plano nacional ou no internacional, desvirtua até mesmo a legitimação do sistema em si. Nesse particular cumpre destacar as palavras de Ingo Sarlet¹⁶:

o exercício dos direitos subjetivos individuais está condicionado, de certa forma, ao seu reconhecimento pela comunidade na qual se encontra inserido e da qual não pode ser dissociado, podendo falar-se, neste contexto, de uma responsabilidade comunitária dos indivíduos. Por tais razões, parece correto afirmar que todos os direitos fundamentais (na sua perspectiva objetiva) são sempre, também, direitos transindividuais. É neste sentido que se justifica a afirmação de que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não só legitima restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalente,

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 170.

mas também que, de certa forma, contribui para a limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais, ainda que deva sempre ficar preservado o núcleo essencial.

Assim, o axioma da solidariedade, que fundamenta todo o Estado Brasileiro (art. 3º, inciso III, CRFB/88), resta desvirtuado com a extensão da proteção assistencial ao estrangeiro, independentemente de qualquer reciprocidade.

Pontuam os questionadores da proteção assistencial aos estrangeiros que o escopo de construção de uma sociedade justa e desmarginalizada deve ser equacionado priorizando-se as necessidades dos nacionais. Sintomático da conclusão acima é a pergunta retórica: “como se pode falar em extensão e proteção assistencial a estrangeiros se a própria proteção do nacional ainda é deficiente?”.

Batem-se incessantemente os detratores pela observância fiel da equação solidariedade-reciprocidade como condição para o reconhecimento e efetivação de direitos assistenciais a estrangeiros, ressaltando excertos constitucionais:

Art. 12.

§ 1º, da CF – Aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor de brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos nesta Constituição.

Da análise socioeconômica como condição de eficácia dos direitos sociais – custo estatal dos direitos sociais

93

Afastar a necessidade de relações que garantam direito recíproco entre Estados é atentar contra a higidez de qualquer sistema de seguridade, pois lhe retira sua viabilidade executória (manutenção do equilíbrio atuarial e financeiro).

Não há como se resguardar a extensão de benefícios assistenciais aos estrangeiros com base na isonomia constitucional, quando é sabido que a efetivação dos direitos sociais demanda uma pormenorizada análise econômica e financeira do Estado recebedor. Tanto assim o é, que o próprio constituinte pátrio impôs como princípio constitucional o comando de que “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total” (art. 197, § 5º, da CRFB).

A observação da realidade política, social, histórica e ideológica é imprescindível para a delimitação e efetivação desses direitos.

Dissociar o custo financeiro que a efetivação dos direitos sociais implica é criar verdadeiro sistema de “insegurança social”¹⁷, pois a qualquer momento o sistema ruirá.

¹⁷ MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz, op. cit., p. 16.

Nesse sentido, adverte Wagner Balera¹⁸:

[...] ninguém poderia supor que o ordenamento jurídico autorizasse o descompasso entre metas a serem atingidas e recursos disponíveis. Tal anomalia acabaria desnaturando o modelo que, mesmo em trânsito para fora superior da seguridade, não se pode furtrar-se à estreita conotação que deve existir entre receita e despesa, elementar para que qualquer seguro seja seguir (p. 123).

Ora, se uma das grandes discussões da sociedade internacional hoje reside justamente no devido equacionamento do custo dos direitos de seguridade para cada Estado-nação e seu povo (vide os atuais problemas previdenciários na Grécia e Espanha), torna-se imprescindível analisar se é possível ao Brasil, que tem uma extensa e dispendiosa agenda de direitos sociais, a assunção desse acréscimo de proteção aos estrangeiros.

Respeito ao princípio da seletividade e distributividade

Os debatedores que rechaçam a possibilidade de concessão do benefício assistencial aos estrangeiros trazem à discussão o argumento de que a unidade de interpretação da Carta Republicana restaria prejudicada no caso de se estender os mesmos direitos de seguridade social previstos aos brasileiros, em face aos princípios da seletividade e distributividade.

94

Se é verdade que a Seguridade Social esculpe como seu primeiro alicerce o Princípio da Universalidade da cobertura e do atendimento (art. 194, parágrafo único, I, da CRFB/88), não é menos verdade que consagra, também, os Princípios da Seletividade e Distributividade na prestação dos benefícios e serviços.

Como admitir a escolha (seleção e distribuição) se se pretende o todo (universalidade)?

Em resposta à indagação, sustentam os detratores que a Constituição é um projeto para o futuro, ela busca transformar a realidade, estabelecendo metas (aspecto programático).

A Seletividade entra em cena para escolher, selecionar, as contingências e riscos sociais que mais afligem a sociedade. Negar ao Estado a faculdade política de eleger suas necessidades equivale a vulnerar a soberania do mesmo, enquanto exercente do poder popular, materializado em escolhas políticas de ação e proteção – e a cada escolha preferida implica uma escolha preterida, escolhas essas balizadas por uma agenda econômica, financeira, atuarial e ideológica.

¹⁸ BALERA, Wagner. *Noções preliminares de direito previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 123.

Olhar crítico sobre a questão

A discussão envolvendo a concessão de amparo assistencial ao estrangeiro tende a se reduzir, na modernidade, a argumentos puramente economicistas¹⁹, sendo a administração racional dos recursos à disposição do Estado-nação sua orientação soberana, estatalista, sendo o Estado o garantidor exclusivo do cardápio de direitos sociais, como subtipo de direitos humanos, e dogmáticas, como subsecutivo lógico da visão estatalista, confinando o conceito de direitos sociais humanos àquilo que é positivado na ordem posta do Estado-nação.

É de se ver que o conceito de direitos (sociais, assistenciais) humanos queda jungido indissociavelmente ao conceito de cidadão, de molde a considerar o Estado o único guardião daqueles direitos, realizados na medida de uma possibilidade econômico-financeira, cujas prioridades não evidenciam um apego ao humano, mas ao rentável, produtivo e eficiente.

O Estado-nação se apresenta como um gerenciador universal e exclusivo de demandas sociais, cuja realização pontual e setORIZADA, ou mesmo a não realização, encontra pacífica escusa em um critério de disponibilidade de recursos e de sua parcimoniosa administração.

Toda essa situação acerca da concessão ou não de benefício assistencial aos estrangeiros remete inevitavelmente a uma pergunta: o que se entende por direitos (sociais, assistenciais) humanos? Serão eles direitos resguardados pela ordem interna de um dado Estado-nação e realizáveis na medida de um planejamento técnico-financeiro?

Se se cogitar os direitos humanos (sociais, assistenciais) como direitos resguardados por um determinado Estado-nação apenas a seus cidadãos, e executáveis em uma marcha orientada por planejamento técnico-econômico, obter-se-á uma visão um tanto quanto reduzida destes, inidônea a resolver situações de tragédias humanas como a situação de refugiados de guerra ou de desastres naturais, apátridas e imigrantes, reduzindo os laços de solidariedade humana, que doravante seriam mediados por uma instituição abstrata e sem calor chamada Estado, e na medida dos interesses e planejamento econômicos desse. Observa David Sanches que:

En cuanto al paradigma económico, nos encontramos con un tipo de espiritualidad y sociabilidad basada en la rentabilidad, la competitividad, el consumo y la obtención del máximo beneficio, en donde no caben sentimentalismos ni sensibilidades preocupadas por las condiciones de trabajo ni por las condiciones de existencia dignas de todos los sujetos.

¹⁹ Racionalidade essa que transforma o Mercado em um meio, método e fim do comportamento humano.

Se asimila al cálculo del pirata o del conquistador (HINKELAMMERT y MORA, 2006), que es equivalente al cálculo empresarial de hoy en día: se trata de un cálculo basado em el pillaje y era realizado por los esclavistas, los colonizadores y los piratas europeos entre los siglos XV y XIX. No preocupan los costos materiales e inmateriales ocasionados por las acciones de esclavitud, colonización y asalto para obtener un buen botín, expresados em la destrucción de pueblos enteros y la pérdida de vidas humanas. Si el oro, la plata y los tesoros eran más que suficientes, daba igual la cantidad de vidas asesinadas y el derramamiento de sangre ocasionado²⁰.

Dessarte, os direitos humanos devem ser pensados para além da seara de ação exclusiva de um Estado-nação (visão estatalista), para além de constituições e leis (visão dogmática jurídica) e para além de uma perspectiva econômica de viabilidade de concreção (visão economicista), pois os direitos humanos devem se orientar pelo que é humano, e nada mais humano do que as necessidades, as privações.

96

No caso prático que serve de pano de fundo para a presente análise teórico-crítica, é patente que alguém que sai de seu país, abandonando parentes e amigos, e entra em um outro país, de clima, idioma e costumes diferentes, não o faz por mero desejo de aventura, mas por necessidade. E o benefício assistencial de prestação continuada não é nenhuma regalia, é a última defesa contra o estado de completa degradação do humano, um estado de necessidades humanas elementares não providas.

Nesse contexto de necessidades humanas enquanto conteúdo material dos direitos humanos, é válido ressaltar que “O conjunto de necessidades humanas varia de uma sociedade ou cultura para outra, envolvendo amplo e complexo processo de socialização”²¹ e na análise das necessidades exibidas nos múltiplos contextos culturais, cabe perquirir acerca da legitimação das mesmas, donde cabe

²⁰ Tradução livre do autor: “Quanto ao paradigma econômico, encontramos um tipo de espiritualidade e sociabilidade baseada na rentabilidade, na competitividade e no consumo, visando obter o máximo benefício, em que não se encaixam sentimentalismo ou sensibilidades preocupados com as condições de trabalho ou as condições de vida decentes para todos os sujeitos. Ele assimila o cálculo da pirataria, o do conquistador (Hinkelammert e Mora, 2006), o que equivale à computação empresarial de hoje: baseia-se em um cálculo de pilhagem que foi conduzido pelos traficantes de escravos, colonizadores e piratas europeus entre os séculos XV e XIX. Não há preocupação com os custos tangíveis e intangíveis causados pelas ações da escravidão, da colonização e do assalto para a obtenção de um bom lucro, expresso em destruição de povos inteiros e perdas de vidas humanas. O ouro, a prata e os tesouros extraídos equivalem às vidas assassinadas e ao derramamento de sangue ocasionado”. RUBIO, David Sanches, op. cit., p. 144.

²¹ WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidades. Art. publicado na *Revista Sequência*, n. 53, p. 113-128, dez. 2006, p. 122.

trazer à baila os escólios de Agnes Heller no sentido de que “pode ser reconhecida como legítima se sua satisfação (das necessidades) não inclui a utilização de outra pessoa como mero meio”²².

A definição de Heller aplicada ao caso em comento evidencia a coisificação do ser humano, sua transformação em médio, em meio, eis que, a pretexto de não dispor de recursos financeiros suficientes para atender a demanda social do estrangeiro, ou simplesmente pelo fato de ele não ser cidadão, o Estado-nação poderia se negar a lhe prestar um amparo assistencial básico, talvez aplicando tais recursos em uma área mais “proveitosa economicamente”. A vida humana é colocada como via pavimentadora dos objetivos do Mercado, enquanto instância orientada pelo tecnicismo, cientificismo, economicismo, na busca do máximo proveito, eficiência e eficácia.

Costas Douzinas²³ identifica nos direitos humanos o objetivo de resistir à dominação e à opressão pública e privada e, para tanto, rechaça a noção de humanidade²⁴ como significado estático.

Afirma Douzinas que “a humanidade não é uma propriedade compartilhada. Ela é perceptível no inesperado incessante da condição humana e da sua exposição a um futuro aberto e indefinido”²⁵. Dessarte, o conceito de “humanidade” deve ser construído prospectivamente, diante das necessidades de luta contra a exclusão, dominação e exploração do homem pelo homem²⁶.

Douzinas contesta os modelos de direitos humanos para exportação²⁷, entendidos como instrumentos de hegemonização de uma visão cosmopolitista, imperialista e empiricista, que acabam gerando exclusão daqueles que não se encaixam em tais modelos (os não humanos, o “eixo do mal”, ou aos sem pátria) ou a vitimização/imbecilização de alguns sujeitos de tais direitos, vistos como dignos de pena e amparo (os países de capitalismo periférico).

Ainda com o Prof. Costas, tanto a exclusão como a imbecilização de seres humanos na hodierna política de direitos humanos hegemônica²⁸ são perniciosas

²² HELLER, Agnes. Más allá de la Justicia. Barcelona: Crítica, 1990, p. 238/239 e 239. In: WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. Editora Alfa-Ômega: São Paulo, 2001, p. 246.

²³ DOUZINAS, Costas. *Os paradoxos dos direitos humanos*. Anuário do Núcleo interdisciplinar de Estudos e Pesquisa de Direitos Humanos da UFG. Pensar os Direitos Humanos: desafios à educação nas sociedades democráticas, v. 1, n. 1, 2011.

²⁴ Ou de necessidades humanas fundamentais ou de dignidade da pessoa humana.

²⁵ DOUZINAS, Costas, op. cit., p. 9.

²⁶ A nosso sentir, a exclusão, dominação e exploração são os fatores sociais que precipitam a ocorrência de necessidades.

²⁷ DOUZINAS, Costas, op. cit., p. 14.

²⁸ Douzinas cita, como exemplo de tal política imperialista, o ocorrido no debate entre Sepúlveda e Bartholomé de las Casas, onde os índios eram imbecilizados e os mouros excluídos da esfera de direitos da Coroa espanhola.

à afirmação destes como conquista legítima, eis que lhe subtraem seu cerne principal: o protesto (a luta) contra a exclusão, dominação e exploração.

O *magister* coroa seu pensamento com a contundente afirmação de que:

O que hoje me liga a um iraquiano ou palestino não é o pertencimento a um Estado ou comunidade mundial, mas um protesto contra a cidadania, contra a adesão a uma comunidade ou entidade política: um vínculo que não pode ser restringido aos conceitos tradicionais de comunidade ou cosmos, de *pólis* ou Estado²⁹.

Veja-se que a lição de Douzinas calha à fiveleta da questão posta, com invulgar alegria.

Primeiro, porque rejeita um conceito estático de humanidade, assim como se rejeita um conceito abstrato e universal de necessidades humanas, embasamento material dos direitos (sociais, assistenciais) humanos. Ao requerer um benefício assistencial ao Estado Brasileiro, o estrangeiro o faz com espeque em uma necessidade real, atual e particular, mas que nem por isso deixa de ser legítima.

Segundo, porque contesta os modelos de “direitos humanos para exportação”, modelos estes que incorrem na notória hipocrisia de enunciar um caráter universal de seu conteúdo teórico, mas que, na prática, curvam-se e aceitam limitações de toda ordem, econômica, étnica ou ideológica, na busca da legitimação da seleção daqueles que serão atendidos (“súditos da coroa e índios”, os nacionais e os habitantes do capitalismo periférico que aceitam a hegemonização de uma visão de mundo) e daqueles que não o serão (“os mouros”, o eixo do mal, terroristas). Se o Estado Brasileiro proclama leis (inclusive sua Constituição) que consagram direitos humanos como universais e devidos a qualquer homem, sem distinção, e ratifica, nesse sentido, os mais diversos instrumentos internacionais, não há como se aceitar que o próprio homem crie discursos relativizadores desse compromisso com o humano, alicerçado em racionalidades técnicas, que utilizam a privação humana como meio de capitalização de recursos.

Terceiro, porque deseja romper com a visão reducionista de direitos humanos, que os confina ao cardápio de direitos oferecidos por um Estado-nação. Se somente o Estado brasileiro for garantidor de direitos humanos, ter-se-á uma rede de proteção limitada, pois ele não está em todos os lugares.

Pero centrar nuestro imaginario solo sobredimensionando el protagonismo de las esferas estatales con políticas públicas, los circuitos judiciales y las normas positivizadas como si fueran exclusivos, tiene efectos dañinos para la mayoría de la humanidad y sobre todo para las poblaciones

²⁹ DOUZINAS, Costas, op. cit., p. 15.

Concessão de benefício assistencial ao imigrante

victimizadas. Para demostrar lo que estamos diciendo, solo tenemos que fijarnos en este ejercicio de reflexión que va en la línea apuntada antes: ¿cuántas violaciones de Derechos Humanos suceden todos los días en el mundo o en los estados que se dicen de derecho? Seguro que muchísimas, incalculables. ¿Cuántas de esas violaciones son atendidas judicialmente, com sentencia favorable y, además, efectiva? ¿y en relación a asuntos de prostitución forzada, trabajo esclavo y trata de personas? Seguro que siendo generosos, la proporcionalidad es de un 99,9% de violaciones y un 0,1% de efectividad judicial³⁰.

Por último, Douzinas reconhece a dimensão emancipadora dos direitos humanos. Ao se conceder um amparo assistencial ao estrangeiro, não se estará simplesmente incorrendo em vulgar dispêndio de recursos; estar-se-á emancipando um ser humano contra a necessidade que, em primeiro lugar, fê-lo imigrar ao Brasil.

Com tais críticas em mente, passa-se à tentativa de construir uma proposta de direitos (sociais, assistenciais) humanos aplicada à concessão de amparo assistencial ao estrangeiro, que ostente um amparo teórico firme e idôneo a consagrar o verdadeiramente “humano”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Amparo multigarantista ao estrangeiro enquanto direito humano emancipador

99

No encerramento deste trabalho, tenta-se oferecer uma perspectiva de direitos (sociais, assistenciais) humanos que forneça uma resposta justa e teoricamente fundamentada à questão da concessão de amparo assistencial ao estrangeiro, transcendendo o debate dogmático, estatalista e economicista em que o mesmo usualmente se desenvolve no cenário jurídico brasileiro.

Partir-se-á, nessa fase final do trabalho, do pressuposto de que conceder o amparo assistencial ao estrangeiro é um mínimo, mas não o suficiente. Isso posto, qual a proteção que seria, muito mais que ideal, justa e factível?

³⁰ Tradução livre do autor: “Mas concentrar nosso imaginário somente no protagonismo das esferas estatais com políticas públicas, os circuitos judiciais e normas positivadas, como se fossem exclusivos, tem efeitos nocivos para a maioria da humanidade e, especialmente, para as populações vitimadas. Para demostrar o que estamos dizendo, só temos de olhar para esta reflexão que segue as linhas já colocadas: quantas violações a direitos humanos acontecem todos os dias no mundo nos Estados que se dizem de Direito? Certamente muitas, incalculável o número. Quantas dessas violações são tratadas judicialmente com julgamento favorável e também eficaz? E em relação a questões de prostituição forçada, trabalho escravo e tráfico de pessoas? Sendo generosos, a proporcionalidade é de 99,9% de violações para 0,1% de efetividade jurídica”. RUBIO, David Sanches, op. cit., p. 151.

A resposta: a proteção justa, factível e embasada em pressupostos teóricos defensáveis é justamente a que supera as visões dogmáticas, estatelistas e economicistas. Dessarte, a pergunta que se põe é: como o fazer?

Com subsídios no pensamento de Douzinas, deve-se romper com o imaginário simplista e reduzido sobre direitos humanos, que se baseia em um paradigma estatalista e pós-violatório dos mesmos.

Assim sendo, uma proposta complexa de direitos humanos deve englobar sua dimensão de processo de abertura e consolidação de espaços de luta por diversas formas de entender a dignidade humana.

Es por esta razón que los Derechos Humanos deben ser percibidos como procesos de lucha individuales y colectivos diarios, constantes, a todos los niveles, que se implementan en todo momento y en todo lugar y que se hacen y construyen (y se deshacen y se destruyen) a partir de los modos de acción y los comportamiento que la gente, día a día, desenvuelve en cada espacio social en el que se mueve³¹.

Deve-se ampliar a noção de direitos humanos, a partir de um paradigma de complexidade e inter-relacionalidade, para neles incluir as lutas que os originam e significam, as distintas eficácias e garantias de caráter jurídico não estatal e as garantias não jurídicas. Com isso se quer dizer que o conteúdo dos direitos humanos não deve ficar circunscrito aos direitos positivados por um determinado Estado-nação, mas antes devem guardar relação com a realidade de necessidade, opressão e marginalização que um determinado ser humano sofre. Além disso, não deve ser o Estado o único garantidor de direitos humanos, mas todos e cada um³².

Por exemplo, por que o Estado brasileiro, além de conceder ao estrangeiro o benefício assistencial, não pode concitar a população a receber e abrigar imigrantes (dimensão não estatal de garantia dos direitos humanos) ou mesmo, dentro da racionalidade economicista, conceder incentivos fiscais a quem o fizer? Empresas poderiam ser estimuladas a empregar imigrantes (dimensão pré-violatória).

Para se superar a racionalidade economicista vigente, deve-se retomar o pensamento complexo, que percebe que a realidade não se cinge às dualidades propostas pelo pensamento ocidental simplista: não se cinge a questão ao “estrangeiro *versus* nacional”, na luta por recursos financeiros. Entre as dualidades com as quais se conhece e conforma a realidade abordada (nacional e estrangeiro), há

³¹ Tradução livre do autor: “É por esta razão que os direitos humanos devem ser vistos como processos de luta individual e coletiva diários, constantes, em todos os níveis, que se implementam a todo momento e em todos os lugares, e que são feitos e construídos (e desfeitos e destruídos) a partir dos modos de ação e de comportamento que as pessoas, todos os dias, desenvolvem em cada espaço social em que vivem”. RUBIO, David Sanches, op. cit., p. 144.

³² RUBIO, David Sanches, op. cit., p. 151-152 – proposta multigarantista de direitos humanos.

outras realidades que compõem justamente a complexidade da vida: há a cooperação, solidariedade, simpatia e alteridade, em vez de reciprocidade.

Há de se ressaltar que não existe uma necessária dicotomia entre as dualidades nacional e estrangeiro. Há espaços comuns entre os mesmos, espaços estes em que se pode resgatar a solidariedade e fraternidade, por meio da construção dialógica de valores interculturais comuns.

Dessarte, esses espaços comuns devem ter em mente um conceito de direitos humanos que viabilize os princípios da agência e riqueza humanas³³. O conceito de direitos humanos a ser apresentado a nacionais, estrangeiros e Estados-nação deve se materializar na disposição e no impulso de lutar pela criação das condições que permitam aos seres humanos dotar de caráter particular suas próprias produções e a seu contexto espacial, temporal e relacional.

Nesse sentido, não esgotando as hipóteses de proteção aos imigrantes, poderia o Estado brasileiro criar programas de recuperação da dignidade destes, a fim de lhes possibilitar, para além da proposta mercadológica de obter trabalho e gerar riquezas, o resgate de sua autoestima.

En este sentido, las políticas públicas tienen que coordinarse, junto con la participación ciudadana y los colectivos victimizados, en la atención debida y adecuada a las víctimas, ya de por sí humilladas y agredidas en su dignidad por ser prostituidas tras ser forzadas y obligadas a ello con violencias diversas. Se deben crear las condiciones para que las personas vulneradas recuperen su autoestima, su autonomía y su dignidad quebrada desde que son anuladas en su libertad y obligadas, en contextos donde se les imposibilita su capacidad de rebeldía y de ser sujeto con una vida digna de ser vivida³⁴.

101

Há de se superar o dogmatismo jurídico, que reputa direitos humanos apenas aqueles positivados pelos Estados-nação, com a consagração de um pluralismo jurídico, construído sob uma perspectiva de interculturalidade.

O Estado-nação não conseguiu fazer frente à demanda por direitos (sociais, assistenciais) humanos, ocasionando as situações de tragédia humana trazidas à baila (refugiados, imigrantes, apátridas, privados das mais elementares condições de

³³ RUBIO, David Sanches; DE FRUTOS, Juan Antônio, op. cit., p. 25.

³⁴ Tradução livre do autor: “Neste sentido, as políticas públicas devem ser coordenadas, juntamente com a participação dos cidadãos e das coletividades vitimizadas, com atenção devida e adequada às vítimas, já humilhadas e agredidas na sua dignidade, ao serem prostituídas e forçadas a conviver com violências diversas. Devem-se criar as condições para as pessoas violadas em sua dignidade recuperarem a sua autoestima, autonomia e dignidade, capacidades e qualidades estas que lhes foram subtraídas por contextos em que lhes é imposta a anulação de sua liberdade, contextos em que se lhes impossibilita a capacidade de rebeldia e de ser sujeito com uma vida digna de ser vivida”. RUBIO, David Sanches, op. cit., p. 144.

satisfação de necessidades humanas). Além disso, o mesmo Estado constantemente se digladiava com a questão acerca de quais direitos (sociais, assistenciais) humanos devem ser acudidos com os recursos de que dispõe e de que maneira. A inoperância e impotência estatal em resolver tal questão entre Estado-nação e indivíduo trouxeram a lume um novo espaço comum de diálogo, materializado na Sociedade.

Esse novo protagonista das decisões políticas, a sociedade, compõe-se por comunidades e culturas diversas, nelas incluídas a comunidade imigrante, o que induz que uma verdadeira democracia deve reconhecer os valores coletivos ínsitos de cada universo cultural e comunitário, inclusive dos imigrantes enquanto titulares de necessidades humanas legítimas.

Um governo democrático, pois, é aquele que assegura a coexistência de formas culturais diferentes, materializados em grupos ou comunidades imersos em seus universos culturais próprios (imigrantes, nacionais, índios, quilombolas, etc.).

Para se assegurar a convivência de culturas diferentes, ordenamentos jurídicos diferentes, deve-se assentar que nenhuma cultura é, em si, um valor absoluto, senão uma possibilidade aberta de intercâmbios com outras culturas³⁵. Essa é a perspectiva da interculturalidade.

A construção da interculturalidade implica que as diferentes culturas (nacionais e estrangeiros) constituem-se em “instâncias dialogais”³⁶, devendo reconhecer suas diferenças e buscar mútuas compreensão e valorização.

102

As instâncias dialogais, ou as culturas em processo dialógico de intercâmbio social, buscam a construção de valores comuns por meio de centros geradores de Direito variados, não se restringindo aos órgãos oficiais. As comunidades estrangeiras no Brasil, portanto, enquanto coletividades detentoras de legítimas necessidades humanas, em esforço dialógico com instâncias governamentais e não governamentais brasileiras, poderiam construir um sistema de proteção assistencial mínima, sem a exigência de reciprocidade entre Estados. A sociedade, composta por nacionais e estrangeiros, com espede em valores de solidariedade e alteridade, é que construirá o conceito de amparo assistencial aplicável.

Por exemplo, uma associação de moradores de cidades fronteiriças pode deliberar, em conjunto com a comunidade imigrante, que a distribuição de cestas básicas, construção de espaços comunais de abrigo, cessão de quartos na casa dos próprios moradores, disponibilização de informes de emprego são políticas assistencialistas

³⁵ MORENO, Isidoro. Derechos humanos, ciudadanía e interculturalidad. In: *Repensando la ciudadanía*. Emma Martín Díaz y Sebastián de la Obra Sierra (Eds.). Sevilla: El Monte, 1998, p. 31. In: WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidades. Artigo publicado na *Revista Sequência*, n. 53, p. 113/128, dez. 2006, p. 120.

³⁶ SALAS ASTYRAIN, Ricardo. Ética intercultural e pensamento latino-americano. In: *Alteridade e multiculturalismo*, p. 327. In: WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidades. Artigo publicado na *Revista Sequência*, n. 53, p. 113-128, dez. 2006, p. 120.

válidas para fazer frente à questão dos direitos (sociais, assistenciais) humanos aplicáveis à imigração, sem prejuízo das proteções estatais institucionalizadas.

O fato é que a dimensão dogmática dos direitos humanos será superada quando todos e cada um, nacionais, estrangeiros, Estado-nação, sociedade, instituições governamentais e governamentais, chamarem para si a responsabilidade de garantir a efetivação dos direitos (sociais, assistenciais) humanos:

Por ello, se precisa articular y defender una concepción mucho más compleja,relacional, socio-histórica y holística que priorice: a) tanto las propias prácticas humanas, que son la base sobre la que realmente se hacen y se deshacen, construyen y destruyen derechos y sobre las cuales se inspiran y elaboran las teorías, b) como la propia dimensión creativa e instituyente de los seres humanos plurales y diferenciados, quienes son los verdaderos sujetos y actores protagonistas. En palabras de Helio Gallardo y como un modo de enfrentar la bipolaridad occidental en materia de Derechos Humanos, hay que entenderlos a tiempo completo y en todo lugar. Nuestra idea estrecha sobre los mismos hay que ampliarla a ámbitos fundamentales que sirvan para extender una sensibilidad activa, participativa, transformadora, socio-histórica y práctica de derechos, como son la lucha social, ya sea en su vertiente de movimientos sociales, o bien a través del esfuerzo individual y cotidiano de cada ser humano y sin reducir la lucha a un único acto puntual y originario; la eficacia no jurídica y la eficacia jurídica no estatal traducida en sistemas de garantías tanto jurídicas como sociales, políticas y económicas; así como la cultura y sensibilidad popular³⁷.

REFERÊNCIAS

- BALERA, Wagner. *Noções preliminares de direito previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

³⁷ Tradução livre do autor: “Portanto, é necessário articular e defender uma abordagem muito mais complexa, relacional, sócio-histórica e holística que prioriza: a) tanto as próprias práticas humanas, que são a base sobre a qual realmente se fazem e desfazem, constroem e desconstroem direitos e sobre as quais são inspiradas e elaboradas as teorias; b) quanto à dimensão instintiva e criativa dos seres humanos plurais e diferenciados, que são os verdadeiros sujeitos e atores protagonistas. Nas palavras de Helio Gallardo, e como uma forma de enfrentar a bipolaridade dos direitos humanos ocidentais, há de se entender direitos humanos a tempo integral e em todos os lugares. Devemos ampliar nossa ideia estreita sobre direitos humanos para os ampliar a ámbitos fundamentais que servem para estender uma sensibilidade ativa, participativa e transformadora, sócio-histórica e de prática de Direitos, como o são as lutas sociais, seja em seu aspecto dos movimentos sociais, seja mediante esforços individuais e diários de cada ser humano, sem reduzir a luta a um único ato pontual e originário; deve-se compreender direitos humanos também em um contexto de eficácia não jurídica e de eficácia jurídica não estatal, traduzida em sistemas de garantias jurídicas e sociais, políticas e econômicas, assim como a cultura e sensibilidade popular”. RUBIO, David Sanches, op. cit., p. 152.

- BRASIL, Constituição da República. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.
- BRASIL, Decreto n. 1.744/95. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.
- BRASIL, Decreto n. 6.214/2007. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.
- BRASIL. Lei Orgânica da Assistência Social, Lei 8.742/93. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.
- BRASIL. Ministério Público Federal. Procedimento administrativo n. 1.34.001.000473/2003-14.
- DAHL, Robert A. *La democracia e sus criticos*. 1992 de todas las ediciones em castelano. Buenos Aires: Ediciones Paidós Ibérica.
- DOUZINAS, Costas. *Os paradoxos dos direito humanos*. Anuário do Núcleo interdisciplinar de Estudos e Pesquisa de Direitos Humanos da UFG. Pensar os Direito Humanos: desafios à educação nas sociedades democráticas, v. 1, n. 1, 2011.
- HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito previdenciário*. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2004.
- IBRAHIM, Fábio Zambite. *Curso de direito previdenciário*. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.
- MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. O direito do estrangeiro residente no país ao benefício assistencial de prestação continuada. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 12, p. 9-18, fev./2012.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MERCOSUL. *Acordo Multilateral*. Decreto Legislativo n. 541/2001.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.
- OIT – Organização Internacional do Trabalho. Convenção n. 102, Norma Mínima de Seguridade Social.
- PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS (PIDESC – ratificado pelo Brasil em 24/1/1992).
- RESTREPO, Ricardo Sanin. *Teoria crítica constitucional; rescatando la democracia del liberalismo*. Bogotá; Pontificia Universidade Javeriana. Faculdade de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibanez, 2009.
- RUBIO, David Sanches. Art. “La inmigración y la trata de personas cara a cara con la adversidad y los Derechos Humanos: xenofobia, discriminación, explotación sexual, trabajo esclavo y precarización laboral”, publicado em *Revista Eletrônica do Ministério Público do Trabalho*, Migrações e trabalho/Erlan José Peixoto do Prado, Renata Coelho (Orgs.). Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2015.
- RUBIO, David Sanches; DE FRUTOS, Juan Antônio. *Teoria crítica del derecho*. Primera edición. Introducción e Capitulo Primero. Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- ŽIŽEK, Slavoj. *El espinoso sujeto: El centro ausente de la ontología política*. Traducción de Jorge Piarrigorsky. Londres-Nova York: Versus, 1999.

Data de recebimento: 13/03/2016

Data de aprovação: 03/05/2016

DA RESPONSABILIDADE PENAL DO SUPERIOR EMPRESARIAL PELO CUMPRIMENTO DE SUAS ORDENS

THE CRIMINAL RESPONSIBILITY OF THE EXECUTIVE OFFICER BY YOUR INSTRUCTIONS

Luis Augusto Sanzo Brodt*
José Ourismar Barros de Oliveira**

RESUMO

Pretende-se aqui examinar a situação penal dos membros superiores da sociedade empresária que, no contexto da atividade empresarial, emitem ordens para que um subordinado execute a ação definida como crime. Serão investigadas as posições doutrinárias existentes a respeito do tema, especialmente autoria, coautoria, autoria mediata e participação. Ao final, far-se-á uma análise da conduta a partir do Direito Positivo brasileiro, estabelecendo uma proposta de solução para a determinação da coautoria do superior empresarial emissor da ordem.

Palavras-chave: criminalidade empresarial; autoria; participação; superior.

ABSTRACT

The intention here is to examine the criminal situation of the upper members of the entrepreneurial organization which, in the context of

* Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Atualmente é professor associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, lecionando na Graduação e no Programa de Pós Graduação da Faculdade de Direito da FDUFG. Membro do Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal, do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Instituto dos Advogados de Minas Gerais e do Instituto de Ciências Penais. Tem vários artigos publicados em jornais e revistas de circulação nacional e especializados, destacando-se em sua produção bibliográfica os livros *Da consciência da ilicitude no direito penal brasileiro*, publicado pela editora Del Rey e *Do estrito cumprimento de dever legal*, publicado pela editora Sérgio Fabris. E-mail: luisbrodt@terra.com.br.

** Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Professor da Faculdade de Direito de Contagem. Assessor Jurídico da Coordenadoria de Inclusão e Mobilização Sociais do Ministério Público de Minas Gerais. Direciona a pesquisa nos seguintes temas: Direito Penal (criminalidade econômica), Criminologia (crimes de colarinho branco e criminologia crítica), baseado na perspectiva conflitivista de sociedade pós-moderno e com fundamento nos Direitos Humanos multiculturais e especialmente dedicado ao reconhecimento de direitos de pessoas excluídas, em particular brasileiros e povos latino-americanos, tendo por fim o pleno desenvolvimento da pessoa. E-mail: joseourismar@hotmail.com.

business activity, issues orders to a subordinated execute the action defined as crime. Will be investigated doctrinal positions about the theme, especially, authorship, co-authorship, mediated authorship and participation. At the end will be conducted an analysis of the conduct from the Brazilian law, establishing a solution proposal to determine the (co)authorship of the order issuer.

Keywords: corporate crime; authorship; participation; higher.

INTRODUÇÃO

A estrutura empresarial está configurada, no plano horizontal, pela divisão do trabalho e, no plano vertical, pelo princípio da hierarquia, conformando uma cadeia de atribuições diferenciadas, que abarcam atuações de sujeitos de diferentes níveis.

Contudo, a técnica legislativa para a construção de tipos penais, por meio de descrições de ações concretas, leva à prática dos crimes típicos de empresa sejam realizados diretamente pelas escalas inferiores da estrutura organizada, em que estão os níveis de execução da atividade empresarial.

Ocorre que, por vezes, essas pessoas não estão no centro decisório do acontecer delitivo. São, sim, ocupantes de cargos de execução caracterizados pelo déficit informacional do plano global da sociedade empresária e que atuam mediante procedimentos preestabelecidos e automatizados.

Ademais, sói ocorrer que a decisão pela prática de uma conduta criminosa dê-se nos altos escalões da sociedade, nos órgãos típicos de gestão e de tomada de decisões para o exercício da atividade empresarial.

Em razão dessa configuração, é possível que o executor direto do injusto – o subordinado de último nível – não tenha conhecimento de que seus atos fazem parte de um conjunto maior estrategicamente planejado com finalidade criminosa, pois não detém a posse de informações relevantes nem a capacidade de decisão, que recaem sobre sujeitos distintos do interior do grupo estruturalmente organizado.

Toda essa forma de realização da empresa pode gerar uma verdadeira “irresponsabilidade organizada” dos sujeitos que ocupam o centro decisório para a prática de crimes, seja em razão de uma incapacidade de se produzir provas dessas decisões, seja em razão da incapacidade técnica-jurídica de verificar a relevância penal dessas condutas.

Contudo, verifica-se, na prática, a possibilidade de os superiores empresariais emitirem ordens para que seus subordinados pratiquem crimes em benefício da empresa. Os subordinados, por sua vez, podem ter ou não conhecimento da ilicitude da ordem, ensejando diversas repercussões dogmáticas de alta indagação,

Da responsabilidade penal do superior empresarial pelo cumprimento...

por exemplo, em saber se se trata de autoria, coautoria, autoria mediata, participação, etc.

Disso tudo, é possível verificar que o problema surge da constatação de que a figura central de decisão não coincide com o personagem principal de execução do delito. Os superiores decidem, enquanto os subordinados executam.

Ademais, o avanço tecnológico e a existência de nichos de funções altamente especializados em práticas que se materializam apenas pelo mundo virtual da informática suavizam a prática delitiva diante da capacidade sensorial humana. São crimes que se materializam em uma larga escala de tempo e espaço, contando com inúmeros aportes por diversas pessoas da estrutura empresarial.

Isso leva à exigência da construção de novas categorias ou o detalhamento das categorias já existentes no interior da dogmática penal para a pretensão de se atribuírem responsabilidades a sujeitos de cúpula das sociedades empresarias.

Enfim, o refinamento dos institutos da teoria do delito torna-se inadiável, sob pena de o Direito Penal perpetuar-se como instrumento que não alcança os mais poderosos.

Contudo, o afã de responsabilizar os altos escalões de poder tem levado a decisões judiciais incompatíveis com a dogmática penal brasileira e com os postulados constitucionais que fixam os princípios constitucionais penais, notadamente, o da legalidade, que impõe a prévia e estreita previsão normativa da hipótese fática e de sua conseqüente reprimenda, não satisfazendo interpretações alargadas dos elementos típicos, ainda que intermediadas por institutos dogmáticos.

Tais decisões, por vezes, tentam contornar as dificuldades técnicas e processuais por meio de arremedos jurídicos sem substância científica, contaminadas por sentimento de justiça descontínuo e episódico, valendo-se de signos linguístico-retóricos – por exemplo, as expressões: “domínio do fato” ou “domínio da organização” – para legitimar esses sentimentos pessoais de justiça em determinados casos de repercussão.

Com isso, a presente pesquisa propõe-se a examinar as diferentes posições que têm sido sustentadas em relação a esse debate objetivando apontar aquela que oferece a solução que mais se harmoniza com os valores constitucionais vigentes e com as melhores e mais avançadas construções dogmáticas.

COAUTORIA

A teoria do domínio final do fato, conformada à concepção de Welzel, considera o superior empresarial que ordena ao subordinado a prática de uma conduta típica *coautor* da conduta que vier a ser praticada em cumprimento à ordem.

De acordo com a referida elaboração teórica, também é autor o que tem o domínio do fato, ainda que não realize nenhum elemento do tipo¹, pois o aporte na fase preparatória é suficiente para se afirmar a coautoria²⁻³.

Entre os adeptos de tal entendimento, controverte-se, contudo, em relação a quem tem o domínio do fato. Welzel e Bockelmann⁴ representam evoluções posteriores de uma teoria estritamente subjetiva do dolo. Com isso, a mínima participação na preparação pode bastar para afirmar a autoria, desde que estejam presentes os requisitos subjetivos. Já Maurach e Gallas⁵ partem de uma teoria objetiva da participação e, por isso, requerem para a autoria uma maior proximidade ao tipo⁶.

¹ CERESO MIR, José. *Derecho penal* – parte general. São Paulo: RT, 2007, p. 1.095.

² WELZEL, Hans. *Estudios de derecho penal*. Tradução de Gustavo Eduardo Aboso. Buenos Aires-Montevideú: BdeF, 2007, p. 117.

³ Essa é também a orientação predominante na jurisprudência nacional. Nesse sentido: TJMS, Apelação Criminal 2006.002348-4, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. José Augusto de Souza, Julgada em 19/04/2006; TJMG, Apelação Criminal 1.0701.05.109770-0/001, Quinta Câmara Criminal, Rel. Des. Hélcio Valentim, Julgada em 25/04/2006; STJ, REsp 1.068.452, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Julgado em 02/06/2009: “1. Aplicável a teoria do domínio do fato para a delimitação entre coautoria e participação, sendo coautor aquele que presta contribuição independente, essencial à prática do delito, não obrigatoriamente em sua execução”; STJ, HC 191.444, Rel. Min. Og Fernandes, Julgado em 06/09/2011: “3. Cumpre ressaltar, por relevante, que, em tema de concurso de agentes, a autoria pode se revelar de diversas maneiras, não se restringindo à prática do verbo contido no tipo penal. Assim, é possível, por exemplo, que um dos agentes seja o responsável pela idealização da empreitada criminosa; outro, pela arregimentação de comparsas; outro, pela obtenção dos instrumentos e meios para a prática da infração; e, outro, pela execução propriamente dita. Assim, desde cada um deles – ajustados e voltados dolosamente para o mesmo fim criminoso – exerça domínio sobre o fato, responderá na medida de sua culpabilidade”. Na doutrina, seguindo Welzel e Maurach ver REGIS PRADO, Luiz. *Direito penal econômico*. 3. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 461; Também, ALFLEN, Pablo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 208.

⁴ Bockelmann, seguindo as lições de Welzel, lecionava que “[...] también llevar a cabo aquellas acciones que normalmente tienen mero carácter auxiliar o preparatorio puede fundamentar la pena por autoría [...]”. BOCKELMANN, *Studien zum Täterstrafrecht*, partes I y II, 1939-1940. Apud: ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em derecho penal*. 7. ed. Tradução de Joaquín C. Contreras e José Luis S. G. de Murillo. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2000, p. 324.

⁵ Gallas, entretanto, seguia em sentido oposto, afirmando que não bastava uma simples intervenção no planejamento ou na preparação do crime para se poder falar em coautoria. Necessário, segundo Gallas, que o coautor atue como interveniente direto no exercício do domínio do fato GALLAS, Täterschaft und Teilnahme, Materialien zur Strafrechtsreform, t. 1º, *Gutachten der Strafrechtslehrer*, 1954, p. 121-153. Apud: BOCKELMANN, *Studien zum Täterstrafrecht*, partes I y II, 1939-1940. Apud: ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em derecho penal*. 7. ed. Tradução de Joaquín C. Contreras e José Luis S. G. de Murillo. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2000, p. 324.

⁶ BOCKELMANN, *Studien zum Täterstrafrecht*, partes I y II, 1939-1940. Apud: ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em derecho penal*. 7. ed. Tradução de Joaquín C. Contreras e José Luis S. G. de Murillo. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2000, p. 325.

Da responsabilidade penal do superior empresarial pelo cumprimento...

A mesma solução, embora com argumentação distinta, obtém Muñoz Conde.

O professor espanhol afirma a necessidade de a dogmática esforçar-se para incluir no conceito de autor as pessoas que, sem realizar ações executivas, decidem e controlam a realização de um delito tanto no âmbito da delinquência organizada, quanto no da empresarial⁷.

Os conceitos de autoria e participação, ainda segundo o mesmo autor, devem ser reformulados diante dos delitos que se realizam por meio de organizações, grupos de pessoas ou aparatos de poder nos quais as responsabilidades devem recair sobre as pessoas que decidem pela realização da ação, e não sobre as que a executam⁸. Com isso, a proposta Muñoz Conde pretende a reformulação dos conceitos de autoria direta, coautoria, autoria mediata etc.⁹:

Muñoz Conde parte do pressuposto de que o problema dogmático de *autoria e participação nos delitos empresariais* depende de resolução compatível com a própria natureza complexa destes crimes, pois não se pode comparar a prática, por exemplo, de um crime societário com os crimes baseados nas relações interpessoais simples (A mata B com a arma emprestada de C)¹⁰.

⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial? *Revista Penal*, Salamanca, n. 9, p. 59-98, jan. 2002, p. 76.

⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial? *Revista Penal*, Salamanca, n. 9, p. 59-98, jan. 2002, p. 75.

⁹ “Parece, pues, que la Dogmática jurídico-penal, que con construcciones como la teoría del dominio del hecho consiguió superar las insuficiencias de la teoría objetivo-formal para fundamentar la responsabilidad directa del autor mediato, tiene también aquí que llevar a cabo una revisión del concepto de autoría, mediata o coautoría, adaptándola a la realidad de la fenomenología criminal de la delincuencia cometida en el ámbito de grandes grupos u organizaciones. ¿Pero cuáles son las peculiaridades de la actuación de estas organizaciones y grupos de personas y por qué no son aplicables en ellas las formas de imputación de la responsabilidad penal que han sido desarrolladas en otros ámbitos de la criminalidad?” (MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial? *Revista Penal*, Salamanca, n. 9, p. 59-98, jan. 2002, p. 75).

¹⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial? *Revista Penal*, Salamanca, n. 9, p. 59-98, jan. 2002, p. 76.

Esse autor divide a apresentação de suas propostas em duas categorias: uma para os casos de *delitos especiais* (aqueles que exigem uma qualidade especial do sujeito ativo)¹¹ e outra para os *delitos comuns* (que não exigem qualidades especiais). No que diz respeito aos *delitos comuns*, Muñoz Conde faz aqui outra subdivisão: casos nos quais o executor direto do crime atua sem responsabilidade e casos em que o executor direto atua com responsabilidade. Para a primeira hipótese, segundo as lições do penalista espanhol, trata-se de *coautoria mediata*¹².

Entretanto, tratando-se de executor responsável, Muñoz Conde pondera dizendo que o requisito assumido pela doutrina dominante, no qual é necessário que o coautor intervenha também na fase executiva, não pode valer no âmbito dos crimes de empresa do mesmo modo como vale para os crimes contra a vida, contra a liberdade ou contra o patrimônio¹³.

Muñoz Conde, portanto, percorre o caminho em que basta a colaboração ainda na fase preparatória para que esteja presente a coautoria¹⁴, ou seja,

¹¹ Com relação aos *delitos especiais*, Muñoz Conde socorre-se do instituto previsto no art. 31 do Código Penal espanhol “atuar em nome de outrem”. Este tema será tratado em item específico no último capítulo deste trabalho.

¹² “Si el ejecutor no es responsable y sólo es un instrumento en manos de alguien que actúa por detrás es difícil, a causa de la accesoriedad de la participación, fundamentar en base a ella una responsabilidad del hombre de atrás. Pero no habría ningún problema en aceptar una autoría mediata ‘normal’ si el dominio de la voluntad se basa em un error del ejecutor. En el ámbito de la criminalidad de empresa sería mejor hablar de una coautoria mediata, ya que normalmente el hombre de atrás es miembro del Consejo de Administración de una empresa que, con su participación en una votación, decide la comisión de un delito (por ejemplo, introducir o no retirar productos nocivos del mercado, provocar una insolvencia, frustrar un embargo, llevar a cabo vertidos peligrosos para el medio ambiente, etc.)” (MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial? *Revista Penal*, Salamanca, n. 9, p. 59-98, jan. 2002, p. 81). Veja-se que se trata de “coautoria mediata” entre os membros de um conselho de administração empresarial.

¹³ MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial? *Revista Penal*, Salamanca, n. 9, p. 59-98, jan. 2002, p. 82.

¹⁴ “Pero si se contemplan las particularidades de la intervención en una votación, se advierte inmediatamente lo que JAKOBS ha destacado [...], es decir, que esta intervención no constituye una ejecución del hecho, sino su preparación y que el resultado de una votación es ejecutado en todos los casos prácticos relevantes por personas responsables. ¿Significa esto que los intervinientes en una votación antijurídica, que otras personas responsables ejecutan, sólo pueden ser considerados como (co)autores mediatos o como inductores? Como ya he dicho antes, considero que el requisito asumido por la doctrina dominante de que es necesario que el coautor intervenga también en la fase ejecutiva no puede entenderse en el ámbito de la criminalidad de empresa del mismo modo que en los delitos contra la vida o contra la libertad o contra la propiedad. [...] El dominio funcional del hecho que es, en opinión de ROXIN y también, por las

Da responsabilidade penal do superior empresarial pelo cumprimento...

segundo seu pensamento, passa-se a aceitar uma copreparação no lugar de uma coexecução.

Não obstante a autoridade de Hans Welzel e Muñoz Conde, esta não parece ser a melhor solução.

Claus Roxin faz as seguintes ponderações: (a) no centro do acontecimento relevante para a consideração penal, encontra-se a ação típica, tal como o legislador a descreveu nos diversos tipos penais; (b) não é possível afirmar que alguém que somente contribuiu na preparação do delito possa realmente *dominar* o curso do fato¹⁵.

Desse modo, seguindo as lições de Claus Roxin, a ordem para a realização do fato típico do superior não é capaz de colocá-lo como coautor do fato¹⁶.

Ademais, segundo Roxin, a carência de elementos objetivos na delimitação da coautoria de Welzel conduz sua teoria do domínio do fato a uma inegável aproximação com o fundamento da “vontade do autor”¹⁷. As refutações de Roxin ao entendimento de Welzel adéquam-se com perfeição à hipótese aqui estudada. Para Roxin, nem o mais alto grau de sentimento de solidariedade entre o executor direto e o emissor da ordem possibilita a afirmação de coautoria, pois a sorte da realização do fato está exclusivamente em poder do homem da frente¹⁸.

Por fim, cabe ressaltar que as posições que adotam a coautoria como solução ao problema aqui proposto são feitas alargando o conceito do instituto da autoria, fenômeno que Eduardo Demetrio Crespo chama de “espiritualização da coautoria”¹⁹, ampliando-se o conteúdo normativo do conceito de coautoria e

111

razones anteriormente expuestas, en la mía, lo que fundamenta la coautoría, puede darse también en la fase preparatoria cuando configura la ejecución o está tan íntimamente vinculada com ella que debe valorarse como un todo en una consideración global del suceso. Ésta, en mi opinión, es la única tesis que puede explicar correctamente el sentido y el significado jurídico-penal de decisiones en el seno de un órgano colegiado como es una votación en el marco de la cúpula o Consejo de Administración de una empresa, que constituye la base para la ejecución de determinados hechos que constituyen tipos delictivos” (MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial? *Revista Penal*, Salamanca, n. 9, p. 59-98, jan. 2002, p. 83).

¹⁵ ROXIN, Claus, op. cit., 2000, p. 325-326.

¹⁶ Nesse sentido também as conclusões de Luiz Greco e Augusto Assis. GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. In: *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. Madri-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 96.

¹⁷ ROXIN, Claus, op. cit., 2000, p. 328.

¹⁸ ROXIN, Claus, op. cit., 2000, p. 327.

¹⁹ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Responsabilidad penal por omisión del empresario*. Madrid: Iustel, 2009, p. 39 e 41.

suavizando seus critérios²⁰. Ademais, é danoso à própria dogmática, conforme acentua Wilfried Bottke, a existência de muitas exceções doutrinárias, ao ponto de a afirmação da autoria depender de diversas situações variáveis e circunstâncias indefinidas²¹.

Schünemann ressalta a importância da posição de Roxin ao conceber a ação executiva descrita no tipo como base da autoria e critica Jakobs afirmando que negar esta restrição da (co)autoria ao estágio da execução é, em verdade, regredir em cem anos na teoria do delito ao se levar em conta uma igualdade objetiva de todos os aportes ao fato²².

Antes de encerrar, é importante, ainda, comentar hipóteses levantadas por Luis Greco e Augusto Assis, que possibilitam superar a falta do *plano comum* e da *execução conjunta* capaz de afirmar a coautoria quando se tratar, por exemplo, do gerente da sociedade empresária que mantém comunicação por meio de telefone móvel com os seus funcionários durante a execução do fato típico, ou ainda quando o funcionário subordinado toma parte na decisão do gerente²³:

Assim, salvo a exceção citada, conclui-se pela impossibilidade da existência de *coautoria* entre os superiores empresariais e seus subordinados, uma vez que não se pode afirmar a existência de *plano comum* e *execução conjunta* entre o executor direito e o emissor da ordem.

²⁰ São precisas as críticas de Demetrio Crespo: “Partiendo de una clásica concepción normativo-funcionalista-sistémica, según la cual tanto el delito como la pena no se entienden como lesiones de bienes jurídicos, sino como meros ‘sucesos os eventos comunicativo-sociales’, la coautoria encontraría un nuevo fundamento em la ‘teoría del sujeto global’. Según este punto de partida el sujeto de acción al cual se atribuye el conflicto es la unidad colectiva de coautores, o más exatamente, la unidad organizativa de las personas vinculadas a la comunidad personal” (DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Responsabilidad penal por omisión del empresario*. Madrid: Iustel, 2009, p. 39-40).

²¹ BOTTKE, Wilfried. Criminalidad económica y Derecho criminal económico en la República Federal de Alemania. Tradução de Soledad Arroyo Alfonso, *Revista Penal*, Barcelona, n. 4, p. 21-29, jan. 1999, p. 24.

²² SCHÜNEMANN, Bernard. *El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoria incluyendo el actuar en lugar de otro*. Tradução de Mariana Sacher. Original publicado no livro em homenagem ao Prof. Gonzalo Rodríguez Maourello, Navarra, 2005, p. 981-1005, p. 37.

²³ É verdade que, em situações em que a ordem passa por mais de um funcionário e em que mais de um funcionário participa da execução – na fabricação e comercialização de um produto danoso à saúde, um funcionário tiver desenvolvido as peças, outro as tiver montado e um terceiro tiver distribuído o produto – é provável que o caráter danoso do produto seja desconhecido por algum ou mesmo por todos os funcionários, que o gerente não saiba quem realizará as tarefas e que deixe aos funcionários os pormenores da concreta execução daquilo que decidiu. Quanto menor for a distância entre as duas pontas, contudo, mais natural será que existam os requisitos do plano comum e da contribuição relevante (GRECO, Luís; ASSIS, Augusto, op. cit., p. 106).

AUTORIA MEDIATA

A teoria do *domínio da organização*²⁴ foi elaborada por Claus Roxin e teve como ponto de partida a necessidade de resolver satisfatoriamente os casos de crimes cometidos por agentes do Estado alemão no período nazista.

Entretanto, como se mostrará adiante, tal teoria tem sido também aplicada à criminalidade de empresa. Nesse âmbito, conduz à responsabilização penal do superior hierárquico como autor mediato dos atos praticados pelo subordinado que atua no cumprimento de suas ordens.

Em processo promovido em Jerusalém, Adolf Eichmann foi acusado de exterminar milhares de pessoas durante a Segunda Guerra Mundial, mesmo sem ter cometido nenhum ato executório²⁵.

Roxin, então, desenvolveu raciocínio visando justificar a imputação ao acusado dos atos praticados diretamente pelos seus subordinados. Concluiu que, na hipótese, o superior hierárquico deveria ser considerado autor mediato, já que não estariam presentes as condições para considerá-lo nem partícipe, nem coautor.

Para tanto, sustentou que há nítida diferença material entre a figura do *instigador* e os *superiores hierárquicos típicos dos Estados totalitários*. Nesses casos, os superiores hierárquicos são detentores – tal como ocorreu na estrutura do Estado nazista – de alto potencial de destruição, podendo realizar, com auxílio do aparato disponibilizado, enormes quantidades de crimes, que, comparativamente, não ocorre com o instigador normal. Assim, se seu poder de domínio é colocado no mesmo nível da influência de um instigador normal, nivelam-se de forma normativamente simplificada enormes diferenças que existem no plano material²⁶⁻²⁷.

Sendo assim, são muito distintas as posições do *instigador* e de quem *domina uma estrutura de poder*. A diferença na capacidade de influência em cada uma das hipóteses é notável. Logo, não se trata de *coautoria* nem mesmo de *instigação*.

²⁴ Claus Roxin utiliza tanto a expressão “domínio da organização” como “domínio por organização”. Vide: ROXIN. *Derecho penal* – parte general, tomo II, p. 111 e ss.

²⁵ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. In: Aula Inaugural da Universidade de Luzern, Suíça. Tradução de Pablo Alflen. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito*, 21 de junho de 2006, p. 70.

²⁶ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. In: Aula Inaugural da Universidade de Luzern, Suíça. Tradução de Pablo Alflen. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito*, 21 de junho de 2006, p. 76.

²⁷ Segundo Claus Roxin: “O instigador, antes de tudo, necessita de um autor, ou – em caso de instigação em cadeia – de outros instigadores, e depende das decisões destes; já quem detém o poder de direção de um aparato somente necessita expedir uma ordem e pode deixar todo o restante às estruturas do aparato” (ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização” (Organisationsherrschaft). In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura (Coords.) *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 322-323).

O aparato de poder, conforme Roxin, garante ao superior a certeza do resultado criminoso, ou seja, a partir do momento em que o líder dá o comando de praticar determinada conduta, tem ele garantida a realização de sua ordem, independentemente de quem a cumprirá, como se o comando significasse “apertar o gatilho”.

Diante dessa observação sobre os *aparatos de poder*, Roxin sistematiza a teoria com quatro pressupostos necessários para a configuração da *autoria mediata* por meio do *domínio da organização*:

- a) *Poder de mando*. Significa que o autor mediato somente pode ser aquele que detém um poder de mando no interior de uma organização conduzida rigorosamente e o exerce visando produzir fatos típicos²⁸⁻²⁹.
- b) *Aparato de poder desvinculado do Direito*. Trata-se do pressuposto que gerou mais controvérsias e que, segundo Roxin: “é discutido até mesmo entre os partidários de minha teoria”³⁰⁻³¹.

A esse pressuposto, poder-se-ia apresentar o seguinte contra-argumento: todos os atos praticados pelos nazistas estariam de acordo com o Direito então vigente. No entanto, um olhar mais atento à questão elimina essa refutação.

Medidas tomadas pelo Estado Social-Nacionalista, de fato, moveram-se nos limites do Direito vigente, porém os casos mais assustadores, como “a solução final para o problema relativo aos judeus”, caracterizavam atividades absolutamente desvinculadas do Direito³².

²⁸ ROXIN, Claus, op. cit., 2006, p. 81.

²⁹ Ainda sobre este pressuposto: “O comandante de um campo de concentração nazista era, portanto, autor mediato dos assassinatos ordenados por ele, mesmo quando ele próprio agia com base em uma instrução de um superior. Por isso, muitos autores mediatos podem estar um atrás do outro, em diferentes níveis de hierarquia de mando. Ao contrário, o pessoal de serviço de apoio somente pode ser punido por participação, se na verdade promoveu conscientemente os fatos puníveis através de alguma ação, porém por si mesmo não ordenou nenhum homicídio e também não colaborou na sua execução” (ROXIN, Claus, op. cit., 2006, p. 81).

³⁰ ROXIN, Claus, op. cit., 2006, p. 81.

³¹ Partidário da teoria, porém contrário ao pressuposto da contrariedade ao Direito: AMBOS, Kai. Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Tradução de Manuel Cancio Meliá. *Cuadernos de conferencias y artículos*, n. 20. Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 49.

³² As medidas tomadas pela DDR e mesmo pelo Estado Nacional-Socialista moveram-se em muitos setores dentro do Direito vigente; porém os âmbitos de atuação, como o “impedimento de fuga da República através de disparos mortais” ou, apenas para mencionar o caso mais assustador, a “solução final para o problema relativo aos judeus”, caracterizam atividades absolutamente desvinculadas do Direito. [...] Os assassinatos no muro eram condutas desvinculadas do Direito, ainda que o dirigente estatal da DDR tivesse outra opinião a respeito disso. Então os assassinatos em massa do regime nazista, evidentemente, também teriam sido atos desvinculados do Direito se o antigo dirigente estatal os tivesse ordenado não por meio de ordens secretas, mas “legalmente” (ROXIN, Claus, op. cit., 2006, p. 81). Em sentido contrário, considerando

Da responsabilidade penal do superior empresarial pelo cumprimento...

Além disso, a estrutura de poder não precisa estar totalmente desvinculada do Direito³³.

- c) *Fungibilidade do executor direto*. É a possibilidade de substituição daquele que pratica a ação final dos comandos do aparato de poder estatal³⁴.

Veja-se que se trata de uma decorrência direta do pressuposto anterior. Assim, no caso de ordens arbitrárias e isoladas de um dos comandantes, os seus subordinados poderiam se rebelar e não executar o comando, ou então denunciar a prática para os superiores, o que não acontece nos casos de *domínio da organização*. Nesses casos, mesmo que um dos executores se rebelar e não pratique o ato, haverá outra pessoa disposta a praticá-lo justamente em razão do sentimento de pertencimento comum que é instalado com o aparato organizado de poder. É justamente em razão dessa fungibilidade dos executores que não há necessidade de coação do autor direto e nem que ele esteja em erro para praticar os atos finais.

- d) *Disposição essencialmente elevada dos executores ao fato*. Trata-se do elemento de pertencimento característico nos grupos organizados – seja qual for a finalidade, por exemplo, torcidas de clubes de futebol, adoradores de determinada religião, fãs de uma banda de rock, etc. – em que a multidão elimina a identidade dos indivíduos, que passa a reproduzir atos do grupo³⁵.

que a DDR agiu conforme o Direito: Kai Ambos: “Em todo caso, a DDR agiu de acordo com seu próprio entendimento conforme o Direito e, por conseguinte, os guardas de fronteira como autores diretos que não – ao menos não conscientemente – desvincularam-se do Direito” (AMBOS, Kai. *A parte geral do direito penal internacional: bases para uma elaboração dogmática*. Tradução de Carlos Eduardo A. Japiassú e Daniel A. Raizman. São Paulo: RT, 2008, p. 274).

³³ ROXIN, Claus, op. cit., 2006, p. 81.

³⁴ Muñoz Conde fala sobre a importância deste pressuposto: “La clave que, en todo caso, sirve, a mi juicio, para fundamentar en estos casos la autoría mediata de los que están detrás de los autores inmediatos o ejecutores materiales de los hechos, es la fungibilidad de éstos, ya que, en definitiva, se trata de personas carentes de autonomía, que ni siquiera son conocidas personalmente por el que de las órdenes e incluso no tienen una relación directa con ellos” (MUÑOZ CONDE, Francisco, op. cit., p. 65).

³⁵ Porém, Claus Roxin, em sua mais recente manifestação sobre o tema, exclui essa *disposição essencialmente elevada dos executores* dos pressupostos da teoria para colocá-la como consequências dos três primeiros: “Esses três pressupostos ensejam uma elevada propensão ao cometimento do fato pelo autor direto, por três razões: em primeiro lugar, porque no âmbito da organização de poder a ordem exerce pressão no sentido de seu cumprimento; em segundo lugar, porque a desvinculação do sistema em relação ao Direito faz com que o executor suponha que não há razão para temer consequências penais; e, terceiro lugar, porquanto a fungibilidade do executor induz à ideia de que o fato não depende da sua conduta, uma vez que, mesmo sem ele, outro de todo modo o realizaria” (ROXIN, Claus, op. cit., 2013, p. 311). As razões para essa reformulação decorreram de críticas feitas por Kai Ambos, as quais foram integralmente acolhidas por Claus Roxin. Os fundamentos são convincentes: “A este respeito, sinto-me corroborado por Kai Ambos, que em seu mais recente posicionamento sobre o tema sustenta que a

Enfim, são essas características que dão ao homem de trás o “*domínio do acontecimento*”³⁶, ou seja, são ultrapassados os limites da mera influência para se alcançar um verdadeiro domínio da realização do tipo pelo homem da frente (veja-se domínio da realização do tipo pelo homem da frente, e não domínio do homem da frente! Essa é a diferença entre o *domínio por organização* das demais formas de *domínio da vontade*).

Na Alemanha, conforme notícia Roxin, há reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal alemão (*Bundesgerichtshof – BGH*) acolhendo a teoria do *domínio da vontade pelo domínio de uma organização* em relação à criminalidade econômica, o que implica a responsabilização do superior empresarial como *autor mediato* dos atos realizados por seu subordinado³⁷.

No Brasil, tem-se importado a referida teoria com a mesma finalidade³⁸.

disposição ao fato como critério autônomo tampouco é compatível com uma compreensão teórico-argumentativa consequente do domínio da organização – domínio do fato como segurança do resultado através do domínio da organização como ‘verdadeiro instrumento’ –, porque centra a atenção da organização – se indiretamente dominado – no executor do fato e com isso relativiza a particularidade organizativa específica e, ao mesmo tempo, a solidez da teoria do domínio da organização” (MUÑOZ CONDE, Francisco, op. cit., p. 336).

116

³⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco, op. cit., p. 311.

³⁷ Vaticina Roxin: Fatos como os cometidos por Hitler, Himmler, Stalin e também Fujimori só são possíveis de executar quando se dispõe de um aparato de poder. Toda a história mundial ensina que esse é um método para provocar e dominar realizações típicas, o que não é possível negar racionalmente. É daí que surge também a força de convicção intuitiva dessa concepção (ROXIN, Claus, op. cit., 2006, p. 89).

³⁸ EMBARGOS INFRINGENTES. PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. OBTENÇÃO DE FINANCIAMENTO MEDIANTE FRAUDE. AUTORIA DO FALSUM. IRRELEVÂNCIA. MANDATÁRIO DA EMPRESA. AUTOR MEDIATO. DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO. CRIME CARACTERIZADO. 1. Responsabilidade do embargante como incurso nas sanções do art. 19, parágrafo único, da Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, dado que agiu com dolo eventual, ao permitir o envio da CND falsificada por fax ao agente financeiro, o que propiciou a indevida liberação do financiamento junto ao BNDES, sendo irrelevante a autoria da contrafação. 2. Caracterizada a autoria mediata, assim compreendida como sendo o agente que não tem, propriamente, o domínio do fato, mas sim o da organização. Na jurisprudência nacional, ver ainda: PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. REDUÇÃO OU SUPRESSÃO DE IMPOSTOS FEDERAIS (IRPJ, PIS COFINS, CSLL). AUTORIA. TEORIA DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE PENAL. 1. Comete crime contra a ordem tributária o agente que, dolosamente, suprime o pagamento de tributos, omitindo do Fisco a percepção de rendimentos sujeitos à tributação. 2. Diante da insuficiência das categorias tradicionais de coautor e partícipe para a atribuição da responsabilidade penal individual, em vista do modelo organizacional que passou, na época moderna, a caracterizar a prática delitiva societária, construiu-se, doutrinariamente, o conceito de autor mediato, assim compreendido como sendo o agente que não tem, propriamente, o domínio do fato, mas sim o da organização, o que sobressai mormente quando o superior hierárquico “sabe más sobre la peligrosidad para los bienes jurídicos que su proprio subordinado” (DIEZ, Carlos Gómez-Jara. *¿Responsabilidad penal de*

Da responsabilidade penal do superior empresarial pelo cumprimento...

Embora as sociedades empresárias constituam também estruturas organizadas de poder, não se pode equipará-las aos Estados totalitários a ponto de usar em relação aos superiores empresariais os mesmos critérios delimitadores da responsabilidade penal empregados em relação aos detentores arbitrários do poder político.

Com relação às sociedades empresárias, falta o pressuposto da atuação em contrariedade ao Direito, relacionado por Roxin como imprescindível ao reconhecimento da autoria mediata.

O assunto, por despertar polêmica, merece aprofundamento.

No que tange especialmente ao pressuposto *contrariedade ao Direito*, Roxin elabora dois argumentos que visam esclarecer seu conteúdo: (a) “Em primeiro lugar, o aparato de poder não precisa ter se desvinculado do Direito em todos os aspectos, senão apenas no marco dos tipos penais realizados por ele”³⁹; (b) “E, em segundo lugar, para a desvinculação do Direito não interessa a visão do antigo

los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas. In Revista Ibero-Americana de Ciências Penais. Porto Alegre: ESMP, 2005. n. 11, p. 13). 3. A responsabilidade penal, em crimes fiscais, é personalíssima, não havendo falar em “culpa concorrente” do profissional de contabilidade que, no mais, não restou demonstrada. (TRF-4, ACR 3278, RS 2005.71.00.003278-7, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, Data de Julgamento 17/09/2008, Oitava Turma, Data de Publicação DE 24/09/2008); Também: PENAL E PROCESSUAL PENAL. SUPRIMIR OU REDUZIR CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA (ART. 337-A DO CP). [...] SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. [...] 2. Em se tratando de delitos coletivos, “embora seja dispensável a descrição pormenorizada da conduta de cada denunciado em cada delito, não se pode conceber que a acusação deixe de estabelecer qualquer vínculo entre o acusado e o crime, sob pena de inviabilizar sua defesa” (HC 250020/PB, Relator p/Acórdão Ministra Laurita Vaz, STJ, Quinta Turma, julgado em 02/05/2013, DJe 22/05/2013). 3. Da leitura da denúncia, extrai-se que a exordial tem plena aptidão a atender os requisitos do art. 41 do CPP, não tendo, de modo algum, prejudicado a exata compreensão da controvérsia instaurada, tampouco impedido aos réus que exercessem o seu direito à ampla defesa e ao contraditório, uma vez que a exordial estabeleceu liame causal mínimo entre os apelantes e os fatos delituosos. [...] 6. Conforme a atuação fiscal encartada nos autos que revela a sonegação de contribuições previdenciárias, a partir das omissões contáveis, da ausência de fatos geradores em GFIP e da elaboração da folha de pagamento sem a totalização de seus recursos, a materialidade do crime restou demonstrada. 7. “Autor é quem detém o domínio da conduta, ou seja, o domínio da ação final, de acordo com a teoria do domínio do fato ou domínio da organização, porque é este quem decide se o fato vai acontecer ou não, independentemente dessa pessoa ter ou não realizado a conduta material”. Conforme os contratos sociais, depoimento testemunhal e interrogatórios dos acusados, a autoria também restou devidamente comprovada, pois os réus eram os administradores da empresa sonegadora. [...] (TRF-5, APR 200682000062285, Relator: Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, Data de Julgamento 20/06/2013, Primeira Turma, Data de Publicação 27/06/2013). Na doutrina nacional ver: BUSATO, Paulo César. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2014, p. 711; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 537.

³⁹ ROXIN, Claus, op. cit., 2006, p. 81.

sistema, senão a avaliação jurídica atual⁴⁰. E conclui: “[...] com base nestes dois esclarecimentos fica evidente que a desvinculação do Direito pelo aparato organizado de poder constitui um pressuposto necessário para o domínio do fato do homem de trás⁴¹⁻⁴²”.

Kai Ambos⁴³ constrói raciocínio para dispensar o pressuposto da contrariedade ao Direito nas hipóteses de *organizações não estatais (organizações criminosas)*⁴⁴.

Para Kai Ambos, nos casos de aparatos de poder não estatais, a desvinculação é simples requisito (circunstância acidental), e não elemento (substância)⁴⁵; e, em razão de determinado aparato de poder, fazer parte do Estado (estar de acordo com o Direito) não mudaria em nada no que concerne à aplicação da teoria, ou seja, mesmo estando de acordo com o Direito, aplicar-se-ia o *domínio da organização*.

Ocorre que Kai Ambos incide em erro quando afirma que o fato de uma organização criminosa manter “relação simbiótica” com o Estado a faz estar de acordo com o Direito.

⁴⁰ ROXIN, Claus, op. cit., 2006, p. 81.

⁴¹ ROXIN, Claus, op. cit., 2006, p. 82.

⁴² Porém, uma crítica deve ser feita ao segundo argumento elaborado por Roxin, pois dizer que o que interessa é uma análise a partir do sistema atual, e não do sistema do tempo da realização dos delitos, parece ferir frontalmente um dos pilares do Direito Penal moderno, que é o princípio da legalidade em seu aspecto da anterioridade da lei (*lex praevia*), previsto no sistema jurídico brasileiro e em instrumentos internacionais com validade no território nacional (Pacto de San José da Costa Rica). Contudo, embora o argumento não seja válido para o sistema jurídico brasileiro, isso não implica a sua prescindibilidade.

⁴³ Segundo Kai Ambos: “el dominio de la organización depende únicamente de la estructura de la organización en cuestión y del número de ejecutores intercambiales” (AMBOS, Kai, op. cit. [1998], p. 51). Diz ainda Kai Ambos que a estrutura de poder, por vezes, é em si o próprio ordenamento jurídico ou parte dele, o que configuraria um maior domínio da organização do que nos casos em que a estrutura de poder está desvinculada do Direito (AMBOS, Kai, op. cit., p. 51).

⁴⁴ As críticas de Kai Ambos são formuladas em “*Dominio del hecho por dominio de voluntad em virtud de aparatos organizados de poder*. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Universidad Externado de Colombia, 1998” (no original: “Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate, GA, 1998, 226 e ss.”). A réplica de Claus Roxin é feita em: “Probleme von Taterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität, in SAMSON, E.; DENCKER, F.; FRISCH, P.; FRISTER, H.; e REISS, W. (Hrsg.), *Festschrift für Gerald Grunwald zum 70. Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden, 1999, p. 557”. E a réplica por Kai Ambos é feita em: “A parte geral do Direito Penal Internacional: bases para uma elaboração dogmática, Tradução de Carlos Eduardo A. Japiassú e Daniel A. Raizman. São Paulo: RT, 2008” (no original: *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts: Ansätze einer Dogmatisierung*. Berlin: Duncker & Humblot, 2002). Roxin mantém o debate em “Sobre a mais recente discussão acerca do ‘domínio por organização’”, publicado no Brasil na obra coletiva: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura. (Coords.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. A versão em alemão foi publicada pela primeira vez no *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (GA), v. 159, jul. 2012, p. 395-415.

⁴⁵ Na contrarréplica, Kai Ambos reforça dizendo que a *contrariedade ao Direito* é um “requisito” supérfluo (AMBOS, Kai, op. cit., 2008, p. 270).

Não é necessário, de acordo com Roxin, que toda a estrutura seja contrária ao Direito, basta que os atos fins estejam subjacentes à proibição do Direito, especialmente do Direito Penal. Nem poderia ser de outra forma, pois a organização da estrutura em si dificilmente será contrária ao Direito, por exemplo, telefonemas entre os membros, registros contábeis das ações, a locação de local para reuniões, etc. Esses atos em si não são ilícitos.

Desse modo, a análise da contrariedade ao Direito da estrutura só pode ser feita a partir da finalidade coletiva que une a organização, o que se exprime por meio de realização de tipos penais (proibições do Direito). Logo, fazer parte do Estado não significa estar em conformidade com o Direito, mas fazer parte do Estado para a prática de ilícitos penais, sim, pode indicar a contrariedade ao Direito. Do mesmo modo a matança dos judeus pelo nazismo, que, no mínimo, estava em desacordo com as normas internacionais de Direitos Humanos⁴⁶.

Depois de tudo o que foi dito, a imprescindibilidade do pressuposto é argumento capaz de impedir a aplicação da teoria aos crimes empresariais? A resposta é “sim”⁴⁷, pois a finalidade empresarial é sempre em conformidade com o

⁴⁶ Para Bottke *contrariedade ao Direito* significa contrariedade à cultura jurídica das nações civilizadas (BOTCKE, Wilfried, op. cit., p. 27).

⁴⁷ No mesmo sentido, o próprio Roxin: “Parece-me mais preciso recorrer à figura jurídica dos delitos de dever, desenvolvida por mim já há décadas, e fundamentar com seu auxílio a autoria dos membros da direção, na medida em que se lhes atribui a posição de garantidores em defesa da legalidade dos atos da empresa” (ROXIN, Claus, op. cit. [2006], p. 91). Também. *El Derecho Penal de la Empresa: desde una visión garantista*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2005, p. 145-146, que reproduzem os argumentos dados por Kai Ambos, segundo este: “[...] llevaría demasiado lejos el subsumir empresas bajo este grupo de casos. Ello deriva ya en plano puramente conceptual de que ha de tratarse de ‘aparatos de poder’, es decir, organizaciones criminales (incluyendo las organizaciones terroristas) destinadas a mantener o incrementar niveles de poder con una estructura de organización y de mando correspondientemente estricta. Y como tales difícilmente – aun adoptando una posición crítica respecto de muchas estrategias de mercado agresivas – podrían calificarse las grandes empresas. [...] En las empresas con distribución funcional y descentralizadas, faltarán ya los necesarios ‘procesos reglados’. Pero también en empresas organizadas de modo jerárquico y linear, en las que bajo determinadas circunstancias probablemente puedan desencadenarse ‘procesos reglados’ por instrucciones desde ‘arriba’, no podrá hablarse de que los ejecutores sean mecánicamente intercambiables en el sentido del criterio de fungibilidad” (AMBOS, Kai, op. cit. [1998], p. 45-46). Também Luís Greco e Augusto Assis: “Como as empresas não são dissociadas do Direito – pelo contrário, estão sujeitas a diversos controles realizados por diversos órgãos estatais – não se pode, segundo o modelo original, falar em domínio da organização nos casos de crimes cometidos a partir de uma empresa” (GRECO, Luís; ASSIS, Augusto, op. cit., p. 102). Ainda, Schünemann: “[...] para la autoría mediata por utilización de un aparato organizado de poder se debería exigir una supremacía considerable del hombre de detrás y, por eso, no sólo, como Roxin, que la organización se aparte del Derecho, sino también que se base en un sistema de ejercicio de violencia (lo que quizá ya venga implicado en el concepto de ‘aparato de poder’)” (SCHÜNE-MANN, Bernard. Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la

Direito. Mais: trata-se de exercício de direito fundamental o direito à propriedade, direito à liberdade econômica, direito à livre iniciativa, etc. Enfim, trata-se de atividade protegida e fomentada pelo Direito.

Para concluir este item, resta a seguinte pergunta: e se determinadas pessoas criam uma sociedade empresarial com finalidade única de cometer crimes (“empresa de fachada”⁴⁸)? Ou se a sociedade empresária tem a sua finalidade principal lícita e apenas de forma acessória exerce uma finalidade ilícita?

Nessas “empresas de fachada”, a sociedade empresarial é mero instrumento da atividade criminal. Sua finalidade é justamente encobrir as atividades ilícitas praticadas pelo grupo, logo a atividade empresarial passa a ser uma atividade acessória. Kai Ambos, ao tratar da inaplicabilidade da teoria do *domínio da organização* às sociedades empresárias, salienta que as empresas não são criminosas por si, mas perseguem antes de tudo a obtenção legal de benefícios financeiros. É possível que a comissão de delitos se converta em um fenômeno acompanhado de certa estratégia de mercado, porém, regra geral, não conforma uma parte fixa da política da empresa, quer dizer, as infrações são acidentais. Se a situação é diversa, quer dizer, se as “atitudes criminosas” são majoritárias, tratar-se-á de organizações criminosas, com o que estaremos no âmbito do crime organizado de modo similar à Máfia⁴⁹.

120

Com relação à *criminalidade organizada*, não é possível estabelecer respostas em tese sobre a aplicabilidade da teoria; ou seja, é preciso saber sob quais bases estruturais estabelecem-se as relações na chamada *criminalidade organizada*. O raciocínio é simples: se a organização criminosa tiver estrutura equiparada aos Estados totalitários, é possível falar da aplicação da teoria.

A verificação dessa equiparação deve ser feita *in concreto*, ou seja, verificando uma determinada organização criminosa existente de fato para saber se o seu funcionamento se estabelece nos mesmos termos dos Estados totalitários, quer dizer: há superiores com poder de mando; funciona ilicitamente; há fungibilidade dos membros executores com elevada disposição destes para a realização dos crimes.

Assim, em termos dogmático-penais, se a hipótese que forma o objeto deste trabalho ocorrer no marco de “empresas de fachada”, pode-se aplicar a teoria

individualización de la imputación. *Seminário Internacional Complutense sobre a responsabilidade pelo produto*, ocorrido em novembro de 2003 na Faculdade de Direito da Universidade Complutense de Madrid, p. 19).

⁴⁸ Essa expressão é dita *en passant* por Raúl Cervini e Gabriel Adriasola: “[...] *aquellas organizaciones empresariales que son utilizadas por una organización criminal. Em esos casos, la empresa así gerenciada es una fachada legal* [...]” (CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel, op. cit., p. 141).

⁴⁹ AMBOS, Kai, op. cit., 1998, p. 45.

do domínio da organização, desde que cumpridos, obviamente, os demais requisitos tal como ocorre com os Estados totalitários⁵⁰⁻⁵¹.

Acrescentam-se ainda os casos em que a empresa careça de uma atitude global criminal, mas que é controlada por um grupo de criminosos. São como uma variação da “empresa de fachada”, tratando-se dos casos de “grupo ilícito para gestão operativa”⁵². Nessas hipóteses, será possível atribuir autoria (homem de trás) ao grupo criminoso estável que controla operativamente a empresa, quando o executor de Direito obre com consciência de ilicitude, mas sua contribuição é tão diminuta que ele se torna uma peça dispensável⁵³. Isto é, são hipóteses em que a cúpula de uma determinada sociedade empresarial é tomada por um grupo de pessoas com intenções criminosas ou pertencentes a uma organização criminosa. Nesses casos, deve-se aplicar o *domínio da organização*⁵⁴.

Vale insistir, contudo, a incidência da teoria do domínio da organização depende da ocorrência *in concreto* de todos os seus pressupostos. Só assim, poderá afirmar em *autoria mediata* do superior empresarial. Caso contrário, aplicam-se as regras de autoria e participação convencionais adotadas e recepcionadas pela dogmática penal brasileira.

Finalizando este item, cabe mencionar a seguinte indagação formulada por Luís Greco e Augusto Assis: poderia “haver fungibilidade de executores em uma

⁵⁰ No mesmo sentido, Carlos Martínez-Bujá Pérez. Para este autor nada se opõe a aplicar a teoria do *domínio da organização* para as sociedades cuja “finalidad exclusiva o principal es dedicarse a la comisión de delitos” (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa* – parte general. 2. ed. Valencia: Titant lo Blanch, 2007, p. 497).

⁵¹ No mesmo sentido são as lições de Raúl Cervini e Gabriel Adriasola: “Si la empresa misma es una organización criminal bajo a la fachada de una comercialidad aparente, caso muy común en las empresas de fachada que se utilizan para mezclar fondos lícitos con fondos ilícitos con fines de lavado, y en ese caso, la imputación de autoría mediata al hombre de atrás aparece justificada mediante el dominio de un aparato organizado de poder” (CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel, op. cit., p. 148).

⁵² Tradução livre de “asociación ilícita gerencial operativa” (CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel, op. cit., p. 146).

⁵³ CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel, op. cit., p. 146.

⁵⁴ Nesse sentido, Raúl Cervini e Gabriel Adriasola: “[...] la empresa cuyo giro comercial es real y lícito, pero cuyo management se enquistá en ella conformando un grupo gerencial organizado, cuyo fin es cometer delitos hacia el interior de la empresa (por ejemplo, defraudando accionistas) o hacia el exterior de la empresa (por ejemplo, defraudando inversores, tenedores de obligaciones emitidas, etc.). En estos casos, existe una verdadera organización delictiva que gobierna la empresa aprovechando los cauces del Derecho y que, por lo tanto, puede ser considerada como una organización criminal que gerencia la empresa en su próprio beneficio ilícito. Esta situación debe ser asimilada a la anterior y el hombre de atrás que echa a andar la maquinaria criminal puede ser imputado como autor mediato o autor de escritorio, sin perjuicio de la responsabilidad del ejecutor directo” (CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel, op. cit., p. 148-149).

organização não dissociada do Direito[?]”⁵⁵ Segundo os próprios autores, apenas dois caminhos podem existir: o primeiro seria responder afirmativamente; e o segundo seria demonstrar que a *fungibilidade dos executores* não é pressuposto do *domínio da organização*. Ainda segundo esses autores, Hefendehl segue o primeiro caminho, dizendo que a fungibilidade é uma característica das sociedades empresariais. Luís Greco e Augusto Assis criticam Hefendehl afirmando que sua posição de fundamentar a aplicação da construção do domínio da organização no âmbito empresarial incorre em um dilema, ou o contexto em que os funcionários estão inseridos é muito propenso à prática de delitos, de maneira que a organização empresarial teria que ser considerada dissociada do Direito; ou o contexto seria apenas levemente inclinado à prática de delitos, de modo que a maior propensão dos funcionários a cumprir ordens ilícitas não atingiria o nível necessário para que a execução do delito pudesse ser considerada automática⁵⁶.

Veja-se que esses argumentos reforçam o que já foi dito antes com relação às *empresas de fachada*: nos casos em que o contexto da sociedade empresarial é muito propenso à prática de crimes, é possível – pelo menos em tese, pois depende da configuração dos demais pressupostos – aplicar a teoria do *domínio da organização*⁵⁷.

Ademais, esse pressuposto da *fungibilidade* também não se configura nas sociedades empresariais⁵⁸. A fungibilidade é, em última análise, o que garante a execução das ordens, já que sempre haveria alguém disposto a pôr em prática as intenções do grupo. Assim, se a fungibilidade é a garantia da execução dos atos, a *necessidade de garantia* só surge quando se está diante de atos ilícitos, pois em atos lícitos a garantia decorre do Direito. Em outras palavras: a *fungibilidade* – no sentido em que ela é tratada especialmente no *domínio da organização* – somente existe em estruturas com a finalidade ilícita, pois, em estruturas de poder com finalidade lícita, o cumprimento das ordens não decorre da fungibilidade, mas sim da própria força coercitiva do Direito⁵⁹.

⁵⁵ GRECO, Luís; ASSIS, Augusto, op. cit., p. 103.

⁵⁶ CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel, op. cit., p. 148-149.

⁵⁷ Deve-se acrescentar os argumentos dados por Muñoz Conde, que, mesmo não se debruçando sobre o pressuposto da *contrariedade ao Direito*, afirma que: “[...] el requisito de la tesis de ROXIN que plantea mayores problemas para ser aplicado en el ámbito empresarial es el de la fungibilidad de los meros ejecutores. Ello es así, no sólo porque en estos ámbitos el ejecutor de las acciones concretas que realizan el tipo de un delito no es siempre un anónimo ejecutor intercambiable arbitrariamente, sino una persona que posee conocimientos especiales sin los que no sería posible la realización de esos hechos y que, por eso mismo, es difícilmente sustituible (piénsese, por ejemplo, en un cualificado especialista en contabilidad o en cuestiones fiscales, o en un buen conocedor del funcionamiento del mercado bursátil o de las transferencias o creación de fondos en paraísos fiscales)” (MUÑOZ CONDE, Francisco, op. cit., p. 80).

⁵⁸ No mesmo sentido: GRECO, Luís; ASSIS, Augusto, op. cit., p. 103.

⁵⁹ No mesmo sentido: “No modelo original de Roxin, a dissociação do Direito decorre da exigência da fungibilidade; apenas em uma organização que está completamente alheia aos

Nesse sentido, Roxin afirma que tal desvinculação do Direito existe nos crimes de Estado, nos delitos de terrorismo e nos casos de criminalidade organizada⁶⁰.

Por fim, diante de tudo o que foi exposto, não é possível a aplicação da teoria do *domínio da organização* para os casos de *crimes de empresa*⁶¹ – nem mesmo em tese –⁶², salvo quando se tratar de *empresa de fachada*. Soma-se ainda, lembra Wilfried Bottke⁶³, o fato de que não existe essa previsão legal no Código Penal Alemão sobre autoria mediata por meio de agente punível⁶⁴.

É verdade também que isso não elimina a possibilidade de haver concretamente as demais hipóteses de autoria mediata no âmbito empresarial, por exemplo, subordinado que age em erro ou sob coação, conforme anota Jesús María Silva Sánchez: “[...] porque se encuentre en una situación de error acerca del significado de lo que está realizando o acerca de su carácter penalmente prohibido (error de tipo y error de prohibición [...])”⁶⁵. O que pode decorrer, por exemplo, da organização e direção da atividade criminosa pelos superiores e execução pelos subordinados, que, em razão da fragmentação da conduta criminosa em largo espaço de tempo e território e quantidade de pessoas, atuam sem o conhecimento do caráter ilícito do fato⁶⁶.

comandos da ordem jurídica existiria a pronta substituíbilidade de cada executor.” (GRECO, Luís; ASSIS, Augusto, op. cit., p. 103).

⁶⁰ Claus Roxin é (ROXIN, Claus. *Derecho penal* – parte general, tomo II: Especiales formas de aparición del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña; José Manuel Paredes Castañón; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Pamplona: Civitas, 2014, p. 121).

⁶¹ No mesmo sentido, Eduardo Demetrio Crespo: “En todo caso, la doctrina y [...] también la jurisprudencia, no se conforman con modelos de responsabilidad o de imputación bottom-up, sino que, más bien al contrario, cada vez más se prefieren los modelos top down, según la extendida opinión de que la responsabilidad penal no solo no tiene que restringirse a los escalones inferiores, sino que puede incluso partir desde arriba” (DEMETRIO CRESPO, Eduardo, op. cit. [2009], p. 33). Método *bottom-up* (de baixo para cima) significa que a análise da imputação ao superior inicia-se pela verificação da conduta do subordinado para ir ascendendo progressivamente pela cadeia de mando até se chegar aos altos escalões da sociedade empresarial. Esse método conforma-se exatamente ao instituto do *domínio da organização*, em que se verifica a conduta do executor, em primeiro lugar, para, em seguida, aferir a conduta do emissor da ordem. No mais, trata-se de método para construção teórico-dogmático que nada tem a ver com mecanismos investigatórios, ainda que, a depender do caso, possa ser que a investigação obtenha sucesso se iniciar partindo-se da realização do fato até o emissor da ordem.

⁶² Em sentido contrário: FORNARI, Ignacio Carlos ¿Resulta dogmáticamente posible aplicar la teoría del dominio del hecho a través de un aparato organizado de poder a los delitos empresariales? In: RUBINSKA, Ramiro M.; SCHURJIN ALMENAR, Daniel (Coords.). *Derecho penal económico*, tomo I. Buenos Aires-Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2010, p. 735.

⁶³ BOTKE, Winfried, op. cit., p. 26.

⁶⁴ Deveras, o Código Penal alemão diz o seguinte sobre autoria mediata e imediata: “§ 25. Autoría (1) Se castiga como autor a quien cometa el hecho punible por si mismo o a través de otro”.

⁶⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Marid-Montevideo-Buenos Aires: BdF, 2013, p. 65.

⁶⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Marid-Montevideo-Buenos Aires: BdF, 2013, p. 69.

PARTICIPAÇÃO

O tratamento do superior empresarial como partícipe (por instigação) pelos atos praticados pelo subordinado que cumpre as suas ordens parece ser o entendimento acertado.

Em primeiro lugar, não é possível falar em coautoria entre o superior empresarial e seu subordinado, uma vez que não há domínio funcional do fato, nem aporte relevante do superior empresarial na fase executiva do crime, requisitos indispensáveis à coautoria⁶⁷.

Ainda que o conceito de coautoria por meio do *domínio funcional do fato* seja um conceito aberto⁶⁸, ou seja, dependa da análise do caso concreto para aferição da sua afirmação⁶⁹, pode-se afastar, desde já, a *coautoria* nas hipóteses em que há uma *distância* significativa entre os superiores da empresa e seus subordinados, sem a intermediação de meios eletrônicos de comunicação⁷⁰. Ora, “[...] o afastamento entre as duas pontas comumente faz com que o superior hierárquico não saiba qual dos funcionários irá realizar a conduta ou quando ela será realizada”⁷¹. Não havendo mais *plano comum*, pois não há *decisão comum de como o delito será executado*, além de não haver *contribuição relevante na execução*⁷².

Para a existência de *plano comum*, exige-se que todos os coautores conheçam como o delito será executado e que eles decidam em conjunto executá-lo⁷³.

124

Veja-se que com relação ao *conhecimento do plano*, tais dificuldades são mais facilmente contornáveis, pois não se exige que todos os coautores tenham participado da elaboração do plano, tampouco que todos manifestem expressamente a sua adesão a ele, sendo suficiente que o gerente tenha elaborado todo o plano e que o funcionário apenas dele tenha se inteirado⁷⁴.

Contudo, o verdadeiro empecilho para a configuração do *plano comum*, nessas situações, está na *decisão conjunta de executar o delito*, uma vez que o gerente não sabe qual dos funcionários executará o crime, nem mesmo sabe quan-

⁶⁷ ROXIN, Claus, op. cit., 2000, p. 310.

⁶⁸ ROXIN, Claus, op. cit., 2000, p. 312-315.

⁶⁹ “domínio funcional do fato”, isto é, quando a contribuição que cada um traz para o fato é de tal natureza que, de acordo com o plano concreto do fato, sem ela o fato não poderia ter sido realizado [...]. Isto deve ser avaliado em consonância com cada fato concreto, e tendo em conta o seu planejamento. Assim, não se pode dizer a priori se o chamado ‘campana’ é autor (coautor) ou partícipe, a não ser diante da modalidade operativa do delito: se o campana facilita a consumação de maneira a torná-la mais rápida, será partícipe, mas, se na sua falta, o fato não pudesse ter sido cometido, será um coautor” (ZAFFARONI; PIERANGELI. *Manual*, p. 640).

⁷⁰ GRECO, Luís; ASSIS, Augusto, op. cit., p. 92.

⁷¹ GRECO, Luís; ASSIS, Augusto, op. cit., p. 92-93.

⁷² ROXIN, Claus, op. cit., 2000, p. 306.

⁷³ GRECO, Luís; ASSIS, Augusto, op. cit., p. 92. ROXIN, Claus, op. cit., 2000, p. 310-311 e 324.

⁷⁴ GRECO, Luís; ASSIS, Augusto, op. cit., p. 92.

do será praticado. Aliás, é ainda provável que o gerente desconheça a intenção do funcionário de praticar o delito em coautoria com ele. Enfim, seria uma hipótese em que o funcionário aderiria de forma tácita ao plano elaborado pelo seu superior, o que não é o mesmo que decidir em conjunto com o seu superior hierárquico pela prática do delito⁷⁵⁻⁷⁶.

Contudo, em regra, falta a *contribuição relevante na execução* por parte do superior que emitiu a ordem⁷⁷. Relevante é a contribuição da qual dependa o sucesso do plano criminoso⁷⁸, a partir de uma perspectiva *ex ante*⁷⁹. A contribuição do gerente dá-se por meio da organização do plano e da emissão da ordem, sem participar da execução do evento criminoso⁸⁰.

Nesse sentido é a orientação de Jorge de Figueiredo Dias, para quem essencial é a ideia segundo a qual o princípio do domínio do facto se combina com a exigência de que uma repartição de tarefas que assinala a cada participante a respectiva contribuição para o fato⁸¹.

Em segundo lugar, estão presentes os requisitos que permitem identificar, na conduta do superior hierárquico, os pressupostos da participação por instigação.

Toda forma de participação depende de um fato principal, não tem injusto próprio, depende do injusto do fato principal⁸². Por isso, fala-se em *acessoriedade da participação*.

⁷⁵ ROXIN, Claus, op. cit., 2000, p. 312-315, p. 309.

⁷⁶ Corroborar, ainda, este entendimento Jorge de Figueiredo Dias ao afirmar que: “Seguro é ainda que a responsabilidade do coautor só se verifica na precisa medida em que a execução se encontra acobertada pela decisão conjunta” (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, op. cit., p. 793).

⁷⁷ Nilo Batista fala em “realização conjunta da resolução comum”: “Não basta, pois, ao coautor que seja ele codetentor da resolução comum para o fato [...]; é de mister, já que se trata de um autor, que realize tal resolução, e isto se dá quando disponha ele do domínio funcional do fato” (BATISTA, Nilo. *Curso de Agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no Direito Penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 104). Cirino dos Santos fala em “realização comum do fato”: “A realização comum do fato é constituída pelas contribuições objetivas de cada coautor para o acontecimento total, que explicam o domínio funcional do tipo de injusto. As contribuições objetivas para o fato comum podem consistir na realização integral das características do tipo, na realização parcial dessas características ou, mesmo, na ausência de realização de qualquer característica do tipo, desde que a ação atípica realizada pelo coautor seja necessária para realizar o fato típico: por exemplo, na coautoria de roubo, um coautor espera no carro com motor ligado para a fuga, outro coautor desliga o alarme, um terceiro coautor garante a retirada, um quarto coautor controla as vítimas com a arma, um quinto coautor apanha o dinheiro e, ainda, um sexto coautor pode ter planejado, organizado ou dirigido a cooperação no fato comum [...]” (CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal* – parte geral. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008, p. 370-371).

⁷⁸ ROXIN, Claus, op. cit., 2000, p. 310.

⁷⁹ GRECO, Luís; ASSIS, Augusto, op. cit., p. 96.

⁸⁰ GRECO, Luís; ASSIS, Augusto, op. cit., p. 96.

⁸¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, op. cit., p. 794.

⁸² Segundo Nilo Batista, o art. 31 do CPB recepciona a tese da acessoriedade da participação (BATISTA, Nilo, op. cit., p. 163).

No caso do superior empresarial, a ordem por ele formulada faz nascer o propósito de realizar a conduta ilícita e, dessa forma, contribui para o crime. Assim, quando em uma grande empresa moderna que participa da vida econômica dentro do ordenamento jurídico, um chefe de departamento exorta um empregado a cometer falsidade documental, caso chegue-se à consumação, ele é somente indutor do delito cometido pelo empregado (ainda quando o empregado seja fungível). Quem trabalha em uma organização constituída no marco da legalidade não está obrigado a obedecer a ordens antijurídicas⁸³.

Segundo Nilo Batista, a participação consiste em livre e dolosa colaboração no delito doloso de outrem⁸⁴, tratando-se de uma extensão típica em virtude da qual um sujeito pode ser punido por lesionar bens jurídicos mediante sua conduta dolosa, ainda que carente do domínio do fato⁸⁵⁻⁸⁶.

Contudo, conforme também anota Nilo Batista, a acessoriedade admite graus e, segundo o penalista brasileiro: “[o] reiterado emprego da expressão crime na disciplina de concurso de pessoas (art. 29, seu § 2º, 30, 31, 62 e seus incisos) não permite a menor dúvida: prevalece, no Direito brasileiro, uma acessoriedade limitada”⁸⁷; ou seja, a dependência da participação limita-se à *tipicidade e antijuridicidade do fato principal*, isto é, ao *tipo de injusto* do fato principal. A *dependência* da participação *limitada* ao tipo de injusto do fato principal constitui a *acessoriedade limitada* da participação⁸⁸, em prejuízo da antiga *acessoriedade extrema*, hoje abandonada, que exigia, também, culpabilidade do fato principal⁸⁹.

Ademais, a participação exige que o fato principal seja doloso⁹⁰ e que a colaboração do partícipe no fato autor seja objetivamente (co)causante para o fato e subjetivamente dolosa⁹¹.

⁸³ Nesse sentido Roxin, op. cit, p. 729.

⁸⁴ Roxin, op. cit, p. 157.

⁸⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal* – parte general. 2. ed. Buenos Ayres: Ediar, 2011, p. 795.

⁸⁶ Para Roxin: “La participación es un ataque autónomo al bien jurídico mediante colaboración dolosa no constitutiva de autoría en un hecho típicamente antijurídico cometido com dolo típico” (ROXIN, Claus, op. cit., 2014, p. 204).

⁸⁷ BATISTA, Nilo, op. cit, p. 165. Também: CIRINO DOS SANTOS, Juarez, op. cit, p. 374; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, et al., op. cit., p. 795. WELZEL, Hans, op. cit., 1993, p. 121. Em sentido contrário, afirmando a exigência da *acessoriedade máxima*: VARGAS RAMOS, Beatriz. *Do concurso de pessoas*: contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do Código Penal brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 74.

⁸⁸ ROXIN, Claus, op. cit., 2014, p. 204.

⁸⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez, op. cit., p. 372-373.

⁹⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez, op. cit., p. 375. No mesmo sentido: ROXIN, Claus, op. cit., 2014, p. 205.

⁹¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez, op. cit., p. 206.

Da responsabilidade penal do superior empresarial pelo cumprimento...

Nota-se que a *dependência* da participação, expressa em sua natureza *acessória* em face do fato principal, manifesta-se na ausência de *domínio do fato* do partícipe. Diante disso, Juarez Cirino dos Santos diz haver duas consequências importantes: o partícipe não pode cometer excesso em relação ao fato objeto do dolo comum; e a participação delimita a área de contribuição de menor importância⁹².

Enfim, a participação em *tipo de injusto* alheio pode dar-se mediante: (a) *instigação*, quando um agente, dolosamente, convence/provoca outro para a prática de fato típico doloso; ou (b) por *cumplicidade* que ocorre quando alguém coopera/auxilia dolosamente outrem para a prática de fato típico⁹³.

Registra-se que, segundo Nilo Batista, o fundamento da punibilidade da participação não está na corrupção do autor ou na causação do resultado, mas sim no desvalor intrínseco da colaboração prestada a um fato socialmente intolerável (“teoria da promoção”)⁹⁴.

Assim, superior empresarial deve ser considerado *partícipe*, mediante *instigação*, em relação à conduta criminosa do subordinado que cumpre ordem por ele emitida⁹⁵.

A *instigação*, há de se mencionar, exige que o comportamento do instigador seja determinante para o autor cometer o fato, ou seja, pressupõe que o autor não estivesse decidido por si mesmo a realizar o fato criminoso⁹⁶.

Luís Greco e Alaor Leite dedicaram estudo que permite afastar o equívoco existente no Direito Penal brasileiro de considerar autor o mandante⁹⁷. Para esses doutrinadores, a confusão teria origem nas lições do penalista paulista Damásio

127

⁹² a) o partícipe não pode cometer *excesso* em relação ao fato objeto do dolo comum porque excesso pressupõe *domínio comum do fato* e, portanto, *coautoria*; b) a participação delimita a área das contribuições de *menor importância*, necessariamente incompatíveis com a existência do *domínio do fato* – embora nem toda participação seja de *menor importância* e, às vezes, a participação seja tão importante quanto a autoria, como ocorre em algumas situações de instigação (homicídio mediante recompensa, por exemplo) (CIRINO DOS SANTOS, Juarez, op. cit., p. 374).

⁹³ BATISTA, Nilo, op. cit., p. 157.

⁹⁴ BATISTA, Nilo, op. cit., p. 158.

⁹⁵ Nesse sentido: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*. Madrid: Reus, 2007, p. 156. Também: GRECO, Luís; ASSIS, Augusto, op. cit., p. 107. ROXIN, Claus, op. cit., 2000, p. 729.

⁹⁶ ROXIN, Claus, op. cit., 2014, p. 227. No mesmo sentido: CIRINO DOS SANTOS, Juarez, op. cit., p. 376.

⁹⁷ É importante deixar claro, conforme anotam Luís Greco e Augusto Assis, diante do que se tem visto na jurisprudência brasileira, que estar em um alto posto de uma estrutura hierárquica “não confere domínio do fato ou torna alguém autor daquilo que fazem os inferiores” (GRECO, Luís; ASSIS, Augusto, op. cit., p. 107). Esse equívoco é notado também por Luís Greco e Alaor Leite em: GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. In: *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. Madri-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 36-37.

Evangelista de Jesus, escritas no livro *Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas*. São Paulo: Saraiva, 2002, o qual teria incorrido em uma confusão entre domínio do fato, autoria mediata por domínio de organização e instigação⁹⁸. Assim, se

A contrata B para que este mate C, o amante de sua esposa. Após anos de maus-tratos nas mãos de P, M pede ao filho F, maior de idade, que mate o pai tirano. A e M são «mandantes», mas não autores, e sim partícipes, instigadores. Isso com ou sem a teoria do domínio do fato, mais até com ela do que sem ela. Porque sem a teoria, o natural seria entender, arrimado na letra do art. 29, *caput*, CP, que A e M, já por terem concorrido para o crime, são autores. Só teorias que conectam a autoria à realização do tipo, como a teoria formal-objetiva ou a teoria do domínio do fato, farão de A e M partícipes⁹⁹.

Beatriz Vargas Ramos tem a mesma conclusão desses autores citados no que diz respeito à teoria formal-objetiva e, especialmente, no que tange à figura do “organizador”¹⁰⁰. Diz a penalista brasileira que o agente que organiza ou promove a atuação dos demais não é coautor, visto que não realiza atos de execução, nem mesmo por intermédio de outras pessoas, pois limita-se à fase anterior da execução, planejando-a, dispondo sobre seus meios e modos, definindo o papel dos diversos agentes¹⁰¹.

Em coerência com tudo quanto ficou assentado recentemente, entende-se que o superior empresarial deve ser considerado *partícipe por instigação* quando seu subordinado age em cumprimento de suas ordens .

Resta apenas investigar a possibilidade de haver *coindução, indução mediata e indução em cadeia*.

A *coindução* verifica-se quando várias pessoas (superiores empresariais), acordadas entre si, conjuntamente “com papéis repartidos” persuadem o autor (subordinado) a praticar o fato¹⁰².

⁹⁸ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. In: *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. Madri-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 38.

⁹⁹ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. In: *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. Madri-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 37-38.

¹⁰⁰ Segundo Beatriz Vargas Ramos, organizador “[é] aquele que, como o próprio nome está a indicar, organiza a atuação dos executores, planeja a execução, dispõe sobre os meios e os modos da atividade criminoso” (VARGAS RAMOS, Beatriz, op. cit., p. 33).

¹⁰¹ VARGAS RAMOS, Beatriz, op. cit., p. 34.

¹⁰² ROXIN, Claus, op. cit., 2014, p. 270.

Já a *indução mediata* ocorre quando o instigador utiliza um terceiro, nas mesmas hipóteses da autoria mediata, a persuadir o autor a praticar o fato¹⁰³. Por fim, há indução em cadeia quando, no exemplo de Roxin, “A” persuade “B” para que induza “C” a uma falsificação de documento. Observa-se, contudo, que não é necessário que o instigador mais distante conheça nominalmente cada um dos indutores intermediários nem mesmo o autor. Sem embargo, certamente há de se examinar em detalhes as exigências de determinação e precisão do dolo do indutor em cada indutor individual dentro da cadeia. Ademais, há de concorrer em cada indutor intermediário o caráter incitador de indução¹⁰⁴.

Acrescenta-se, ainda, que haverá a incidência da *agravante genérica* do art. 62, III, do CPB¹⁰⁵, por ter o superior da empresa *instigado* alguém sob sua autoridade¹⁰⁶.

Outrossim, cabe a referência à questão de a *ordem* do superior ser ilegal. Quando a ordem for legal, o subordinado da sociedade empresária atuará no *estrito cumprimento de um dever legal*. Contudo, atuará no *exercício regular de um direito*, quando a ordem não decorrer de uma imposição de lei, mas estiver fundada no exercício de uma atividade *fomentada* ou *permitida* pelo sistema jurídico¹⁰⁷. Aliás, trata-se de condutas que poderão excluir a tipicidade ou a ilicitude do fato¹⁰⁸.

Porém, tratando-se de *ordem ilegal*, como é o caso aqui, deve-se chamar a atenção para a *inaplicabilidade* da excludente de culpabilidade *obediência*

¹⁰³ ROXIN, Claus, op. cit., 2014, p. 271.

¹⁰⁴ ROXIN, Claus, op. cit., 2014, p. 272.

¹⁰⁵ “Art. 62. A pena será ainda agravada em relação ao agente que: [...] III – instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal.”

¹⁰⁶ Não se trata da aplicação da agravante do “agente que promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes” (art. 62, I, CPB), uma vez que não se trata de coautoria. Nesse sentido, Nilo Batista: “Sem sombra de dúvida, o organizador é coautor, ainda que não tenha qualquer envolvimento pessoal na execução do delito. [...] Sua coautoria está fundada no domínio funcional do fato, e subsiste se e enquanto detiver este domínio. Não provém da simples circunstância de organizar a engenharia do empreendimento delituoso; [...] Assim, concluímos que a agravante prevista no art. 62, inc. I, CP só é cabível em hipóteses de coautoria” (BATISTA, Nilo, op. cit., p. 106-107).

¹⁰⁷ SANZO BRODT, Luís Augusto. *Do estrito cumprimento do dever legal*. Porto Alegre: Fabris, 2005, p. 181-182.

¹⁰⁸ “[...] o estrito cumprimento de dever legal [...] torna a conduta atípica. O exercício regular de direito, diferentemente, pode afastar a tipicidade ou excluir a ilicitude do comportamento. [...] Com efeito, enquanto os comportamentos em estrito cumprimento de dever legal são sempre exigidos pela ordem jurídica, porque embasados em normas preceptivas (cuja violação acarreta imposição de sanção criminal), quem exerce um direito pode estar realizando uma ação fomentada (embora não seja imposta como observância obrigatória) ou meramente admitida pelo sistema jurídico. Assim, no primeiro caso, o exercício do direito conduz à atipicidade da conduta; no segundo, o que há é a exclusão da ilicitude” (SANZO BRODT, Luís Augusto. *Do estrito cumprimento do dever legal*. Porto Alegre: Fabris, 2005, p. 182).

hierárquica (art. 22 do CPB), por se tratar de relações de Direito Privado, podendo-se cogitar de inexistência de conduta diversas¹⁰⁹.

PUNIÇÃO DO SUPERIOR EMPRESARIAL COM PENA DE AUTOR

Schünemann é partidário desse entendimento. O renomado penalista alemão adota como ponto de partida o critério do *domínio do fato* de Roxin para os *crimes de comissivos comuns* (não especiais, que não exigem condições ou circunstâncias especiais do sujeito ativo)¹¹⁰.

Contudo, Schünemann entende que, nos *crimes de empresa*, especialmente nas relações entre superior e subordinado, sobrepõe-se à participação uma *posição de garante* do superior em razão de seu dever de vigilância sobre a fonte de perigo, materializada na atividade empresarial (ou seja, *empresa* como fonte de perigo)¹¹¹.

No caso objeto deste trabalho, é o superior que toma a decisão determinante sobre a questão da lesão ao bem jurídico, ou seja, o superior é a pessoa que domina o curso do sucesso no marco de sua relação de domínio, e é sobre essas pessoas que o Direito Penal com a ameaça de pena deve se dirigir. Assim, sob essa diretriz, quem exerce o *domínio sobre uma fonte de perigo* não pode ser considerado apenas mero partícipe¹¹²⁻¹¹³.

130

Enfim, em razão da soma dessa dupla posição sob a qual está submetido o superior empresarial (partícipe ativo e garante), Schünemann diz tratar-se de *coautoria*.

¹⁰⁹ CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel, op. cit., p. 154.

¹¹⁰ SCHÜNEMANN, Bernard. *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2009, p. 428.

¹¹¹ “Quien conduce un vehículo o pasea con un perro peligroso domina esa fuente de peligro y, por consiguiente, posee un dominio sobre las consecuencias provenientes de esa fuente de peligro, independientemente de que intervenga activamente (por ejemplo, azuzando al perro contra un transeunte), o de que sencillamente deje correr el curso del suceso en el marco de su relación de dominio (poe ejemplo, cuando el perro se lanza contra un transeunte y no es llamado por su dueño para que regrese)” (SCHÜNEMANN, Bernard. *El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro*. Tradução de Mariana Sacher. Original publicado no livro em homenagem ao Prof. Gonzalo Rodríguez Maourullo, Navarra, 2005, p. 41).

¹¹² SCHÜNEMANN, Bernard. *El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro*. Tradução de Mariana Sacher. Original publicado no livro em homenagem ao Prof. Gonzalo Rodríguez Maourullo, Navarra, 2005, p. 42.

¹¹³ Nas palavras de Schünemann: “[...] considero apropiada la admisión de una coautoría si y porque el principal, por um lado, tiene una posición de garante [...], y, por outro, llega a poseer un control tan intenso sobre el hecho por su contribución activa adicional que sus aportaciones, aisladamente calificables de inducción y participación omissiva, unidas sólo pueden abarcarse adecuadamente por la pena de la coautoría” (SCHÜNEMANN, Bernard, op. cit., 2003, p. 19).

Contudo, deve-se ressaltar que a posição de garante do superior empresarial em razão do dever de vigilância sobre fonte de perigo não se presume em todo e qualquer momento. Deve-se analisar, no caso concreto, se se fazia presente o domínio. Em suma, verificando o comando do superior, saberá que se trata de participação, mas deverá analisar ainda se havia o domínio sobre o fundamento do resultado para, possivelmente, afirmar a coautoria.

Outrossim, seguindo as lições de Wilfried Bottke, estabelecer uma dogmática de autoria com diversas exceções para casos especiais acaba por esvaziar a própria dogmática¹¹⁴. Assim, criar um conceito específico de coautoria para os crimes de empresa esvazia a sistematização do instituto do concurso de pessoas.

PARTICIPAÇÃO E ATRIBUIÇÃO DE PENA DE AUTOR POR MEIO DE NORMA DE EXTENSÃO

Conforme a orientação doutrinária examinada nesse item, a conclusão jurídica no sentido de considerar o superior empresarial partícipe da conduta realizada pelo seu subordinado em cumprimento a suas ordens, não é razoável, nem legítima. Nas hipóteses tratadas neste trabalho, o instigador exerceria um papel central na realização do evento criminoso, enquanto, nos casos de instigação, a posição do partícipe seria meramente acessória.

Klaus Tiedmann perfila essa proposta. Tiedmann comandou um grupo de penalistas para a estudos sobre crimes econômicos na União Europeia. O resultado desses estudos foi a publicação de uma proposta de projeto sob a seguinte denominação: “Eurodelitos. El Derecho penal económico en la Unión Europea” que, no artigo 15, item 2, “b” faz proposta inspirada nesse critério¹¹⁵.

Outra solução apontada é a tese de Wilfried Bottke, que sugere a previsão de *norma de extensão* capaz de estabelecer previamente quem são os possíveis responsáveis pelos resultados ocorridos no marco de uma lei que abrange um grupo de crimes organizados sob uma mesma objetividade jurídica¹¹⁶.

¹¹⁴ BOTTKE, Wilfried, op. cit., p. 24.

¹¹⁵ Art. 15. Responsabilidad por comportamientos ajenos:

1. Será también sancionado como autor, en los supuestos a que se refiere el apartado segundo, quien debido a su dominio sobre otra persona está obligado legalmente a evitar que actúe elicitamente, siempre que tenga conocimiento del hecho y hubiera podido impedir o dificultar esencialmente su realización mediante supervisión adecuada. La pena se atenuará en un cuarto de su extensión si el autor únicamente podría haber dificultado la realización.

2. De acuerdo con el apartado primero, resultan responsables: [...]

b) Los propietarios o directores de un establecimiento o empresa, así como las personas con poder de decisión o control por hechos realizados por subordinados pertenecientes al tráfico del establecimiento o de la empresa

¹¹⁶ BOTTKE, Wilfried, op. cit., p. 29.

É nesse sentido, por exemplo, que caminha a proposta do Corpus Iuris para a proteção ou tutela dos interesses financeiros da União Europeia¹¹⁷:

A necessidade de haver esta *norma de extensão* decorre do caráter imperativo do *princípio da legalidade* que exige a definição prévia dos elementos do tipo. Isso significa que este tipo de cláusula, como anota Juarez Tavares, não pode ampliar indevidamente as possibilidades de punição¹¹⁸, devendo possuir um caráter limitativo do poder punitivo. Deve se ter em mente que estas *normas de extensão* não possuem o conteúdo capaz de determinar a reponsabilidade por conduta alheia, isto é, estas cláusulas não podem significar que o superior é responsável pela conduta de seu subordinado por simplesmente ocupar uma posição no interior da estrutura empresarial¹¹⁹.

Muito próximo disso, mas restrito aos crimes cometidos no exercício de cargos públicos, é o que prevê o § 357 do Código Penal alemão¹²⁰.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao cabo da explanação acerca da responsabilidade penal do superior empresarial pelos atos praticados pelo subordinado em cumprimento às suas ordens, parece ter ficado claro que, *de lege lata*, não é possível falar-se em coautoria, nem autoria mediata e nem mesmo em participação punida com pena de autoria.

132

A coautoria deve ser afastada uma vez que ausentes os requisitos do *domínio funcional do fato*.

¹¹⁷ Si se cometiere un delito por cuenta de una empresa por una persona que se halle sometida a la autoridad del director de la empresa o de otra persona dotada de poder de decisión o control en la empresa, es también penalmente responsable el director de la empresa o el titular de la decisión o el control, si tuvo conocimiento de la comisión del delito, dio instrucción u orden de comprometerlo, dejó que el delito sucediera u omitió las medidas de control requeridas. “Se um fato punível é cometido através de uma empresa, por uma pessoa que está sob a autoridade do dirigente ou de outra pessoa que detenha o poder de controle ou decisão na mesma, então também o dirigente da empresa ou o detentor do controle ou da decisão é responsável, caso tivesse conhecimento do cometimento do fato punível, dado a ordem para o cometimento, deixado ocorrer o fato punível ou omitido as medidas de controle necessárias”. Texto traduzido por Pablo Alflen da citação feita por Roxin em: ROXIN, Claus, op. cit., 2006, p. 92.

¹¹⁸ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime omissivo*. Madrid-Barcelona-São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 344.

¹¹⁹ GRECO, Luís; ASSIS, Augusto, op. cit., p. 108.

¹²⁰ § 331 e ss. do Código Penal alemão. § 357. Inducción de un subordinado a un hecho punible (1) Un superior que induzca o trate de inducir a sus subordinados a un hecho antijurídico en el ejercicio del cargo o que permita que suceda tal hecho antijurídico de sus subordinados, incurra en el castigo que amenaza a ese hecho antijurídico. (2) La misma determinación se aplicará a un titular de cargo, a quien se le ha encargado de la supervisión o control de los actos de servicio de otro titular de cargo, en tanto que el hecho antijurídico cometido por éste último titular de cargo, afecte los asuntos que se encuentran sometidos a su supervisión y control.

Da responsabilidade penal do superior empresarial pelo cumprimento...

Ao reconhecimento da autoria mediata por domínio de organização, falta o pressuposto da atuação em contrariedade ao Direito. Já que, muito diferentemente dos membros de regimes políticos autoritários, a atuação do empresário, em geral, é conformada ao Direito.

À proposta que pretende aplicar ao superior empresarial a pena de autor, objeta-se que estabelecer uma dogmática de autoria com diversas exceções para casos especiais acaba por esvaziar a própria dogmática. Assim, criar um conceito específico de coautoria para os crimes de empresa esvazia a sistematização do instituto do concurso de pessoas.

Por outro lado, ao fim da pesquisa ficou evidente que, à luz do Direito vigente, o cometimento de crime em atendimento à ordem de superior empresarial, à luz do Direito brasileiro vigente, trata-se de participação por instigação.

Entretanto, *de lege ferenda*, reconhece-se que a importância da contribuição do superior hierárquico à execução da conduta pelo seu subordinado supera os limites da mera participação. Não pode ser considerada conduta meramente acessória.

Assim, a melhor solução em termos de política criminal seria tratar o superior hierárquico como *coautor* do ato praticado pelo subordinado que cumpre suas ordens. Propõe-se o caminho da reforma legislativa para incluir em nosso ordenamento uma norma de extensão capaz de atribuir ao superior empresarial uma pena equivalente ao do autor. Única solução compatível com o respeito ao princípio constitucional penal da legalidade.

Tal técnica já é empregada no Direito pátrio, por exemplo, no crime de fuga de pessoa presa (art. 351 do CPB).

Portanto, deve-se estabelecer uma norma penal de extensão de natureza complementar capaz de estabelecer a possibilidade de imputação a título de autor aos superiores hierárquicos que emitem ordens para a prática de crimes.

A imputação efetiva, saliente-se, dependeria ainda da verificação dos seus pressupostos fáticos.

Somente assim se lograria legitimar, no âmbito do Direito Positivo brasileiro, a solução que propõe atribuir-se a condição de coautor àquele que, valendo-se de sua posição de poder de comando no seio da sociedade empresária, emite ordem para prática de crime.

REFERÊNCIAS

ALFLEN, Pablo Rodrigo. O domínio por organização na dogmática penal brasileira do concurso de pessoas. *Direito em Revista*, v. 3, n. 1, 2006, p. 8-16.

ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014.

AMBOS, Kai. *A parte geral do direito penal internacional: bases para uma elaboração dogmática*. Tradução de Carlos Eduardo A. Japiassú e Daniel A. Raizman. São Paulo: RT, 2008.

AMBOS, Kai. Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtude de aparatos organizados de poder. Tradução de Manuel Cancio Meliá. *Cuadernos de Conferencias y Artículos*, n. 20, Universidad Externado de Colombia, 1998.

BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1, [e-pub].

BOTTKE, Wilfried. Criminalidad económica y derecho criminal económico en la República Federal de Alemania, tradução de Soledad Arroyo Alfonso, *Revista Penal*, Barcelona, n. 4, p. 21-29, jan. 1999.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2014.

CEREZO MIR, José. *Derecho penal: parte general*. São Paulo: RT, 2007.

CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. *El derecho penal de la empresa: desde una visión garantista*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2005.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Responsabilidad penal por omisión del empresário*. Madrid: Iustel, 2009.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de los delitos cometidos por su empleados*. Trabalho publicado no Seminário em homenagem ao Prof. Dr. Werner Beulke (Passau) em 17 de julho de 2007 e no Seminário do Prof. Dr. Claus Krefß (Colonia) em 24 de agosto de 2007.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*. Madrid: Reus, 2007.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal – parte geral, tomo I: questões fundamentais e a doutrina geral do crime*. 1. ed. brasileira, 2. ed. portuguesa. São Paulo: RT; Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

FORNARI, Ignacio Carlos ¿Resulta dogmáticamente posible aplicar la teoría del dominio del hecho a través de un aparato organizado de poder a los delitos empresariales? In: RUBINSKA, Ramiro M.; SCHURJIN ALMENAR, Daniel (Coords.). *Derecho penal económico*. Buenos Aires-Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2010. t. I, p. 709-766.

GRACIA MARTÍN, Luis. Actuaciones en lugar de outro y responsabilidad penal. In: GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. In: *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. Madri-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. In: *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. Madri-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, 2014.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa – parte general*. 2. ed. Valencia: Titant lo Blanch, 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial? *Revista Penal*, Salamanca, n. 9, p. 59-98, jan. 2002.

REGIS PRADO, Luiz. *Curso de direito penal brasileiro*. 9. ed. São Paulo: RT, 2010.

REGIS PRADO, Luiz. *Direito penal econômico*. 3. ed. São Paulo: RT, 2009.

ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em derecho penal*. 7. ed. Tradução de Joaquín C. Contreras e José Luis S. G. de Murillo. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2000.

ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general*. Tomo I: fundamentos, la estructura de la teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Pamplona: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general*. Tomo II: Especiales formas de aparición del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña; José Manuel Paredes Castañón; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Pamplona: Civitas, 2014.

ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. In: Aula Inaugural da Universidade de Luzern, Suíça. Tradução de Pablo Alflen. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito*, 21 jun. 2006, p. 69-94.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização” (Organisationsherrschaft). In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura (Coords.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 309-340.

SANZO BRODT, Luís Augusto. *Do estrito cumprimento do dever legal*. Porto Alegre: Fabris, 2005.

SCHÜNEMANN, Bernard. *El dominio sobre el fundamento del resultado*: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro. Tradução de Mariana Sacher. Original publicado no livro em homenagem ao Prof. Gonzalo Rodríguez Maourullo, Navarra, 2005. p. 981-1005.

SCHÜNEMANN, Bernard. *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2009.

SCHÜNEMANN, Bernard. Responsabilidade penal en el marco de la empresa. Dificuldades relativas a la individualización de la imputacion. *Seminário Internacional Complutense sobre a responsabilidade pelo produto*, realizado em novembro de 2003 na Faculdade de Direito da Universidade Complutense de Madrid.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del derecho penal de la Empresa*. Madrid-Montevideo-Buenos Aires: BdF, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Teoría del delito y derecho penal económico-empresarial. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MIRÓ LLINARES, Fernando (Dir.). *La teoría del delito en la práctica penal económica*. Madrid: La Ley, 2013.

STRATENWERT, Günter. *Derecho penal – parte general, I: El hecho punible*. Tradução de Gladys Nancy Romero. Buenos Aires: FJD, 1999.

TAVARES, Juarez. *Teoria do crime omissivo*. Madrid-Barcelona-São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico: introducción y parte general*. 2. ed. alemã (2007). Tradução de Héctor H. Basualto; Rodrigo A. Ramírez; Manuel A. A. Vásquez. San Jose: Grijley, 2009.

TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*. Tradução de Manuel Albano Vásquez. Lima: Grijley, 2007.

VARGAS RAMOS, Beatriz. *Do concurso de pessoas: contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do Código Penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

WELZEL, Hans. *Derecho penal – parte general*. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Delpalma, 1956.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. 11. ed. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993.

WELZEL, Hans. *Estudios de derecho penal*. Tradução de Gustavo Eduardo Aboso. Buenos Aires-Montevideú: BdeF, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal – parte general*. 2. ed. Buenos Ayres: Ediar, 2011.

DO ESTADO LIBERAL AO MODELO REPUBLICANO DE ESTADO: O DIREITO CONSTITUCIONAL PROCESSUAL DE DEFESA

FROM THE LIBERAL STATE TO THE REPUBLICAN MODEL: THE CONSTITUCIONAL PROCEDURAL RIGHT OF DEFENSE

Lucas do Monte Silva*

RESUMO

O presente artigo se propõe a fazer uma análise interdisciplinar do direito de defesa e sua relação com os modelos de Estado liberal e republicano. O objetivo geral é discutir as imbricações desses temas e relacioná-los à realidade social e jurídica do cenário brasileiro. Os objetivos específicos são: a) analisar o conceito de direito constitucional processual de defesa, verificando sua importância para o ordenamento jurídico e o processo, bem como analisar sua conceituação; (b) investigar a relação entre os referidos modelos de Estado e a importância lograda pelos direitos fundamentais nestes, buscando verificar até que ponto o direito de defesa é/era tutelado no processo dos referidos modelos.

Palavras-chave: direito de defesa; Estado liberal; Estado Republicano; estado da arte do Poder Judiciário.

ABSTRACT

This article aims to make an interdisciplinary analysis on the right of defense and its relationship with the liberal and republican State models. The general objective is to discuss the overlapping of these issues and how can we relate them to social and legal reality of the Brazilian scenario. The specific objectives are: a) to analyze the concept of constitutional procedural rigor of defense, examining its importance to the legal system

* Acadêmico do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico. Membro da Equipe Editorial da *Revista Direito e Liberdade* (ESMARN). Endereço para correspondência: Núcleo de Pesquisa em Ciências Sociais Aplicadas II, sala C4, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Av. Senador Salgado Filho, Lagoa Nova, Natal-RN, CEP: 59078-970, Brasil. E-mail: lucasdomonte1@gmail.com. Telefone para contato: (84) 99971-4332.

and process and analyze its concept; (b) investigate the relationship between the models of State and the importance spoofed for fundamental rights in this context and attempts to demonstrate the extent to which the right of defense is/was tutored in the process of this models of State.

Keywords: right of defence; liberal State; republican State; current state of the judiciary.

INTRODUÇÃO

À primeira vista, o título do presente artigo pode causar certo estranhamento em razão de sua amplitude e, até certo ponto, pacificação entre os teóricos da área quanto a tais temas, analisados de forma exclusiva; sejam a evolução, o aprimoramento e o aumento de importância do direito constitucional processual de defesa, seja a efetivação de direitos fundamentais ou o progresso do Estado liberal ao Estado republicano. A discussão, em momentos separados, já se tornou senso comum teórico na perspectiva *waratiana* do termo¹.

Desse modo, cumpre, de início, esclarecer que o presente escrito não tem o objetivo de os analisar de forma estanque, estática, sem as devidas contextualizações; ao revés, pauta-se por uma análise dinâmica e interdisciplinar entre os temas vertentes de maneira a albergar tanto o Direito Constitucional, Direito Processual Civil, Teoria Geral do Processo, como disciplinas propedêuticas tais como a Teoria do Estado e a Teoria Geral do Direito. Dito de outra forma, como objetivo geral deste trabalho, pretende-se discutir as imbricações desses temas e relacioná-los à realidade social e jurídica do cenário brasileiro.

Os objetivos específicos são: (a) analisar o conceito de direito constitucional processual de defesa, demonstrando a sua importância para o ordenamento jurídico e para o processo, bem como analisar sua conceituação no direito constitucional processual hodierno; (b) investigar a relação entre os modelos de Estado e a importância lograda pelos direitos fundamentais nesse contexto, buscando demonstrar até que ponto o direito de defesa é/era tutelado no processo, tanto no Estado liberal quanto no modelo republicano de Estado; (c) fazer uma análise crítica dos novos moldes de direito de defesa, a partir da perspectiva do Estado republicano. Pautou-se por esses objetivos, tendo em vista que qualquer discussão sobre Jurisdição, papel do Poder Judiciário e dos direitos fundamentais “não pode antes dispensar um recuo necessário sobre as fontes de legitimação encontradas nos períodos do Estado Liberal e do Estado Social, respectivamente”².

¹ WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *Sequência: estudos jurídicos e políticos*, [S.l.], p. 48-57, jan. 1982.

² GÓES, Ricardo Tinoco de. Jurisdição democrática: uma visão procedimentalista para a tutela substancial dos direitos. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 13, n. 2, p. 291-312, jul./dez. 2011, p. 293.

Nesse sentido, o trabalho divide-se em três seções nodais. Primeiramente, buscar-se-á analisar o direito constitucional processual de defesa, investigando os seus pormenores, bem como diferenciando-o do direito processual constitucional de defesa. Em seguida, será iniciado a análise do direito de defesa e da influência dos modelos de Estado em sua formação. Iniciar-se-á pelo modelo de Estado liberal, demonstrando ênfase do processo individual e na autonomia das partes. Após essa análise, já no contextual atual do Estado republicano, serão investigados os avanços e os retrocessos que podem ser observados no ordenamento jurídico pátrio, verificando-se as mitigações/aprimoramentos que o direito de defesa sofreu em prol da efetividade da tutela jurisdicional.

Para tanto, utilizar-se-á da metodologia bibliográfica e do método hipotético-dedutivo (quanto aos aspectos teóricos que serão abordados) e empírico (quanto aos dados que serão utilizados).

CONCEITO DE DIREITO CONSTITUCIONAL PROCESSUAL DE DEFESA

A Constituição é a ordem jurídica fundamental da coletividade³, albergando em seu texto diversas áreas e setores fundamentais para a sociedade e para o país. O Brasil, em particular, tem uma constituição analítica cujo nóculo principal é assegurar, no texto máximo do ordenamento jurídico, direitos e garantias fundamentais para o cumprimento e respeito dos objetivos e fundamentos da Constituição da República de 1988 (arts. 1º e 3º da CRFB/88). Isso ocorre devido ao passado obscuro do país, que passou duas décadas sob ditadura militar, em que os direitos fundamentais eram diariamente violados. Por isso, mostrou-se oportuno que, na transição do período militar para a democracia pós-constituição de 1988, fosse discutida e firmada, pública e expressamente, a necessidade de proteção desse núcleo essencial de direitos.

Nesse sentido, cabe ressaltar que a Constituição não se limita a proteger direitos e garantias, mas também apresenta um viés dirigente. Segundo NERY JÚNIOR, esse dirigismo constitucional funda-se na ideia de que os “textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundantes das políticas públicas num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de Direito, democráticos e sociais”⁴.

Observa-se, dessa forma, que a Carta Magna vincula todos os ramos do Direito, sobretudo o Direito Processual, aos seus princípios e contornos fundantes, isto é, estabelece o mínimo demarcador para cada área do Direito. Mostra-se oportuno salientar que essa mudança constitucional apresenta verdadeira

³ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 38.

⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. *Op. cit.*, p. 39.

mudança paradigmática (na noção kuhniana do termo)⁵, uma vez que, na vigência da Constituições anteriores, a importância do texto e dos valores constitucionais na interpretação/aplicação era quase-nula. Para aplicar o Direito Penal, o magistrado se limitava a interpretação dos dispositivos dos Códigos, sem demonstrar consideração ao texto constitucional para, por exemplo, aplicar o Código Penal, fazia a leitura tão somente desse Código, sem observar as questões constitucionais pertinentes ao caso.

Hodiernamente, essa situação não é mais realidade em grande parcela do Judiciário (há juízes que são exceção, sobretudo devido ao ensino positivista exegético que tiveram em sua formação). O intérprete, contemporaneamente, ao aplicar os dispositivos infraconstitucionais necessários ao caso concreto, faz uma filtragem constitucional e verifica os pressupostos da Constituição da República de 1988. Ou seja, considerando a situação aventada, o intérprete fará uma leitura constitucional dos dispositivos do Código repressivo, verificando a adequação dessas normas ao texto maior. Assim, é em vez de aplicar determinada lei, mesmo que injustamente, tão somente porque o Código informa isso, lembrando o passado positivista do “juiz boca da lei”, o magistrado fará uma análise constitucional principiológica-valorativa da questão.

Dessa forma, em vez de apenas se inquirir: “o caso concreto se adequa ao tipo penal?”, também formulará outras perguntas, tais como: Essa norma é constitucional? Ela cumpre os preceitos constitucionais? Respeita a carga axiológica do texto constitucional?

140

É nesse contexto que o direito constitucional processual de defesa está presente, apresentando normas tanto na Constituição da República quanto na legislação infraconstitucional. Antes de adentrar a fundo em sua análise, mostra-se oportuno, primeiramente, diferenciar o direito processual constitucional do direito constitucional processual de defesa. Essa inversão de palavras, à primeira vista irrelevante, apresenta pertinentes mudanças quanto aos seus objetos. A primeira expressão – direito constitucional processual – consiste no conjunto de normas do direito processual de defesa que se encontram na Carta Magna. A segunda – direito processual constitucional –, por sua vez, consiste na união de princípios que têm como objetivo regular a jurisdição constitucional, por exemplo, a aplicação de institutos como o mandado de segurança, ação direta de inconstitucionalidade, entre outros.

Pois bem, mas, então, pergunta-se: o que é o Direito Constitucional Processual de Defesa? É o direito fundamental constitucional que assegura o contraditório e a ampla defesa, ou seja, aquele é o gênero do qual estes são espécies, que são conseqüências do devido processo legal (*due process of law*). Em linhas gerais,

⁵ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003. 262 p.

pode ser considerado, sem pretensão exaustiva, como o direito, assegurado no art. 5º, LV, da Constituição da República, segundo o qual deve ser facultado ao acusado a possibilidade de efetuar sua defesa quanto à imputação feita pela outra parte, de forma completa, isto é, sendo assegurada a possibilidade de efetuação de sua defesa no processo, bem como a possibilidade de influenciar a cognição do julgador, de forma a assegurar condições mínimas para uma jurisdição democrática em que a efetividade da tutela jurisdicional logra merecido lugar no discurso jurídico.

Nesse sentido, dispõe o art. 5º, LV, da CRFB/88 que: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O contraditório apresenta-se como princípio basilar do Estado Democrático de Direito, sendo o direito de ação e o direito de defesa manifestações desse relevante princípio constitucional⁶. Esse princípio funda-se na necessidade de transmitir conhecimento da existência da ação (citação) e de todos os atos do processo às partes (intimação), bem como da possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes pareçam desfavoráveis, de maneira que ambos os lados do processo sejam ouvidos paritariamente no processo. Tal direito não se limita às partes originárias do processo, indo além, atingindo todos os terceiros que possuem interesse jurídico no processo (litisdenunciado, oponente, chamado ao processo, oponente, Ministério Público – fiscal da lei – etc.)⁷

Dentro desse conceito, apresenta-se a igualdade de armas (*waffengleichheit*), a partir da qual garante-se que as partes possuam as mesmas oportunidades e o mesmos instrumentos para que possam garantir seus direitos e pretensões, seja no ajuizamento da ação, seja requerendo a realização de prova ou outros direitos inerentes à posição da parte. Sobreleva notar, no entanto, que essa igualdade não é absoluta, visto que seu invólucro se ajusta à realidade e à igualdade das situações processuais. A título de exemplo, um autor que não sucumbiu no processo, não possui o interesse de recorrer e, conseqüentemente, não preenche os requisitos de admissibilidade dos recursos. Impedir que essa forma de impugnação seja utilizada pelo autor, enquanto o réu a possui, não viola o contraditório, tampouco a ampla defesa⁸.

Nesse sentido, GÓES aponta que:

[...] não prospera mais a disponibilidade do uso de todos os meios de resposta, utilizados sob o pálio da ampla defesa, quando as suas adoções

⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. Op. cit., p. 205.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil* – teoria geral do processo. 3. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 305. v. 1.

⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. Op. cit., p. 239-240.

se mostrarem claramente comprometidas com o sentido de protelar, de procrastinar a solução da controvérsia. Também a formulação de pedidos não representativos da provisão de uma tutela adequada deve ser revista pelo órgão de jurisdição para que se mostre servível e útil à consecução de um resultado prático a advir do processo. É que a garantia individual contida na liberdade de postular não pode significar a subversão do sentido de utilidade e de adequação inerentes à função jurisdicional do Estado⁹.

Com efeito, o juiz possui o *dever* de garantir essa igualdade de armas entre os litigantes, de forma a assegurar o contraditório e a ampla defesa¹⁰. É evidente que, caso as partes percebam que seus direitos estão sendo prejudicados, elas poderão utilizar-se das medidas cabíveis para corrigir essa injustiça; mas não se pode olvidar que o juiz possui um papel ativo de assegurar esse direito-garantia das partes¹¹.

Há de ressaltar que nem sempre será possível esse diálogo do contraditório entre as partes. No caso dos provimentos jurisdicionais que têm a necessidade da concessão de medida liminar, como o caso da antecipação da tutela de mérito e do provimento cautelar, também chamados de *liminar inaudita altera pars*, esse contraditório é *diferido*, de forma que não há violação dos direitos inerentes ao direito constitucional processual de defesa¹². Isto é, em razão da urgência e da premente necessidade da concessão de medida liminar, o juiz poderá conceder o provimento pleiteado, sem que o outro litigante possa influenciar *a priori*

⁹ GÓES, Ricardo Tinoco de. Jurisdição democrática: uma visão procedimentalista para a tutela substancial dos direitos. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 13, n. 2, p. 291-312, jul./dez. 2011, p. 304.

¹⁰ “Dentre os seus elementos essenciais, consta o direito à colaboração no processo, que impõe ao juiz um duplo papel na sua condução: paridade no diálogo e assimetria apenas no momento da decisão”. (MITIDIERO, Daniel. Processo justo, colaboração e ônus da prova. *Revista TST*, Brasília, v. 78, n. 1, jan./mar. 2012, p. 67). “Aqui importa desde logo deixar claro: a colaboração no processo não implica colaboração entre as partes. As partes não querem colaborar. A colaboração no processo que é devida no Estado Constitucional é a colaboração do juiz para com as partes. Gize-se: não se trata de colaboração entre as partes. As partes não colaboram e não devem colaborar entre si simplesmente porque obedecem a diferentes interesses no que tange à sorte do litígio” (MITIDIERO, Daniel. Processo justo, colaboração e ônus da prova. *Revista TST*, Brasília, v. 78, n. 1, jan./mar. 2012, p. 71).

¹¹ Nesse sentido, cabe ressaltar determinadas diferenças entre o contraditório do processo penal e o contraditório do processo civil. No primeiro, o contraditório deve ser efetivo, real e substancial, de forma que mesmo que o réu seja revel, o juiz nomeará defensor dativo para que haja defesa técnica substancial. Isso ocorre devido à importância do bem da vida do processo: a vida e liberdade do cidadão. No segundo, por sua vez, esse direito é mitigado, sendo suficiente que os litigantes possuam a oportunidade de serem ouvidos no processo, evidentemente, com as características inerentes a ela (nos casos de direitos disponíveis).

¹² Dessa forma, cumpre uma das funções do processo: distribuir de forma isonômica o ônus do tempo no processo (MITIDIERO, op. cit.).

nessa decisão, sendo ouvido posteriormente no procedimento. Ou seja, o contraditório é *diferido*, mas ainda sim, há contraditório, respeitando os princípios fundamentais para a defesa dos litigantes.

A ampla defesa, por sua vez, consiste na dimensão material do contraditório, isto é, apresenta-se como o poder de influência na decisão que as partes devem possuir, ou seja, assegura que aos litigantes devem ser fornecidos meios para que seja possível interferir na cognição do magistrado e, conseqüentemente, no provimento jurisdicional¹³. Por essa dimensão, “deve-se se entender o conteúdo de defesa necessário para que o réu possa se opor à pretensão da tutela do direito (à sentença de procedência) e à utilização do meio executivo inadequado ou excessivamente gravoso”¹⁴, mas não que seja uma defesa ilimitada, superando os limites de sua participação.

Findo o referencial teórico necessário para o entendimento do que o trabalho se propõe, parte-se para o ponto de reflexão do artigo, qual seja, analisar o comportamento do direito aqui destrinchado, de acordo com os modelos de Estados.

As próximas seções terão como objetivo perquirir e mostrar como o direito constitucional processual de defesa se comporta diante das diferenças de cada modelo de Estado.

O PROCESSO E O DIREITO DE DEFESA NO ESTADO LIBERAL: A DEIFICAÇÃO DA LEI, AUTOSSUFICIÊNCIA DAS PARTES E A ÊNFASE NO INDIVIDUAL

143

A consolidação do Estado liberal, primeiro Estado jurídico/moderno, não tem uma data de nascimento específica. Segundo SANTOS, esse fenômeno “percorre um caminho não contínuo, mas que enlaça variadas circunstâncias do modelo europeu de governar”¹⁵.

O Estado liberal teve como principal ponto de partida a irresignação da população, sobretudo da burguesia, que estava esgotada do Absolutismo, no qual o rei criava, modificava e aplicava a lei, sendo ele seu ponto de partida (criação da lei) e ponto de chegada (o desrespeito à lei atingia a soberania do rei). A partir desse contexto, nasce o Estado moderno como a criação dos homens, isto é, pela vontade racional dos indivíduos, materializada, segundo alguns teóricos como Rousseau, Hobbes e Locke, de Contrato Social.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 305.

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 310.

¹⁵ SANTOS, Lucas Wallace Ferreira dos. *Prolegômenos para um conceito de jurisdição comunista: do viés autoritário à crítica da democratização*. 2014. 72f. Monografia (Curso de Bacharelado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas, p. 18.

O zênite dessas teorias e da irresignação da burguesia se encontra na Revolução Francesa, aliada às Revoluções Inglesa e Americana, com influências da revolução da razão, quando há o fim do Estado absolutista em prol do Estado liberal.

Em linhas gerais, o Estado liberal tem como característica: a) busca a autonomia política, limitando o poder do Estado; b) separação e independência dos poderes; c) respeito às liberdades individuais (chamadas, hodiernamente, de direitos fundamentais de primeira dimensão); d) subordinação total ao Direito, sendo necessário o total respeito à lei; e) livre iniciativa; f) tutela do direito de propriedade. Em outras palavras: o Estado tinha como princípio norteador a liberdade plena do cidadão em relação ao Estado, de forma que deveria ser o menos interventor possível, abrindo azo para que os cidadãos, por vontade própria, pudessem criar as regras para si mesmos; ou seja, o Estado “não poderia influir nos negócios individuais, tendo os direitos, então, um perfil mais individualista e uma conotação mercadológica”¹⁶.

Esse perfil liberal, por consectário, teve manifesta influência no Direito e na sua forma de aplicação. Nesse modelo de Estado, os parlamentos (Legislativo), tendo por base o princípio da legalidade, ganharam primazia, enquanto, o Poder Judiciário e Executivo assumiram posições de subordinação. A lei era elaborada pelo Legislativo como norma geral e abstrata, com o objetivo de defender os cidadãos dos abusos do modelo de Estado anterior (absolutista). O juiz, por sua vez, possuía poderes reduzidos, limitando-se a ser a “boca da lei”, pronunciando o sentido unívoco da lei, primando pela segurança jurídica em detrimento da justiça do caso concreto¹⁷. Tal contexto forneceu os esteios para o desenvolvimento do positivismo jurídico.

Como consequência das concepções filosóficas e políticas do liberalismo, tenta-se transformar o Direito em uma ciência abstrata e formal, imune às vicissitudes histórias e da concretude dos casos¹⁸.

O Poder Judiciário assumia uma posição passiva, de “um poder/função subordinado(a), que teria a missão exclusiva de reproduzir e revelar as palavras da lei”¹⁹, isto é, sendo um instrumento de mera reprodução, e não de criação (no

¹⁶ ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira; CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da. O processo, os direitos fundamentais e a transição do Estado Liberal clássico para o Estado Contemporâneo. *Revista Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 3, n. 1, jan./jun. 2011.

¹⁷ Para DALLARI, “essa atitude de apego às formalidades legais, sem preocupação com a justiça, é uma herança do positivismo jurídico desenvolvido no século dezanove e que, por sua vez, foi uma aplicação degenerada de um preceito muito antigo, enunciado por Platão e desenvolvido por Aristóteles” (DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juizes*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 82).

¹⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 90.

¹⁹ SILVA, Ovídio. Op. cit., p. 90.

caso concreto) do Direito. Uma “hipervalorização da lei levou a uma deificação da lei com a criação de códigos como fonte de todo o direito e a plenitude do ordenamento jurídico”²⁰.

O paradigma racionalista logra maior espaço nesse contexto. Para o paradigma iluminista, tinha-se como foco transformar o Direito em uma ciência abstrata e formal, construída com puros conceitos, com vocação, como toda definição, para a eternidade²¹. Assim, “reduzindo-o a uma equação matemática, na medida em que o magistrado, com base num rito ordinário fase a fase, busca, ao final, aplicar a lei a um caso concreto, encontrando a resposta como se fosse uma verdade matemática”²². Com isso, o magistrado teria como única tarefa encontrar e pronunciar a vontade lei, não importando a justiça, mas sim a segurança jurídica promovida²³.

O processo era compreendido por uma ótica privada. Considerava-se que os cidadãos eram autossuficientes e não seria necessário auxílio estatal para tutelar seus direitos. Nesse sentido, “o Judiciário não possuía poderes de impulsionar o processo, instruir a causa ou investigar assuntos relevantes em busca da verdade real”²⁴, prevalecendo a autonomia privada, isto é, vontade das partes, não apenas no que tange o direito material (cumprimento de um contrato), mas também no direito processual (prazos do processo). Além disso, em razão de seu perfil nitidamente individualista, mostrou-se incapaz de juridicializar conflitos coletivos²⁵, tão importantes para o Direito contemporâneo.

Aliás, essa etapa do modelo de Estado protegia com “toda ênfase, e até com a exclusão de outros direitos, os interesses privados e intensamente os direitos de caráter patrimonial, em detrimento de outros, cujas ordens de valores mais se afinassem com a esfera coletiva e o interesse marcadamente público”²⁶.

Constata-se, a partir da análise das características do Estado liberal, que o direito constitucional processual de defesa não tinha a importância que tem

²⁰ ALBERTON, Genacéia da Silva. Repensando a jurisdição conflitual. *Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência*, v. 36, n. 115, set. 2009, p. 119-158, p. 126.

²¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Op. cit., p. 265.

²² RODRIGUES, Alexandra Gato; ISAIA, Cristiano Becker. A necessária evolução do processo civil no estado brasileiro: um panorama jurisdicional democrático. *Revista Derecho y Cambio Social*. Perú. Disponível em: <<http://bit.ly/1wxgLor>>. Acesso em: 24 out. 2014.

²³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

²⁴ VIEIRA, Gustavo Silveira. *Do estado liberal ao estado constitucional: o processo cooperativo e os deveres de colaboração no novo Código de Processo Civil*. 2014. Disponível em: <<http://bit.ly/1FONacJ>>. Acesso em: 25 out. 2014.

²⁵ RODRIGUES, Alexandra Gato; ISAIA, Cristiano Becker. Op. cit.

²⁶ GÓES, Ricardo Tinoco de. Jurisdição democrática: uma visão procedimentalista para a tutela substancial dos direitos. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 13, n. 2, p. 291-312, jul./dez. 2011, p. 296.

atualmente. Em razão da posição passiva da magistratura, o Judiciário não podia instruir a causa, buscando a verdade “real”, solicitando a apresentação de provas etc. A defesa era mitigada em prol da vontade das partes e da segurança jurídica. Cabe esclarecer, contudo, que há uma maximização dos instrumentos de defesa. Não obstante haja um rol extenso e diverso de matérias de cunho processual que podem ser alegadas tanto pelo autor quanto pelo réu, o elenco de defesas processuais “passíveis de alegação pelo réu é bem maior do que aquele disponível ao autor”²⁷.

A título de exemplo, seguindo essa linha liberal-racionalista, não eram permitidos os julgamentos com base em juízos de verossimilhança com cognição sumária das provas²⁸. Abriria-se azo para a insegurança jurídica e a banalização do conteúdo e definitividade da sentença, que são questões contrárias aos valores e princípios liberais e individualistas.

Nesse sentido, ESPÍNDOLA e CUNHA apontam que:

A função da tutela cautelar é proteger um direito material à segurança. A questão da existência de uma pretensão à segurança, ínsita em todo ordenamento jurídico estatal, é uma decorrência lógica da ideia de monopólio da jurisdição. Assim, o fundamento da pretensão à segurança, ou do “direito substancial de cautela”, emerge dos princípios constitucionais do processo, imanente a todo Estado de Direito. A jurisdição de urgência, enfim, serve para dar efetividade à tutela jurídica estatal, concretizar o perfil de Estado democrático de direito, garantindo direitos fundamentais. Mas para que o sistema de justiça admita isso, antes há que concluir a transição paradigmática, e despir-se dos compromissos liberais, individualistas e normativistas²⁹.

Nota-se, dessa forma, que a efetividade e legitimidade das decisões judiciais, como a utilização da tutela cautelar, eram postas em segundo plano, em prol da segurança jurídica, ou melhor, da pretensão à segurança³⁰, mediante o privilégio da cognição exauriente.

²⁷ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Direito de defesa e tutela jurisdicional*: estudo sobre a posição do réu no processo civil brasileiro, Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da USP. Inédita. São Paulo, 2008.

²⁸ ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira; CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da. O processo, os direitos fundamentais e a transição do Estado Liberal clássico para o Estado Contemporâneo. *Revista Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 3, n. 1, jan./jun. 2011.

²⁹ ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira; CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da. O processo, os direitos fundamentais e a transição do Estado Liberal clássico para o Estado contemporâneo. *Revista Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 3, n. 1, jan./jun. 2011, p. 87.

³⁰ SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 166-167.

O DIREITO CONSTITUCIONAL PROCESSUAL DE DEFESA NO MODELO REPUBLICANO DE ESTADO: TUTELAS DE URGÊNCIA, PROCESSOS REPE- TITIVOS E A ÊNFASE NO COLETIVO

Diante da necessidade da superação do paradigma exposto – liberal-racionalista-, mostraram-se necessárias mudanças, sobretudo em face das exigências do cenário do século XXI, como os direitos sociais e coletivos, que necessitam da atuação ativa do Poder Judiciário na sua efetivação e garantia frente à omissão estatal (Poder Legislativo e Poder Executivo).

Com efeito, o Estado liberal passa, paulatinamente, a ser substituído pelo modelo republicano de Estado, a partir do qual o aparelho estatal deixa de ter tão somente obrigações negativas (garantir e defender a liberdade individual dos cidadãos), para albergar também as obrigações positivas em relação aos seus cidadãos, efetivando as prestações sociais e promovendo um ambiente mais democrático para as novas ideias³¹. Segundo SANTOS, esse novo modelo de Estado é “uma evolução superestrutural do Estado liberal”, aderindo à ordem capitalista sem perder a pauta social, caracterizando-se por ser um Estado “de todas as classes, estado conciliador, estado mitigado de conflitos e pacificador das relações trabalhistas, que busca superar a contradição entre igualdade política e desigualdade social”.

Trata-se de uma evolução do papel do Estado, no sentido de um Estado social mais compromissado com o cidadão, isto é, deixa de ser mero ordenador da sociedade, como na fase liberal, nem é promovedor ilimitado, como na visão social (*Welfare State*), para ser um Estado Democrático de Direito, cujo objetivo é transformar da realidade (um *plus* normativo em relação às fases anteriores), ou melhor, ser um instrumento de emancipação social³².

Isso ocorre por meio de um Estado mais garantista, que não se limita a exercer função de proteção negativa do Estado; ao revés, tem como objetivo, por meio dos princípios da proibição do retrocesso e do princípio da proporcionalidade, além da segurança jurídica, fornecer a proteção positiva dos direitos fundamentais, isto é, o Estado dirige-se no sentido, segundo STRECK³³, de dar uma “resposta para as necessidades de segurança de todos os direitos, também dos prestacionais por parte do Estado (direitos econômicos, sociais e culturais), e

³¹ Para fins deste trabalho acadêmico, os modelos de Estado – Estado Social/Providência e o Estado Democrático de Direito/Estado de Direito – estão sendo tratados como espécies do gênero republicano de Estado.

³² STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

³³ STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 3.

não somente daquela parte de direitos denominados de prestação de proteção, em particular contra agressões provenientes de comportamentos delitivos de determinadas pessoas.”

Em outras palavras, o Estado, além de efetuar a proteção negativa dos direitos (abstenção do Estado frente aos cidadãos), também inicia a tutelar o aspecto positivo dos direitos, isto é, o Estado começa a se preocupar com os casos em que determinados direitos fundamentais não são suficientemente protegidos (garantismo positivo). O Estado, no que diz respeito aos direitos fundamentais, deixa de se abster, para exercer a função de garantir que os direitos fundamentais sejam exercidos pelos cidadãos de forma livre, eficaz e efetiva, sem nenhum impedimento ou proteção deficiente³⁴. Assim, logrando um papel ativo na proteção de direitos e garantias fundamentais³⁵.

Para ESPÍNDOLA e CUNHA:

O Estado Democrático de Direito emerge para combater a filosofia política dos fins limitados do Estado, pretendendo dar valor aos cidadãos através do culto à justiça e sabendo que é fundamental dar ao conceito de justiça um conteúdo substancial e efetivo, reduzindo as diferenças sociais e econômicas, devendo ser, indispensavelmente, um Estado intervencionista, agindo sobre a ordem econômica e social³⁶.

³⁴ “Vê-se que, do ponto de vista da ideologia providente transportada para a Jurisdição, é perceptível que a ampliação das garantias sociais desencadeou demandas dificilmente suportáveis pelos tribunais, pois o método de decisão até mesmo neste século, por exemplo, acarreta um problema às avessas. Ideologiza-se o atendimento daqueles que ajuízam ações em demandas de saúde, mas que, por vezes, o Estado não suportaria se a demanda fosse para atender a população que passa pelo mesmo problema de saúde, faz-se referência aos casos de elevado custo para a pessoa doente.” (SANTOS, Lucas Wallace Ferreira dos. *Prolegômenos para um conceito de jurisdição comunista: do viés autoritário à crítica da democratização*. 2014. 72f. Monografia (Curso de Bacharelado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas).

³⁵ “Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede o crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área da iniciativa individual, nesse instante o Estado pode com justiça receber a denominação de Estado Social (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 186).

³⁶ ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira; CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da. O processo, os direitos fundamentais e a transição do Estado Liberal clássico para o Estado contemporâneo. *Revista Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 3, n. 1, jan./jun. 2011, p. 88.

Como consequência, a jurisdição e o perfil do Poder Judiciário sofreram mudanças. Este assume uma posição ativa, de maior aproximação com a sociedade, redefinindo os moldes das atividades jurisdicionais, isto é, modificando a resposta do questionamento quanto é papel do magistrado. Para algo mais humanístico, deixando a limitação racionalista do juiz boca-da-lei, em prol de um papel efetivador e garantidor de direitos, de forma a garantir uma tutela jurisdicional adequada e efetiva. Muda-se o juiz neutro-racionalista, que deve tratar o caso concreto como uma operação matemática, para um juiz humano, que leva em consideração o fulcro principiológico e axiológico do texto constitucional, em sua hermenêutica, tornando-se o promotor de justiça social³⁷.

A separação de poderes, por sua vez, passa a ser vista como um trabalho conjunto dos poderes em nome do Estado³⁸, com caráter dinâmico e harmônico³⁹, nunca como uma separação radical entre poderes⁴⁰. Isso acontece porque a harmonia “dos Poderes não decorre do sistema de freios e contrapesos, e sim da efetividade do mecanismo das responsabilidades recíprocas que concede a cada cidadão parcela da força de realizar o direito”⁴¹.

Dessa forma, conforme salienta STRECK, é possível:

Resgatar o mundo prático do direito e no direito significa colocar a interpretação no centro da problemática da aplicação jurídica, explorar o “elemento hermenêutico” da experiência jurídica e enfrentar aquilo que o positivismo desconsiderou: o espaço da discricionariedade do juiz e o que isso representa na confrontação com o direito produzido democraticamente. À luz de uma hermenêutica constitucional superadora das diversas posturas positivistas, esse espaço discricional é preenchido pela

³⁷ GÓES, Ricardo Tinoco de. Jurisdição democrática: uma visão procedimentalista para a tutela substancial dos direitos. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 13, n. 2, p. 291-312, jul./dez. 2011, p. 296.

³⁸ BARCELLOS, L. C. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional e o contramajoritarismo no contexto da judicialização da política e do ativismo judicial. *Prismas: direito, políticas públicas e mundialização*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 26, jan./jun. 2011, p. 23.

³⁹ “A própria constituição é um organismo vivo, sempre em movimento como a vida mesma e está submetida à dinâmica da realidade que jamais pode ser captada através de formulas fixas. Uma Constituição não é jamais idêntica a si mesma e está submetida constantemente ao *panta rhei heraclitiano* de tudo que vive” (LOEWESNSTEIN, K. *Teoria de la Constitución*. 4. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1986, p. 164).

⁴⁰ Cf. SAMPAIO, J. D. L.; CRUZ, A. R. S. *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001; ODORISSI, L. F.; RIBEIRO, C. S. *A jurisdição constitucional como garantia da efetivação dos direitos fundamentais: legitimidade e (in)segurança jurídica?* II Simpósio Internacional de Direito: dimensões materiais e eficacias dos direitos fundamentais. UNOESC, 2012, p. 146.

⁴¹ CAMPOS, H.; BANDEIRA, L. Ulisses x Hércules: o perfil do Judiciário brasileiro nas decisões de inconstitucionalidade. *Revista CEJ*, Brasília, ano XVI, n. 58, p. 58-64, set./dez. 2012, p. 60.

tematização dos princípios constitucionais, que nada mais fazem do que resgatar o mundo prático esquecido pelo fatalismo das posturas teóricas positivistas⁴².

Nessa linha, não há dúvida de que a Constituição e o Direito, como um todo, devem buscar efetividade no cotidiano do brasileiro, isto é, deve ocorrer a concretização de sua função social das normas constitucionais, ou melhor, a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais. Afinal, o Direito existe para se tornar realidade, a verificação se isso está realmente ocorrendo não pode ser estranha ao seu objeto de interesse e de estudo, isto é, a doutrina não pode deixar para segundo plano a eficácia jurídica das normas em estudo. Afinal, conforme assevera CAVALIERI FILHO, “pior do que não ter leis, é tê-las e não aplicá-las”⁴³. Sendo o trabalho dos juristas resgatar e aproveitar ao máximo a efetividade potencial das normas de direito fundamental⁴⁴⁻⁴⁵.

Por isso, há uma expansão da atividade jurisdicional, ocorrendo um aumento exponencial dos poderes do juiz no processo, não apenas na fase instrutória da causa, mas também na investigação dos fatos, bem como no momento da interpretação do caso concreto, sendo ambos permeados pela textura constitucional e pela busca da justiça⁴⁶.

É nesse sentido que o direito constitucional processual de defesa demonstra sua importância, aliada à teoria dos direitos fundamentais e à necessidade de efetividade do processo⁴⁷.

⁴² STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 45-46.

⁴³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de sociologia jurídica*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 92.

⁴⁴ BONIFÁCIO, Artur Cortez. *O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais*. 1. ed. São Paulo: Método, 2008, v. 8.

⁴⁵ Trata-se de uma mudança em prol do *law in action*, isto é, do direito funcional e empírico, de forma que sua eficácia possa ser vista no cotidiano dos cidadãos, deixando em plano secundário o *law in the book*, isto é, o direito puramente formal e doutrinária, que não tem utilidade para a comunidade jurídica, sem a transposição para a realidade.

⁴⁶ “A interpretação prevalecente é aquela que decorrerá dessa dimensão coparticipava e intersubjetiva. Ela resultará do entrechoque de posições ora convergentes, ora antagônicas firmadas em torno do mesmo fenômeno, segundo a incidência de princípios e regras jurídicas” (GÓES, Ricardo Tinoco de. Breviário: a construção do significado do caso e suas repercussões no processo civil. *Revista da Direito e Liberdade*, Mossoró, v. 7, n. 3, p. 491-500, jul./dez. 2007, p. 497).

⁴⁷ “Esse fato advém da própria compreensão da jurisdição como direito-garantia, que visa à justiça do hoje, e não a do amanhã. Ora, se a finalidade da tutela jurisdicional consiste na observância do direito material, necessariamente a tutela jurisdicional deve ser efetiva, tempestiva e adequada, sob pena de esvaziar todo seu sentido e passar a existir como mera burocracia. É por essa razão que a tutela jurisdicional efetiva constitui legítimo corolário do Estado de Direito” (ARAÚJO, Mayara de Carvalho; OLIVEIRA, Raisa Lustosa de. Da morosidade da justiça como recurso para a manutenção do *status quo*: a chicana processual e os “castelos de fachadas”. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, ano 3, v. 4, jan./abr. 2013, p. 533).

Para que os litigantes tenham os meios de defesas inerentes ao supramencionado direito, isto é, para que a parte tenha a possibilidade de efetuar, de forma plena, sua defesa quanto à imputação feita pela outra parte; dessa forma, sendo asseguradas a possibilidade de efetuação de sua defesa no processo e a de influenciar o julgamento do Estado-juízo, de maneira a assegurar condições mínimas para a jurisdição democrática; mostraram-se necessárias modificações não apenas na ontologia do direito de defesa, mas também na noção de processo, bem como do objetivo do direito na sociedade. Ora, não há possibilidade de um “real” direito de defesa se não houver um processo efetivo, adequado às particularidades do caso concreto, e um direito, constitucional e infraconstitucional, condizente com as particularidades da sociedade na qual será aplicado.

Aliás, ESPÍNDOLA e CUNHA, citando STRECK, vão além afirmando que “a efetividade do processo constitui um direito fundamental, devendo os textos normativos infraconstitucionais processuais ser revistos e reinterpretados em conformidade com o paradigma do Estado democrático de direito”⁴⁸, de maneira que o processo jurisdicional não seja mais “um obstáculo à realização do direito material, mas antes condição de possibilidade para a realização dos direitos previstos na ordem jurídica”⁴⁹. Assim, sendo necessário que o sistema processual apresente os meios de execução adequados aos direitos materiais que são objetos do processo, visto que não se mostra arrazoado que haja um direito material, mas sua tutela jurisdicional seja obstada pela falta de técnica processual adequada ao caso⁵⁰. Hoje, se tem o “processo de resultados”, no qual o instrumento estatal de solução de controvérsias (Poder Judiciário) deve proporcionar, a quem se encontra em situação de vantagem no plano jurídico-substancial, a possibilidade de usufruir concretamente dos efeitos dessa proteção”⁵¹.

Nota-se, nesse sentido, que, à luz da teoria dos direitos fundamentais, há um perceptível avanço, deixando a efetivação de tais direitos apenas como promessas constitucionais (meras letras em uma folha de papel simbólica) em prol de direitos dotados de normatividade, envoltos da força normativa da constituição⁵².

⁴⁸ ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira; CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da. O processo, os direitos fundamentais e a transição do Estado Liberal clássico para o Estado contemporâneo. *Revista Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 3, n. 1, jan./jun. 2011, p. 89.

⁴⁹ ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira; CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da. O processo, os direitos fundamentais e a transição do Estado Liberal clássico para o Estado contemporâneo. *Revista Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 3, n. 1, jan./jun. 2011, p. 89.

⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.

⁵¹ BEDAQUE, José Robertos dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 17.

⁵² “Não há, pois, apenas uma preocupação na constitucionalização da forma, mas na realização, na efetividade da norma. E nessa realização através do processo adquire relevância, segundo Comoglio, a possibilidade de tutela dos direitos fundamentais reconhecidos na Constituição

Nessa toada, o direito constitucional processual de defesa não se apresenta incólume após essas mudanças. O processo liberal-racionalista, que tinha com foco a autonomia das partes, facultava ao réu inúmeros meios de defesa, sempre tendo por resultado prático um processo demorado, inadequado, *standardizado*, mas que promovia duas questões principais para esse modelo de Estado: a segurança jurídica e a primazia do interesse privado. Por um lado, ensejava-se uma “enxurrada” de meios de defesa, para que, mesmo que por uma perspectiva ingênua do Direito, o réu tivesse a possibilidade de mostrar todos os seus argumentos e, no final, fosse alcançado uma decisão justa, de maneira a assegurar a segurança jurídica. Por outro, o processo baseava-se na primazia do interesse privado. Assim, se para julgar determinado caso, o magistrado tivesse que dedicar, exclusivamente, 5 meses de sua atividade jurisdicional, para ouvir todas as testemunhas arroladas, apreciar as provas etc., mesmo que boa parcela não fosse necessária, ele deveria permitir que fossem feitas. Cinco meses nos quais o juiz poderia ter julgado outros casos que, por sua vez, merecessem a tutela jurisdicional⁵³.

Assim, no Estado liberal não havia interesse coletivo-comum da sociedade no litígio. Não se tinha a função social do processo. Ao revés, havia dois interesses privados entre particulares, que recebiam o foco principal do Judiciário. É nessa questão que ocorre uma mudança paradigmática para o direito de defesa.

Trata-se de uma mudança da jurisdição autoritária para uma jurisdição democrática, conforme acentua SANTOS:

Pensar a transição de uma jurisdição autoritária para uma jurisdição democratizante (com função estatal – constitucional) é idealizar novo contexto de aplicação da norma aos casos concretos (simplificados). Veja-se a idealização e implementação decisória do ativismo judicial sem a utilização de método adequado de aplicação da norma diante de um contexto de diversas demandas. A análise do caso concreto, isoladamente, é um complicador ao acesso ao direito da coletividade, ainda que o acesso à ordem jurídica justa seja atendido satisfatoriamente⁵⁴.

ou Convenções Internacionais, um processo justo com imparcialidade, independência do juiz natural, igualdade das partes e paridade de armas em juízo, condições necessárias e suficientes para uma resolução justa da controvérsia no âmbito de um processo justo” (ALBERTON, Genacéia da Silva. Repensando a jurisdição conflitual. *Revista da Ajuris*: doutrina e jurisprudência, v. 36, n. 115, set. 2009, p. 119-158, p. 134).

⁵³ “Outrossim, a formação dos agentes da Justiça com frequência mostrava-se excessivamente formalista e exegética e apresentava perspectiva que, em regra, atribuía primazia a questões individuais, mesmo diante de conflitos de cunho coletivo” (ARAÚJO, Mayara de Carvalho; OLIVEIRA, Raisa Lustosa de. Da morosidade da justiça como recurso para a manutenção do *status quo*: a chicana processual e os “castelos de fachadas”. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, ano 3, v. 4, jan./abr. 2013).

⁵⁴ SANTOS, Lucas Wallace Ferreira dos. *Prolegômenos para um conceito de jurisdição comunista*: do viés autoritário à crítica da democratização. 2014. 72f. Monografia (Curso de Bacharelado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. p. 40.

Cabe esclarecer que a defesa do réu é plena, mas não é absoluta. Todos os litigantes têm o direito a um processo justo, assegurado no art. 5º, LIV, da CRFB/88, corolário do Estado Constitucional moderno⁵⁵, no qual tenham oportunidade plena de intervir no que tange às questões necessárias, defendendo seus interesses. No entanto, ressalta-se que essa justiça processual não pode olvidar a perspectiva do autor, que ajuizou demanda no judiciário buscando a tutela jurisdicional de sua pretensão⁵⁶.

Há uma certa defesa *exacerbada* do réu, olvidando a pretensão do autor nesse cenário. Assemelha-se, em linhas gerais, à relação opressor-oprimido. O autor que, *a priori*, afirma ter um direito exigível, materializando sua pretensão por meio do processo, seria o *opressor*. O réu, por sua vez, seria o *oprimido*, que necessitaria da tutela do Estado, por meio da criação legiferante de diversos meios de defesa para que este possa utilizar verdadeira legislação-álibi para defender, indiretamente, interesses liberais, mesmo que a regularidade do processo seja praticamente idêntica, com apenas diferenças inerentes à posição processual do litigante, no caso vertente, autor que rompe a inércia do Estado Juiz e o réu que é chamado, por meio da citação a atuar no processo já previamente instaurado⁵⁷.

No Brasil há, atualmente, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (2014), 95,14 milhões de processos em tramitação, “sendo que, dentre eles, 70%, ou seja, 66,8 milhões já estavam pendentes desde o início de 2013”. Isso apresenta um aumento progressivo e constante do acervo processual, que tem crescido a cada ano, a um percentual médio de 3,4%⁵⁸.

Relevantes, nesse contexto, os dizeres de MARINONI:

O processo, como já foi dito, ainda que atribua ao autor o bem da vida perseguido, acarreta-lhe sempre um dano marginal, provocado, principalmente, pela indisponibilidade do bem ou do capital durante o curso do processo, ou durante o tempo em que o bem não esteve disponível para o autor por estar nas mãos do réu. O dano que é imposto

⁵⁵ MITIDIERO, Daniel. Processo justo, colaboração e ônus da prova. *Revista TST*, Brasília, v. 78, n. 1, jan./mar. 2012, p. 67.

⁵⁶ Dito de outra forma: deve-se democratizar o processo. Nessa esteira, GÓES (2011, p. 304), salienta que “processo democrático é processo com participação efetiva das partes, mas com vistas a fazer prevalecer toda a carga substantiva inerente aos direitos fundamentais. A participação democrática passa a ter como premissa básica, como ponto de partida, não apenas a liberdade de manifestação individual, pura e simples, mas, sobretudo, a preservação dos direitos que são fundamentais e que, por isso mesmo, representam o núcleo denso das garantias que o Estado Constitucional e Democrático de Direito visa tutelar, segundo uma ideia de comunidade que não se compraz com o conceito usual de reunião de indivíduos”.

⁵⁷ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Direito de defesa e tutela jurisdicional*: estudo sobre a posição do réu no processo civil brasileiro, Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da USP. Inédita. São Paulo, 2008.

⁵⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2014*. Brasília: CNJ, 2014.

àquele que reivindica o bem e o benefício que é gerado à parte que o mantém indevidamente em seu patrimônio são proporcionais à demora da justiça. É exatamente por isso que o atual processo civil brasileiro é um ótimo negócio, ou um excelente investimento econômico, para o réu que não tem razão⁵⁹.

Para SANTOS, na esteira de DINAMARCO, “reconhecer o direito de uma pretensão formulada é garantir os pressupostos do Estado, porém não efetivá-lo é uma contradição inerente ao processo”⁶⁰, por isso, fundamental para uma jurisdição democrática caracterizar-se pela adoção da perspectiva instrumental do processo.

Com efeito, essa adoção da instrumentalidade do processo tem diversas repercussões no processo como ele é visto contemporaneamente, por exemplo, a afirmação do direito fundamental à cognição adequada e à duração razoável do processo. Nessa toada, defende-se, seguindo essa concepção, que o juiz, no momento da cognição, já possua os meios adequados para que seja, na medida do possível, assegurada a efetividade da eventual tutela jurisdicional⁶¹, caso a pretensão seja julgada procedente.

Partindo desse enfoque, pode-se destacar duas mudanças efetivas no direito constitucional processual de defesa nessa noção de processo instrumental: a visão das tutelas urgência⁶² e a possibilidade de repetição de mesma sentença para casos idênticos.

Para o paradigma exposto na seção anterior, que tinha como valores principais o individualismo e a segurança jurídica, a aceitação das tutelas de urgência sem uma cognição exauriente era, essencialmente, nula. A tutela de urgência – que necessita apenas de juízo de verossimilhança – apresenta-se ideológica e teoricamente contrária aos ideais da segurança jurídica, que é necessária à cognição exauriente, a partir da qual é possível alcançar a “legítima” verdade real e “pretenso” resultado justo.

154

⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil – teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2008, v. 1, p. 336.

⁶⁰ SANTOS, Lucas Wallace Ferreira dos. *Prolegômenos para um conceito de jurisdição comunista: do viés autoritário à crítica da democratização*. 2014. 72f. Monografia (Curso de Bacharelado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. p. 40.

⁶¹ GÔES, Ricardo Tinoco de. *Efetividade do processo e cognição adequada*. São Paulo: MP Editora, 2008.

⁶² As tutelas de urgência dividem-se em tutelar cautelar e tutela antecipatória. A primeira “assegura a possibilidade de fruição eventual e futura do direito acautelado”, enquanto, a segunda, “desde logo possibilita a imediata realização do direito”. Sendo, a satisfatividade, vista na tutela antecipatória, “um requisito negativo da tutela cautelar” (MITIDIERO, Daniel. Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 197, 2011, p. 34).

Dessa forma, para o paradigma racionalista, por exemplo, no caso das tutelas de urgência, não seria possível a utilização da *liminar inaudita altera pars*, comentada na segunda seção (vide *infra*) neste trabalho acadêmico, posto que a possibilidade de o contraditório ser *diferido*, para os teóricos dessa linha de argumentação, seria uma clara violação dos direitos inerentes ao direito constitucional processual de defesa, mesmo que ainda houvesse o contraditório posteriormente, respeitando o princípios fundamentais para a defesa dos litigantes. Assim, o juízo de verossimilhança, desse modo de tutela jurisdicional, não seria compatível com a segurança jurídica necessária para um processo justo e adequado.

Hodiernamente, no modelo republicano de Estado, mais especificamente, no ordenamento jurídico brasileiro o direito constitucional processual de defesa é harmonizado com o princípio da segurança jurídica⁶³, visando neutralizar o que Proto Pisani denomina *danno marginale* (dano marginal) decorrente da *lentezza patologica* (lenteza inerente) do processo⁶⁴. Assim, distribui-se o peso do processo “de acordo com a maior ou menor probabilidade de a posição jurídica afirmada pela parte ser fundada ou não”⁶⁵.

A título de exemplo, o art. 273, do Código de Processo Civil (CPC), permite que o juiz, a requerimento da parte, possa antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Ou seja, por uma cognição não exauriente, permite que o juiz garanta o direito da parte. Sendo assim possível, “mediante cognição sumária, antecipar tutelas satisfativas ou cautelares para proteção de situações de urgência ou situações em que a evidência do direito postulado em juízo não justifique a sua realização tão somente depois de completada a cognição exauriente”⁶⁶. No entanto, o parágrafo segundo do mesmo artigo, já considerando a segurança jurídica, dispõe que tais efeitos da antecipação da tutela não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

Outra questão merecedora de registro é a da possibilidade de repetição do inteiro teor de casos idênticos proferidos no mesmo juízo. Segundo o art. 285-A,

⁶³ Nesse sentido, MITIDIERO, com base em MARINONI, salienta que essa situação “não importa retirar de cena os elementos normativos próprios à conformação da tutela jurisdicional (segurança, efetividade, igualdade, participação, liberdade)” (MITIDIERO, 2011, p. 39). São características complementares, e não mutuamente excludentes.

⁶⁴ MITIDIERO, Daniel. Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 197, julho de 2011, p. 29.

⁶⁵ MITIDIERO, Daniel. Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 197, julho de 2011, p. 42.

⁶⁶ MITIDIERO, Daniel. Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 197, julho de 2011, p. 29.

do CPC, quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, há possibilidade de ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. Tal artigo traz duas questões relevantes para esse estudo. Primeira: a dispensa da citação do réu traz algum prejuízo para o direito constitucional processual de defesa? Segunda: será razoável que o juiz reproduza o inteiro teor de sentença anteriormente prolatada, de certa forma não considerando as particularidades do caso concreto⁶⁷?

Quanto ao primeiro questionamento, a resposta é negativa. Não há dúvida de que o direito de defesa se baseia na ideia de dar conhecimento da existência da ação (citação) e de todos os atos do processo às partes (intimação). No entanto, relevante considerar que a citação do réu não ocorrerá, pois o resultado do processo é favorável para ele. Caso este não fosse, tratar-se-ia de uma evidente violação do contraditório e ampla defesa. Ora, é simples. Se o juiz já possui todo a cognição necessária para julgar o pedido do autor como de total improcedência, qual função terá a resposta do réu? Nenhuma. Ressalta-se, no entanto, que a sentença deve ser de *total* improcedência; caso seja uma sentença de *parcial improcedência*, traria prejuízo ao réu e, conseqüentemente, ao seu direito constitucional processual de defesa, uma vez que o réu sucumbiria parcialmente à pretensão de que ele não teria direito de se defender.

156

Quanto ao segundo questionamento, a resposta é positiva, mas *cum grano salis*. Ocorre que para uma tutela jurisdicional adequada, é necessária uma “equidistância (não neutral) capaz de realizar uma análise jurídica, mas a partir de uma análise de conjuntura (da casuística judicial), não somente análise do caso concreto”⁶⁸.

Não é incomum juízes terem sentenças-modelo, tal como os advogados possuem suas petições-modelo. Ambos, preenchendo-as conforme formulários: alterando o nome das partes; valor da causa; pedidos etc. Isso de *per se não* tem problema. O busílis jaz quando são utilizadas sem a necessária *adequação* ao caso concreto. De modo ilustrativo, se um juiz, por exemplo, criar uma sentença-modelo de procedência de uma pretensão de indenização por dano moral, em razão de um defeito no produto e ela for utilizada em casos que tenham como

⁶⁷ “A figura ontológica e metafísica de um ser que não passou por um processo de formação histórico-crítico capaz de reconhecer que a sociedade em que vive é contraditória e necessita de uma equidistância (não neutral) capaz de realizar uma análise jurídica, mas a partir de uma análise de conjuntura (da casuística judicial), não somente análise do caso concreto” (SANTOS, 2014, p. 59).

⁶⁸ SANTOS, Lucas Wallace Ferreira dos. *Prolegômenos para um conceito de jurisdição comunista: do viés autoritário à crítica da democratização*. 2014. 72f. Monografia (Curso de Bacharelado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. p. 59.

base os mesmos pedidos, mas com particularidades *extremamente* diferentes. Um defeito é referente a um aparelho televisor, enquanto, o outro trata-se de um aparelho médico necessário para a respiração do consumidor. São situações *diferentes*, a que, dependendo da interpretação e, muitas vezes, da *vontade* do juiz, serão aplicadas o mesmo provimento jurisdicional.

Nesse sentido, SILVA salienta que ao juiz devem interessar “o individual, as diferenças, não as regras. Aqui, torna-se imperiosa a distinção entre ciências da descoberta e lógica da argumentação, ou da compreensão”⁶⁹. Ainda continua afirmando que a “compreensão dos fenômenos históricos decorre da capacidade que temos de comparar coisas semelhantes, situações análogas, surpreendendo o que, em cada uma delas, expresse a respectiva singularidade que a torne diferente”⁷⁰.

Essa questão está intimamente relacionada ao fordismo do Poder Judiciário e ao nível de conflituosidade social do Estado brasileiro⁷¹. Atualmente, a concretude do caso e suas particularidades estão sendo obnubiladas pelo discurso da eficiência⁷² e pelo exercício da vontade de poder das cúpulas judiciais⁷³.

Nesse sentido, STRECK e SANTOS JÚNIOR, caracterizam o Poder Judiciário afirmando que este se tornou:

Um Judiciário individualista e que visa funcionar ao modelo fordista de produção em série, no qual a instância inferior se torna, tal qual um reles operário, o montador da grande linha de modelos pré-fabricados ao gosto da cúpula. De atores jurídicos, os magistrados das instâncias

⁶⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 266.

⁷⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 266.

⁷¹ “Enquanto em países como os Estados Unidos [tal como no Brasil], há uma tendência à utilização do processo pelo cidadão para reivindicar seus direitos e, em consequência, há o aumento de demandas e dos meios informais de solução, na Ásia a tendência é de aversão ao litígio, com uma forte preferência à mediação e à conciliação. Porém, essa aversão, que ocorre na China e também no Japão, é um fenômeno complexo que não corresponde apenas a uma filosofia de vida, a uma hereditariedade confuciana, mas sim a uma tentativa de o Estado manter a estrutura que é favorável às partes mais fortes. A tendência é o movimento de valorização do formal frente à modernização da economia, que favorece o afastamento de técnicas informais” (ALBERTON, 2009, p. 138).

⁷² “Apreende-se o fato histórico na sua individualidade, não pelos métodos das ciências experimentais e menos através de mensurações, como na física, que nos permitam formular regras universalmente válidas” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 266).

⁷³ STRECK, Lenio Luiz; SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. Recurso especial, macrolides e o puxadinho hermenêutico. In: FREIRE, Alexandre et al. (Orgs.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2014, v. 3, p. 181-196.

submetidas ao que o segundo autor chama de “controle remoto judicial”, transformam-se em meros operários do direito, em seu sentido maquiavélico, pejorativo⁷⁴.

A decisão judicial, com essa manufaturização da atividade jurisdicional, se torna um produto de uma linha de montagem com peças pré-fabricadas⁷⁵, desconsiderando a concretude do caso em julgamento⁷⁶ em prol de uma maior eficiência, um maior número de processos baixados⁷⁷, mesmo que isso afete a qualidade do provimento jurisdicional. À medida que ocorrem “julgamentos que não guardam pertinência com a situação concreta posta em juízo, uma vez que não há como cindir questões de direito e questões de fato, senão via contorcionismos metafísicos que produzem uma violência contra as partes — pela desconsideração das peculiaridades do caso”⁷⁸.

Essa busca *superlativizada* da eficiência no Judiciário é um efeito reflexo da conflituosidade social que é transferida ao Judiciário⁷⁹. Este se torna uma ponte

⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz; SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. Recurso especial, macro-lides e o puxadinho hermenêutico. In: FREIRE, Alexandre et al. (Orgs.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2014, v. 3, p. 182.

⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz; SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. Recurso especial, macro-lides e o puxadinho hermenêutico. In: FREIRE, Alexandre et al. (Orgs.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2014, v. 3, p. 182.

⁷⁶ “Enfim, uma verdade que seja produto da compreensão do processo enquanto fenômeno, deixando visualizar sua fenomenologia enquanto condição para o desvelamento, impedindo que o ritualismo metodológico afaste o juiz do ser dos entes (fatos, textos, leis, Constituição, súmulas etc.) ao aplicar (compreender) o direito, pressupondo a necessidade de impedir que o intérprete do caso não se desligue do mesmo pela sequência fase a fase do procedimento ordinário” (ISAIA, Cristiano Becker; HOFFMAM, Fernando. A jurisdição processual civil no Estado Democrático de Direito: verdades universais ou respostas corretas? *Revista de Direito Brasileira*, ano 2, v. 3, p. 174).

⁷⁷ Aliás, a própria forma de aferição da produtividade do Poder Judiciário – IPC-Jus, criada pelo Conselho Nacional de Justiça, incentiva essa mentalidade, uma vez que trata de *inputs* (novos processos no judiciário) e *outputs* (processos baixados), sem levar em consideração a qualidade do provimento jurisdicional.

⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz; SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. Recurso especial, macro-lides e o puxadinho hermenêutico. In: FREIRE, Alexandre et al. (Orgs.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2014, v. 3, p. 181-196, p. 184.

⁷⁹ “A palavra juriscida se impõe para reconhecimento daquele que opera essa morte do Direito, daquele que o mata a cada dia, sistematicamente, porque não sabe reconhecê-lo, nem dele extrair nenhum valor, e também o banaliza com outras formas fatais que já não suscitam revolta e dor a quem assiste. O juriscida entupiu o Judiciário com ações despropositadas, transformando-o numa grande catedral de papel, onde as palavras que sempre tiveram sentido, e foram inspiradoras da difícil construção de um poder político independente incumbido dos julgamentos, ficaram ocas, e hoje sentimento de justiça, lealdade processual, lógica normativa e outras expressões fundamentais para entendimento e aplicação do Direito são

conectando o jurídico-programático ao pragmático-econômico⁸⁰. Aliás, pode-se observar esse aumento exponencial de demandas após o período pós-Constituição de 1988, visto que o texto constitucional faz diversas promessas e garante diversos direitos, mas o Poder Público não efetiva tais direitos, por meio de políticas públicas. GÓES caracteriza essa dimensão do Estado como uma “caricatura de funcionalidade em esferas básicas dos serviços públicos, tais como saúde, educação e segurança pública. Somos ainda reféns de uma ‘colonização do mundo da vida’”⁸¹. Com isso, o magistrado se torna um “novo redentor que resgataria as promessas perdidas de uma modernidade que só ocorreu nos Estados centrais. Seria a toga o manto mágico do ‘salvador da pátria’, do guardião da moralidade”⁸².

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, constatou-se que o direito constitucional processual de defesa sofre repercussões do modelo de Estado, no qual é assegurado. Esse direito caracteriza-se por ser o direito fundamental constitucional que assegura o contraditório e a ampla defesa, ou seja, aquele é o gênero, do qual estes são espécies, que são consectárias do devido processo legal (*due process of law*). Em linhas gerais, pode ser considerado, sem pretensão exaustiva, como o direito, assegurado no art. 5º, LV, da Constituição da República, segundo o qual deve ser facultado ao acusado a possibilidade de efetuar sua defesa quanto à imputação feita pela outra parte, de forma completa, isto é, sendo asseguradas a possibilidade de efetuação de sua defesa no processo e a de influenciar a cognição do julgador, de forma a garantir condições mínimas para uma jurisdição democrática, na qual a efetividade da tutela jurisdicional logra merecido lugar no discurso jurídico.

No Estado liberal, o juiz possuía poderes reduzidos, limitando-se a ser a boca da lei, pronunciando o sentido unívoco da lei, priorizando a segurança jurídica em detrimento da justiça do caso concreto. Tal contexto forneceu esteos

palavras ao vento” (CABEDA, Luiz Fernando. *A justiça agoniza: ensaios sobre a perda do vigor, da função e do sentido da justiça no poder judiciário*. São Paulo: Esfera, 1998, p. 13).

⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz; SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. Recurso especial, macrolides e o puxadinho hermenêutico. In: FREIRE, Alexandre et al. (Orgs.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2014, v. 3, p. 181-196, p. 186.

⁸¹ GÓES, Ricardo Tinoco de. Jurisdição democrática: uma visão procedimentalista para a tutela substancial dos direitos. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 13, n. 2, p. 291-312, jul./dez. 2011, p. 297.

⁸² STRECK, Lenio Luiz; SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. Recurso especial, macrolides e o puxadinho hermenêutico. In: FREIRE, Alexandre et al. (Orgs.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2014, v. 3, p. 181-196, p. 186.

para o desenvolvimento do positivismo jurídico e para o fortalecimento do paradigma racionalista, segundo o qual se deveria ter como objetivo transformar o direito em uma ciência abstrata e formal, construída com puros conceitos.

Ademais, o processo era compreendido por uma ótica privada, considerando os cidadãos autossuficientes, não sendo necessário auxílio estatal para tutelar seus direitos. Por isso, para que os cidadãos pudessem se proteger da invasão de sua autonomia, houve uma maximização dos instrumentos de defesa. Não obstante o rol extenso e diverso de matérias de cunho processual, que poderiam ser alegadas tanto pelo autor quanto pelo réu, o elenco de defesas processuais passíveis de alegação pelo réu mostrou-se bem maior do que aquele disponível ao autor.

Com as insuficiências do supramencionado Estado, abre-se azo para um novo modelo de Estado: o modelo republicano que traz mudanças à jurisdição e ao perfil do Poder Judiciário. O Judiciário assume uma posição ativa, de maior aproximação com a sociedade, redefinindo os moldes das atividades jurisdicionais, isto é, modificando a resposta do questionamento quanto ao papel do magistrado para algo mais humanístico, deixando a limitação racionalista do juiz boca-da-lei, em prol de um papel efetivador e garantidor de direitos, de forma a assegurar a tutela jurisdicional adequada e efetiva. Muda-se o juiz neutro-racionalista, que deve tratar o caso concreto como operação matemática, para um juiz humano, que leva em consideração o fulcro principiológico e axiológico do texto constitucional, em sua hermenêutica, tornando-se o promotor de justiça social.

160

No Estado liberal, não havia interesse coletivo-comum da sociedade no litígio, não havia a função social do processo, mas sim dois interesses privados entre particulares, que recebiam o foco principal do Judiciário. É nessa questão que ocorre uma mudança paradigmática para o direito de defesa, do modelo republicano de Estado.

Trata-se de uma mudança da jurisdição voluntária para a jurisdição democrática, tendo por norteador a instrumentalidade e efetividade do processo, bem como os meios de execução e cognição adequados para esses objetivos.

No entanto, conforme visto ao prolongar deste trabalho, a defesa do réu é plena, mas não é absoluta/ilimitada. Atualmente, “não prospera mais a disponibilidade do uso de todos os meios de resposta, utilizados sob o pálio da ampla defesa, quando as suas adoções se mostrarem claramente comprometidas com o sentido de protelar, de procrastinar a solução da controvérsia”⁸³.

⁸³ GÓES, Ricardo Tinoco de. Jurisdição democrática: uma visão procedimentalista para a tutela substancial dos direitos. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 13, n. 2, p. 291-312, jul./dez. 2011, p. 304.

REFERÊNCIAS

- ALBERTON, Genacéia da Silva. Repensando a jurisdição conflitual. *Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência*, v. 36, n. 115, set. 2009, p. 119-158.
- ARAÚJO, Mayara de Carvalho; OLIVEIRA, Raisa Lustosa de. Da morosidade da justiça como recurso para a manutenção do *status quo*: a chicana processual e os “castelos de fachadas”. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, ano 3, v. 4, jan./abr. 2013.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. In: *Temas de Direito Processual*, oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Privatização do processo? *Revista da EMERJ*, v. 1, n. 3, 1998.
- BARCELLOS, L. C. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional e o contra-majoritarismo no contexto da judicialização da política e do ativismo judicial. *Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 26, jan./jun. 2011.
- BEDAQUE, José Robertos dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- BONIFÁCIO, Artur Cortez. *O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2008, v. 8 (Coleção Professor Gilmar Mendes).
- CABEDA, Luiz Fernando. *A justiça agoniza: ensaios sobre a perda do vigor, da função e do sentido da justiça no Poder Judiciário*. São Paulo: Esfera, 1998.
- CAMPOS, H.; BANDEIRA, L. Ulisses x Hércules: o perfil do Judiciário brasileiro nas decisões de inconstitucionalidade. *Revista CEJ*, Brasília, ano XVI, n. 58, p. 58-64, set./dez. 2012.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de sociologia jurídica*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2014*. Brasília: CNJ, 2014.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira; CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da. O processo, os direitos fundamentais e a transição do Estado Liberal clássico para o Estado Contemporâneo. *Revista Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 3, n. 1, jan./jun. 2011.
- GÓES, Ricardo Tinoco de. Breviário: a construção do significado do caso e suas repercussões no processo civil. *Revista da Direito e Liberdade*, Mossoró, v. 7, n. 3, p. 491-500, jul./dez. 2007.
- GÓES, Ricardo Tinoco de. *Efetividade do processo e cognição adequada*. São Paulo: MP Editora, 2008.
- GÓES, Ricardo Tinoco de. Jurisdição Democrática: uma visão procedimentalista para a tutela substancial dos direitos. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 13, n. 2, p. 291-312, jul./dez. 2011.
- ISAIA, Cristiano Becker; HOFFMAM, Fernando. A jurisdição processual civil no Estado Democrático de Direito: verdades universais ou respostas corretas? *Revista de Direito Brasileira*, ano 2, v. 3.
- KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003. 262p.

- LOEWESNSTEIN, K. *Teoría de la Constitución*. 4. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1986.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil – teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2008. v. 1.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.
- MITIDIERO, Daniel. Processo justo, colaboração e ônus da prova. *Revista TST*, Brasília, v. 78, n. 1, jan./mar. 2012.
- MITIDIERO, Daniel. Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 197, 2011.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: RT, 2009.
- ODORISSI, L. F.; RIBEIRO, C. S. *A jurisdição constitucional como garantia da efetivação dos direitos fundamentais: legitimidade e (in)segurança jurídica? II Simpósio Internacional de Direito: dimensões materiais e eficaciais dos direitos fundamentais*. UNOESC, 2012.
- RODRIGUES, Alexandra Gato; ISAIA, Cristiano Becker. A necessária evolução do processo civil no estado brasileiro: um panorama jurisdicional democrático. *Revista Derecho y Cambio Social*. Perú. Disponível em: <<http://bit.ly/1wxgLor>>. Acesso em: 24 out. 2014.
- SAMPAIO, J. D. L.; CRUZ, A. R. S. *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SANTOS, Lucas Wallace Ferreira dos. *Prolegômenos para um conceito de jurisdição comunista: do viés autoritário à crítica da democratização*. 2014. 72f. Monografia (Curso de Bacharelado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas.
- SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 581p.
- STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- STRECK, Lenio Luiz; SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. Recurso especial, macro-lides e o puxadinho hermenêutico. In: FREIRE, Alexandre et al. (Orgs.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2014. v. 3, p. 181-196.
- VIEIRA, Gustavo Silveira. *Do estado liberal ao estado constitucional: o processo cooperativo e os deveres de colaboração no novo Código de Processo Civil*. 2014. Disponível em: <<http://bit.ly/1FONacj>>. Acesso em: 25 out. 2014.
- WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *Sequência: estudos jurídicos e políticos*, [S.l.], p. 48-57, jan. 1982.

Data de recebimento: 17/07/2015

Data de aprovação: 07/12/2015

GLOBALIZAÇÃO E DIREITO: REVALIDAÇÃO E RECONHECIMENTO DE TÍTULOS PELO BRASIL*

GLOBALIZATION AND LAW: REVALIDATION AND RECOGNITION OF TITLES IN BRAZIL

*José Alberto Antunes de Miranda***
*Germano Schwartz****

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar as potencialidades reveladas pelo fenômeno da globalização para o Direito, enfatizando os requisitos intrínsecos dos processos de revalidação e de reconhecimento de títulos, pelo Brasil, de Mestrado e de Doutorado, emitidos por instituições de ensino superior estrangeiras. Com esse propósito, faz um comparativo entre as diretrizes brasileiras vigentes e a proposta elaborada pela Comissão da Câmara de Educação Superior (Conselho Nacional de Educação), apontando novos procedimentos.

Palavras-chave: Brasil; diplomas; globalização; revalidação.

ABSTRACT

This article aims to analyze the potentiality revealed by the phenomenon of globalization on Law, focusing thereafter, in the intrinsic requirements for revalidation and recognition processes of Master and Doctoral title

* O presente artigo é resultante de projeto de pesquisa financiado pelo CNPQ (P. 441774/2014-8).

** Doutor em Estudos Estratégicos Internacionais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS (2012). Mestre em Relações Internacionais pela UFRGS (2004). Especialista em Integração e Mercosul pela UFRGS (1999). Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos (1996). Atualmente é Assessor de Assuntos Interinstitucionais e Internacionais, professor colaborador e Pesquisador do Programa de Pós-graduação em Direito e Sociedade, professor do curso de Relações Internacionais do Centro Universitário La Salle – Unilasalle, membro da Comissão de Internacionalização do Conselho de Reitores das Universidades Brasileiras – CRUB.

*** Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos (2003). Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2000). Graduado em Direito pela Universidade de Cruz Alta (1995). Atualmente é Coordenador do Mestrado em Direito do Unilasalle/Canoas. Diretor Executivo Acadêmico da Escola de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Secretário do Research Committee on Sociology of Law (RCSL) da International Sociological Association (ISA). Bolsista em Produtividade e Pesquisa do CNPQ – Nível 2. E-mail: germano.schwartz@globo.com.

degrees in Brazil, issued by foreign institutions of higher education. For this purpose, it makes a comparison between the current Brazilian guidelines and the proposal prepared by the National Education Council, pointing new procedures.

Keywords: Brazil; certificates; globalization; revalidation.

INTRODUÇÃO

A globalização como fenômeno social tem uma longa história, mas o impacto no mundo e em facetas do desenvolvimento humano aumentou nas últimas três décadas. O conceito revela-se bastante complexo, com muitas formas de significados em suas múltiplas dimensões e impactos em diferentes partes do mundo. Trouxe consequências positivas e negativas, embora não exista uma definição única para a globalização. Mais comumente, ela é compreendida como a criação das relações mundiais, baseada na operação do livre mercado conforme apontam Anthony Giddens¹ e David Held².

A relação entre globalização, novas tecnologias e os achados da ciência encontra sua expressão no conceito de sociedade do conhecimento. O conhecimento está se acelerando como consequência das novas tecnologias, e da exclusiva produção e disseminação do conhecimento para a transferência de tecnologias e formação de incubadoras em centros de pesquisa com participação industrial.

As universidades são entidades produtoras do conhecimento e têm responsabilidades social, cultural, ideológica, política e econômica. Nesse sentido, elas adotaram a internacionalização como estratégia-chave para responder à influência da globalização³.

A maioria das universidades opera primeiramente no seu próprio espaço e no contexto nacional, sendo parte do sistema educacional de seus próprios países. Tais instituições são moldadas de diferentes formas pela história e pelos atos e políticas do legislativo governamental em relação à educação em âmbito geral e à educação superior, em particular, que não é uniforme e homogênea, mas caracteriza-se pela diversidade em relação a todas as dimensões referentes ao significado do que seja uma universidade.

A globalização e a internacionalização consistem em ideias mutuamente reforçadas, pois a globalização promove o *impetus* externo para a aceleração da

¹ GIDDENS, Anthony. *O mundo na era da globalização*. Lisboa: Editora Presença, 2000.

² HELD, David; MCGREW, Anthony. *Prós e contras da globalização*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

³ “A internacionalização será compreendida como um processo no qual a dimensão internacional é integrada de forma sustentável nas três funções primárias de uma instituição de ensino superior: ensino, aprendizado, pesquisa e serviço à sociedade” (KNIGHT, 2008, p. 32).

internacionalização institucional. O inverso também é verdadeiro⁴. Neste trabalho, compreende-se o termo globalização como um fluxo de pessoas, ideias, cultura, valores, conhecimento, tecnologia e economia através das fronteiras, o que resulta em mundo mais interdependente e interconectado⁵. Essa definição indica que a globalização constitui um processo multifacetado que pode impactar países de formas muito diferentes⁶.

A internacionalização da educação superior, a partir da globalização, promoveu a mobilidade acadêmica e a da informação. Oportunidades de oferta e de programas em outros países proliferaram, pois a distância e o tempo não são mais barreiras. Da mesma forma, a globalização promoveu o ingresso de diferentes atores na promoção, na oferta e na regulamentação da dimensão internacional da educação superior⁷.

O fato de a internacionalização envolver um vasto conjunto de programas e atividades que trouxeram novos atores em cena, também portou questões com implicações políticas e de regulamentação em níveis internacional, regional e doméstico. As linhas e as fronteiras que separam esses diferentes níveis se tornam cada vez mais porosas e turvas⁸.

Muitas instituições de ensino superior têm interesse na dimensão internacional da educação para fornecerem cursos fora das fronteiras jurisdicionais nacionais. As universidades estão ativamente expandindo a dimensão internacional de suas pesquisas, ensino e serviços prestados. Tudo isso é uma necessidade se observado o aumento da interdependência das nações que desejam se aproximar de discussões a respeito de temas como mudanças climáticas, crime organizado, terrorismo, saúde, entre outros, por meio de pesquisa colaborativa e de atividades acadêmicas. Os aspectos internacionais e interculturais do currículo e dos processos de ensino e aprendizagem são importantes para a qualidade e a relevância da educação superior.

⁴ MARINGE, Felix; FOSKETT, Nick. *Globalization and internacionalization in higher education: theoretical, strategic and management perspectives*. New York: Continuum, 2010, p. 17.

⁵ PITASI, Andrea. Do desafio da hipercidadania ao nacionalismo metodológico. *Redes: Revista Eletrônica Direito e Sociedade*. Canoas, RS, v. 1, n. 1, nov. 2013, p. 7-23. Disponível em: <<http://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/1035/935>>. Acesso em: 4 jul. 2015.

⁶ KNIGHT, Jane. *Higher education in turmoil: the changing world of internacionalization*. Rotterdam: Sense Publishers, 2008, p. 4.

⁷ O sistema contemporâneo de ensino superior global reconhece, na noção de cidadania global, a importância de considerar os atributos da graduação superior exigidas do estudante que está engajado com as universidades globais. Atualmente, muitas universidades estão revisando os atributos de seus programas de ensino, alinhando-os com as exigências da globalização como uma forma de fomentar a internacionalização.

⁸ JARAMILLO, Isabel Cristina; KNIGHT, Jane. Key actors and programs: increasing connectivity in the region. In: WIT, Hans de et al. *Higher education in Latin America: the internacional dimension*. Washington, DC: World Bank, 2005, p. 301-339.

De acordo com Petter Scott, as universidades são desafiadas pela globalização por sua identificação com as culturas nacionais, pela standardização do ensino por meio do impacto da comunicação e da tecnologia da informação e a emergência das redes e cultura da pesquisa global⁹. Já, a internacionalização da universidade ocidental acompanha a história há mais de nove séculos enquanto intercâmbio e interação entre instituições, professores, pesquisadores e estudantes para o desenvolvimento de trabalhos acadêmicos (ensino, pesquisa e extensão).

A expansão das atividades e o reconhecimento de importância econômica da educação superior, principalmente para algumas cidades e regiões, permitiu que governos oferecessem incentivos a muitas universidades. Além disso, a vinda de alunos estrangeiros não só traz benefícios financeiros para a economia, como promove a construção de laços com os locais onde esses estrangeiros estudam, promovendo, assim, trocas de conhecimento que se estendem por muitos anos. Muitas vezes, o mercado de trabalho acaba assimilando esses imigrantes, o que aumenta o preenchimento de lacunas específicas em determinadas regiões e cidades¹⁰.

A globalização também oferece oportunidades de enriquecer a experiência universitária. A internacionalização pode ser vista no sentido de ajudar no ingresso dos estudantes no mercado de trabalho por meio do aumento da consciência internacional, além de encorajar a universidade a atingir altos padrões internacionais.

A prática da pesquisa nas universidades também sofreu o impacto da globalização. Novas oportunidades de colaboração internacional foram facilmente possibilitadas pelas oportunidades de conferências e pela troca de informações. Publicações com a colaboração de pesquisadores de diferentes países tornaram-se práticas comuns.

Dessa forma, as universidades como um todo responderam positivamente e com entusiasmo às oportunidades trazidas pela globalização. Essa reação é conduzida pelo desejo de assegurar formas adicionais de renda, o aumento da excelência acadêmica e a competitividade. E também pelo desejo efetivo em promover, entre os profissionais do meio, a preocupação pela cultura do internacional, aumentando, com isso, a qualidade dos estudantes, do ensino e da pesquisa.

⁹ SCOTT, Peter. Globalization and higher education: challenges for the 21st century. *Journal of Studies in Internacional Education*, v. 4, n. 1, p. 3-10, 2000.

¹⁰ TAYLOR, John. The response of governments and universities to globalization and internationalization in higher education. In: MARINGE, Felix; FOSKETT, Nick. *Globalization and internationalization in higher education: theoretical, strategic and management perspectives*. New York: Continuum, 2010.

O BRASIL E OS EFEITOS DA GLOBALIZAÇÃO NO ENSINO SUPERIOR

No Brasil, desde o início do século XX, as universidades públicas e algumas privadas, principalmente as confessionais, estavam envolvidas em programas internacionais de desenvolvimento. Posteriormente, esses programas evoluíram para projetos de pesquisa conjunta e de fortalecimento institucional, obtendo um modelo tradicional de cooperação, muitas vezes não simétrico, sem margens para nenhuma possibilidade de colaboração institucional madura. No entanto, tais programas se constituíram em um dos primeiros instrumentos formais de internacionalização da educação superior no Brasil.

É possível afirmar que, desde 1930 até hoje, o processo de internacionalização no Brasil sofreu sucessivas modificações decorrentes de fatores internos, tais como: heterogeneidade do sistema de educação superior brasileiro; descontinuidade política entre diferentes governos; transformação de necessidades identificadas e consequente alteração de motivações que justificavam investimento em política de internacionalização, maior ou menor disponibilidade de recursos financeiros e ainda os fatores de caráter externo como interesse de natureza acadêmica, política e econômica¹¹.

Para que se compreenda o processo de internacionalização da educação superior no Brasil, há de se levar em conta a já explicitada diversidade do Sistema de Ensino Superior e sua hierarquização em termos de atenção das demandas sociais. Ainda, é necessário partir do fato de que a construção desse sistema tem por base as políticas, os programas e as estratégias utilizadas nos níveis nacional, setorial e institucional, os quais, por sua vez, vêm sendo pautados por aquelas diretrizes estabelecidas pelas organizações internacionais, entre elas, o FMI¹², a Organização Mundial do Comércio (OMC)¹³, a Organização das Nações Unidas (ONU)¹⁴, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)¹⁵, o Banco Mundial e a Unesco. Tais organizações influenciam, por meio de suas políticas institucionais, indicadores e relatórios específicos, as agendas e as políticas nacionais no campo da educação superior¹⁶.

¹¹ LIMA, M. C.; CONTEL, F. B. Períodos e motivações da internacionalização da educação superior. In: COLLOQUE DE L'IFBAE, 5, 2009, Grenoble. *Anais...* Grenoble, 2009. Disponível em: <<http://www.ifbae.com.br/congresso5/pdf/B0095.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

¹² Fundo Monetário Internacional.

¹³ Organização Mundial do Comércio.

¹⁴ Organização das Nações Unidas.

¹⁵ Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico.

¹⁶ LAUS, Sonia Pereira. *A internacionalização da educação superior: um estudo de caso da Universidade Federal de Santa Catarina*. Tese (Doutorado em Administração) – Escola de Administração, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012.

O início do século XX assinala o envolvimento das principais universidades brasileiras em programas internacionais de desenvolvimento. O processo de globalização, nos últimos anos, tem provocado ainda mais a evolução para projetos de pesquisa conjunta e de fortalecimento institucional, em um modelo tradicional de cooperação. Tal paradigma se sustentou entre os anos 1930 e grande parte da década dos anos 1960, quando os *experts*, resultantes desse processo, desempenharam um papel fundamental na formação do pensamento e no desenvolvimento científico no Brasil, principalmente nas áreas das de ciências humanas e sociais.

Em uma ação articulada e voltada ao desenvolvimento e à criação de uma massa crítica de pesquisadores, tendo como um de seus pilares a cooperação internacional, o Ministério da Educação e Cultura (MEC), o Ministério das Relações Exteriores (MRE) e o Ministério da Ciência e da Tecnologia (MCT) vêm atuando como importantes agentes do processo de internacionalização da Educação, da Ciência, da Tecnologia e da Inovação no Brasil. O resultado dessa ação conjunta se revela no incremento da internacionalização do meio acadêmico, já que, numérica e qualitativamente, os usuários finais de suas políticas são as universidades, principalmente as públicas, nas quais grande parte da produção científica relevante no Brasil é desenvolvida¹⁷.

168

É a partir de 1970, com os investimentos do governo Federal nas bases infraestruturais para o desenvolvimento científico das universidades públicas, que se ampliam os programas de pós-graduação. O objetivo é o desempenho de um papel definitivo na consolidação do Sistema de Ensino Superior no Brasil, nos moldes dos sistemas contemporâneos internacionais e de acordo com critérios definidos globalmente. Com o desenvolvimento desse sistema, iniciaram-se as tratativas para o aperfeiçoamento do papel da cooperação acadêmica internacional, seu principal instrumento de internacionalização, direcionando-a aos interesses do desenvolvimento nacional. Tais ações culminaram em políticas efetivas para a área, surgidas nos anos 1990.

O governo brasileiro tem adotado a estratégia da busca de criação de modelos de inserção no mundo global com qualidade e competitividade. Isso sem deixar de ter em conta suas características culturais e socioeconômicas, bem como a promoção do desenvolvimento nacional¹⁸.

¹⁷ JEZINE, Edineide et al. Globalização e políticas para a educação superior no Brasil: as lutas sociais e a lógica mercantilista. In: TEODORO, António (Org.). *A educação superior no espaço iberoamericano: do elitismo à transnacionalização*. Lisboa: Ed. Universitárias Lusófonas, 2010, p. 316.

¹⁸ A internacionalização das IES e da Educação Superior Brasileira é recente, ainda que nos anos 1950, com a criação da Capes, já se buscasse a cooperação internacional entre universidades. No Brasil, o processo de internacionalização das IES é ainda muito reativo e não está fixado na raiz de uma política pública, a partir de um documento com diretrizes nacionais.

Ainda que não exista um documento para definir uma política pública para a internacionalização da educação superior brasileira frente à globalização, apontam-se em relação às suas motivações econômicas, políticas, acadêmicas e socioculturais. Busca-se o fortalecimento da posição geopolítica, principalmente na América Latina e África, bem como se deseja a obtenção de padrões internacionais para os programas de pós-graduação. Esses fatores constituem os geradores de uma dimensão internacional e intercultural para a pesquisa, o ensino dos pós-graduados e sua adequação a um mundo intercultural, sem perda dos valores e da cultura nacionais.

No Brasil, a internacionalização da educação superior sempre veio acoplada ao desenvolvimento dos programas de pós-graduação. São programas fomentados pela cooperação internacional apoiada pelas duas principais agências governamentais – o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) e a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes).

De acordo com Morosine¹⁹, uma análise mais pontual da internacionalização da educação superior no Brasil indica que, entre 1997 e 2003, segundo a média anual da produção científica dos pesquisadores doutores, constata-se que, de 1997 a 2000, o número de artigos completos publicados em periódicos especializados com circulação internacional era de 16.937 por ano. Entre 2000 e 2003, passa para 26.475 anualmente, identificando-se um acréscimo de 60%. As áreas de maior coeficiente de produção internacional, ou seja, a relação entre o total da produção e o número de doutores são a das Ciências Exatas e da Terra (1,21) e a das Ciências Biológicas (1,09), entre 1997 e 2000. Já, entre 2000 e 2003, destacam-se as áreas das Ciências Exatas e da Terra (1,20)²⁰.

No âmbito do Ministério da Educação brasileiro, inexistente um documento para orientar as IES de que modo fomentar os processos de internacionalização da educação superior, mediante a atração de alunos e pesquisadores do exterior, com o objetivo de trazer modernização e inovação às universidades e ao país. Além disso, o Brasil apresenta dificuldade em posicionar internacionalmente o sistema de asseguramento da qualidade de seus programas mediante acordos de reconhecimento mútuo de títulos e da acreditação internacional.

A Comissão da Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação está revisando o novo texto orientador sobre a elaboração das normas e procedimentos acerca da revalidação e do reconhecimento de títulos emitidos

¹⁹ BITTER, Mariluce; MOROSINE, Marília; OLIVEIRA, João Ferreira de (Org.). *Educação Superior no Brasil, 10 anos Pós-LDB*. Brasília: Inep, 2008. Disponível em: <www.publicacoes.inep.gov.br> Acesso em: 5 abr. 2015, p. 285.

²⁰ BITTER, Mariluce; MOROSINE, Marília; OLIVEIRA, João Ferreira de (Org.). *Educação Superior no Brasil, 10 anos Pós-LDB*. Brasília: Inep, 2008. Disponível em: <www.publicacoes.inep.gov.br> Acesso em: 5 abr. 2015, p. 298.

no exterior. A nova proposta precisa ser mais bem analisada e compreendida frente ao processo de internacionalização da educação superior brasileira e dos efeitos da globalização e do Direito no país. O Brasil ainda adota um modelo altamente burocrático de reconhecimento de títulos emitidos no exterior. Será que esse modelo altamente criterioso para revalidação de diplomas é o mais apropriado ao país?

O RECONHECIMENTO DE TÍTULOS *STRICTO SENSU* OBTIDOS NO EXTERIOR

Inserido no quadro anteriormente descrito, o Brasil aplica procedimentos, traduzidos por meio de um espectro normativo esparso, que revelam certa dificuldade em concretizar a internacionalização do ensino superior. Nesse sentido, a partir desse tópico, o presente artigo subdivide-se em dois pontos de análise: (a) a primeira etapa se concentra na descrição dos critérios vigentes para a revalidação e o reconhecimento de títulos *stricto sensu*, no Brasil, emitidos por instituições estrangeiras; (b) na segunda, procuram-se apontar as inovações trazidas pelo texto orientador produzido pela Comissão da Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação a fim de subsidiar Audiência Pública sobre a temática.

O quadro normativo atual

170

Uma das grandes dificuldades da descrição do quadro normativo atual consiste em, justamente, reunir as normas e as decisões aplicáveis à espécie. Isso se alia a uma discussão sobre as competências (das universidades e dos entes federativos) presentes na Constituição Federal. Assim, opta-se, aqui, por

- a) Analisar os dispositivos constitucionais e os presentes na Lei de Diretrizes e Bases da Educação para, depois.
- b) Abordar o posicionamento do Conselho Nacional de Educação²¹ sobre o assunto.

Partindo-se do pressuposto de que a Constituição Federal apresenta uma série de princípios e de regras que se colocam em uma posição hierarquicamente superior aos demais²², é necessário que a tais normas seja conferido determinado grau de eficácia e de efetividade, o tema da autonomia das universidades é precedente à análise da normativa infraconstitucional.

²¹ No sistema jurídico brasileiro, é de competência do Conselho Nacional de Educação, segundo o art. 7º, § 1º, f, da Lei n. 9.131/95: “analisar e emitir parecer sobre questões relativas à aplicação da legislação educacional, no que diz respeito à integração entre os diferentes níveis e modalidades de ensino”.

²² SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

Não se deixe, todavia, de apontar que, em um quadro de globalização – também do Direito –, a posição mesma das Constituições, enquanto instrumento catalizador da soberania (jurídica) de determinado país, encontra-se em xeque na atualidade²³. Nessa esteira, há uma série de regramentos transconstitucionais²⁴, interconstitucionais²⁵ e sociológicos²⁶ a reforçar a tese de que as Constituições devem ser entendidas em um quadro de complexidade pertencente a um sistema social global policêntrico.

No entanto, essa não é a posição do Supremo Tribunal Federal. A Suprema Corte brasileira, em casos de revalidação e de reconhecimento de títulos *stricto sensu* emitidos por universidades estrangeiras, como em qualquer outro, vem reforçando o posicionamento de que a soberania brasileira se traduz, entre outras razões, pela (re)afirmação da hierarquia da Constituição brasileira em território pátrio.

No julgamento do Recurso Extraordinário 603.649 (RS), o voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, exarado em 20 de novembro de 2009, mostra-se bastante claro quando delimita o art. 207 da Constituição Federal, aquele que trata da autonomia universitária: “O diploma obtido no exterior para ter validade no Brasil precisa passar por processo de revalidação, nos termos da legislação vigente”. Logo, da decisão em comento que (a) é reafirmada, em qualquer caso, a soberania brasileira para se estabelecerem critérios sobre a revalidação e reconhecimento de títulos *stricto sensu*, emitidos no exterior e que (b) tais critérios devem obedecer à legislação infraconstitucional vigente.

Desse modo, o art. 48 da Lei n. 9.394/96²⁷ trata, em seu § 2º, da revalidação de diplomas de graduação expedidos por universidades estrangeiras e, em seu § 3º, do reconhecimento de diplomas de mestrado e doutorado expedidos por universidades estrangeiras.

Art. 48. Os diplomas de cursos superiores reconhecidos, quando registrados, terão validade nacional como prova da formação recebida por seu titular.

§ 3º Os diplomas de Mestrado e de Doutorado expedidos por universidades estrangeiras só poderão ser reconhecidos por universidades que possuam cursos de pós-graduação reconhecidos e avaliados, na mesma área de conhecimento e em nível equivalente ou superior.

²³ TEUBNER, Gunther (Ed.). *Global law without a state: studies in modern law and policy*. Dartmouth: USA, 1996.

²⁴ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

²⁶ SCHWARTZ, Germano; TRIBÁN, Jirí; ROCHA, Leonel Severo. *Sociologia sistêmico-autopoiética das Constituições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

²⁷ BRASIL. *Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm>. Acesso em: 5 abr. 2015.

O artigo supracitado é, basicamente, a única orientação existente para as instituições de ensino superior brasileiras. Verifica-se, facilmente, que inexistente um procedimento próprio. Por isso mesmo é que, ancorada pelo art. 207²⁸ da Constituição Federal Brasileira, cada instituição adotou um procedimento, causando dúvidas, o que dá azo à construção de uma série de interpretações divergentes.

Esse quadro, que já era complexo, tornou-se mais árduo ainda com a promulgação do Decreto n. 5.518/2005. Esse texto se refere à admissão de títulos e graus universitários para o exercício de atividades de pesquisa e de docência nos Estados Partes do Mercosul. Seu conteúdo proporciona uma interpretação em que a revalidação e o reconhecimento de tais títulos é automático, sendo desnecessário o processo de revalidação interno mencionado no art. 48 da Lei n. 9.394/96.

Para esclarecer esse tópico, o Conselho Nacional de Educação, por meio de sua Câmara de Educação Superior, editou a Resolução n. 3/2001²⁹. Seu art. 3º é esclarecedor:

A admissão do título universitário obtido nos Estados Partes do Mercosul, para o exercício de atividades de pesquisa e docência, em caráter temporário, não implica sua validação ou reconhecimento e não legitima o exercício permanente de atividades acadêmicas, para o qual se exige o reconhecimento do título.

172

Na mesma linha, para não deixar dúvidas, diz o art. 7º da Resolução CNE/CES 03/2011: “A validade nacional do título universitário de mestrado e doutorado obtido por brasileiros nos Estados Partes do Mercosul exige reconhecimento conforme a legislação vigente”.

De fato, a resolução em comento normatiza uma série de decisões anteriores do Conselho Nacional de Educação, como é o caso dos Pareceres CNE/CES n. 412/2011, 118/2010 e 218/2008. Desse modo, seguiram-se o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e os pressupostos do art. 48 da Lei n. 9.394/96.

A Resolução trouxe importantes premissas, todas frutos da consolidação de entendimentos prévios do Conselho Nacional de Educação. A saber:

²⁸ É seu texto: “As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão”.

²⁹ BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Educação Superior. *Resolução n. 3*, de 1º de fevereiro de 2011. Disponível em: <<https://www.capes.gov.br/images/stories/download/avaliacao/avaliacao-n/Resolucao-cne-03-2011.pdf>>. Acesso em: 5 abr. 2015.

- a) A admissão do título não é automática (art. 4º).
- b) Sua solicitação deve ser feita a uma universidade, excluindo-se a possibilidade de que tal solicitação seja feita a centros universitários e faculdades (art. 4º).
- c) A universidade concedente deve ter um curso equivalente ao do título solicitado. Significa que tal curso deve fazer parte do Sistema Nacional de Pós-Graduação da CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior).
- d) É necessária a comprovação da validade jurídica no país de origem do documento apresentado para admissão do título (art. 5º, II).
- e) Faz-se imperioso demonstrar que os estudos se desenvolveram, efetivamente, no exterior e não no Brasil (art. 5º, III).
- f) É preciso verificar a duração mínima, presencial, do curso realizado (art. 5º, V).

Trata-se, claramente, de uma evolução. Contudo, como se percebe há, ainda, grandes espaços interpretativos, razão pela qual continua sendo necessário que o Conselho Nacional de Educação seja provocado a se manifestar sobre o tema. Daí que se entendeu ser razoável, ante a multitude de interessados, a convocação de uma Audiência Pública para tratar do tema. Seu texto orientador foi elaborado por uma Comissão da Câmara de Educação Superior, criada especificamente para tal tarefa. Seu relator foi Luiz Roberto Liza Curi e o trabalho foi finalizado em junho de 2014. O item a seguir procura demonstrar as novidades decorrentes do texto em tela.

173

O Texto apresentado pelo Conselho Nacional de Educação para a Audiência

Levando-se em consideração que o texto sob análise é provisório, há que se ponderar sobre suas prováveis alterações. Tal é a natureza de uma audiência pública. Ouvir a comunidade sobre temas específicos a fim de embasar e dar suporte, no caso, a um procedimento de natureza legislativa, proporcionando um método democrático de resolução de problemas. Trata-se de mecanismo de participação popular previsto na própria Constituição Federal em seu art. 58, § 2º, II.

No entanto, tendo em vista que se trata de uma audiência, isto é, essencialmente de um procedimento de escuta – muito embora de caráter deliberativo e inclusivo –, é preciso que uma proposta seja levada à discussão. O amadurecimento dessa discussão se dá com a realização do ato público, revestindo-o, como

já dito, com o necessário verniz democrático. Daí a importância do texto em questão. É sobre ele que propostas serão levantadas e discutidas.

Dessa maneira, o texto orientador divide-se em quatro capítulos:

- a) O primeiro, breve, reporta-se ao já citado art. 48, da Lei n. 9.394/95 e menciona que todos os processos de *revalidação* têm suas diretrizes inseridas no Projeto de Resolução que resultará da Audiência Pública.
- b) O segundo trata da revalidação dos diplomas de graduação.
- c) O terceiro direciona-se à revalidação de títulos da Pós-Graduação *Stricto Sensu*.
- d) O quarto fala das disposições transitórias e, em seu art. 23, obriga todas as universidades brasileiras, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, a contar de sua publicação, a adotar os procedimentos inseridos na futura Resolução.

Como o escopo desse artigo está relacionado à revalidação e ao reconhecimento de títulos de pós-graduação *stricto sensu*, pelo Brasil, obtidos em universidades estrangeiras, os apontamentos a seguir elencados estão conectados ao terceiro capítulo do texto orientador, procurando, conforme já anunciado, demonstrar as novas concepções e as diferenças com relação aos procedimentos até então vigentes.

174

Competência para a revalidação

A competência para a revalidação continua sendo reservada a universidades, a teor do art. 15 do texto orientador. Dessa forma, centros universitários e faculdades continuam sem autorização para tal ato.

Importante diferença, contudo, diz respeito à natureza jurídica das universidades. O art. 3º reserva às de caráter público a revalidação de diplomas de graduação, competência alargada para a revalidação de diplomas *stricto sensu*. O art. 15 não utiliza a expressão “pública”, sendo razoável afirmar que as universidades privadas também restam consideradas como competentes para a prática do ato.

Ademais, permanecem as regras definidas pelo Conselho Nacional de Educação. É necessário que as universidades, sejam públicas ou privadas, tenham um curso equivalente ao do diploma para o qual é solicitada a revalidação. Naturalmente, o curso da universidade brasileira precisa ser acreditado pela CAPES (art. 15).

Dos Procedimentos

O texto orientador inova nos procedimentos, adotando um comum e outro, sumário.

Do procedimento comum

As normas gerais editadas pela CAPES deverão ser traduzidas em normas específicas pelas diferentes universidades (art. 15, § 1º), que delas serão informadas em um prazo de 180 (cento e oitenta) dias da publicação da futura Resolução.

Seguindo, o processo de revalidação será de fluxo contínuo e poderá ser proposto a qualquer tempo (art. 15, § 4º). De acordo com o mesmo artigo, seu termo final se dará, obrigatoriamente, em até 180 (cento e oitenta) dias, contados da data do recebimento pela universidade, sob pena de sanções administrativas internas e externas.

Do procedimento sumário

O procedimento sumário atém-se à checagem das condições formais (item 3.3 deste artigo), sendo desnecessária sua análise de mérito (art. 18, § 1º). Trata-se de ato formal e que deve ser encerrado em até 30 (trinta dias) a contar da data de recebimento do pedido de revalidação.

As hipóteses em que o procedimento sumário deverá ser adotado são:

- a) Quando os cursos ou programas de pós-graduação *stricto sensu* estrangeiros tiverem sido revalidados nos últimos 5 (cinco) anos (art. 18, *caput*).
- b) Quando os requerentes tiverem obtido bolsa por agência governamental associada ao curso pelo qual ocorrerá a diplomação (art. 19).
- c) Quando os requerentes postularem a revalidação de título obtido por meio do Programa Ciência sem Fronteiras.

175

Das condições formais

Para que o processo de revalidação seja aceito, será preciso que, em seu protocolo (art. 16, § 4º e incisos), o requerente apresente os seguintes documentos:

- a) Cadastro com seus dados pessoais. Se for o caso, deverá informar sua vinculação institucional no Brasil.
- b) Cópia do diploma autenticado por autoridade consular competente.
- c) Exemplar da tese ou da dissertação em língua franca, com cópia em arquivo digital. Ela deve ser acompanhada da ata da data de defesa (título, aprovação e conceito outorgado) autenticada pela instituição estrangeira, além dos nomes dos participantes da banca examinadora e do orientador, juntando-se, ainda, seus currículos resumidos.
- d) Cópia do histórico escolar, autenticado pela instituição estrangeira responsável pela instituição estrangeira, contendo disciplinas e/ou atividades cursadas, com seus períodos e carga horária total. O resultado das avaliações em cada disciplina é obrigatório.

- e) Descrição resumida das atividades de pesquisa realizadas e cópia impressa (ou endereço eletrônico) dos trabalhos científicos decorrentes da dissertação ou tese.
- f) Resultados das creditações internas e externas do curso de programa de pós-graduação realizado no exterior.

Da análise do mérito

A avaliação do mérito das condições da revalidação se dará, fundamentalmente, pela análise da organização acadêmica do curso ou programa de pesquisa (art. 16). Seus pressupostos são:

- g) A verificação do desempenho global da instituição ofertante, feita pela consideração da organização institucional da pesquisa, da forma de avaliação do candidato, da integralização de disciplinas, do processo de orientação e da defesa da tese ou da dissertação (art. 16, § 1º).
- h) O desempenho do requerente no curso ou programa, medido por seu histórico escolar.

Fica, ainda, possibilitada à instituição revalidadora a criação de comitês externos de avaliação, compostos por docentes e pesquisadores externos, desde que possuam perfil acadêmico-científico adequado à avaliação do processo específico (art. 16, § 3º). Essa é outra novidade, visto que inexistia tal abertura no modelo atual.

176

Dos recursos

A decisão final da universidade revalidadora estará sujeita a um único recurso de mérito, apresentado diretamente à outra universidade, não participante do processo original (art. 22). Seu prazo de análise é de 90 (noventa) dias, contados de seu protocolo (art. 22, § 2º).

O texto orientador prevê um recurso extraordinário à Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação, limitado, todavia, a erros de fato ou de direito (art. 22, § 3º). Não há prazo, entretanto, para sua decisão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O engajamento global das universidades consiste em um elemento central para o sucesso da inserção internacional de um país como o Brasil em tempos de globalização. Essas questões e estratégias são complexas, exigindo para o sucesso, objetivos pontuais dependentes das realidades das instituições e da comunidade acadêmica.

Recentemente, a Comissão da Câmara de Educação do Superior do Conselho Nacional de Educação apresentou o novo texto orientador sobre a elaboração das normas e procedimentos acerca da revalidação e do reconhecimento de títulos emitidos no exterior. A nova proposta não chega a ser considerada um avanço

pontual em termos de redução de tempo no processo de validação e do reconhecimento de títulos. O Brasil ainda adota um modelo altamente burocrático.

Para além disso, é fato que o texto orientador da Audiência Pública avança, e bastante, em termos de segurança jurídica. Seus impactos serão imediatos, inclusive porque seu prazo de adoção é bastante exíguo. Podem-se apontar, todavia, algumas considerações a seu respeito:

- i) Não resta claro se o processo de revalidação de títulos *stricto sensu* é reservado somente a universidades públicas. Isso porque o simples cotejo entre o art. 15 com o art. 18, § 2º, dá azo a dúvidas.
- j) A inexistência de prazo para a manifestação da Câmara de Educação Superior a respeito dos recursos extraordinário destoa do padrão textual adotado.
- k) A criação das comissões externas para analisar a revalidação será objeto de muito debate, pois, em tese, afetaria a autonomia universitária, assim como o recurso a outra universidade.
- l) Resta discutível se os processos já em andamento deverão migrar para o novo procedimento. O problema, aqui, é a coexistência de dois sistemas distintos.

A nova proposta de texto é ainda conservadora em termos de agilidade e eficiência para permitir ao país maior flexibilidade no processo de reconhecimento e validação de títulos, permitindo, com isso, assimilação mais rápida de profissionais que buscam títulos em universidades do exterior. Ainda que o texto apresentado avance quanto à segurança jurídica, restringe muito a possibilidade de os estudantes brasileiros buscarem, nas universidades estrangeiras, títulos de mestrado e doutorado no contexto de globalização atual.

177

REFERÊNCIAS

BITTER, Mariluce; MOROSINE, Marília; OLIVEIRA, João Ferreira de (Org.). *Educação Superior no Brasil, 10 anos Pós-LDB*. Brasília: Inep, 2008. Disponível em: <www.publicacoes.inep.gov.br>. Acesso em: 5 abr. 2015.

BRASIL. *Lei n. 9.394*, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm>. Acesso em: 5 abr. 2015.

BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Educação Superior. *Resolução n. 3*, de 1º de fevereiro de 2011. Disponível em: <<https://www.capes.gov.br/images/stories/download/avaliacao/avaliacao-n/Resolucao-cne-03-2011.pdf>>. Acesso em: 5 abr. 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 5 abr. 2015.

BRASIL. *Decreto n. 5.518*, de 23 de outubro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5518.htm>. Acesso em: 5 abr. 2015.

BRASIL. *Lei n. 9.131*, de 24 de novembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L9131.htm>. Acesso em: 5 abr. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Branços e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

GIDDENS, Anthony. *O mundo na era da globalização*. Lisboa: Editora Presença, 2000.

HELD, David; MCGREW, Anthony. *Prós e contras da globalização*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

JARAMILLO, Isabel Cristina; KNIGHT, Jane. Key actors and programs: increasing connectivity in the region. In: WIT, Hans de et al. *Higher education in Latin America: the internacional dimension*. Washington, DC: World Bank, 2005. p. 301-339.

JEZINE, Edineide et al. Globalização e políticas para a educação superior no Brasil: as lutas sociais e a lógica mercantilista. In: TEODORO, António (Org.). *A educação superior no espaço iberoamericano: do elitismo à transnacionalização*. Lisboa: Ed. Universitárias Lusófonas, 2010. 316p.

KNIGHT, Jane. *Higher education in turmoil: the changing world of internacionalization*. Rotterdam: Sense Publishers, 2008.

LAUS, Sonia Pereira. *A internacionalização da educação superior: um estudo de caso da Universidade Federal de Santa Catarina*. Tese (Doutorado em Administração) – Escola de Administração, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012.

LIMA, M. C.; CONTEL, F. B. Períodos e motivações da internacionalização da Educação Superior. In: COLLOQUE DE L'IFBAE, 5, 2009, Grenoble. *Anais...* Grenoble, 2009. Disponível em: <<http://www.ifbae.com.br/congresso5/pdf/B0095.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

178

MARINGE, Felix; FOSKETT, Nick. *Globalization and internacionalization in higher education: theoretical, strategic and management perspectives*. New York: Continuum, 2010.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PITASI, Andrea. Do desafio da hipercidadania ao nacionalismo metodológico. *Redes: Revista Eletrônica Direito e Sociedade*. Canoas, RS, v. 1, n. 1, nov. 2013, p. 7-23. Disponível em: <<http://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/1035/935>>. Acesso em: 4 jul. 2015.

SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHWARTZ, Germano; PRIBÁN, Jirí; ROCHA, Leonel Severo. *Sociologia sistêmico-autopoiética das Constituições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCOTT, Peter. Globalization and higher education: challenges for the 21st Century. *Journal of Studies in Internacional Education*, v. 4, n. 1 p. 3-10, 2000.

TAYLOR, John. The response of governments and universities to globalization and internacionalization in higher education. In: MARINGE, Felix; FOSKETT, Nick. *Globalization and internacionalization in higher education: theoretical, strategic and management perspectives*. New York: Continuum, 2010.

TEUBNER, Gunther (Ed.). *Global law without a state: studies in modern law and policy*. Dartmouth: USA, 1996.

Data de recebimento: 02/08/2015

Data de aprovação: 09/12/2015

HOMOFOBIA VERSUS DIREITO À DIVERSIDADE: ANÁLISE DA NORMA CONSTITUCIONAL NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MINORIAS

HOMOFOBIA VERSUS RIGHT TO DIVERSITY: REVIEW OF CONSTITUTIONAL STANDARDS IN BRIEF PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF MINORITIES

Bruno Henrique Gonçalves*
Deivison Resende Monteiro**
Geraldo Luiz Vianna***
Ronaldo Pimenta Mendes****

RESUMO

Este artigo está inserido na temática que envolve o estudo da soberania popular e sua tensa relação com os limites impostos pela norma constitucional garantidora de direitos fundamentais. Objetiva-se propor a reflexão acerca da lacuna legal no que tange a criminalização de condutas homofóbicas que têm marcado a contemporaneidade brasileira pela violência e a discriminação de minorias, em razão da identidade de gênero. Pretende, a partir de aspectos históricos e culturais e, também da

-
- * Coordenador Adjunto e Professor Assistente do Departamento de Direito da Universidade Federal de Lavras. Membro do Colegiado do Curso de Direito da Universidade Federal de Lavras. Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Especialista em Ciências Penais pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. (e-mail: brunoh.goncalves@dir.ufla.br). Lattes: <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4574631E7>>.
- ** Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Advogado. Professor de Direito Internacional Público e Privado e Direito do Trabalho III da Universidade José do Rosário Vellano – Campo Belo (MG). (e-mail: drmadvogadosassociados@gmail.com). Lattes: <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4263960A0>>.
- *** Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Advogado. Professor de Direito Constitucional e Administrativo da Faculdade de São Lourenço e assessor jurídico da Unimed Circuito das Águas. (e-mail: geraldoluzvianna@gmail.com). Lattes: <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4321628J3>>.
- **** Acadêmico do curso de Direito promovido pela Universidade José do Rosário Vellano. Membro do núcleo de estudos sobre o crime e a pena da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas. Ex. monitor de Processo Civil, Direito Civil e Teoria Geral do Processo. Pesquisador. (e-mail: ronaldo8552@hotmail.com). Lattes: <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K8160377A9>>.

análise de algumas manifestações judiciais dos tribunais evidenciar o papel da Constituição da República na garantia dos direitos fundamentais das minorias. Para tanto, por meio da pesquisa bibliográfica, far-se-á uma detida análise de algumas proposições legislativas de alçada inclusiva, bem como o estudo de alguns julgados com o fito de verificar como o Poder Judiciário responde à lacuna do Executivo e Legislativo e se essa atuação é positiva.

Palavras-chave: criminalização; direitos fundamentais; diversidade; homofobia.

ABSTRACT

This paper was part of the theme that involves the study of popular sovereignty and its tense relationship with the limits imposed by the guarantor constitutional norm of fundamental rights. It aims to propose a reflection on the legal gap regarding the criminalization of homophobic behaviors that have marked the Brazilian contemporary violence and discrimination against minorities, on the grounds of gender identity. Want, from historical and cultural aspects and also the analysis of some legal manifestations of the courts highlight the role of the Constitution in guaranteeing the fundamental rights of minorities. For both, by means of bibliographic research, will be a share analysis of some propositions laws of heave inclusive, as well as the study of some tried with the aim of checking how the Judiciary responds to the executive and legislative gap and if this activity is posit.

Keywords: criminalization; fundamental rights; diversity; homophobia.

180

INTRODUÇÃO

A ideia de viver em democracia nos remete, ao menos de início, ao conceito de que o nosso modelo republicano deve ser conduzido por um ordenamento jurídico construído por meio de normas que reflitam uma convenção, ou congruência de subjetividades, na concepção central de Wittgenstein apud Condé¹ uma espécie de senso comum entre os participantes da sociedade o que serviria de norte para a elaboração de enunciados jurídicos – direitos subjetivos, deveres e normas. Tal contingência de interesses nasce carregada de influências, mitologias, tabus e preconceitos impregnados pela carga cultural oriunda, sobretudo dos pressupostos da modernidade com seu caráter essencialmente uniformizador, padronizador e exclusivo das diferenças. A democracia carrega consigo os desafios impostos para equilibrar a vontade das maiorias e a proteção das minorias.

¹ CONDÉ, Mauro Lúcio Leitão. Wittgenstein e a gramática da ciência. *Unimontes Científica*, Montes Claros, v. 6, n. 1, jan./jun. 2004. Disponível em: <<http://ruc.unimontes.br/index.php/unicientifica/article/viewFile/63/57>>. Acesso em: 15/05/2016.

Enfrentar os limites dessa vontade majoritária é, certamente, o papel fundamental da norma constitucional. Cabe à Constituição a preservação de determinados temas, dentre eles os direitos fundamentais, contra a própria soberania popular.

Permeiar o tenso convívio existente entre a soberania popular (democracia majoritária) e a norma (constituição), quanto à garantia dos direitos fundamentais das minorias é o objeto de estudo ao qual se propõe o presente artigo, cujo esforço é concentrado especialmente ao que se refere ao tratamento (ou não tratamento) dado à questão da proteção dos direitos referentes às relações homoafetivas por meio da Carta Maior do Estado, normas infraconstitucionais e por fim, elencar como os outros estados nacionais estariam lidando com o assunto com intuito de propiciar o debate amplo e responsável à altura do tema.

Neste sentido pretende-se trazer uma abordagem a partir de um olhar voltado para três ângulos de discussão: (1) aspectos históricos e culturais e o papel da Constituição da República na garantia dos direitos fundamentais das minorias; (2) homofobia e normatização no Brasil; (3) manifestação dos tribunais: análise das manifestações judiciais acerca do tema.

Para tanto, *ab initio* será feito um levantamento bibliográfico acerca dos aspectos históricos e culturais a respeito da minoria LGBT. Por conseguinte, executar-se-á uma detida análise empírica, acerca dos projetos de leis que tratam da temática em questão, bem com algumas decisões proferidas por nossos tribunais, com vistas a analisar a coerência sistemática da atuação das funções do Estado na proteção das minorias à luz da Carta Maior de 1988.

ASPECTOS HISTÓRICOS E CULTURAIS E O PAPEL DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MINORIAS

O processo histórico que o mundo testemunhou na construção do projeto moderno evidenciado, sobretudo a partir do ano de 1942 com a invasão das Américas por Colombo e pela expulsão dos mulçumanos da Península Ibérica proporcionada pela expansão dos reinos cristãos, apresenta-se como grande simbolismo para que possamos entender as origens do preconceito e da opressão às minorias intituladas “diferentes”².

A modernidade nasceu da pretensão europeia em colocar-se como o padrão étnico, cultural, religioso, social e comportamental a ser seguido, relegando às outras civilizações o papel de colônias meramente coadjuvantes e submissas ao “padrão civilizatório” proposto pelos países cristãos. A lógica europeia, em seu

² MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Democracia e Constituição: tensão histórica no paradigma da democracia representativa e majoritária – a alternativa plurinacional boliviana. In: Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia; Eduardo Henrique Lopes Figueiredo et al. (Coords.). *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 12.

intento vitorioso de encobrimento cultural, uniformizador e padronizador exclui então todas as outras visões de mundo por meio da afirmativa de que seria a sociedade mais evoluída em detrimento de todas as outras que estariam ainda por evoluir³.

A partir de então, todo e qualquer comportamento diverso daquele proposto passa a ser tido como antiquado, inadequado, mau, pejorativo, feio e ruim.

Sem perder de vista que os pressupostos da modernidade, citados acima, foram terreno fértil para desenvolvimento do capitalismo, ainda hoje é possível sentir, claramente, a presença forte das concepções modernistas que excluem aqueles que não se amoldam aos padrões determinados para nossa época. É daí que se pode perceber os mais infundados critérios para a construção dos preconceitos que parecem estar vinculados ora a ideias religiosas, ora a padrões étnicos, ora ao comportamento.

Dentro deste sistema, onde as sutilezas de nossas diferenças e individualidades não são aceitas, existe um método de exclusão daqueles não reconhecidos: a violência.

O método da violência apresenta-se por diversos mecanismos de ação, que vão desde a violência física à violência psicológica, passando por estágios de condutas comissivas e omissivas perpetradas por indivíduos isoladamente, por grupos de pessoas, por instituições representativas de classes e até pelo próprio Estado.

182

Interessa aqui evidenciar a conduta omissiva do Estado, sobretudo, no que tange às atribuições do parlamento nacional, como método de exclusão de segmentos sociais minoritários e vulneráveis, a exemplo dos homossexuais.

As diversas modalidades de violência contra homossexuais no Brasil é uma realidade cada vez mais presente. Os dados levantados pelo antropólogo da Universidade Federal da Bahia e presidente do Grupo Gay da Bahia, Professor Luiz Mott⁴, são assustadores:

enquanto na década de 1980 matava-se em média um homossexual por semana, na década de 1990 esse número subiu para um homicídio a cada três dias e, agora, no início do terceiro milênio, essa média agrava-se ainda mais: um homossexual é assassinado a cada dois dias. Crimes, em sua maior parte, praticados com requintes de crueldade, motivados pelo machismo e homofobia – o ódio patológico aos homossexuais.

³ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Democracia e Constituição: tensão histórica no paradigma da democracia representativa e majoritária – a alternativa plurinacional boliviana. Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia; Eduardo Henrique Lopes Figueiredo et al. (Coords.). *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 33.

⁴ MOTT, Luiz. *Causa mortis: homofobia – Violação dos direitos humanos e assassinato de homossexuais no Brasil, 2000*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/dht/br/mott_homofob/index.html>. Acesso em: 15/05/2016.

De acordo com as pesquisas do Grupo Gay da Bahia, somente no ano de 2000 foram registrados 130 assassinatos de gays, travestis e lésbicas e 261 casos de discriminação anti-homossexual – números que revelam uma situação de extrema violência e intolerância contra mais de 10% da população brasileira, constituída por homossexuais, números que com certeza estão muito aquém da realidade, pois nossas fontes não cobrem a totalidade do território nacional⁵.

Esta circunstância resta ainda mais alarmante ao se verificar os dados fornecidos pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, que realizou pesquisa por meio do disque 100, no ano de 2014, e constatou que a cada hora um homossexual sofre algum tipo de violência no Brasil.

Por conseguinte, último relatório elaborado pelo Grupo Gay da Bahia informa que no ano de 2014 foram documentadas 326 mortes de gays, travestis e lésbicas no Brasil, incluindo 9 suicídios. A intolerância é gritante: “dos 326 mortos, 163 eram gays, 134 travestis, 14 lésbicas, 3 bissexuais e 7 amantes de travestis (T-lovers). Foram igualmente assassinados 7 heterossexuais, por terem sido confundidos com gays ou por estarem em circunstâncias ou espaços homoeróticos”⁶. Estatisticamente, pode-se afirmar a ocorrência de um assassinato a cada 27 horas. Ou seja, se comparados com os dados obtidos no ano de 2000 o número de homicídios cometidos contra gays, travestis e lésbicas quase que triplicou.

Com tais números o Brasil permanece como sendo o país com mais crimes cometidos motivados pela trans/fobia. No ano de 2013, segundo agências internacionais, 50% dos homicídios de transexuais foram cometidos no Brasil⁷.

Os dados revelam uma espécie de senso comum ou congruência de interesses que insiste em repudiar o comportamento homossexual a ponto de negar-lhes a existência em nosso meio social. É possível perceber tal negativa ao se analisar a postura do parlamento nacional que atua com gritante violência, na medida em que deixa de manifestar-se sobre a proteção dos direitos desta minoria, sobretudo quanto à questão da necessária discussão acerca da criminalização de condutas homofóbicas.

Segundo o coordenador-geral de promoção dos direitos de LGBT da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência, Gustavo Bernardes apud Walter “A

⁵ MOTT, Luiz. *Causa mortis: homofobia – violação dos direitos humanos e assassinato de homossexuais no Brasil, 2000*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/dht/br/mott_homofob/index.html>. Acesso em: 15/05/2016.

⁶ MOTT, Luiz. *Assassinato de homossexuais (LGBT) no Brasil: Relatório 2014*. Disponível em: <<https://homofobiamata.files.wordpress.com/2015/01/relatc3b3rio-2014s.pdf>>. Acesso em: 07/05/2016.

⁷ MOTT, Luiz. *Assassinato de homossexuais (LGBT) no Brasil: Relatório 2014*. Disponível em: <<https://homofobiamata.files.wordpress.com/2015/01/relatc3b3rio-2014s.pdf>>. Acesso em: 07/05/2016.

homofobia é estrutural no Brasil, assim como o machismo. Ela permeia toda a sociedade brasileira. Então o que temos de fazer de prevenção é um trabalho que perpassa toda a sociedade”⁸.

Aqui a questão é aberrante uma vez que a conduta omissiva de casas legislativas brasileiras não permite sequer que o assunto seja colocado em debate, evidenciado a subserviência dos mandatos parlamentares a interesses religiosos e, sabem-se lá quais outros. Na maior parte dos casos (senão em todos), os membros do Congresso Nacional sequer se posicionam, seja a favor, seja contra⁹.

Se a vontade da maioria, neste caso em especial, coloca-se em posição de afetar a integridade física e psicológica de uma minoria socialmente vulnerável, negando-lhes o direito de livre pensamento e expressão, qual é o papel da Constituição? Deve refletir friamente a vontade das maiorias ou apresentar-se como instrumento de equilíbrio para a proteção dos vulneráveis?

Segundo o Prof. Dr. José Luis Quadros Magalhães¹⁰:

O “casamento” entre constituição e democracia significa, na prática, que existem limites expressos ou não às mudanças democráticas. Em outras palavras, existem assuntos, princípios, temas que não poderão ser deliberados. Há um limite à vontade da maioria. Existe um núcleo duro, permanente, intocável por qualquer maioria. A lógica que sustenta esses mecanismos se sustenta na necessidade de proteger a maioria, e cada um, contra maiorias que podem se tornar autoritárias, ou que podem desconsiderar direitos de minorias (que poderão se transformar em maiorias). Assim, o constitucionalismo significa mudança com limites, transformação com segurança. Esses limites se tornaram os direitos fundamentais. O núcleo duro de qualquer constituição democrática [...] são os direitos fundamentais.

A boa lembrança trazida no trecho acima nos chama a atenção para o “núcleo duro” de nossa Constituição: os direitos fundamentais e, no caso em estudo, mais especificamente, o direito à intimidade e à vida privada. Tais direitos é fruto do desdobramento da liberdade individual para dispor sobre a sua própria sexualidade, liberdade esta que não pode ser agredida pela vontade das maiorias.

⁸ WALTER, Bruna Maestri. *Violência contra os gays começa em casa*. Jornal Gazeta do Povo. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/violencia-contra-gays-comeca-em-casa-27h630m9jll6evmgo52ni3wu>>. Acesso em: 07/05/2016.

⁹ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Fundamentos de Teoria da Constituição: a dinâmica constitucional no Estado Democrático de Direito brasileiro*. In: Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia; Eduardo Henrique Lopes Figueiredo et al. (Coords.). *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

¹⁰ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Democracia e Constituição: tensão histórica no paradigma da democracia representativa e majoritária – a alternativa plurinacional boliviana*. In: Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia; Eduardo Henrique Lopes Figueiredo et al. (Coords.). *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

O respeito às individualidades decorre necessariamente do respeito a uma nação pluralista, declarada como tal no preâmbulo da Carta da República de 1988. A proposta constitucional coloca o pluralismo como valor sócio-político-cultural da república brasileira. Assim, a ideia de respeitar a diversidade e a individualidade é a concepção de que já não existe um padrão a ser seguido ou tomado como certo capaz de comparar pessoas, o que vai além do direito de ser diferente.

O direito de ser diferente é expressão de liberdade, mas o direito à diversidade, ou seja, de que a individualidade seja respeitada é questão de dignidade. O reconhecimento da liberdade individual de expressar suas preferências sexuais é uma emancipação direta do princípio da dignidade da pessoa humana. Neste sentido é que a norma – Constituição – deve fazer-se presente.

A alegoria criada por Platão¹¹, no livro VII de *A República*, nos calha para demonstrar o papel que se espera da norma. Na caverna de Platão a norma seria o instrumento capaz de romper as correntes e fazer com que os olhares dos prisioneiros se voltassem para a realidade, desfazendo os mitos e as distorções ilusórias que nos cegam.

Neste sentido, em substituição à inanição parlamentar, o poder judiciário é provocado a determinar a aplicação da norma. Os tribunais pátrios começam a se manifestar no sentido de assegurar a aplicação do conteúdo constitucional na defesa dos direitos fundamentais das minorias socialmente vulneráveis, estabelecendo os primeiros mecanismos de inclusão dessas minorias.

De outro lado, é possível constatar algumas iniciativas, quase heroicas, por parte do Legislativo de alguns Estados e Municípios e do Executivo da União na criação de políticas públicas inclusivas, que parecem ser as primeiras manifestações do Estado no afã de garantir minimamente os direitos fundamentais dessas minorias.

Por todos os olhares, a questão que se estabelece é saber qual é o poder dessas iniciativas para a desconstrução do preconceito vivido atualmente. É o que se comentará nas linhas que se seguem.

¹¹ O mito da caverna, criado pelo filósofo grego, pede que imaginemos um muro bem alto separando o mundo externo e uma caverna. Na caverna existe uma fresta por onde passa um feixe de luz exterior. No interior da caverna permanecem seres humanos, que nasceram e cresceram ali. Ficam de costas para a entrada, acorrentados, sem poder mover-se, forçados a olhar somente a parede do fundo da caverna, onde são projetadas sombras de outros homens que, além do muro, mantêm acesa uma fogueira. Pelas paredes da caverna também ecoam os sons que vêm de fora, de modo que os prisioneiros, associando-os, com certa razão, às sombras, pensam ser eles as falas das mesmas. Desse modo, os prisioneiros julgam que essas sombras sejam a realidade. Platão. *A República*. Disponível em: <http://www.eniopadilha.com.br/documentos/Platao_A_Republica.pdf>. Acesso em: 18/06/2015.

HOMOFOBIA E NORMATIZAÇÃO NO BRASIL

Uma breve introdução

Para tratar do tema homofobia e a (falta de) normatização no Brasil, adotou-se neste estudo, um conceito amplo¹² que envolve não só a violência física contra a pessoa em virtude de sua orientação sexual, mas também o não reconhecimento do direito a essa diversidade – como, *v.g.*, a omissão do Congresso Nacional com relação aos assuntos relacionados à criminalização de determinadas condutas “homofóbicas” ou a regulamentação da união homossexual.

Até hoje, pouco se produziu no legislativo do país acerca do assunto, embora seja constante a verificação de práticas discriminatórias contra lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais.

Em nosso ordenamento jurídico positivo, podem ser encontradas algumas leis estaduais e municipais que, dentro de suas limitações no que se refere às competências legislativas previstas na Constituição, visam coibir a prática de determinadas posturas discriminatórias por meio da previsão de punições administrativas para estabelecimentos mantidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, bem como seus agentes.

No âmbito do legislativo nacional, importantes projetos de lei estão tramitando no Congresso Nacional, muitos deles arrastando-se há anos, sem que haja uma postura definitiva dos parlamentares.

Contra as referidas reformas, em especial a denominada “criminalização da homofobia”¹³, argumenta-se que a iniciativa representa a concessão de “superdireitos” aos homossexuais, bissexuais e transgêneros. No entanto, a reforma legislativa nada mais faz do que incluir a mesma proteção que já possuem outras minorias¹⁴.

186

¹² Segundo Alexandre Bahia “o termo ‘homofobia’ não pode ser limitado a uma visão reducionista: ‘homossexualidade + fobia’ (isto é, como aversão a homossexuais). Homofobia se marca pela rejeição ou negação – em múltiplas esferas, materiais e simbólicas – da coexistência, como iguais, com seres afetivo-sexuais que diferem do modo sexual dominante. Violência não se dá apenas de forma física, mas igualmente em discursos que não reconheçam uma minoria como tal”. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Homofobia no Brasil, resoluções internacionais e a Constituição de 1988. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3269, 13 jun. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21999>>. Acesso em: 14/05/2016.

¹³ BRASIL. CÂMARA. *Projeto de Lei n. 122/2006*. Altera a Lei n. 7.716/89 (que define os crimes de preconceito de raça ou cor), o Decreto-Lei n. 2.848/40 (Código Penal) e o Decreto-Lei n. 5.452/43 (Consolidação das Leis do Trabalho – CLT) para redefinir as infrações resultantes de discriminação ou preconceito, acrescentando novos conceitos. Projeto de Lei da Câmara. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=79604>. Acesso em: 10/04/2015.

¹⁴ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Homofobia no Brasil, resoluções internacionais e a Constituição de 1988. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3.269, 13 jun. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21999>>. Acesso em: 14/05/2016.

Além do mais, pode-se dizer, com Dworkin¹⁵ que, em algumas circunstâncias, o direito de tratamento como igual – que é o direito de ser tratado com o mesmo respeito e consideração que qualquer outra pessoa – não implicará a um só tempo um direito a igual tratamento – que é o direito a uma igual distribuição de alguma oportunidade, recurso ou encargo. Em uma só palavra, a proteção de determinada minoria, se fundamentada, é legítima e não pode ser cognominada “superdireito”.

Diante da inércia do Congresso Nacional é possível notar que o Executivo tem adotado algumas ações inclusivas, especialmente no âmbito federal, na tentativa de minimizar a discriminação. Contudo, para que o Executivo possa agir, necessário se faz que haja leis (gerais e abstratas) elaboradas pelo Legislativo, representante que é da soberania popular no Estado de Direito Democrático. Além disso, o Executivo também tem se mostrado ineficaz na implantação e execução de políticas públicas.

Frete à notória ausência de atuação do Legislativo e limitações do Executivo (políticas e jurídicas), tem sido atribuída ao Judiciário a tarefa de tomar as decisões mais importantes acerca do tema “homofobia”, o que deve ser observado com a devida cautela.

O legislativo nacional

Existem leis estaduais que estabelecem penalidades pelo ato discriminatório praticado contra homossexuais, bissexuais e transgêneros.

Pode-se citar, como exemplo, a Lei n. 14.170/2002 do Estado de Minas Gerais, que “determina a imposição de sanções a pessoas jurídicas por ato discriminatório praticado contra pessoa por motivo de sua orientação sexual”; a Lei n. 3.406/2000, do Estado do Rio de Janeiro, que “estabelece penalidade aos estabelecimentos que discriminem pessoas em virtude de sua orientação sexual”; e a Lei n. 10.948/2001, do Estado de São Paulo, que “dispõe sobre penalidades a serem aplicadas na prática de discriminação em razão de orientação sexual”.

A legislação estadual normalmente prevê um rol exemplificativo de posturas discriminatórias a que visa coibir e punir, tais como: constrangimento físico, moral ou psicológico; impedimento ou criação de empecilhos para ingresso ou permanência no estabelecimento; preterimento no atendimento.

Como sujeitos passíveis da discriminação, as leis estaduais preveem qualquer pessoa, “em virtude de orientação sexual” – a lei paulista prevê expressamente “cidadão homossexual, bissexual ou transgênero” – e, como sujeitos passíveis de punição, estão elencados empresas públicas ou privadas e agentes públicos (na

¹⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: WMF/Martins Fontes, 2010, p. 349-350.

forma de seus respectivos estatutos dos servidores) – a lei do Estado do Rio de Janeiro inclui no rol de sujeito passível de punição, além de pessoas jurídicas e agentes públicos, qualquer cidadão, civil ou militar.

Dentro da (restrita) autonomia constitucional dada aos Estados-membros para legislar¹⁶ – como já salientado, a União tem competência exclusiva para legislar sobre quase tudo –, as punições previstas nas leis estaduais são de natureza administrativa, tais como advertência, multa, suspensão de licença para funcionamento, cassação de licença para funcionamento e proibição de contratar com a Administração.

No mesmo sentido, há diversas leis orgânicas municipais com a expressa proibição de discriminação em razão da orientação sexual¹⁷. Também podem ser encontradas leis municipais que, a exemplo das mencionadas leis estaduais, estabelecem penalidades para estabelecimento que praticarem condutas discriminatórias contra pessoa em virtude de sua orientação sexual – a título de exemplo, cite-se as Leis ns. 8.176/2001, do Município de Belo Horizonte/MG e a 3.277/2001, do Município de Alfenas/MG.

Neste íterim, merece especial destaque a Lei Municipal n. 8.719/2003, também de Belo Horizonte, que dispõe sobre proteção e defesa dos direitos das minorias, inclusive contra a discriminação em razão da orientação sexual. Referida lei inclui como ação discriminatória “proibir a livre expressão e a manifestação de afetividade, caso essa expressão e manifestação sejam permitidas aos demais cidadãos”. Além disso, cria um “Sistema Municipal de Garantias dos Direitos da Cidadania” (atribuições de defesa das minorias) e, finalmente (também dentro de sua limitação de produção legislativa), dispõe que serão passíveis de punição todos aqueles que tenham autorização, permissão e concessão de serviço público.

No âmbito do Congresso Nacional, hoje existem projetos de lei em tramitação que tratam da questão da homofobia. Dentre eles, destacamos os seguintes:

- a) Projeto de Lei n. 81/2007, de autoria da Deputada Fátima Bezerra, que institui o dia 17 de maio como o “Dia Nacional do Combate à homofobia”. Este projeto foi aprovado pelas Comissões de Educação e Cultura e de Constituição e Justiça. No entanto, foi apresentado recurso em outubro de 2010, pelo Deputado Pastor Manoel Ferreira, no sentido de que o assunto, por ser polêmico, deve ser mais bem debatido.

¹⁶ O professor José Afonso da Silva (2010, p. 622), referindo-se à competência legislativa do Estado-membro assevera que, “[o] campo de incidência de sua legislação, no entanto, não vai muito além do terreno administrativo, financeiro, social (competência comum), de administração, gestão de seus bens, alguma coisa na esfera econômica nos limites [constitucionais] e quase nada mais [...]”. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 622.

¹⁷ Para maiores informações: ABGLT – Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros, Disponível em: <www.abglt.org.br>. Acesso em: 10/04/2015.

- b) Projeto de Lei n. 4.914/2009, de autoria do Deputado José Genoíno, que altera a Lei n. 10.406/2002 (Código Civil), aplicando à união estável de pessoas do mesmo sexo os dispositivos do Código Civil referentes à união estável entre homem e mulher, com a exceção do artigo que trata sobre a conversão em casamento. Este processo foi arquivado em janeiro de 2011, por falta de apreciação até o término da legislatura, na forma do art. 105 do Regimento Interno da Câmara. Atendendo a requerimento da Deputada Manoela D'ávida (que é coautora do projeto) e de outros deputados, foi desarquivado em fevereiro de 2011, e atualmente encontra-se em apreciação pelas comissões da casa, tendo sido apensado ao PL n. 580/2007 (altera a Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para dispor sobre o contrato civil de união homoafetiva).
- c) Projeto de Lei da Câmara (PLC) n. 122/2006, de relatoria da Senadora Fátima Cleide, que altera a Lei n. 7.716/89 (que define os crimes de preconceito de raça ou cor), o Decreto-lei n. 2.848/40 (Código Penal) e o Decreto-lei n. 5.452/43 (Consolidação das Leis do Trabalho – CLT) para redefinir as infrações resultantes de discriminação ou preconceito, acrescentando novos conceitos. O referido projeto, que hoje se encontra no Senado, teve origem na Câmara (PL n. 5.003/2001, da Deputada Iara Bernardes, aprovado naquela casa em novembro de 2006), e tinha como previsão originária os termos “raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”. A alteração no Senado acrescentou “gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero”. Comissão de Assuntos Sociais aprovou o relatório com o texto substitutivo do Senado. Ao tramitar pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, foi realizada audiência pública em maio de 2012. Hoje o projeto encontra-se no gabinete da Senadora Marta Suplicy (atual relatora com o término do mandato da Senadora Fátima Cleide), para conclusão do relatório.
- d) Projeto de Lei do Senado (PLS) n. 612/2011, de autoria da Senadora Marta Suplicy, que altera os arts. 1.723 e 1.726 do Código Civil, para permitir o reconhecimento legal da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Em maio de 2012 o projeto foi aprovado na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado, e encontra-se, atualmente, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da casa.

Quanto ao direito comparado, alguns países da América do Sul têm uma regulamentação mais atualizada tratando do tema. Pode-se citar, como exemplo, a recente Lei n. 1.482, de 30 de novembro de 2011, da Colômbia, que introduziu alterações no Código Penal para criminalização de atos de racismo e discriminação, inclusive por razão de orientação sexual.

Entre as alterações realizadas no Código Penal colombiano, destacam-se as seguintes:

Artículo 3º. El Código Penal tendrá un artículo 134A del siguiente tenor:

Artículo 134 A. Actos de Racismo o Discriminación. El que arbitrariamente impida, obstruya o restrinja el pleno ejercicio de los derechos de las personas por razón de su raza, nacionalidad, sexo u orientación sexual, incurrirá en prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 4º. El Código Penal tendrá un artículo 134B del siguiente tenor:

Artículo 134 B. Hostigamiento por motivos de raza, religión, ideología política, u origen nacional *étnico* o cultural El que promueva o instigue actos, conductas o comportamientos constitutivos de hostigamiento, orientados a causarle daño físico o moral a una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, por razón de su raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, sexo u orientación sexual, incurrirá en prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, salvo que la conducta constituya delito sancionable con pena mayor.

190

Na Argentina foi promulgada no dia 21 de julho de 2010 a Lei n. 26.618 que, alterando o art. 172 do Código Civil, incluiu o seguinte texto: “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”.

Também na Argentina foi aprovada a chamada *Ley de Identidad de Género* (Lei n. 26.743, de 9 de maio de 2012), que institui o Direito a identidade de gênero, ou seja, como cada pessoa se sente, podendo corresponder ou não ao indicado no momento do nascimento. Esta lei permite a mudança de nome, foto e sexo no documento para adequá-lo ao gênero auto atribuído e obriga o sistema de saúde a custear os tratamentos de modificações corporais das pessoas transgêneros.

Outros exemplos podem ser citados, também em locais cultural e geograficamente próximos do Brasil, como a Cidade do México, que a exemplo da Argentina aprovou em 2010 o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e o Uruguai e Equador, que já reconheceram a união estável homoafetiva em 2008 e 2009, respectivamente¹⁸.

¹⁸ BAHIA, Alexandre. Fundamentos de teoria da constituição: a dinâmica constitucional no estado democrático de direito brasileiro. In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (Coords.). *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 111.

Por fim, cite-se o mais recente país que promoveu a aderência aos ditames da diversidade e prevalência do Ser Humano e sua dignidade, sobre o “homem” e seu egoísmo, os Estados Unidos da América. No dia 26 de junho de 2015 a Suprema Corte, em histórico julgamento, por cinco votos a quatro, determinou que os 50 estados federados não poderão mais banir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, reconhecendo esse direito no plano federal¹⁹.

Algumas ações inclusivas do Executivo

Diante da problemática da discriminação e da insistência pelo não reconhecimento – com ações ou omissões – do direito à diversidade dessa minoria, o Executivo (especialmente o federal) tem promovido algumas ações inclusivas, o que podemos chamar, novamente com Dworkin²⁰, de “discriminação compensatória”²¹, que também se explica na distinção que o autor faz entre “direito a igual tratamento” e “direito de ser tratado como igual”²².

Cite-se, como exemplo, as seguintes ações inclusivas:

- a) No Ministério da Saúde: campanha “Sou travesti, tenho direito de ser quem eu sou”, com Distribuição de material informativo; uma Portaria que institui, no âmbito SUS, o Processo Transexualizador, a ser implantado nas unidades federadas, considerando que a orientação sexual e a identidade de gênero são fatores reconhecidos pelo Ministério da Saúde como determinantes e condicionantes da situação de saúde; uma Súmula Normativa (n. 12) da ANS²³, que entende por companheiro de beneficiário titular de plano privado de assistência à saúde pessoa do sexo oposto ou do mesmo sexo.

¹⁹ A histórica decisão foi consequência da iniciativa de quatorze casais homossexuais e mais dois homens cujos companheiros faleceram que provocaram o Judiciário alegando que a definição do casamento como a união entre um homem e uma mulher nos Estados de Michigan, Kentucky, Ohio e Tennessee violaria a Emenda 14 da Constituição. Segundo essa emenda, aprovada ao final da guerra civil, nenhum Estado pode tirar a vida, a liberdade ou a propriedade sem que haja a garantia do devido processo legal. Com interpretação cada vez mais ampliada, esta mesma emenda serviu de base para a decisão que invalidou, por exemplo, casamentos interraciais (*Loving v. Virginia*) e também consagrou o direito ao casamento para pessoas presas (*Turner v. Safley*). Disponível em: <<http://justificando.com/2015/06/26/um-casamento-para-todos-a-decisao-da-suprema-corte-dos-eua>>. Acesso em: 28/06/2015

²⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: WMF/Martins Fontes, 2010, p. 349-350.

²¹ No original: Reverse discrimination. Na tradução de Antônio de Araújo, encontramos a expressão “Discriminação Positiva”. DWORKIN, Ronald. *Discriminação positiva*. Subjude, v. 12, 1998, p. 144-153.

²² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: WMF/Martins Fontes, 2010, p. 349-350.

²³ Paramaioredetalhesacessar:<http://www.ans.gov.br/index.php?option=com_legislacao&view>.

- b) No Ministério da Educação: programa Escola Sem Homofobia, que contém material didático-pedagógico direcionado aos professores, com o objetivo de dar subsídios para que abordem temas relacionados à homossexualidade; kit anti-homofobia, que após muita polêmica e protestos das bancadas religiosas no Congresso, a presidente Dilma Rousseff determinou a suspensão.
- c) No Ministério do Planejamento: portaria que obriga os órgãos da Administração Pública Federal a aceitar o uso do “nome social” de travestis e transexuais em documentos oficiais; regulamentação do direito do companheiro ou companheira homossexual à percepção de indenização em caso de morte do outro, na condição de dependente preferencial da mesma classe dos companheiros heterossexuais, como beneficiário do Seguro DPVAT.
- d) No Ministério das Relações Exteriores: concessão passaportes diplomáticos ou oficiais para companheiros homossexuais de servidores que trabalham nas representações do Brasil no exterior, em igual tratamento aos casais heterossexuais.

A RELAÇÃO HOMOSSEXUAL E AS MANIFESTAÇÕES DOS TRIBUNAIS NO BRASIL

192

Inegavelmente o Supremo Tribunal Federal tem assumido a tarefa de grande debatedor das relevantes questões que exararam o interesse nacional. Por diversas razões o Poder Judiciário tem exercido um papel decisivo na implementação dos direitos fundamentais. Trata-se do que se tem nomeado de “Judicialização da Política”²⁴. Mais um exemplo desta atuação é a recente decisão do STF na ADPF 132²⁵ que julgou pela possibilidade de extensão dos efeitos das normas referentes à união estável aos casos de casais homossexuais.

As lições de Luís Roberto Barroso²⁶, aqui, encaixam-se perfeitamente:

de fato, desde o final da Segunda Guerra Mundial verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre

²⁴ THEORODO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama da aplicação no direito brasileiro – análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. Revista de Processo*, São Paulo, 2010, p. 14-15.

²⁵ Os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). *Constituição e ativismo judicial: limites e responsabilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 275.

o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular.

Não que esta decisão esteja equivocada de forma material. Muito pelo contrário. Mas pela normatividade constitucional o papel de grande debatedor das grandes questões nacionais ficaria a cargo do Poder Legislativo, órgão que a constituição escolheu e que detém espaço para discussão de forma aberta e igualitária.

Esta atuação do Poder Judiciário tem recebido críticas e homenagens. Conduzidas estas, muito distante daquela de outrora que se pautava pela mínima intervenção na implementação de direitos fundamentais, movimento conhecido como autocontenção judicial. A complexidade do tema evidencia que devemos ter responsabilidade e cuidado no fomento da referida atividade por meio do Poder Judiciário.

Algumas objeções estão sendo postas à crescente intervenção judicial. A primeira se refere aos riscos para a legitimidade democrática, haja vista o poder de invalidar decisões governamentais sufragadas por milhões de votos como no caso do Presidente da República. A segunda objeção tem a ver com a imaginada interferência da política na determinação da justiça no caso concreto. Ou seja, o magistrado deve fundamentar suas decisões e decidir com base nas normas existentes e não por questões de mera conveniência. Deverá inclusive, em determinados momentos, agir de modo contra majoritário em proteção aos direitos fundamentais. A terceira delas se refere aos limites da capacidade institucional do judiciário de assumir tamanha função, de resolver todos os males que nos assolam²⁷. Será que o magistrado teria condições de saber de antemão o impacto de determinadas decisões no plano social? O Judiciário seria, então, o grande resolver de todos os males? Não seria muita pretensão?

Este problema, com esboço em Barroso²⁸, tem decorrência lógica do modelo constitucional assumido pela Constituição da República de 1988, que num movimento pós-segunda guerra mundial, trouxe a implementação dos direitos fundamentais de forma ampla e auferível por meio de demandas judiciais que crescem a cada dia sem que possa o Poder Judiciário resolver todas de modo igualitário e desprovido de qualquer sentimento emocional.

O constituinte de 1988 ampliou a atuação do Poder Judiciário ao estabelecer que este figuraria *ultima ratio* como o garantidor acerca da implementação dos

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). *Constituição e ativismo judicial: limites e responsabilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). *Constituição e ativismo judicial: limites e responsabilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 275.

direitos fundamentais. Assim, resta-nos saber qual o limite que deverá ser imposto ao Poder Judiciário nesta tarefa. Melhor ainda, resta saber como instrumentalizar que os referidos Poderes omissos tomem a iniciativa que lhes são postas pelo constituinte para que, ao final, seja mantida a divisão de poderes e que as decisões passem a respeitar as capacidades institucionais de cada um e, conseqüentemente, seja resguardada a democracia que todos nós almejamos.

Ao se falar da crise de representatividade do Congresso Nacional cumpre tecer algumas considerações sobre a análise do ordenamento que tem como base a Constituição da República de 1988. A norma constitucional, ao determinar a forma de organização do Estado Brasileiro, dentre outras tantas atribuições que assumiu, determina que o legislador ordinário providencie a criação de legislação ordinária a ponto de concretizar os direitos provenientes daquelas aspirações anteriormente trazidas de forma geral e abstrata.

Certamente, como prescreve o Preâmbulo da Constituição da República de 1988, é objetivo de todos os brasileiros construir uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

O que se percebe, atualmente, é a existência de uma crise de representatividade de diversas instituições. Em evidência, uma que assola o Poder Legislativo (principalmente o nacional), que não assumiu a tarefa que lhe foi imposta pela Constituição da República de 1988, como palco de grandes discussões de interesse nacional. Esta omissão tem impellido o Judiciário a realizar a referida tarefa. No caso da proteção dos direitos dos homossexuais tem-se uma peculiaridade: paralelamente ao Judiciário, Legislativos Estaduais e Municipais e o Executivo têm assumido ações no sentido de amenizar a referida omissão com a promulgação de atos normativos. No entanto, ficam limitados em sua atuação se consideradas suas capacidades institucionais.

Em princípio, pode parecer que se deve fomentar tais atuações, haja vista que, de algum modo, a população brasileira tem sido alcançada pela implementação de políticas públicas. Antes disso, no entanto, importante se atentar para a possibilidade de momentaneamente resolver-se um problema e, em decorrência de atitudes violadoras dos limites das capacidades institucionais, provarmos uma série de outros problemas.

Como tem ocorrido com diversos outros temas de relevância para o país, diante de uma democracia representativa em crise, com um Parlamento sem agenda e um Executivo que não promove as políticas públicas necessárias para garantia dos direitos fundamentais, a questão tem sido levada ao Judiciário que, muito em razão da proibição do *non liquet*, tem assumido o papel de protagonista na efetivação dos direitos fundamentais, inclusive na defesa das minorias²⁹.

²⁹ THEORODO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama da aplicação no direito brasileiro

Em decorrência de uma legislação que não acompanhou as transformações sociais, em especial na tratativa das relações homossexuais, muitas questões concretas têm desaguado no Judiciário para que este decida, com base na normatividade posta, resolvendo os conflitos existentes. Cumpre observar, antes de adiantar qualquer prognóstico acerca do tema, que a falta de legislação não influencia na existência deste tipo de relação. Ela existe e continuará existindo. O que se verifica é o abandono por parte do Estado que não demonstra vontade política, por diversas razões, de garantir o respeito de direitos fundamentais por parte desta minoria que a todo o momento sofrem preconceitos por uma escolha acerca de sua opção sexual que, diga-se de passagem, reflete uma escolha livre que não ultrapassa o direito de sua intimidade, não podendo o Estado interferir senão para protegê-la.

O primeiro questionamento acerca da conflituosidade decorrente das relações homoafetivas se direciona a definir qual órgão do Poder Judiciário seria o competente para resolver conflitos desta natureza. As normas de organização dos tribunais fazem uma divisão dentro das varas cíveis no sentido de especializar o tratamento quando se referem a questões de direito de família. No primeiro momento havia uma discussão se as relações homoafetivas deveriam ser tratadas como provenientes do direito de família ou como simples relações obrigacionais. A definição desta competência tem consequentemente resultados diversos. As consequências decorrentes do direito de família seriam mais protetivas e garantistas e não se pautariam pela mera discussão econômica.

Esta discussão, em um primeiro momento tem, de forma majoritária, definido a competência da Vara Cível por considerar as relações homoafetivas como meras sociedades de fato, desprovidas de qualquer afeto, cujo término desta relação geraria apenas consequências obrigacionais³⁰. Em segundo momento, de forma exemplar a jurisprudência foi tomando outro caminho, no sentido de determinar a competência das Varas de Família³¹, nas comarcas onde elas existam, por considerar que estas relações são provenientes de afeto e configurariam mais uma forma de família cujo legislador apenas exemplificou no texto constitucional.

Chegou ao Poder Judiciário a discussão sobre a possibilidade de casais homossexuais adotarem filhos de forma conjunta. A jurisprudência começou a determinar a sua impossibilidade em decorrência de que a norma legal prevista no art. 42, § 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente exigiria que os adotantes

— análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo, 2010, p. 14-15.

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – Resp 148897/MG, 4ª Turma, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 10/02/1998. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19863781/recurso-especial-resp-148897-mg-1997-0066124-5>>. Acesso em: 27/06/2015.

³¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – AC 70002355204, 7ª Câmara Cível, rel. Des. Sérgio Fernandes de Vasconcellos Chaves, j. 11/04/2001. Disponível em: <<http://tjrs.vlex.com.br/vid/-43897100>>. Acesso em: 27/06/2015.

fossem casados civilmente ou em união estável mais a comprovada estabilidade da família. Se a união homoafetiva não era considerada para fins de união estável o primeiro requisito não estava cumprido razão da declaração de impossibilidade. Decisão justificada inclusive para manutenção de uma posição coerente e para proteção da segurança jurídica. Desconsiderava-se, a princípio, inclusive a busca do melhor interesse da criança e do adolescente, decorrência da proteção integral destes insculpida de forma clara pelo ECA. Agora, em prol da proteção do melhor interesse da criança e do adolescente a jurisprudência caminha para o afastamento do preconceito decorrente da orientação sexual e conceder a referida pretensão³².

Outra questão que chegou ao Poder Judiciário foi à possibilidade de modificação de registro civil da pessoa que optasse pela intervenção cirúrgica cujo objetivo era a redesignação de sexo em face de sua orientação sexual. A justificativa de modificação baseava, prioritariamente, em evitar o constrangimento provocado pela aparência física que não se conformava mais com aquela descrita pelo documento que o identificava. Invoca-se para negar a referida pretensão, a falta de previsão legal e os inconvenientes que decorreriam desta. A jurisprudência tem modificado seu entendimento, também, sobre esta pretensão em prol da proteção dos direitos da personalidade que tem fundamento direto no princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil³³.

196

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal no exercício de suas atribuições constitucionais foi chamado a decidir uma questão que o Congresso Nacional se recusa a discutir – a questão da proteção legal das relações homoafetivas – quando do julgamento da ADPF 132. Fazendo uma análise interpretativa das normas constitucionais chegou à conclusão de que as determinações decorrentes da configuração da união estável deveriam ser aplicadas nas relações homoafetivas sob pena de consagrar-se mais uma forma de preconceito para com aquelas pessoas.

Por fim, importante registrar que, muitas vezes direcionam para necessidade de criminalização de condutas homofóbicas. Muitas agressões direcionadas aos homossexuais tem tido insurgência em face exclusivamente de um preconceito injustificado de pessoas que simplesmente não aceitam a liberdade de outras escolherem sobre sua orientação sexual.

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – Resp 889.852-RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27/04/2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16839762/recurso-especial-resp-889852-rs-2006-0209137-4/inteiro-teor-16839763>>. Acesso em: 27/06/2001.

³³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – AC 70013909874, 7ª Câmara Cível, rel^a. Des^a. Maria Berenice Dias – j. 05/04/2006. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:WXW-3xzyE9sJ:www.mariaberenice.com.br/uploads/70013909874.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 27/06/2015. GS – Apelação Cível 70013909874, 7ª Câmara Cível, rel^a. Des^a. Maria Berenice Dias, j. 05/04/2006.

A necessidade de imposição de pena exige invariavelmente a necessária tipificação da conduta dita incriminadora. Isto porque, no Brasil, adota-se o princípio da reserva legal, que tem como função primordial a proteção dos indivíduos em face da proeminente vontade estatal de punir.

A Lei n. 7.716/89, com modificações recentes pela Lei n. 12.288/2010, estabelece condutas e sanções resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Não se refere, injustificadamente, da proteção acerca da orientação sexual, uma das diversas formas de preconceito. É inegável o fato de que diversas condutas criminosas têm como origem a discriminação decorrente de orientação sexual. Se o legislador pretende evitar condutas preconceituosas, em face de uma melhor integração social, razão não há para se negar a crescer na mesma proteção aquelas pessoas cuja orientação sexual seja apenas diferente da maioria. Esta questão deverá ser levada o quanto antes para o debate na esfera pública própria.

Contudo, mostra-se necessário, como anteriormente dito, a atuação estatal no sentido de proteger os direitos decorrentes da relação homossexual em toda sua extensão e forma. Trata-se de uma escolha legítima decorrente de um direito à intimidade. Aqui, a atuação estatal quanto à produção normativa é indispensável e não única para consecução de objetivos na eliminação de preconceitos. A sociedade tem papel importantíssimo na consecução deste resultado.

A simples tipificação de condutas criminosas com a definição de penas graves não conseguirá alcançar os objetivos queridos. Trata-se apenas de um dos instrumentos dentre tantos outros. Certo de que o preconceito não pode ser tolerado em nenhuma de suas vertentes. No contexto do Estado Democrático de Direito, o Estado deve buscar todos os instrumentos a sua disposição para eliminar qualquer forma de preconceito que acaba por desprestigiar uma parte de nós enquanto sociedade que preza e necessita da proteção plural dos interesses.

197

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Poder Judiciário como protagonista no palco de debate de temas de repercussão nacional tem gerado inconformismo por parte de alguns e fomento desta atividade por outros. Resta saber, até que ponto isso seria legítimo em face do modelo constitucional vigente que preordenou que o local para estas discussões seria o Congresso Nacional, que detém democraticamente a representação popular.

Neste diapasão, em face da inércia do Poder Legislativo na discussão dos grandes temas nacionais, o Poder Judiciário, no modelo constitucional vigente não consegue se afastar desta necessidade até porque cumpre a tarefa, inclusive contramajoritária, de defesa dos direitos fundamentais.

Em princípio, esta atuação desordenada deste poder pode nos parecer inofensiva. No entanto, está em jogo não só a implementação dos direitos fundamentais. A grande inconveniência, se assim podemos dizer, é o problema decorrente da crise de representatividade do Congresso Nacional que deságua num enfraquecimento de nossa democracia que se funda na soberania popular.

Por enquanto, os tribunais têm garantido, como no caso da ADPF 132, o respeito aos direitos fundamentais das minorias. No entanto, resta saber até que ponto deve-se esperar que o Poder Judiciário decida sobre questões eminentemente políticas tendo em vista que sequer passou pelo espectro de análise do órgão cujas capacidades institucionais são infinitamente melhores para elucidação e discussão da matéria, que em muito influencia nos caminhos que a sociedade pretende seguir. A referência diz respeito à atuação do Congresso Nacional.

Mostra-se indispensável que o Congresso Nacional assuma, o quanto antes, suas atribuições. A principal, de palco de discussão das grandes questões nacionais, sendo uma delas, a regulamentação das relações homossexuais a ponto de que sejam respeitadas e afastadas de quaisquer formas preconceituosas. Cumpre-nos, enquanto sociedade, assumir a proteção dos diversos interesses existentes haja vista tratarmos de um Estado cujas qualificações são as mais plurais possíveis.

198

Não se trata, simplesmente, da criação de novos tipos penais incriminadores, mas, sobretudo, de uma legislação que almeje resguardar os direitos, constantemente violados, das minorias homoafetivas. Leis que tornem o ensino mais inclusivo, do ponto de vista da aceitação do outro como igual, são de suma importância. Não se trata de doutrinar, mas, pelo contrário, educar.

A possibilidade da união homoafetiva e que garanta os direitos sucessórios aquele que possui companheiro do mesmo sexo, regulada por meio de lei, também é medida ser tomada pelo Congresso Nacional.

No caso específico da proteção das minorias homoafetivas, no que tange as diversas relações jurídicas daí decorrentes, vislumbra-se até o presente momento uma inércia do Congresso Nacional na função primordial de discussão acerca da fixação das normas correspondentes a este fato social de maneira ampla, aliado a atividade do Poder Executivo que, como pode, tenta dar certa segurança e proteção a qualquer tipo de atuação preconceituosa por questões de opção sexual.

De forma não muito diferente, o Poder Judiciário no afã da implementação dos direitos fundamentais tem garantido o acesso de alguns direitos essenciais decorrentes das normas constitucionais e legais em prol da necessária integração social. Necessário se faz, enquanto sociedade organizada, contribuir efetivamente para a valorização e proteção dos direitos fundamentais de todos, inclusive das minorias, que não se restringem aos direitos dos homossexuais, de forma a alcançar o respeito à diversidade que a todo o momento se mostra presente na complexidade humana.

REFERÊNCIAS

- ALFENAS. *Lei n. 3.277/2001*. Disponível em: <<https://www.leismunicipais.com.br/legislacao-municipal/.../leis-de-alfenas>>. Acesso em: 10/04/2015.
- ARGENTINA. *Lei n. 26.618/2010*. Código Civil. Modificación. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/169608/norma.htm>>. Acesso em: 27/06/2015.
- ARGENTINA. *Lei n. 26.743/2012* Disponível em: <<http://www.clam.org.br>>. Acesso em: 10/04/2015.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Fundamentos de Teoria da Constituição: a dinâmica constitucional no Estado Democrático de Direito brasileiro. In: Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia; Eduardo Henrique Lopes Figueiredo et al. (Coords.). *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Homofobia no Brasil, resoluções internacionais e a Constituição de 1988. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3.269, 13 jun. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21999>>. Acesso em: 14/05/2016.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). *Constituição e ativismo judicial: limites e responsabilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BELO HORIZONTE. *Lei n. 8.176/2001*. Estabelece penalidade para estabelecimento que discriminar pessoa em virtude de sua orientação sexual, e dá outras providências. Disponível em: <<http://cm-belo-horizonte.jusbrasil.com.br/legislacao/236845/lei-8176-01/>>. Acesso em: 27/06/2015.
- BELO HORIZONTE. *Lei n. 8.719/2003*. Dispõe sobre proteção e defesa dos direitos das minorias. Disponível em: <<http://cm-belo-horizonte.jusbrasil.com.br/legislacao/236586/lei-8719-03#par-1--art-8>>. Acesso em: 10/04/2015
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18/06/2015.
- BRASIL. CÂMARA. *Projeto de Lei n. 81/2007*. Institui o dia 17 de maio como o Dia Nacional do Combate à homofobia. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=340331>>. Acesso em: 23/07/2012.
- BRASIL. CÂMARA. *Projeto de Lei n. 4.914/2009*. Altera a Lei n. 10.406/2002 (Código Civil), aplicando à união estável de pessoas do mesmo sexo os dispositivos do Código Civil referentes à união estável entre homem e mulher, com a exceção do artigo que trata sobre a conversão em casamento. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=427692>>. Acesso em: 10/04/2015.
- BRASIL. CÂMARA. *Projeto de Lei n. 122/2006*. Altera a Lei n. 7.716/89 (que define os crimes de preconceito de raça ou cor), o Decreto-lei n. 2.848/40 (Código Penal) e o Decreto-lei n. 5.452/43 (Consolidação das Leis do Trabalho – CLT) para redefinir as infrações resultantes de discriminação ou preconceito, acrescentando novos conceitos.

Projeto de Lei da Câmara. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=79604>. Acesso em: 10/04/2015.

BRASIL. *Lei n. 8096/90*. Estatuto da Criança e do Adolescente. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 27/06/2015.

BRASIL. *Lei n. 7.716/89*. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em: 27/06/2015.

BRASIL. SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei do Senado n. 612/2011*. Altera os arts. 1.723 e 1.726 do Código Civil, para permitir o reconhecimento legal da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=102589>. Acesso em: 10/04/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 132*. Min. rel. Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 27/06/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – Resp 148897/MG, 4ª Turma, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 10/02/1998. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19863781/recurso-especial-resp-148897-mg-1997-0066124-5>>. Acesso em: 27/06/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – Resp 889.852-RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27/04/2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16839762/recurso-especial-resp-889852-rs-2006-0209137-4/inteiro-teor-16839763>>. Acesso em: 27/06/2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – AC 70002355204 – 7ª Câmara Cível rel. Des. Sérgio Fernandes de Vasconcellos Chaves, j. 11/04/2001. Disponível em: <<http://tjrs.vlex.com.br/vid/-43897100>>. Acesso em: 27/06/2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – AC 70013909874, 7ª Câmara Cível, relª. Desª. Maria Berenice Dias, j. 05/04/2006. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:WXW-3xzyE9sJ:www.mariaberenice.com.br/uploads/70013909874.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 27/06/2015.

CARTA CAPITAL. *Suprema Corte dos EUA reconhece legalidade do casamento gay*. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/internacional/suprema-corte-dos-eua-reconhece-legalidade-do-casamento-gay-2484.html>>. Acesso em: 27/06/2015.

COLÔMBIA. *Lei n. 1.482/2011*. Esta ley tiene por objeto garantizar laprotección de los derechos de una persona, grupo de personas, comunidad opueblo, que son vulnerados a través de actos de racismo o discriminación. Disponível em: <<http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/ley148230112011.pdf>>. Acesso em: 10.04.2015. Acesso em: 27/06/2015.

CONDÊ, Mauro Lúcio Leitão. Wittgenstein e a gramática da ciência. *Unimontes científica*. Montes Claros. v.6, n.1, jan./jun. 2004. Disponível em <http://ruc.unimontes.br/index.php/unicientifica/article/viewFile/63/57>>. Acesso em: 15/05/2016.

DWORKIN, Ronald. *Discriminação positiva*. São Paulo: Subjudice, v. 12, 1998.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: WMF/Martins Fontes, 2010.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Democracia e Constituição: tensão histórica no paradigma da democracia representativa e majoritária – a alternativa plurinacional boliviana. In: Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia; Eduardo Henrique Lopes Figueiredo et al. (Coords.). *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MINAS GERAIS. *Lei n. 14.170/2002*: Determina a imposição de sanções a pessoa jurídica por ato discriminatório praticado contra pessoa em virtude de sua orientação sexual. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=Lei&num=14170&comp=&ano=2002>>. Acesso em: 27/06/2015.

MOTT, Luiz. *Causa mortis*: homofobia – Violação dos direitos humanos e assassinato de homossexuais no Brasil, 2000. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/dht/br/mott_homofob/index.html>. Acesso em: 15/05/2016.

MOTT, Luiz. *Assassinato de homossexuais (LGBT) no Brasil*: Relatório 2014. Disponível em: <<https://homofobiamata.files.wordpress.com/2015/01/relatc3b3rio-2014s.pdf>>. Acesso em: 07/05/2016.

PLATÃO. *A república*. Disponível em: <http://www.eniopadilha.com.br/documentos/Platao_A_Republica.pdf>. Acesso em: 18/06/2015.

QUINALHA, Renan. *Um casamento para todos*: a decisão da suprema corte do EUA. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/06/26/um-casamento-para-todos-a-decisao-da-suprema-corte-dos-eua>>. Acesso em: 28/06/2015.

RIO DE JANEIRO. *Lei n. 3.406/00*. Estabelece penalidades aos estabelecimentos que discriminem pessoas em virtude de sua orientação sexual, e dá outras providências. Disponível em: <<http://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/143407/lei-3406-00>>. Acesso em: 27/06/2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SÃO PAULO: *Lei n. 10.948/2001*. Dispõe sobre as penalidades a serem aplicadas à prática de discriminação em razão de orientação sexual. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2001/lei-10948-05.11.2001.html>>. Acesso em: 27/06/2015.

THEORODO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama da aplicação no direito brasileiro – análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo, 2010.

WALTER, Bruna Maestri. *Violência contra os gays começa em casa*. Jornal Gazeta do Povo. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/violencia-contra-gays-comeca-em-casa-27h630m9ljll6evmgo52ni3wu>>. Acesso em: 07/05/2016.

Data de recebimento: 07/12/2015

Data de aprovação: 16/04/2016

O ATIVISMO JUDICIAL À BRASILEIRA E A QUESTÃO PENITENCIÁRIA NO RIO GRANDE DO SUL

BRAZILIAN JUDICIAL ACTIVISM AND THE PRISON SYSTEM IN THE STATE OF RIO GRANDE DO SUL

André Karam Trindade*

RESUMO

Com base nos aportes teóricos e metodológicos da *Crítica Hermenêutica do Direito*, este artigo apresenta as “soluções judiciais” para a crise do sistema prisional no Estado do Rio Grande do Sul como um exemplo privilegiado do fenômeno denominado *ativismo à brasileira*. Para tanto, após resgatar as origens do ativismo judicial e traçar as particularidades do *ativismo à brasileira*, problematiza o conjunto de medidas adotadas pelo Poder Judiciário, especialmente a partir de 2009, todas elas marcadas por seu viés voluntarista e solipsista, sob o alibi da necessidade de concretização dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: ativismo à brasileira; soluções judiciais, sistema prisional.

ABSTRACT

Based on the theoretical and methodological contributions of the *Critical Hermeneutics of Law*, this article presents “judicial solutions” to the crisis of the prison system in the State of Rio Grande do Sul as a prime example of judicial activism phenomenon in Brazil. After rescuing the origins of judicial activism and trace the peculiarities of activism to Brazil, discusses the set of measures taken by the judiciary, especially since 2009, all marked by their voluntarist and solipsistic bias under the alibi of need the realization of fundamental rights.

Keywords: brazilian activism; judicial solutions; prison system.

* Doutor em Teoria e Filosofia do Direito (Roma TRE/Itália). Mestre em Direito Público (Unisinos). Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Meridional (Imed/RS) e da Faculdade Guanambi (FG/BA). Coordenador do Kathársis – Centro de Estudos em Direito e Literatura da Imed. Advogado. E-mail: andre.karam@imed.edu.br.

INTRODUÇÃO

A *questão penitenciária* atravessa a história do Brasil¹. Desde a Constituição Imperial, em cujo art. 179, inciso XXI, garantiam-se “cadêas seguras e limpas”, observa-se o abismo existente entre aquilo que estabelecem os textos normativos e a realidade prisional. Inúmeros são os episódios que, ao longo de dois séculos, evidenciam isso. Entre eles, o mais conhecido, certamente, ainda é o massacre do Carandiru, em 1992, na cidade de São Paulo; o mais recente, por sua vez, é o descontrole verificado no Complexo de Pedrinhas, em 2013, no Maranhão, onde houve a morte de mais de 60 apenados em menos de 1 ano.

Nos últimos anos, levando-se em conta a superlotação dos presídios e as condições degradantes às quais os presos são submetidos, o Poder Judiciário vem assumindo uma postura cada vez *ativista*, em razão da crise do sistema penitenciário, adotando um conjunto de medidas que, muitas vezes, transcendem aquelas previstas no ordenamento jurídico.

Assim, com base nos aportes teóricos e metodológicos da *Crítica Hermenêutica do Direito*², este estudo pretende: (a) investigar as origens do fenômeno conhecido por *ativismo* judicial; (b) caracterizar o ativismo às avessas praticado no Brasil, de viés voluntarista e solipsista; (c) ilustrar esse ativismo à *brasileira*, problematizando o conjunto de medidas adotadas pelo Poder Judiciário para superar a crise do sistema penitenciário no Rio Grande do Sul, especialmente a partir de 2009, mediante argumentos políticos, e não jurídicos.

Registre-se, por oportuno, que o presente artigo é resultado parcial do projeto de pesquisa desenvolvido em 2012/2014, financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Rio Grande do Sul – FAPERGS, que surge como uma extensão das investigações desenvolvidas na tese de doutorado intitulada *Garantismo versus Attivismo: in difesa d’una teoria garantista della decisione giudiziale*, defendida na Università Degli Studi Roma Tre, em 2011, sob a orientação do Prof. Luigi Ferrajoli, na qual se analisou, criticamente, o ativismo judicial emergente em *terrae brasilis*, especialmente nos últimos anos, sob o álibi da necessidade de concretização dos direitos fundamentais³.

¹ Ver, para tanto, BRITTO, José Gabriel Lemos de. *Os sistemas penitenciários do Brasil*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1924. 3 v.

² Ver, para tanto, STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011; e, ainda, STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

³ Cf. TRINDADE, André Karam. *Attivismo versus garantismo: in difesa d’una teoria garantista della decisione giudiziale*. Tesi di Dottorato. Scuola Dottorale Internazionale di Diritto ed Economia “Tullio Ascarelli”. Università Degli Studi Roma Tre, 2011; e, mais especificamente, TRINDADE, André Karam. As soluções judiciais para a crise do sistema prisional no estado do Rio Grande do Sul: um exemplo privilegiado do ativismo à brasileira. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 18, p. 197-234, 2015.

O QUE É ISTO – O ATIVISMO À BRASILEIRA?

Com efeito, independentemente da forma como se apresente, o ativismo judicial é um conceito que nasce nos Estados Unidos para designar um fenômeno que transcende as fronteiras da *common law*, sobretudo a partir do papel conferido ao Poder Judiciário no paradigma do constitucionalismo do segundo pós-guerra – marcado pela positivação de um conjunto de princípios e, ainda, pela ampliação dos espaços de jurisdição⁴ –, de tal maneira que muitos juristas incorporaram a noção de um *direito judicial* no interior da tradição romano canônica⁵.

As origens do ativismo judicial

Como se sabe, a expressão *ativismo judicial* surge em 1947, em um artigo de Arthur Schlesinger Jr., sob o título *The Supreme Court: 1947*, publicado na revista *Fortune*⁶ – que é um conhecido periódico sobre negócios –, no qual se discutia o perfil dos juízes que à época integravam a Suprema Corte, classificando-os como “ativistas”, “campeões da autocontenção” e “moderados”. O primeiro grupo era composto dos juízes Black, Douglas, Murphy e Rutledge; no segundo grupo estavam os juízes Frankfurter, Jackson e Burton; o terceiro grupo era formado pelos juízes Reed e Vinson. No entanto, o artigo não indicava os elementos a partir dos quais seu autor fizera a identificação e o enquadramento dos juízes, de maneira que dele não se pode inferir nenhum sentido para a expressão *judicial activism*, exceto sua oposição à *judicial self restraint*.

Apesar de cunhada por um historiador, a expressão foi rapidamente incorporada pelos juristas, especialmente os estudiosos de teoria do direito, filosofia do direito e direito constitucional, na medida em que diz respeito à legitimidade democrática e aos limites da jurisdição nos processos de criação, interpretação e aplicação das normas jurídicas.

O fato de sua origem remeter à metade do século XX não significa que o *ativismo judicial* seja um fenômeno recente. Como ensina Wolfe⁷, a história do constitucionalismo norte-americano pode ser dividida em três eras bastante distintas, a partir da noção de ativismo judicial, tendo em vista as transformações ocorridas ao longo dos séculos na forma de intervenção da Suprema Corte

⁴ Nesse sentido, CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: SaFe, 1993.

⁵ Cf. CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. *Revista Alceu*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, p. 105-113, jul./dez. 2004; e ainda, VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

⁶ SCHLESINGER JR., Arthur. *The Supreme Court: 1947*, *Fortune*, n. 35, p. 73-79, jan. 1947.

⁷ WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review. From constitutional interpretation to judge-made law*. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.

por meio da jurisdição constitucional: a *era tradicional* (1787-1890), em que se inaugura o controle difuso de constitucionalidade, privilegiando-se a aplicação da Constituição diante da legislação ordinária; a *era de transição* (1890-1937), marcada pela influência de um *laissez-faire* da Suprema Corte, revelando uma política judiciária de contenção, que impedia o Estado de tomar quaisquer medidas voltadas regulação da economia ou à intervenção nas relações privadas; a *era moderna* (1937 até hoje), conhecida como a mais importante de todas, que atinge seus anos de ouro com a denominada *Corte Warren*, ocasião em que os juízes deixariam de simplesmente interpretar as leis para reescrevê-las.

Observa-se, com isso, que o *ativismo judicial* envolve o problema da interferência do Poder Judiciário nas esferas legislativa e executiva. Tal fenômeno pode assumir, portanto, as mais diversas formas e conotações, do que resultam inúmeras dificuldades teóricas e práticas quando se trata de sua definição conceitual⁸.

Tanto é assim que, se consultados alguns dos principais vocabulários jurídicos norte-americanos, ver-se-á que não existe o mínimo consenso sobre o tema: o *Merriam-Webster's Dictionary of Law* refere-se ao ativismo como “a prática do Judiciário de proteger ou expandir os direitos individuais mediante decisões que se diferem dos precedentes ou que independem da intenção constitucional do legislativo”⁹; o *Black's Law Dictionary* traz o vocábulo *ativismo judicial* como “a filosofia da decisão judicial que leva os juízes a se afastarem dos precedentes em favor de novas e progressistas políticas sociais que nem sempre correspondem às expectativas da Corte, representando, ocasionalmente, uma invasão em questões legislativas e executivas”¹⁰; o *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States* relaciona o ativismo à atuação dos juízes que ultrapassa os poderes a eles conferidos ao “empreenderem na criação de lei, e não meramente na sua interpretação, em oposição à autocontenção judicial, que aconselha os juízes a resistir à tentação de influenciar políticas públicas através de decisões judiciais”¹¹.

Segundo Keenan Kmiec¹², entre os diversos sentidos adotados usualmente pelos juristas, o ativismo judicial vem frequentemente associado às seguintes práticas: (a) a invalidação de atos produzidos por outros Poderes, ainda que constitucionais, em desaprovação à escolha de diretrizes políticas; (b) o afasta-

⁸ KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”. *California Law Review*, v. 92, n. 5, p. 1441-1477, oct. 2004.

⁹ MERRIAM-WEBSTER. *Merriam-Webster's Dictionary of Law*. Massachusetts: Merriam-Webster, 1996, p. 270.

¹⁰ BLACK, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*. 5. ed. St. Paul: West Group, 1983, p. 440.

¹¹ HALL, Kermit L. (Ed.). *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*. New York: Oxford University Press, 1992, p. 454.

¹² KMIEC, op. cit., p. 1442-1444.

mento dos precedentes, seja vertical ou horizontalmente; (c) a atuação como legislador positivo mediante a produção de sentença aditivas; (d) o desvio da metodologia interpretativa aceita; (e) a predeterminação dos julgamentos orientados para atender a uma determinada finalidade.

Na mesma linha, elencando diversas concepções de ativismo judicial, Willian Marshall¹³ enumera sete tipos: (1) *ativismo contramajoritário*, quando os tribunais relutantes discordam de decisões tomadas por órgãos democraticamente eleitos; (2) *ativismo não originalista*: quando os tribunais negam o *originalismo* na interpretação judicial, desconsiderando as concepções mais estritas do texto legal ou, então, a intenção dos autores da Constituição; (3) *ativismo de precedentes*: quando os tribunais rejeitam a aplicação de precedentes anteriormente estabelecidos; (4) *ativismo jurisdicional*: quando os tribunais não obedecem os limites formais estabelecidos para sua atuação, violando as competências a eles conferidas; (5) *ativismo criativo*: quando os tribunais criam, materialmente, novos direitos e teorias por meio da doutrina constitucional; (6) *ativismo remediador*: quando os tribunais usam seu poder para impor obrigações positivas aos outros poderes ou para controlar o cumprimento das medidas impostas; (7) *ativismo partisan*: quando os tribunais decidem com a finalidade de atingir objetivos nitidamente partidários ou de determinado segmento social.

Outro autor que menciona as múltiplas faces do ativismo judicial é Ernest A. Young¹⁴, para quem é possível identificar seis categorias de *comportamentos judiciais* (*judicial behaviors*), no sistema jurídico norte-americano, que podem ser considerados ativistas: (1) reprovar as escolhas políticas tomadas pelo Estado; (2) distorcer a interpretação jurídica da norma e/ou da história; (3) desvirtuar a interpretação do precedente judicial; (4) emitir interpretações maximalistas em detrimento das minimalistas; (5) exercer amplos poderes de correção; (6) decidir de acordo com convicções político-partidárias.

Com base nas tipologias oferecidas tanto por Kmiec, quanto por Marshall e Young, o que se verifica é que, de certa maneira, todas as formulações – exceto o *ativismo remediador* – pressupõem uma disfunção no exercício da atividade jurisdicional. Isso nos permite concluir que o ativismo judicial envolve uma recusa dos tribunais de se manterem dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício do poder a eles atribuídos pelo sistema constitucional¹⁵.

¹³ MARSHALL, Willian P. Conservatism and the Seven Signs of Judicial Activism. *University of Colorado Law Review*, Chapel Hill, n. 73, p. 101-140, 2002.

¹⁴ YOUNG, Ernest A. Judicial Activism and Conservative Politics. *University of Colorado Law Review*, v. 73, n. 4, p. 1139-1216, 2002.

¹⁵ GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. *Emory Law Journal*, Atlanta, v. 58, n. 5, p. 1195-1263, 2009.

Tal problemática, como se sabe, não é uma exclusividade do Direito norte-americano e tampouco da tradição da *common law*¹⁶. Nas últimas décadas, sobretudo após os anos de ouro da *Corte Warren*, “uma onda ativista inundou o mundo”, como destaca Hirschl¹⁷. E essa onda também atingiu o Brasil¹⁸.

O ativismo à brasileira

No Brasil, especialmente após a ressaca que marcou a primeira década que sucedeu à promulgação da Carta de 1988 e, ainda, a etapa da assimilação da necessidade de uma filtragem hermenêutica-constitucional dos direitos¹⁹, a discussão acerca do papel do Poder Judiciário tornou-se uma pauta constante nas discussões jurídico-políticas, com o progressivo abandono do *passivismo judicial*²⁰.

Nesse contexto, o ativismo judicial ainda pode ser considerado um tema emergente, que vem suscitando o desenvolvimento de muitas pesquisas e resultando na publicação de inúmeros artigos científicos e livros, sobretudo na última década²¹.

A expressão “ativismo judicial à brasileira” foi empregada pela primeira vez por Marcos Paulo Veríssimo:

O fato de possuir uma corte suprema ativista não chegaria, por si só, a tornar o caso brasileiro uma espécie de anomalia entre as nações ocidentais, já que o crescente ativismo das cortes supremas e constitucionais tem sido um fenômeno relativamente global. No entanto, o que torna o

¹⁶ HOLLAND, Kenneth (Ed.). *Judicial Activism in Comparative Perspective*. London: Macmillan, 1991.

¹⁷ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 251, p. 139-178, 2009.

¹⁸ Ver, para tanto, TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial. Limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012; e, mais recentemente, CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

¹⁹ TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo Judicial: as experiências norte-americanas, alemã e brasileira. *Revista da Faculdade de Direito (UFPR)*, v. 53, p. 57-84, 2011.

²⁰ FRANCISCO, José Carlos. *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional. Do passivismo ao ativismo judicial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

²¹ Entre as principais obras publicadas no Brasil sobre o tema, destacam-se cronologicamente: VALLE, Vanice Regina Lirio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009; RAMOS, Elival. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010; OLIVEIRA, Umberto Machado de; ANJOS, Leonardo (Orgs.). *Ativismo judicial*. Curitiba: Juruá, 2010; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). *Constituição & Ativismo judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011; LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Monia H. (Orgs.). *Ativismo judicial e déficits democráticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011; FELLET, André Luiz Fernandes et al. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011; TASSINARI, op. cit.; FRANCISCO, op. cit.; DIDER JR., FREDIE et al. *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013; CAMPOS, op. cit.

O ativismo judicial à brasileira e a questão penitenciária no Rio Grande do Sul

caso brasileiro anômalo é o fato de essa corte ser, também, a mais produtiva do País (certamente, uma das mais produtivas do mundo), sobretudo quando se considera o número de casos julgados ao ano por magistrado. Isso, sem dúvida, é um traço particular de nossa experiência, caracterizando aquilo que poderia ser chamado, com alguma ironia, talvez, de ativismo “à brasileira”²².

Todavia, afastando-se da análise quantitativa formulada por Veríssimo e, igualmente, por Pogrebinski²³, que contesta a judicialização da política e o ativismo judicial – sem, contudo, distinguir os conceitos – a partir de estatísticas do Supremo Tribunal Federal, o presente estudo rejeita a premissa de que o ativismo praticado no Brasil possa ser aferido a partir do número de ações de inconstitucionalidade julgadas procedentes. Para os fins desse artigo, a identificação do ativismo exige uma investigação qualitativa acerca do conteúdo das decisões judiciais. É na interpretação e na fundamentação, portanto, que reside o problema.

E, nesse contexto, a expressão “ativismo à brasileira” não segue a anomalia apontada por Veríssimo, mas serve para designar um conceito cuja recepção no Brasil não atentou para as diferenças estruturais que conformam os sistemas jurídicos norte-americano e brasileiro: lá, na tradição do *common law*, a atividade jurisdicional envolve a própria criação do Direito (*the judge made law*) na construção dos precedentes, enquanto a cultura do *stare decisis* assegura a integridade do Direito; aqui, a criação do Direito resulta, em tese, da atividade legislativa e, apesar do controle misto de constitucionalidade, os mecanismos de vinculação das decisões ainda são recentes e nem sempre eficazes.

Portanto, “ativismo à brasileira” se deve, fundamentalmente, à sua recepção descontextualizada. Aliás, somos pródigos e incansáveis em recepções equivocadas e incompletas, desde a importação das formas de estado (federação) e de governo (república), ainda no século XIX, até aplicação de doutrinas (jurisprudência dos valores) e técnicas interpretativas (ponderação), no século XX.

Ao contrário dos norte-americanos – que sempre analisam os problemas relativos à tensão entre Direito e Política com certa cautela –, no Brasil, é comum encontrar juristas que rapidamente aderiram ao ativismo judicial, levantando sua bandeira. Observa-se, igualmente, que a expressão *ativismo judicial* vem empregada das mais diversas formas e sem qualquer compromisso no sentido de delimitar seu significado, alimentando a falácia de que o ativismo é imprescindível para a implementação dos direitos fundamentais.

²² VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial à brasileira. *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 4, v. 2, p. 407-440, 2008, p. 415.

²³ POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação? Política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

Entre nós, um dos exemplos mais conhecido é a leitura proposta por Luís Roberto Barroso²⁴ – e isso vem se confirmando após sua nomeação para o Supremo Tribunal Federal²⁵ –, para quem o ativismo judicial está associado “a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios”²⁶. Para ele, o ativismo estaria relacionado à *expansão da atividade jurisdicional*, de maneira que os tribunais não devem se limitar mais à função típica de aplicar o Direito, mas também criar o Direito: “o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o sentido e alcance”²⁷.

Na mesma linha, embora não apresente uma definição do fenômeno, Daniel Sarmiento defende uma versão moderada de ativismo judicial, admitindo um catálogo de matérias que podem ser deliberadas pelo Poder Judiciário:

o ativismo judicial se justifica no Brasil, pelo menos em certas searas, como a tutela de direitos fundamentais, a proteção de minorias e a garantia do funcionamento da própria democracia [...] Mas, em outros campos, pode ser mais recomendável uma postura de autocontenção judicial, seja por respeito às deliberações majoritárias adotadas no espaço político, seja pelo reconhecimento da falta de *expertise* do Judiciário para tomar decisões que promovam eficientemente os valores constitucionais em jogo, em áreas que demande profundos conhecimentos técnicos fora do Direito – como Economia, políticas públicas e regulação²⁸.

210

O mesmo otimismo pode ser verificado em artigo de Anderson Teixeira, para quem o ativismo judicial representa a deslegitimação da política e, portanto, pode ser compreendido como uma patologia constitucional, eis que resulta da insuficiência do Estado em atender aos anseios da população. Para o autor gaúcho, o ativismo judicial contempla uma dimensão *positiva* e outra *nociva*:

Um juiz ativista, em sentido positivo, atua na busca da proteção dos direitos fundamentais e da garantia da supremacia da Constituição, assumindo uma postura concretizadora quando diante da abstração de princípios constitucionais, como dignidade da pessoa humana, proteção

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto N. M. et al. *Constituição e ativismo judicial. Limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011, p. 275-290.

²⁵ Ver, para tanto, a divergência nos julgamentos da Ação Penal n. 565 (*caso Cassol*) e do Mandado de Segurança n. 32.326 (*caso Donadon*), dos quais o ministro Roberto Barroso foi relator.

²⁶ BARROSO, op. cit., p. 279.

²⁷ BARROSO, op. cit., p. 279.

²⁸ SARMIENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil. In: FELLET, André Luiz Fernandes et al. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 73-113.

O ativismo judicial à brasileira e a questão penitenciária no Rio Grande do Sul

ao menor, assistência aos desamparados, etc. A realização da Constituição passa pela atividade intelectual de interpretar/aplicar conceitos e categorias jurídicas de elevado grau de generalidade e abstração, mesmo que para tanto seja necessário abraçar competências institucionais que ordinariamente tocam a outros Poderes²⁹.

Ocorre que, ao contrário da visão romântica concebida no Brasil – baseada na ideia de que o ativismo judicial é uma tendência mundial, na esteira do *neo-constitucionalismo*³⁰, em face da fluidez da fronteira entre política e direito –, ele exsurge como um problema, complexo e perigoso, especialmente às jovens democracias constitucionais, na medida em que envolve uma recusa dos tribunais de se manterem dentro dos limites estabelecidos para o exercício do poder a eles atribuídos pela Constituição³¹.

Nesse sentido, merece destaque a advertência de Elival da Silva Ramos, para quem o ativismo judicial seria “o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Legislativo fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)”³².

Mas isso não é tudo. Há algo mais que distingue o ativismo de *terrae brasiliensis*. Além das dimensões trabalhadas por Campos³³ – que propõe uma definição multidimensional do problema –, o ativismo praticado no Brasil vem marcado pela absoluta falta de racionalidade na produção das decisões judiciais, que não seguem nenhum padrão, metodologia ou critério capaz de conferir a mínima coerência e integridade ao ordenamento jurídico³⁴.

Dito de outro modo: no Brasil, o ativismo resulta de todo ato decisório fundado na vontade do juiz e, portanto, a partir de convicções pessoais, escolhas políticas, argumentos morais, enfim, elementos metajurídicos³⁵. É por isso que todo ativismo pressupõe certo grau de solipsismo e, portanto, não pode ser classificado em bom, ou positivo, e mau, ou nocivo³⁶.

²⁹ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, p. 37-57, 2012, p. 48-49.

³⁰ TRINDADE, André Karam. Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasiliensis*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 231-253.

³¹ GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Lisboa: Piaget, 1996.

³² RAMOS, op. cit., p. 129.

³³ CAMPOS, op. cit., passim.

³⁴ Ver, nesse sentido a crítica de RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. São Paulo: FGV, 2013.

³⁵ Cf. TRINDADE; MORAIS, op. cit., p. 75-81.

³⁶ Ver, nesse sentido, STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013; e, igualmente, STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

Tudo isso nos conduz, mais uma vez, ao problema – já presente em Kelsen³⁷ – da *discricionariedade judicial* e, conseqüentemente, da diferença existente entre os atos de “escolher” e “decidir”³⁸: enquanto o primeiro depende da subjetividade, isto é, das preferências do sujeito³⁹; o segundo se dá na intersubjetividade, uma vez que toda decisão é antecipada por algo, que é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como Direito⁴⁰.

Na mesma linha, merece destaque a crítica de Nelson Nery e Georges Abboud, segundo a qual a dependência de convicções pessoais do julgador enfraquece a democracia, em especial na questão da responsabilidade do juiz:

Apenas em um sistema que predomina a vontade do mais forte é que se poderia medir a justiça pela vontade de alguém, por mais absurda que ela fosse. No Estado Democrático Direito, a justiça não se mede pela vontade de ninguém, nem pela do STF; pois todo juiz ao decidir precisa prestar contas de por que sua decisão é a melhor para o caso, a decisão mais consentânea com o texto constitucional, bem como qual a sua principiologia⁴¹.

E isso leva à questão da *imprevisibilidade das decisões*, fortemente criticada por Paulo André Nassar e Rubens Eduardo Glezer, em especial nos órgãos colegiados:

212

A *incerteza patológica* é gerada por decisões nas quais não subsistem as condições mínimas de *accountability*. Isso ocorre porque tais decisões são fundamentadas de tal maneira que não é possível constringer o *voluntarismo decisório*. Esta circunstância ocorre nas decisões *ad hoc*, na qual há um casuísmo tamanho que não é possível lhe impor regras gerais a partir de *semelhanças* ou *dessemelhanças* com outros casos. Neste tipo de estrutura argumentativa, cada decisão é tratada como se fosse única e, portanto, *absolutamente imprevisível*, ou “como se, a cada caso novo, houvesse uma amnésia institucional e um retorno ao ponto zero da história constitucional” (Hübner Mendes). Para garantir que a

³⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Coimbra: Armênio Armado, 1984, em especial o capítulo oitavo.

³⁸ Cf. STRECK, *O que é isto...*, op. cit.; e, sobretudo, STRECK, *Verdade e consenso*, op. cit. Ainda sobre o tema, porém sob outra perspectiva, consultar: BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. *Paradoxos e ambigüidades da imparcialidade judicial: entre “quereres” e “poderes”*. Porto Alegre: Safe, 2013.

³⁹ Sobre o tema, consultar CARBASSE, Jean-Marie; DEPAMBOUR-TARRIDE, Laurence. *A consciência do juiz na tradição europeia*. Belo Horizonte: Tempus, 2010; e, também, HOMEM, Antônio Pedro Barbas et al. *O perfil do juiz na tradição ocidental*. Coimbra: Almedina, 2009.

⁴⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

⁴¹ ABBOUD, Georges; NERY JÚNIOR, Nelson. Ativismo judicial como conceito natimorto para a consolidação do Estado Democrático de Direito. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco; LEVY, Wilson. *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 533-534.

O ativismo judicial à brasileira e a questão penitenciária no Rio Grande do Sul

incerteza da decisão judicial saia do campo *patológico* e entre no *estrutural*, é preciso que suas *razões de decidir (ratio decidendi)* possibilitem que a decisão seja inserida em uma cultura de precedentes⁴².

Assim, considerando que o ativismo à brasileira é caracterizado pelo emprego de argumentos metajurídicos, passamos à análise de uma situação concreta – as soluções judiciais à crise penitenciária no Rio Grande do Sul – que serve para ilustrar suas particularidades, facilitando a compreensão da definição sugerida neste artigo.

A QUESTÃO PENITENCIÁRIA E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO

Com efeito, a história da questão penitenciária repete-se há décadas no Estado do Rio Grande do Sul. O mesmo se verifica, como se sabe, em outras unidades da federação, onde a segurança pública e o sistema penitenciário continuam sendo um tema negligenciado pelos diversos governos que se alternam no poder⁴³.

Todavia, especialmente nos últimos anos, observa-se que, no Rio Grande do Sul, o Poder Judiciário passou a adotar um conjunto de medidas até então inéditas – ora denominadas “soluções judiciais” –, tendo em vista a superlotação dos presídios e as condições degradantes às quais os presos são submetidos.

Que o Poder Judiciário, após a Segunda Guerra Mundial, é guindado à condição de fiador dos direitos fundamentais e do regime democrático, todos sabem. A questão que permanece em aberto, porém, é até onde ele pode ir? A garantia constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CR) não significa que sua atuação seja ilimitada. Até onde a intervenção judicial mostra-se legítima no caso da crise do sistema prisional do Estado do Rio Grande do Sul? Se é verdade que o Poder Judiciário criou suas próprias “soluções para o problema”, então compete à ciência do Direito discutir os eventuais “problemas das soluções”.

213

O problema das “soluções judiciais” adotadas pelos juízes gaúchos

Como se viu, a crise do sistema prisional no Estado do Rio Grande do Sul acentua-se sobremodo a partir de junho 2009, mais especificamente do *Encontro de Juízes de Execução Criminal do Rio Grande do Sul*, quando 70 magistrados gaúchos, diante da inércia estatal em solucionar o problema da superlotação dos presídios, resolveram adotar procedimento padrão consistente na suspensão da

⁴² NASSAR, Paulo André; GLEZER, Rubens. Os juízes no país da imprevisibilidade? *Research Paper Series – Legal Studies*, Paper n. 80, São Paulo, Direito GV, 2013, p. 9; e, ainda, GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. São Paulo: Malheiros, 2013.

⁴³ ROLIM, Marcos. A crise do sistema penitenciário brasileiro. *Textual*, Porto Alegre, v. 1, p. 22-28, 2011.

expedição de mandado de prisão para cumprimento de pena decorrente de condenação transitada em julgado para os presos que responderam ao processo em liberdade até que haja as condições mínimas necessárias, excetuados apenas os casos de crimes hediondos e aqueles decorrentes da iminência da prescrição.

Tal evento, na verdade, resultou da posição assumida pelos desembargadores da 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, ainda no mês de abril, ao julgarem o *leading case Rafael*, em que o réu fora condenado pela prática de crime de roubo à pena de 4 anos e 3 meses de reclusão, a ser cumprida em regime semiaberto, porém se concedeu, *ex officio*, a prisão domiciliar, enquanto não houvesse estabelecimento que atendesse às exigências da Lei de Execução Penal:

Roubo majorado. Condenação: mantida ante a solidez probatória. Atenuante: pode deixar a pena aquém do mínimo (o art. 65, Código Penal, fala em sempre, e sempre é sempre, pena de sempre não o ser. Majorante do uso de arma: excluída por inexistência de prova da potencialidade ofensiva do aparato. Recolhimento prisional: o condenado *somente* será recolhido a estabelecimento prisional que atenda rigorosamente aos requisitos impostos pela legalidade – Lei de Execução Penal. Legalidade: não se admite, no Estado Democrático de Direito, o cumprimento da lei apenas no momento em que prejudique o cidadão, sonegando-a quando lhe beneficie. Missão judicial: fazer cumprir, apesar de algum ranger de dentes, os direitos da pessoa – seja quem for, seja qual o crime cometido. À unanimidade, deram parcial provimento ao apelo para reduzir a pena do acusado. *Por maioria, determinaram que o apenado cumpra pena em domicílio enquanto não houver estabelecimento que atenda aos requisitos da LEP, vencido o Relator, que determinava a suspensão da expedição do mandado de prisão enquanto não houver estabelecimento que atenda a tais requisitos*⁴⁴.

No referido acórdão, em que o garantismo é invocado inúmeras vezes na fundamentação dos votos – mesmo Ferrajoli sendo contrário a posturas ativistas⁴⁵ –, os desembargadores justificam sua decisão com base na caótica situação prisional do Estado do Rio Grande do Sul. Em seu voto, o relator, desembargador Amilton Bueno de Carvalho, propôs a suspensão do mandado de prisão até que a burocracia estatal garanta as condições asseguradas na legislação vigente:

O pacto constitucional assim está posto: cidadão que comete delito de roubo majorado responde pena em presídio (no caso concreto, o acusado, se viu, restou condenado a pena de quatro anos e três meses de

⁴⁴ Apelação-Crime n. 70029175668, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, 5ª Câmara Criminal, TJRS, julgada em 15/04/09.

⁴⁵ Ver, para tanto, FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. *Garantismo, hermenêutica e neoconstitucionalismo*: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

reclusão, em regime carcerário semi-aberto) – a pena ora concretizada entre os limites postos pela legalidade.

É a primeira face do sistema – a sanção sofrida por agressão à lei penal. Aqui está a dor a ser infligida a ele.

A segunda face do cumprimento da pena imposta está no limite que o Estado impõe a ele mesmo, para que a arbitrariedade não se faça presente. Ou seja, a lei – limite ao poder desmesurado – que determina as condições que devem imperar no cumprimento da sanção corporal.

Aqui o Estado inibe, no viés constitucional, como direito e garantia fundamental, penas cruéis (art. 5, XLVII, e); “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” (XLVIII); “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (XLIX); “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano e degradante” (III).

Na suma, a Lei Maior estabelece – diferente não poderia ser neste estágio civilizatório – o princípio da humanidade das penas!

Ao aterrissar o comando constitucional, a Lei de Execução Penal define explicitamente, nos artigos 82 a 95, as condições objetivas das unidades prisionais. Já nos artigos 40 a 43, fixa os direitos dos apenados.

Assim, vê-se, com obviedade, que o Estado deve punir aquele que agride a lei penal e, numa outra ponta, deve cumprir rigorosamente com as normas estabelecidas para o cumprimento das penas que ele impõe.

Ou seja, a legalidade tem dois vieses: um que determina a prisão (contra o cidadão) e outro que protege o apenado.

Tanto é assim que a própria LEP estabelece o incidente do “excesso ou desvio” da execução para as situações em que “algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares” (art. 185).

Todavia, tem acontecido – máxime no Estado Gaúcho – verdadeira autofagia sistêmica: com base na lei se condenam pessoas à pena de prisão (para prejudicar), mas no momento em que se deve beneficiá-las (condições prisionais), nega-se a legalidade. Algo intolerável, beirando a hipocrisia. Todos, absolutamente todos, sabemos que o Estado é violador dos direitos da população carcerária. Todos, absolutamente todos, sabemos das condições prisionais. E, mesmo assim, confirmamos o sofrimento gótico que alcança os apenados.

Nos últimos tempos, tudo é desvelado pela imprensa: juiz da execução penal, às lágrimas, denuncia que tem vergonha de ser gaúcho, ante o que acontece nos presídios; tentativa de responsabilização de juízes e promotores pelas condições prisionais; os presídios gaúchos estão como os piores da nação – *o pior entre os piores do mundo!*

A dor é tão antiga, tão denunciada, tão presenciada, tão acomodada, tão escamoteada, que é de pasmar que nunca tenha sido superada – e tudo aponta no sentido de que nunca será. E aqui a Câmara faz *mea culpa* por ter sido conivente com o sistema prisional.

É momento (tardio, talvez) de dar um basta. Ou seja, de se cumprir integralmente a legalidade (não apenas naquilo que prejudica o cidadão). Não se trata de se pregar anomia, mas sim de cumprir com a lei.

Há, repito, contradição insuportável em se condenar alguém com base na lei e, depois, negá-la no momento da execução da pena!

Aliás, Ferrajoli já denunciou que a história dos presídios é mais degradante que a história dos crimes!

Não se pode, jamais, tratar pessoa alguma (seja quem for, seja qual o delito cometido) como meio (coisa), mas como fim (pessoa), em atenção ao imperativo kantiano.

[...]

Luigi Ferrajoli, também, afirma que a desumanidade das penas vai de encontro ao “princípio do respeito à pessoa humana” – da dignidade da pessoa –, no sentido de que “cada hombre, y por conseqüente también el condenado, no debe ser tratado nunca como un ‘medio’ o ‘cosa’, sino siempre como *fin o persona*”, isto é, “o valor de la persona humana impone una limitación fundamental a la calidad y a la cantidad de la pena” (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 395). De tal modo, a legitimidade do Estado se funda “unicamente en las funciones de tutela de la vida y los restantes derechos fundamentales; de suerte que, conforme a ello, un estado que mata, que tortura, que humilla e un ciudadano no sólo pierde cualquier legitimidad, sino que contradice su razón de ser, poniéndose al nivel de los mismos delincuentes” (Ferrajoli, p. 396). É dever do Estado, portanto, assegurar que as condições de vida no presídio “sean para todos lo más humanas posible y lo menos aflictivas que se pueda” (p. 397).

Alguns poderão alegar que o Estado não tem condições econômicas de executar as penas de acordo com a lei: primeiro, não é verdade – há, sim, possibilidade financeira, apenas é questão de prioridade; e, segundo, se não se cumpre a lei que favorece, que não se cumpra a que desfavorece!

[...]

Neste contexto, tenho que o juiz é também responsável pela vida prisional, ou seja, pelo cumprimento das penas de acordo com a lei. É responsabilidade ética e legal: ele apresenta o Estado que condena e apresenta o Estado que encarcera. Duas faces indissociáveis: não se pode atuar ao modo de Pilatos. Enfim, deve atuar para que *toda a legalidade* (e não apenas parte dela) seja cumprida eficazmente.

Aliás, Rui Barbosa ensinava: “Não há salvação para o juiz covarde” (*O Justo e a Justiça Política*).

Então, qual o caminho a seguir?

De logo, saliento que a Suprema Corte aponta para solução inovadora ao permitir que condenados em regime aberto, em locais onde casa do albergado não cumpre condições de higiene suficientes e estão superlotadas, sem separação de condenados em regime semiaberto (legalidade

que se impõe), cumpram pena em regime domiciliar (HC 95332/RS, de 03.03.2009).

Por outro lado, se vê da Folha *On Line*, de 22.02.2009, que os juízes do Estado da Califórnia estão prestes a liberar cerca de sessenta mil presos porque há superpopulação carcerária, a violar os direitos dos apenados: “A evidência indica que não existe outro remédio a não ser uma liberação dos presos com o objetivo de solucionar as condições inconstitucionais”, afirmam.

Que se cumpra a lei, é o caminho que se segue.

Assim, o ora condenado somente irá a presídio se e quando for preservada a vida prisional de acordo com a lei. Enquanto isso não for providenciado, o mandado de prisão ficará suspenso e correndo a prescrição. Como a condenação presente, se viu, será cumprida em regime inicial semiaberto, a determinação ora explicitada ao colega a quem cumprir a execução da pena é a seguinte:

(a) o condenado somente será recolhido em Colônia Agrícola, Industrial ou similar (art. 91, da LEP, c/c o art. 33, § 1º, “b”, do CP);

(b) poderá ser alojado em compartimento coletivo, com rigoroso cumprimento dos requisitos da letra “a”, do parágrafo único do art. 88 da LEP (salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana), com (1) seleção adequada dos presos e (2) obediência rigorosa do limite máximo da capacidade prisional, nos termos do art. 85 e seu parágrafo da LEP.

Inexistindo casas prisionais que atendam a todos os requisitos acima, se disse, o mandado de prisão será suspenso até que a burocracia estatal tudo supere. Em outras palavras, mesmo correndo o risco de ser repetitivo: em estando o réu preso em estabelecimento incompatível/inadequado, deverá ser imediatamente posto em liberdade.

Em síntese, o que se determina é que a Lei seja cumprida!

Muito embora os demais desembargadores tenham aderido ao voto do relator, reforçando inclusive o reiterado descaso do Estado com a situação penitenciária, a solução inicialmente proposta – suspensão do mandado de prisão até que a burocracia estatal providencie estabelecimento carcerário adequado – restou aperfeiçoada a partir do voto do vogal, desembargador Luís Gonzaga da Silva Moura, que sugeriu:

Ao invés da suspensão do cumprimento do mandado de prisão, “até que a burocracia estatal tudo supere”, na linha do que decidem os Tribunais Superiores em situações análogas, cumprirá o apelante a pena imposta em *regime* de prisão domiciliar (art. 117 da LEP), cabendo ao Juiz da Execução Criminal estabelecer suas condições.

Tal solução veio ratificada pelo voto do revisor, desembargador Aramis Nassif, que acompanhou, honradamente, seus colegas, consignando:

Na verdade, muito se ouve em torno do *garantismo* que, para alguns, em seu descuido intelectual, é execrado. E daí perguntar-me: é possível ser juiz sem ser garantista? Então, o que somos? Para que servimos? O juiz não só é e tem que ser garantista, como ele mesmo é a garantia. Ninguém mais o é no Estado Democrático de Direito. E se ele não for, quem será? O Ministério Público, com sua nobre destinação constitucional? Obviamente que não, porque, assim como ele na condição de representante da sociedade, sempre é parte no processo e sua natural vocação é a acusatória. A defesa? Por óbvio que não. Sua destinação constitucional, que tantas vezes exige inomináveis sacrifícios, é a da representação do indivíduo, assegurado amplamente na Carta para que nós juízes, com a presença desses dois segmentos construtores da nação solidária e justa, que contrariamos em inúmeras oportunidades com nossas decisões, possamos fazer o que nos é destinado: julgar (com justiça).

Então, percebo neste voto exatamente isto: a coragem de ser juiz, a coragem de garantir direitos, a coragem de não se limitar a ser um mero justiceiro abrigado ao som de um discurso falacioso que reverbera em expressões como proteção, violência, criminalidade, impunidade, etc., para varrer para baixo do tapete a severa e grave omissão do Estado em proteger o indivíduo e a sociedade, recuperar os que tiveram uma conduta desviante e humanizar o sistema carcerário.

218

Essa inédita decisão da 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – marcada pelo nítido propósito de pressionar o governo a resolver o problema da superlotação dos presídios – não só serviu de *leitmotiv* para o *pacto dos juízes*, sobretudo o voto vencido, como também passou a ser seguida em diversas varas de execuções criminais da Capital e interior do Estado, além de outras câmaras criminais do Tribunal de Justiça.

Seu problema, todavia, foi corretamente identificado por Maurício Ramires, para quem a “missão” assumida pelos juízes coloca em xeque o próprio Estado de Direito:

afigura-se difícil considerar que o direito reconhecido a Rafael possa ser mesmo estendido a toda a população de segregados. Significaria abrir as portas das prisões do país que não obedecem à risca as regras da Lei nº 7.210/84 – e são virtualmente todas –, até que se criassem as condições adequadas. Implicaria, na prática, suspender a aplicação do direito penal no país, “seja qual for o crime cometido”, quer dizer, mesmo para crimes hediondos. Não parece possível que alguém responsável sustente essa sugestão a sério. Fazer esse tipo de *bypass* no sistema penal poderia simplesmente derreter as instituições nacionais e, por consequência, toda a espécie de garantias jurídicas. Criar-se-ia um estado de exceção, no qual a legalidade constitucional seria suspensa; um vazio

O ativismo judicial à brasileira e a questão penitenciária no Rio Grande do Sul

de direito, uma indistinção e uma plenitude originária do poder, de forma análoga à ideia de estado de natureza⁴⁶.

Observa-se, assim, que as “soluções judiciais” consistentes tanto nas decisões que suspendem o cumprimento das condenações transitadas em julgado, com base em argumentos políticos, quanto nas decisões que concedem indistintamente prisão domiciliar – todas em razão da superlotação dos presídios – representam a institucionalização de um estado de exceção, à revelia do ordenamento constitucional, que prevê expressamente mecanismos para as chamadas *situações de emergência*.

Eis, portanto, o “problema da solução”: a resposta à violação (administrativa) da lei não pode se dar por meio da violação (judicial) da lei.

Registre-se, por fim, que a representação feita pelo *Fórum da Questão Penitenciária* – liderado pela Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul – à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos (OEA), denunciando o Brasil pela reiterada violação dos direitos humanos no Presídio Central de Porto Alegre, não pode ser considerada, ao menos para os fins deste artigo, como uma “solução judicial”. Isso porque a Ajuris é uma entidade de classe – formada por juizes, é bem verdade – que tem legitimidade para provocar a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Trata-se, portanto, de uma *medida de política*, dirigida a organismo internacional, com a finalidade de pressionar as autoridades brasileiras, estadual e federal, a buscar uma solução para a superlotação do Presídio Central de Porto Alegre e, de um modo geral, do sistema penitenciário gaúcho.

219

A resposta constitucionalmente adequada: a intervenção federal no Estado do Rio Grande do Sul

Jon Elster é um filósofo reconhecido por utilizar a metáfora do *canto das sereias* – narrada na célebre *Odisseia*, de Homero – para discutir o tema da auto-limitação constitucional, isto é, os compromissos assumidos previamente pelo povo para que, no futuro, ele mesmo, o povo, não caia na tentação de abandonar certos princípios⁴⁷.

Pois, tudo indica que os magistrados gaúchos foram seduzidos pelo canto das sereias na medida em que optaram, corajosamente, por enfrentar o problema da crise do sistema penitenciário no Rio Grande do Sul, lançando mão de decisões judiciais fundadas em argumentos metajurídicos e contribuindo, assim, para a institucionalização de um estado de exceção.

⁴⁶ RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 118-119.

⁴⁷ ELSTER, Jon. *Ulisses liberto*. São Paulo: Unesp, 2009.

Muito embora se reconheça a coragem dos juizes que assumiram a linha de frente e se negaram a compactuar com a reiterada omissão estatal no que diz respeito à superlotação dos presídios, as soluções judiciais postas em prática carecem de legitimidade constitucional.

Como se viu, em 2009, a crise do sistema penitenciário atingiu um nível sem precedentes na história do Rio Grande do Sul: não há segurança; não há estrutura; não há vagas; não há nem mesmo comida para todos. Todavia, esse problema não tem um dia “D” e tampouco inicia com o *pacto dos juizes* ou com as decisões judiciais inspiradas no *Caso Rafael*, julgado pela 5ª Câmara Criminal do TJRS.

Ora, todos sabem que, de há muito, o sistema faliu. O caos que se instalou, recentemente, na administração do sistema prisional – aqui entendida desde a estrita administração até a administração das vagas por parte do Judiciário – revela um autêntico “estado de exceção”, no sentido (re)trabalhado, contemporaneamente, por Giorgio Agamben⁴⁸, que reformula a clássica noção desenvolvida por Carl Schmitt.

Segundo o pensador italiano, o estado de exceção acontece quando a legalidade constitucional é suspensa, ou seja, o estado de exceção constitui um estado *kenomatico*, um vazio de Direito, e a ideia de uma indistinção e de uma plenitude originária do poder deve ser considerada como um *mitologema* jurídico, análogo à ideia de estado de natureza⁴⁹. Embora a face da exceção se mostre com maior evidência no âmbito das ordenanças com “força de lei” editadas pelo poder Executivo, é possível afirmar que qualquer atividade de qualquer um dos poderes que delibere pela suspensão da lei propicia a erupção do estado de exceção. Isso vale, inclusive, para decisões judiciais tomadas fora de um contexto de preservação da história institucional do direito. No fundo, como afirma Agamben, o que se verifica é que, no estado de exceção, os três poderes se diluem, de modo que a distinção entre eles não pode ser visualizada.

Isso implica afirmar que o estado de exceção surge em decorrência da suspensão da legalidade. Há alguma dúvida de que foi isso o que ocorreu no Rio Grande do Sul? O estado de exceção não precisa necessariamente romper com a estrutura global de um ordenamento jurídico para fazer emergir a exceção. Essa ruptura pode ser total ou parcial. Sobre a *topografia da exceção*, Agamben afirma:

o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou a uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem, mas se

⁴⁸ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

⁴⁹ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 17.

O ativismo judicial à brasileira e a questão penitenciária no Rio Grande do Sul

indeterminam. *A suspensão da norma não significa sua abolição e a zona de anomia por ela instaurada não é (ou, pelo menos, não pretende ser) destituída de relação com a ordem jurídica*⁵⁰.

In casu, o elemento que torna mais evidente a erupção do estado de exceção é, precisamente, o uso da *necessidade* como fator determinante e justificante da suspensão da lei. Essa é, com certeza, a maior contribuição que Agamben pode dar para a iluminação do problema ora examinado. Para ele, o núcleo do estado de exceção aparece no adágio latino *necessitas legem non habet*:

ou seja, a necessidade não tem lei, o que deve ser entendido em dois sentidos opostos: “a necessidade não reconhece nenhuma lei” e “a necessidade cria sua própria lei”. Em ambos os casos, a teoria do estado de exceção se resolve integralmente na do *status necessitatis*, de modo que o juízo sobre a subsistência deste esgota o problema da legitimidade daquele⁵¹.

Em suma, como na hipótese do presente estudo, a necessidade que provoca a ruptura com a legalidade e abre o estado de exceção não procura investigar o caráter lícito ou ilícito da hipótese. A necessidade “age aqui como justificativa para uma transgressão em um caso específico por meio de uma exceção”⁵². Por isso, Agamben assevera que “o estado de exceção moderno é, ao contrário, uma tentativa de incluir na ordem jurídica a própria exceção, criando uma zona de indiferenciação em que fato e direito coincidem”⁵³.

Retomando o problema da (im)possibilidade das prisões em razão da superlotação, a situação que se apresenta é, resumidamente, a seguinte: desde 1984 – e, portanto, desde antes da Constituição –, há uma Lei de Execução Penal que estabelece que o preso tem direito à alimentação, vestuário, saúde e educação, entre outros igualmente imprescindíveis à dignidade humana⁵⁴.

⁵⁰ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 39.

⁵¹ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 41.

⁵² AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 41.

⁵³ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 42.

⁵⁴ Art. 41. Constituem direitos do preso: I – alimentação suficiente e vestuário; II – atribuição de trabalho e sua remuneração; III – Previdência Social; IV – constituição de pecúlio; V – proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI – exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; VII – assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII – proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; IX – entrevista pessoal e reservada com o advogado; X – visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; XI – chamamento nominal; XII – igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; XIII – audiência especial com o diretor do estabelecimento; XIV – representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; XV – contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e

Entretanto, no mundo da vida, vige um sistema caótico e absolutamente perverso, em que o preso é tratado como *homo sacer*; aquele que pode ser sacrificado e está pronto para o abate; o homem à cuja vida somos indiferentes⁵⁵.

Assim, se, no papel, existe o direito mínimo do preso de não ser um *homo sacer*, na verdade, o que há é um sistema que o transforma em “suco”. De um lado, o preso – provisório ou não –, que deve ser (até porque ele assume a posição de prisioneiro do Estado) isolado do convívio social; de outro, a sociedade, que tem o direito de que esse preso não viole o direito dela à segurança e outros direitos fundamentais, etc.

No entanto, inerte ao longo dos anos, tanto o Executivo quanto o Legislativo assistem à situação sem tomar nenhuma providência. É acaciano que a omissão na construção de presídios foi – e é – um produto decorrente da incompetência e da falta de vontade política dos sucessivos governos e legislaturas.

E o Judiciário? Nesse caso, evidencia-se uma aporia, isto é, um dilema sem saída. Por um lado, os juízes se reúnem e dizem à sociedade que estão suspendendo a expedição de mandados de prisão, salvo algumas exceções. De outro, a cúpula do Tribunal cassa liminarmente algumas das decisões que determinam prisão domiciliar até que o sistema carcerário apresente as condições mínimas exigidas pela lei, apontando para o fato de não concordar com a tese da maioria dos juízes.

222

O grande problema é que o “estado de exceção” que se instaurou no âmbito da administração pública não pode se estender à esfera da justiça – responsável pela conservação da civilização –, sob pena de retornarmos à barbárie, no sentido metafórico empregado por Hobbes. Ou seja, se a administração pública promove o “estado de exceção” carcerário, não podem os juízes responder mediante a institucionalização de um “estado de exceção” judiciário.

Se a situação é absolutamente preocupante – e sobre isso já se alcançou certo consenso, inclusive em setores mais conservadores da sociedade –, a ponto de se falar inclusive em um “estado de exceção” no sistema penitenciário, então é preciso que se busquem as alternativas previstas no sistema constitucional de emergência, e não institucionalizar a exceção, como se aos juízes fosse transferida a função do soberano de suspender a Lei – aqui entendida como o ordenamento vigente –, autorizando-os a formular a solução que entenderem mais pertinente.

de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes; XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente (LEP).

⁵⁵ Ver AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

O ativismo judicial à brasileira e a questão penitenciária no Rio Grande do Sul

O problema da superlotação dos presídios não pode ser solucionado por um “ativismo à brasileira”, por mais louvável, necessário e contingente que ele possa parecer à primeira vista. Isso porque não há motivo para se procurar solução fora do ordenamento jurídico quando a própria Constituição oferece os instrumentos necessários para o enfrentamento das chamadas situações de emergência.

No caso, a crise do sistema penitenciário gaúcho revela um quadro digno de intervenção federal, daqueles de ordem predominantemente jurídica, mediante representação do Procurador-Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal⁵⁶, em razão de ofensa a princípio constitucional sensível: violação da dignidade da pessoa humana⁵⁷.

Ora, como se sabe, a intervenção federal é uma medida jurídica – e, portanto, legítima –, a ser proposta em conformidade com o ordenamento constitucional, e não com base em argumentos políticos.

Com efeito, não é função do Poder Judiciário solucionar o problema do déficit de vagas do sistema prisional. O Supremo Tribunal Federal já reconheceu, em mais de uma oportunidade, a gravidade do problema: no HC nº 98.675/RS, de relatoria do ministro Eros Grau, autorizou-se que acusados de homicídio qualificado respondessem ao processo em prisão domiciliar, eis que os estabelecimentos prisionais não tinham condições de atender aos cuidados de saúde que os apenados demandavam. Ainda nessa mesma oportunidade, ao final do julgamento, o decano do STF, ministro Celso de Mello, comentou as medidas adotadas a partir do pacto dos juízes gaúchos, registrando que “há um descumprimento crônico, pelo Estado, das normas da LEP”. Ora, isso não quer dizer que os direitos humanos estão sendo violados?

Nesse mesmo sentido, aliás, cumpre referir um importante precedente do Supremo Tribunal Federal:

Representação do Procurador-Geral da República pleiteando intervenção federal no Estado de Mato Grosso, para assegurar a observância dos “direitos da pessoa humana”, em face de fato criminoso praticado com extrema crueldade a indicar a inexistência de “condição mínima”, no Estado, “para assegurar o respeito ao primordial direito da pessoa humana, que é o direito à vida” [...] Representação que merece conhecida, por seu fundamento: alegação de inobservância pelo Estado-Membro do princípio constitucional sensível previsto no art. 34, VII, alínea b, da

⁵⁶ Art. 36. A decretação da intervenção dependerá: [...] III de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal (CR/88).

⁵⁷ Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: [...] VII – assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: [...] b) direitos da pessoa humana (CR/88).

Constituição de 1988, quanto aos “direitos da pessoa humana” [...] Hipótese em que estão em causa “direitos da pessoa humana”, em sua compreensão mais ampla, revelando-se impotentes as autoridades policiais locais para manter a segurança de três presos que acabaram subtraídos de sua proteção, por populares revoltados pelo crime que lhes era imputado, sendo mortos com requintes de crueldade. Intervenção federal e restrição à autonomia do Estado-Membro. Princípio federativo. Excepcionalidade da medida interventiva⁵⁸.

No caso do Estado do Mato Grosso não se configurou a intervenção porque o Estado federado demonstrou estar tomando providências reais e efetivas para resolver o problema dos direitos humanos. De todo modo, o julgado serve para registrar que, em casos menos abrangentes e mais transcendentais, o STF conheceu do pedido e da “situação de intervenção”, o que revela ser o pedido de intervenção a resposta constitucionalmente adequada para o caso, tal qual suscitado, à época, por Lenio Streck, embora arquivado pela Procuradoria-Geral da República após o Governo prestar-lhe as informações requisitadas⁵⁹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo analisou uma situação concreta que se faz cada vez mais presente no cotidiano da sociedade brasileira, sobretudo nas últimas décadas: a questão penitenciária. O objeto delimitado para essa pesquisa foi a crise do sistema prisional no Estado do Rio Grande do Sul, marcado pela superlotação e pelas condições subumanas verificadas de um modo particular em Porto Alegre, onde se encontra o maior presídio da América Latina, com uma população carcerária que, recentemente, chegou a atingir mais de cinco mil presos.

Todavia, como se viu, o problema assumiu proporção ainda maior quando mais de 70 juizes e desembargadores criminais do Estado do Rio Grande do Sul reuniram-se, em 5 de junho de 2009, e firmaram um pacto voltado à adoção de um conjunto de medidas – entre elas, a suspensão de mandados de prisão de réus condenados definitivamente – em resposta à inércia das autoridades competentes no que diz respeito à superlotação dos presídios e ao descumprimento da Lei de Execução Penal.

A partir de então, surgiram inúmeras decisões do Tribunal de Justiça, sobretudo na 5ª Câmara Criminal, em que se reconhecia expressamente a falência do sistema prisional e, conseqüentemente, determinava-se o cumprimento de prisão domiciliar – sem nenhuma distinção relativa ao tipo de delito praticado,

⁵⁸ IF n. 114/MT, Rel. Min. Néri da Silveira, Supremo Tribunal Federal, julgado em 13/03/91, DJ de 27/09/96.

⁵⁹ Trata-se do PA n. 1.00.000.006929/2009-33, que tramitou junto à Procuradoria-Geral da República.

exceto os crimes hediondos e os iminentes de prescrição – até que as condições da LEP fossem, de fato, cumpridas pelo Estado.

Observa-se, entretanto, que essas decisões judiciais – reiteradas ao longo dos anos em todas as esferas do Poder Judiciário – apontam para a configuração de um verdadeiro “estado de exceção” no âmbito da execução das penas e das prisões cautelares, uma vez que, ao fim e ao cabo, por meio delas os juízes optaram pela adoção de uma política judiciária: “suspender” a aplicação da legislação penal-processual.

Tal situação se agrava ainda mais na medida em que a crise do sistema prisional não foi, efetivamente, enfrentada por nenhum dos três governos que se alternaram no poder durante o período analisado. A título ilustrativo, cumpre referir que, em 2010, a população carcerária no Estado do Rio Grande do Sul atingiu a marca de 30 mil presos, conforme os dados apontados no mapa disponibilizado pelo Departamento de Segurança e Execução Penal da Superintendência de Serviços Penitenciários, enquanto o déficit de vagas superava 10 mil.

Como se isso não bastasse, considerando-se a gravidade da crise aliada à constante omissão dos poderes Executivo e Legislativo, em 2013, a Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, junto com outras entidades, decidiu encaminhar uma representação à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ligada à Organização dos Estados Americanos, denunciando o Brasil pelas condições subumanas verificadas no Presídio Central de Porto Alegre.

Neste contexto é que se questiona o papel desempenhado pelo Poder Judiciário diante da crise do sistema prisional no Estado do Rio Grande do Sul: seriam as “soluções judiciais” o modo apropriado para enfrentar o problema da superlotação dos presídios? Tudo indica que o discurso da necessidade de concretização dos direitos fundamentais dos presos serviu, no caso, como um alibi retórico para reforçar uma postura nitidamente ativista que vem crescendo no Direito brasileiro.

De todo modo, se há uma intervenção indevida, excessiva e ilegítima do Poder Judiciário, é importante atentar para outro aspecto contido nesse dado: o fato de os juízes estarem ocupando um espaço que não lhes compete resulta, também, de que esse espaço não estar sendo devidamente ocupado pelas demais Instituições, especialmente aquelas essenciais à Justiça, cuja inércia possibilita – embora não autorize – a atuação política dos juízes.

Em suma, o artigo buscou demonstrar que as “soluções judiciais” adotadas entre 2009 e 2012 para enfrentar o problema da superlotação dos presídios e, de um modo geral, a crise do sistema penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul constituem um exemplo privilegiado do *ativismo judicial à brasileira*, considerando que grande parte dos juízes e desembargadores optou por institucionalizar um conjunto de medidas, com base em argumentos políticos, à margem do sistema constitucional vigente.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; NERY JÚNIOR, Nelson. Ativismo judicial como conceito natimorto para a consolidação do Estado Democrático de Direito. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco; LEVY, Wilson. *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 525-546.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. *Paradoxos e ambiguidades da imparcialidade judicial: entre “quereres” e “poderes”*. Porto Alegre: Safe, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. In: COUTINHO, Jacinto N. M. et. al. *Constituição e ativismo judicial*. Limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011. p. 275-290.

BLACK, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*. 5. ed. St. Paul: West Group, 1983.

BRANCO, Paulo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes et al. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 378-402.

BRITTO, José Gabriel Lemos de. *Os sistemas penitenciários do Brasil*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1924, 3 v.

226

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: SaFe, 1993.

CARBASSE, Jean-Marie; DEPAMBOUR-TARRIDE, Laurence. *A consciência do juiz na tradição europeia*. Belo Horizonte: Tempus, 2010.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. Constituição e ativismo judicial: uma perspectiva interdisciplinar. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). *Constituição & Ativismo judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 259-273.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. *Revista Alceu*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, p. 105-113, jul./dez. 2004.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). *Constituição & Ativismo judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DIDER JR., Fredie et al. *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013.

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

ELSTER, Jon. *Ulisses liberto*. São Paulo: Unesp, 2009.

FELLET, André Luiz Fernandes et al. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. *Garantismo, hermenêutica e neoconstitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 32, n. 1: 203-228, jan./jun. 2016

O ativismo judicial à brasileira e a questão penitenciária no Rio Grande do Sul

- FRANCISCO, José Carlos. *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional. Do passivismo ao ativismo judicial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Lisboa: Piaget, 1996.
- GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. *Emory Law Journal*, Atlanta, v. 58, n. 5, p. 1195-1263, 2009.
- HALL, Kermit L. (Ed.). *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*. New York: Oxford University Press, 1992.
- HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 251, p. 139-178, 2009.
- HOLLAND, Kenneth (Ed.). *Judicial Activism in Comparative Perspective*. London: Macmillan, 1991.
- HOMEM, António Pedro Barbas et al. *O perfil do juiz na tradição ocidental*. Coimbra: Almedina, 2009.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Coimbra: Armênio Armado, 1984.
- KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”. *California Law Review*, v. 92, n. 5, p. 1441-1477, oct. 2004.
- LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Monia H. (Orgs.). *Ativismo judicial e déficits democráticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- MARSHALL, Willian P. Conservatism and the Seven Signs of Judicial Activism. *University of Colorado Law Review*, Chapel Hill, n. 73, p. 101-140, 2002.
- MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica. As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- MERRIAM-WEBSTER. *Merriam-Webster’s Dictionary of Law*. Massachusetts: Merriam-Webster, 1996.
- NASSAR, Paulo André; GLEZER, Rubens. Os juízes no país da imprevisibilidade? *Research Paper Series – Legal Studies*, Paper n. 80, São Paulo, Direito GV, 2013.
- OLIVEIRA, Umberto Machado de; ANJOS, Leonardo (Orgs.). *Ativismo judicial*. Curitiba: Juruá, 2010.
- POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação? Política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- RAMOS, Elival. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. São Paulo: FGV, 2013.
- ROLIM, Marcos. A crise do sistema penitenciário brasileiro. *Textual*, Porto Alegre, v. 1, p. 22-28, 2011.
- SCHLESINGER JR., Arthur. The Supreme Court: 1947, *Fortune*, n. 35, p. 73-79, jan. 1947.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil. In: FELLET, André Luiz Fernandes et al. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 73-113.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial*. Limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, p. 37-57, 2012.

TRINDADE, André Karam. As soluções judiciais para a crise do sistema prisional no estado do Rio Grande do Sul: um exemplo privilegiado do ativismo à brasileira. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 18, p. 197-234, 2015.

TRINDADE, André Karam. Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 231-253.

228

TRINDADE, André Karam. *Attivismo versus garantismo: in difesa d'una teoria garantista della decisione giudiziale*. Tesi di Dottorato. Scuola Dottorale Internazionale di Diritto ed Economia "Tullio Ascarelli". Università Degli Studi Roma Tre, 2011.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo Judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. *Revista da Faculdade de Direito (UFPR)*, v. 53, p. 57-84, 2011.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial à brasileira. *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 4, v. 2, p. 407-440, 2008.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review*. From constitutional interpretation to judge-made law. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.

YOUNG, Ernest A. Judicial Activism and Conservative Politics. *University of Colorado Law Review*, v. 73, n. 4, p. 1139-1216, 2002.

Data de recebimento: 08/04/2016

Data de aprovação: 02/05/2016

O CARÁTER RELATIVO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA TEORIA ALEXYANA

THE RELATIVE FEATURE OF DIGNITY OF HUMAN PERSON UNDER THEORY OF ROBERT ALEXY

Elisângela Padilha*
Carla Bertoncini**

RESUMO

A dignidade da pessoa humana vem alçando um protagonismo jamais verificado na história. Por sua vez, os debates acerca do caráter absoluto ou relativo da dignidade da pessoa humana na ordem jurídico-constitucional são atuais e relevantes. Seja na condição de princípio ou de direito fundamental, vêm ganhando destaque as discussões sobre a possibilidade de se estabelecerem restrições à dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, o presente artigo visa propor algumas reflexões sobre até que ponto a dignidade da pessoa humana, especialmente na sua condição de princípio e/ou direito fundamental, pode efetivamente ser tida como absoluta, ou admite-se a sua relativização diante de circunstâncias específicas. É possível, com o escopo de proteger a dignidade de alguém, restringir a dignidade de outrem? O presente estudo foi realizado com base na teoria de Robert Alexy. Adotou-se como ação nuclear para a pesquisa o método dedutivo. A técnica de pesquisa é bibliográfica.

* Advogada. Professora no Curso de Direito das Faculdades Integradas de Ourinhos – FIO. Mestranda do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Campus Jacarezinho, da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil pelas Faculdades Integradas de Ourinhos – FIO/PROJURIS. Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas de Ourinhos – FIO. Graduada em Comunicação Social: Publicidade e Propaganda pela UNIMAR – Universidade de Marília. Atualmente é advogada. Também é professora nas disciplinas de Direito Civil, Direito Processual Civil e Direitos Humanos e Fundamentais no curso de Direito das Faculdades Integradas de Ourinhos – FIO. Autora da obra *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações contratuais entre particulares*. E-mail: padilha.lm@gmail.com.

** Advogada. Bacharel em Direito pela Instituição Toledo de Ensino – ITE (1992). Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino – ITE (2001). Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (subárea de concentração Direito Civil) – PUC (2011). Atualmente é professora adjunta (Direito de Família e Sucessões) da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, Campus de Jacarezinho e professora de Direito Civil (Direito de Família) das Faculdades Integradas de Ourinhos – FIO.

Palavras-chave: dignidade da pessoa humana; caráter relativo; teoria de Robert Alexy; ponderação, direitos fundamentais.

ABSTRACT

The dignity of the human person has been reaching a protagonism never seen in history. In turn, the debates about the absoluteness or relativeness feature of dignity of the human person, in the legal and constitutional order is actual and relevant. As principle or fundamental right, are gaining prominence discussions on the possibility of establishing restrictions on human dignity. In this context, this paper aims to propose some reflections about on the extent to which the dignity of the human person, especially as a principle and/or fundamental right, can effectively be taken as absolute, or admits relativization on specific circumstances. Is it possible, with the aim of protecting the dignity of someone, to restrict the dignity of others? This study was based on Robert's Alexy theory. It was adopted, as nuclear action to research, the deductive method. The research's technique is literature.

Keywords: dignity of human person; relative feature; theory of Robert Alexy; weighting, fundamental rights.

INTRODUÇÃO

230

A dignidade da pessoa humana vem alçando um protagonismo jamais verificado na história e é comumente invocada cada vez que alguém considera que algum dos seus direitos tenha sido violado. O uso recorrente do argumento de ofensa à dignidade vem levantando sérios questionamentos até mesmo acerca da sua banalização.

Por sua vez, os debates acerca do caráter absoluto ou relativo da dignidade da pessoa humana na ordem jurídico-constitucional são atuais e relevantes, embora muito provavelmente não se chegará a um consenso, quer seja na doutrina ou na jurisprudência. Seja na condição de princípio ou de direito fundamental, ganharam destaque as discussões sobre a possibilidade de se estabelecerem restrições à dignidade da pessoa humana. Robert Alexy, em sua obra *Teoria dos direitos fundamentais*, sustenta que a dignidade, na condição de princípio, é passível de ponderação quando prestes a colidir com outros bens jurídicos constitucionais.

Nesse contexto, pergunta-se até que ponto a dignidade da pessoa humana, especialmente na sua condição de princípio e/ou direito fundamental, pode efetivamente ser tida como absoluta, ou admite-se a sua relativização diante de circunstâncias específicas. É possível, com o escopo de proteger a dignidade de alguém, restringir a dignidade de outrem?

Muitas são as experiências e respostas no particular, razão pela qual o presente trabalho busca, em termos centrais, promover uma reflexão, inicialmente, sobre os contornos da dignidade humana e sua relação com os direitos fundamentais, como forma de preparação da análise acerca de sua relativização.

Para tanto, o presente trabalho foi desenvolvendo com base na teoria *alexiana* de direitos fundamentais, eis que Robert Alexy tem dialogado com múltiplas fontes e referências importantes desse universo problemático. Adotou-se como ação nuclear para a pesquisa o método dedutivo. A técnica de pesquisa é bibliográfica.

O CONCEITO DE DIGNIDADE HUMANA

O constituinte de 1988 instituiu que o Estado Democrático de Direito tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, Constituição Federal de 1988). Mas, afinal, o que é a dignidade da pessoa humana?

Definir a *dignidade da pessoa humana* não é tarefa fácil. Frequentemente, lê-se que a *dignidade da pessoa humana* tem conceito vazio¹. Há quem diga que o seu conteúdo depende da cultura de cada povo. Para François Borella, o direito deve reconhecer e proteger a dignidade humana, mas é impossível atribuir-lhe definição jurídica, pois representa uma noção filosófica da condição humana². Percebe-se, assim, que as definições atingem a esfera moral, cultural, religiosa e filosófica.

Immanuel Kant defende que a dignidade humana é qualidade congênita e inalienável de todos os seres humanos, a qual impede a sua coisificação e se materializa por meio da capacidade de autodeterminação que os indivíduos possuem por meio da razão. Isso ocorre porque os seres humanos têm, na manifestação da sua vontade, o poder de determinar suas ações, de acordo com a ideia de cumprimento de certas leis que adotam, sendo essa característica exclusiva dos seres racionais³.

No Brasil, Ingo Sarlet sustenta a tese de que a dignidade, em sentido jurídico, é uma qualidade intrínseca do ser humano que gera direitos fundamentais: (1) de não receber tratamento degradante de sua condição humana (dimensão defensiva); (2) de ter uma vida saudável (dimensão prestacional), vale dizer, de

¹ Dignity is a useless concept in medical ethics and can be eliminated without any loss of content (MACKLIN, Ruth. Dignity is a useless concept. *The BMJ – The British Medical Journal*. <www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC300789>).

² BORELLA, François. Le concept de dignité de la personne humaine. In: PEDROT, Philippe (Dir.). *Ethique Droit et Dignité de la Personae*. Paris: Economica, 1999, p. 37.

³ KANT, Immanuel. Groundwork of the metaphysics of morals. In: PASTERNAK, Lawrence. *Immanuel Kant: groundwork of the metaphysics of morals*. New York: Routledge, 2002, p. 56, 62-63, 67.

ter a colaboração de todos para poder usufruir de um completo bem-estar físico, mental e social (conforme os parâmetros de vida saudável da OMS); (3) de participar da construção de seu destino e do destino dos demais seres humanos (autonomia e cidadania)⁴.

Para Oscar Vilhena, a “dignidade é multidimensional e está associada a um grande conjunto de condições ligadas à existência humana, tais como a própria vida, passando pela integridade física e psíquica, integridade moral, liberdade, condições materiais de bem-estar etc.”⁵.

Paulo Ridola também já refletiu acerca do que seria, afinal, a dignidade humana. Seria o lugar que a cada ser humano livre cabe ocupar na sua irrepetível diversidade? É a possibilidade de realizar o próprio projeto de vida, que a comunidade política deve proteger, pois na vida está o núcleo originário de sua liberdade⁶.

Com isso, a dignidade da pessoa humana é atribuída às pessoas, independentemente de suas circunstâncias concretas ou dos danos que eventualmente tenham causado à realidade externa, isto é, ela é também reconhecida ao mais cruel dos criminosos, pois eles são reconhecidos como pessoas e seus atos, por mais tenebrosos que sejam, não são capazes de apagar esse traço inato⁷. Sobre o tema, Dworkin defende que, no caso dos presos, os motivos que os levaram ao encarceramento compulsório, ainda que reprováveis, não autorizam que eles venham a ser tratados como meros objetos⁸.

Em decisão acerca da interrupção da gravidez de feto anencéfalo, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a dimensão humana obstaculiza a possibilidade de se coisificar uma pessoa, usando-a como objeto. Impor à mulher o

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*, by Ingo Wolfgang SARLET, p. 15-43. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. SARLET, I. S. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. SARLET, I. W. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, jan./jun. 2007.

⁵ VILHENA, Oscar Vieira. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 64.

⁶ RIDOLA, Paolo. *A dignidade da pessoa humana e o “princípio liberdade” na cultura constitucional europeia*. Tradução de Carlos Luiz Strapazzon. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 115-116.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade humana: uma compreensão jurídico-constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia. In: SARMENTO, Daniel et al. (Coord.). *Nos limites da vida*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 217.

⁸ DWORKIN, Ronald. *O domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jerferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

O caráter relativo da dignidade da pessoa humana na teoria alexyana

dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causa à gestante dor, angústia e frustração, resultando em violência às vertentes da dignidade da pessoa humana – a física, a moral e a psicológica⁹.

Sendo assim, não se tem uma conceituação clara e precisa da dignidade humana. Em síntese, trata-se de qualidade intrínseca de cada pessoa e que deve ser observado o contexto de acordo com o histórico de cada grupo de seres humanos, respeitando as dimensões multiculturais.

A relação entre dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais

A relação entre dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais é objeto de controvérsia. Há quem diga que os direitos e garantias fundamentais encontram seu fundamento imediato na dignidade da pessoa humana. Para outros, nem todos os direitos fundamentais encontram seu fundamento direto na dignidade da pessoa humana.

Sobre o tema, Ingo Wolfgang Sarlet esclarece:

[...] mesmo que se deva admitir que o princípio da dignidade da pessoa humana como principal elemento fundante e informador dos direitos e garantias fundamentais também da Constituição de 1988 – o que, de resto, condiz com a sua função como princípio fundamental – também é certo que haverá de se reconhecer um espectro amplo e diversificado no que diz com a intensidade desta vinculação, é que embora se possa aceitar, ainda mais em face das peculiaridades da Constituição Brasileira, que nem todos os direitos fundamentais tenham fundamento direto na dignidade da pessoa humana, sendo, além disso, correta a afirmação de que o conteúdo em dignidade dos direitos é variável, tais circunstâncias não retiram da dignidade da pessoa humana, na sua condição de princípio fundamental e estruturante, a função de conferir uma determinada (e possível) unidade de sentido ao sistema constitucional de direitos fundamentais, orientando – tal como bem aponta Jorge Reis Novais – inclusive as possibilidades de abertura e atualização do catálogo constitucional de direitos¹⁰.

233

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 54/DF* – Distrito Federal. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 12/04/2012. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Publicado em 30/04/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana: notas em torno da discussão sobre o seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional. In: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva (Orgs.). *Dignidade humana e direitos sociais e não positivismo*. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 94.

Logo, não se pode utilizar a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) como um critério exclusivo para se reconhecer os direitos fundamentais, embora grande parte dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 corresponda a exigências da dignidade da pessoa humana.

No que diz respeito à relação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, acredita-se que a dignidade da pessoa humana se apresenta como um limite aos direitos fundamentais e também assume a condição de limite aos limites. Vale dizer, dependendo de cada caso concreto, o princípio da dignidade da pessoa humana constitui um instrumento importante e necessário para restringir direitos fundamentais na esfera das relações privadas¹¹. Além disso, qualquer intervenção na esfera dos direitos fundamentais também deve respeitar a dignidade da pessoa humana quando esta for o núcleo essencial daqueles.

Sendo assim, a dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais estão sempre posicionados em uma conjuntura de concorrência e colisão, que remete também ao problema da possibilidade, ou não, de se estabelecer limitações à própria dignidade da pessoa humana¹².

A DIGNIDADE HUMANA NA TEORIA DE ROBERT ALEXY

234

Inicialmente, é preciso lembrar que Robert Alexy, ao se referir à distinção entre princípios e regras, explica que os “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização”¹³.

Mas afinal, é a dignidade humana um princípio ou uma regra?

¹¹ Fora das relações indivíduo-poder, isto é, quando se trata de particulares em condições de relativa igualdade, deverá, em regra (segundo os defensores dessa concepção), prevalecer o princípio da liberdade, aceitando-se uma eficácia direta dos direitos fundamentais na esfera privada apenas nos casos em que a dignidade da pessoa humana estiver sob ameaça ou diante de uma ingerência indevida na esfera da intimidade pessoal. Não é demais lembrar que, no concorrente aos limites da autonomia privada, a incidência direta da dignidade da pessoa humana nas relações entre particulares atua também como fundamento de uma proteção da pessoa contra si mesma, já que a ninguém é facultada a possibilidade de usar de sua liberdade para violar a própria dignidade, de tal sorte que a dignidade da pessoa assume a condição limite material à renúncia e autolimitação de direitos fundamentais (pelo menos no que condiz com o respectivo conteúdo em dignidade de cada direito especificamente considerado) (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 390).

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana: notas em torno da discussão sobre o seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional. In: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva (Orgs.). *Dignidade humana e direitos sociais e não positivismo*. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 96-97.

¹³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

O caráter relativo da dignidade da pessoa humana na teoria alexyana

Segundo Robert Alexy, existem dois conceitos de dignidade da pessoa humana que se contrapõem: um absoluto e outro relativo.

De acordo com o conceito absoluto, a dignidade da pessoa humana é uma norma que tem preferência sobre todas as outras normas, em todos os casos, motivo pelo qual não há possibilidade de se realizar a ponderação¹⁴.

Logo, qualquer tipo de intervenção sobre a dignidade humana será necessariamente tido como uma violação à dignidade, ainda que seja de alguma forma justificada. Sendo assim, como regra, a dignidade não enfrenta limitação, devendo sempre prevalecer de forma absoluta. Nesse sentido, a concepção absoluta não é compatível com a análise de proporcionalidade¹⁵.

Por sua vez, de acordo com o conceito relativo, exatamente o oposto é verdadeiro. Compreende a dignidade humana como um princípio que pode ser ponderado e relativizado, quando em colisão com outras normas. Logo, a concepção relativa é compatível com a análise da proporcionalidade.

Nesse contexto, diante de um conflito entre princípios, Robert Alexy defende a ponderação buscando-se, no caso concreto, dar maior peso a um em relação a outro. No direito brasileiro, a disposição constitucional da dignidade da pessoa humana, disposta no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988, vem sendo ponderada pelo Judiciário sem nenhum critério e nem argumentação jurídica racional. Daniel Sarmento faz severas críticas acerca do decisionismo judicial:

235

Muitos juízes deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça –, passaram a negligenciar seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta “euforia” com os princípios abriu espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras “varinhas de condão”, com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser¹⁶.

¹⁴ ALEXY, Robert. A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. In: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva (Orgs.). *Dignidade humana e direitos sociais e não positivismo*. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 13.

¹⁵ Segundo Robert Alexy, “a natureza dos princípios como mandamentos de otimização conduz diretamente a uma necessária vinculação entre os princípios e a análise da proporcionalidade” (ALEXY, 2015, p. 18). Sendo assim, segundo o autor, o princípio da proporcionalidade que cada vez mais vem sendo reconhecido internacionalmente na teoria da jurisdição constitucional, é composto por três subprincípios, quais sejam: o princípio da adequação, o princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade *stricto sensu*”.

¹⁶ SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Lumen Juris, 2006, p. 200.

Conforme argumenta o autor, no Brasil existe ainda uma incompreensão do duplo caráter da norma da dignidade humana, transformando-se em uma artimanha jurídica, tanto pelos juízes quanto pelas partes de um processo. Dito de outra forma, a teoria da ponderação de princípios proposta por Robert Alexy constitui uma desculpa perfeita para sentenciar com ampla discricionariedade e pouca racionalidade, manipulando ao bel prazer as disposições constitucionais, como a própria dignidade.

Lenio Luiz Streck também faz severas críticas acerca da ponderação no Brasil:

A ponderação é inconstitucional [...] porque o legislador, ao estabelecer, de forma atécnica a ponderação de “normas”, “esqueceu” que o direito é um sistema de regras e princípios e que, portanto, ambas são normas. Logo, ponderar regras é ponderar normas. Entretanto, é vedado ponderar regras, como se pode ver no próprio criador da ponderação contemporânea, Robert Alexy, no âmbito de sua teoria da argumentação jurídica. Ao ponderar regras, o juiz deixará de aplicar uma delas. Só que, para fazer isso, deve lançar mão da jurisdição constitucional ou dos mecanismos que tratam da resolução de antinomias, e não de algo fugidio e vazio como é a ponderação. A violação, *in casu*, é do princípio da separação dos poderes e o da legalidade. Juiz não cria normas e tampouco pode deixar de aplicar uma regra válida sem que lance mão dos mecanismos próprios para isso. Se ponderar princípios já é um problema pela falta de critérios, a ponderação de regras é de extrema gravidade, porque transforma o Poder Judiciário em legislador¹⁷.

236

O fato é que em quase todas as manifestações da jurisdição constitucional, a ponderação é encontrada em vários procedimentos distintos¹⁸, o que demonstra a relevância prática.

Ainda sobre o tema, Paulo Gustavo Gonet Branco assevera:

Numa sociedade plural, valores colidentes podem ser relevantes num mesmo contexto, gerando, contudo, soluções inconciliáveis. Recusar a ponderação seria equivalente a negar a evidência do pluralismo e corresponderia a uma tentativa vã de escamotear os conflitos da vida social. Assumi-la, revelaria a existência de conflitos axiológicos e a necessidade de enfrentá-los com racionalidade, do modo mais imparcial possível¹⁹.

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 5. ed. rev. e atual. de acordo com as alterações hermenêutico-processuais dos Códigos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 58-59.

¹⁸ Robert Alexy desenvolveu a *Fórmula do Peso* em ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Tradução de Julian Rivers. 1985, Oxford: Oxford University, 2002, p. 102.

¹⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 141.

O caráter relativo da dignidade da pessoa humana na teoria alexyana

Certamente, a ponderação vem acompanhada de ampla discricionariedade judicial. Todavia, segundo Robert Alexy, a ponderação ou balanceamento será realizada somente em casos extremos²⁰. Logo, tal discricionariedade deve ficar limitada àqueles casos em que o ordenamento jurídico não tenha sido capaz de oferecer respostas adequadas para a solução do caso concreto. É nesse momento que deve ser exercido o controle da legitimidade das decisões obtidas mediante ponderação. Vale dizer, por meio de um processo argumentativo, o julgador deve demonstrar de maneira racional, apresentando elementos de ordem jurídica (que não podem ser substituídos por concepções pessoais), que a sua decisão é adequada à vontade constitucional. Eis o que se espera em um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

O CARÁTER RELATIVO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Lamentavelmente, cada vez mais a dignidade da pessoa humana (de alguns humanos mais do que outros) é violada e desprotegida, seja pelo aumento assustador da violência contra a pessoa, seja pela carência social, econômica e cultural e grave comprometimento das condições existenciais mínimas para uma vida com dignidade e, nesse passo, de uma existência com sabor de humanidade²¹.

No entanto, se o ponto de partida for a ideia de que a dignidade da pessoa humana é um bem jurídico absoluto e, conseqüentemente, irrenunciável, inalienável e insuscetível de restrição, certamente não será possível o avanço na discussão do tema. Afinal, apesar da inviolabilidade da dignidade da pessoa humana, permanece o questionamento do caráter absoluto ou relativo da dignidade da pessoa e da possibilidade de se admitir eventuais restrições.

Nesse contexto, cumpre destacar o entendimento da Corte Constitucional Alemã que, em várias decisões, já adotou posições contraditórias sobre o tema, ora sinalizando na direção da concepção absoluta de dignidade humana, ora em direção à concepção relativa. Em uma decisão de 1973, sobre gravações secretas, a Corte se posicionou em favor do caráter absoluto da concepção de dignidade humana. O Tribunal destacou que a dignidade humana exige um “núcleo de proteção absoluta da autodeterminação privada”²², mencionando a ponderação do seguinte modo:

²⁰ ALEXY, Robert. A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. In: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva (Orgs.). *Dignidade humana e direitos sociais e não positivismo*. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 31.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana: notas em torno da discussão sobre o seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional. In: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva (Orgs.). *Dignidade humana e direitos sociais e não positivismo*. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 99.

²² Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha: decisão BVerfGE 34,238 (245).

Ainda que atendendo os interesses públicos, não se justifica uma violação ao núcleo de proteção absoluta da autodeterminação privada; nenhuma ponderação, fundada em proporcionalidade, poderá ocorrer²³.

Sobre o julgamento em questão, Robert Alexy declarou:

Seria aceitável que a dignidade humana tivesse precedência, mesmo naqueles casos em que, por uma perspectiva de direito constitucional, um princípio colidente tivesse maior peso? Isso cairia em uma contradição. Ter maior peso sob o ponto de vista do direito constitucional implica em ter precedência sobre tudo o que tenha menor peso do que o padrão adotado pelo direito constitucional. Nessa interpretação, a pretensão que se formula é de que o princípio colidente tem precedência e outro não tem precedência. Para evitar essa contradição, a expressão “atendendo interesses públicos” deve ser entendida com relacionada a interesses que superam a partir de uma perspectiva que não a do direito constitucional, por exemplo, a partir de uma perspectiva política. Mas, então, a tese do núcleo de proteção absoluta se tornaria supérflua. Razões que não têm *status* constitucional não podem prevalecer sobre razões que têm *status* constitucional²⁴.

238

Em um segundo momento, em um caso sobre a prisão perpétua, de 1977, o Tribunal em comento se manifestou acolhendo a concepção relativa de dignidade da pessoa humana, assim declarando:

A dignidade da pessoa humana também não se verá violada, se a conclusão da execução da pena é tornada necessária pelo perigo continuado representado pelo prisioneiro e, nesses termos, a libertação antecipada é afastada. [...] Nos casos em que o perigo representado pelo ofensor criminoso tiver de ser determinado, não há necessidade de comprovação complementar de que o princípio da proporcionalidade deva ser observado [...]²⁵.

Conforme é possível conferir, esse é um caso de exame de proporcionalidade, em que a dignidade humana é apreciada como um princípio que colide com o princípio da segurança pública. Logo, a colisão precisa ser resolvida por meio da ponderação.

²³ Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha: decisão BVerfGE 34,238 (245).

²⁴ ALEXY, Robert. A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. In: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva (Orgs.). *Dignidade humana e direitos sociais e não positivismo*. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 15.

²⁵ Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha: decisão BVerfGE 45,187 (242).

O caráter relativo da dignidade da pessoa humana na teoria alexyana

Outro caso, decidido em 1978, que merece ser mencionado diz respeito à análise da dignidade de um acusado que deixou crescer o cabelo e a barba, desde o início do cumprimento de pena. Poderia ele ser forçado a cortar os cabelos e barba para facilitar o reconhecimento por testemunhas que apenas o conheciam antes, com aparência diversa? Ao final, o Tribunal decidiu que a dignidade da pessoa humana tem caráter relativo, utilizando três argumentos: a intervenção é de “intensidade relativamente baixa”; o esclarecimento de crimes e a investigação de criminosos “correspondem ao interesse público”; o objetivo da intervenção não estava ligado à humilhação ou outro “objetivo que teria de ser reprovado pelo direito”. Logo, é preciso sempre demonstrar o que deu ensejo à intervenção para que, só assim, possa ser discutido se a medida foi desproporcional ou não. A intervenção poderá se mostrar expressivamente desproporcional em alguns casos, o que aí, sim, implicaria em verdadeira violação da dignidade da pessoa humana.

Mas, afinal, a dignidade da pessoa humana tem um caráter absoluto ou relativo? Vale dizer, é possível estabelecer restrições à dignidade da pessoa humana? É possível, com a finalidade de proteger a dignidade de alguém, restringir a dignidade de outrem?

Nesse contexto, cumpre ressaltar o pensamento de Castanheira Neves:

A dimensão pessoal postula o valor da pessoa humana e exige o respeito incondicional de sua dignidade. Dignidade da pessoa a considerar em si e por si, que o mesmo é dizer a respeitar para além e independentemente dos contextos integrantes e das situações sociais em que ela concretamente se insira. Assim, se o homem é sempre membro de uma comunidade, de um grupo, de uma classe, o que ele é em dignidade e valor não se reduz a esses modos de existência comunitária ou social. *Será por isso inválido e inadmissível, o sacrifício desse seu valor e dignidade pessoal a benefício simplesmente da comunidade, do grupo, da classe.* Por outras palavras, o sujeito portador do valor absoluto não é a comunidade ou classe, mas o homem pessoal, embora existencial e socialmente em comunidade e na classe. Pelo que o juízo que histórico-socialmente mereça uma determinada comunidade, um certo grupo ou uma certa classe não poderá implicar um juízo idêntico sobre um dos membros considerado pessoalmente – a sua dignidade e responsabilidade pessoais não se confundem com o mérito e o demérito, o papel e a responsabilidade histórico-sociais da comunidade, do grupo ou classe de que se faça parte²⁶.

239

²⁶ MIRANDA, Jorge. A constituição portuguesa e a dignidade da pessoa humana. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, RT, ano 11, n. 45, 2003, p. 190-191.

Por sua vez, Robert Alexy entende que a dignidade da pessoa humana é passível de ponderação quando em rota de colisão com outros bens jurídicos de estatura constitucional²⁷.

Inicialmente, é preciso lembrar que a dignidade é inerente ao ser humano e, portanto, deve ser respeitada por todos. Nem mesmo os atos “indignos” têm o condão de restringir a dignidade (restrição que não pode ocorrer nem mesmo voluntariamente, haja vista a sua irrenunciabilidade). Nesse sentido, o autor adverte:

Sendo todas as pessoas iguais em dignidade (embora nem todas se portem de modo igualmente digno) e existindo, portanto, um dever de respeito e de consideração recíproco (de cada pessoa) da dignidade alheia (para além do dever de respeito e proteção por parte do poder público e da sociedade), coloca-se a hipótese em conflito direto entre as dignidades de pessoas diversas, impondo-se – também nesses casos (?) – o estabelecimento de uma concordância prática (Hesse), que necessariamente implica a ponderação (Alexy) dos bens em rota conflitiva, neste caso, do mesmo bem (dignidade) concretamente atribuído a dois ou mais titulares²⁸.

240

No entanto, a dignidade da pessoa humana, apesar de constituir um valor (bem jurídico) maior, isso não significa que deva prevalecer em toda e qualquer circunstância, mas tão somente que ocupa uma posição privilegiada com relação aos demais direitos fundamentais²⁹. Por exemplo, não restam dúvidas de que o encarceramento de um indivíduo (ainda que tenha sido condenado, por exemplo, por homicídio qualificado pela utilização de meios cruéis) em uma prisão superlotada, sendo submetido a condições desumanadas e degradantes, constitui uma ofensa à sua dignidade pessoal. Por outro lado, tais sanções impostas decorrem da necessidade de se proteger a vida, a liberdade e dignidade de outras pessoas. Cada pessoa deve ser compreendida em relação com as demais.

Logo, conforme afirma Robert Alexy, o princípio da dignidade da pessoa humana acaba por se sujeitar a uma necessária relativização: “[...] a concepção

²⁷ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 94 e ss.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana: notas em torno da discussão sobre o seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional. In: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva (Orgs.). *Dignidade humana e direitos sociais e não positivismo*. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 97-98.

²⁹ KLOPFER, Michael. Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – dargestellt am Beispiel der Menschenwürde. In: STARCK, Christian (Org.), *Bundesverfassungsgerichts und Grundgesetz. Festschrift aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, v. II, Tübingen: J. C. Mohr (Paul Siebeck), 1976, p. 411.

relativa é, de fato, a correta, mas que existem outros desdobramentos da dignidade humana que se encaminham na direção da concepção absoluta³⁰.

Admite-se, portanto, a relativização da dignidade da pessoa humana diante da necessidade de proteção da dignidade de terceiros, especialmente de uma comunidade. Porém, é preciso averiguar, em cada caso concreto, a existência ou não de ofensa à dignidade, bem como definir qual o âmbito de proteção da norma que o consagra. É preciso ter cuidado para que a dignidade não sirva de justificação para uma espécie de *fundamentalismo da dignidade*³¹, já que esta possui conceito aberto, é um construído, um produto cultural. Enfim, se por um lado a dignidade da pessoa humana ocupa o posto mais alto do ordenamento jurídico, por outro, não fica imune a nenhum tipo de restrição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho não teve como meta oferecer respostas ou certezas, mas tão somente lançar um olhar crítico sobre o tema e contribuir para os debates.

Ao final, é possível compendiar algumas das principais ideias desenvolvidas nas proposições que seguem. Todavia, renuncia-se à tarefa de uma retrospectiva minuciosa de todas as posições anunciadas ao longo do texto, sob pena de tornar-se prolixa.

O constituinte de 1988 instituiu que o Estado Democrático de Direito tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, Constituição Federal de 1988). Porém, conceituar a *dignidade da pessoa humana* não é tarefa fácil. As definições atingem a esfera moral, cultural, religiosa e filosófica.

Apesar se não se ter uma conceituação clara e precisa, a dignidade da pessoa humana é atribuída às pessoas, independentemente de suas circunstâncias concretas ou dos danos que eventualmente tenham causado à realidade externa. Mas é importante que seja observado o contexto de acordo com o histórico de cada grupo de seres humanos, respeitando as dimensões multiculturais.

A dignidade da pessoa humana vem alçando um protagonismo jamais verificado na história e, por isso, os debates acerca do caráter absoluto ou relativo da dignidade da pessoa humana na ordem jurídico-constitucional são atuais e relevantes.

Seja na condição de princípio ou de direito fundamental, ganhou destaque as discussões sobre a possibilidade de se estabelecerem restrições à dignidade da

³⁰ ALEXY, Robert. A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. In: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva (Orgs.). *Dignidade humana e direitos sociais e não positivismo*. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 17.

³¹ Nesse sentido, Chaim Perelman em *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 403.

pessoa humana. Nesse contexto, pergunta-se até que ponto a dignidade da pessoa humana, especialmente na sua condição de princípio e/ou direito fundamental, pode efetivamente ser tida como absoluta, ou admite-se a sua relativização diante de circunstâncias específicas.

A dignidade da pessoa humana se constitui em um valor maior, o que não significa que deva prevalecer em toda e qualquer circunstância, mas tão somente que ocupa uma posição privilegiada com relação aos demais direitos fundamentais. Logo, conforme afirma Robert Alexy, o princípio da dignidade da pessoa humana acaba por sujeitar-se a uma necessária relativização.

Admite-se, portanto, a relativização da dignidade da pessoa humana diante da necessidade de proteção da dignidade de terceiros, especialmente de uma comunidade. Porém, é preciso averiguar, em cada caso concreto, a existência ou não de ofensa à dignidade, bem como definir qual o âmbito de proteção da norma que o consagra. É preciso ter cuidado para que a dignidade não sirva de justificação para uma espécie de *fundamentalismo da dignidade*, já que esta tem conceito aberto, é um construído, um produto cultural. Enfim, se por um lado a dignidade da pessoa humana ocupa o posto mais alto do ordenamento jurídico, por outro, não fica imune a nenhum tipo de restrição.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.
- ALEXY, Robert. *A theory of constitutional Rights*. Tradução de Julian Rivers. 1985, Oxford: Oxford University, 2002.
- ALEXY, Robert. A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. In: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva (Orgs.). *Dignidade humana e direitos sociais e não positivismo*. Florianópolis: Qualis, 2015.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BAEZ, Narciso Leandro Xavier. A morfologia dos direitos fundamentais e os problemas metodológicos da concepção de dignidade humana em Robert Alexy. In: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva (Orgs.). *Dignidade humana e direitos sociais e não positivismo*. Florianópolis: Qualis, 2015.
- BORELLA, François. Le concept de dignité de la personne humaine. In: PEDROT, Philippe (Dir.). *Ethique droit et dignité de la personae*. Paris: Economica, 1999.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54/DF – Distrito Federal. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 12/04/2012. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Publicado em 30/04/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

DWORKIN, Ronald. *O domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jerferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KANT, Immanuel. Groundwork of the Metaphisic of Morals. In: PASTERNAK, Lawrence. *Immanuel Kant: Groundwork of the Metaphisic of Morals*. New York: Roytledge, 2002.

KLOPFER, Michael. Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – dargestellt am Beispiel der Menschenwürde. In: STARCK, Christian (Org.). *Bundesverfassungsgerichts und Grundgesetz. Festschrift aus Anlassdes 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, vol. II, Tübingen: J.C. Mohr (Paul Siebeck), 1976.

MIRANDA, Jorge. A constituição portuguesa e a dignidade da pessoa humana. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: RT, ano 11, n. 45, 2003.

MIRANDA, Jorge. *A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/revistas/746830.pdf>>. Acesso em: 5 dez. 2015.

PERELMAN, Chain. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RIDOLA, Paolo. *A dignidade da pessoa humana e o “princípio liberdade” na cultura constitucional europeia*. Tradução de Carlos Luiz Strapazzon. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*, by Ingo Wolfgang SARLET, 15-43. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, jan./jun. 2007.

SARLET, I. S. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, I. S. As dimensões da dignidade humana: uma compreensão jurídico-constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia. In: SARMENTO, Daniel et al. (Coord.). *Nos limites da vida*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SARLET, I. S. Dignidade da pessoa humana: notas em torno da discussão sobre o seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional. In: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva (Orgs.). *Dignidade humana e direitos sociais e não positivismo*. Florianópolis: Qualis, 2015.

SARLET, I. S. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, I. S. Dignidade da pessoa humana: notas em torno da discussão sobre o seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional. In: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva (Orgs.). *Dignidade humana e direitos sociais e não positivismo*. Florianópolis: Qualis, 2015.

Elisângela Padilha / Carla Bertoncini

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais*: estudos de direito constitucional. São Paulo: Lumen Juris, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 5. ed. revista e atualizada de acordo com as alterações hermenêutico-processuais dos Códigos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

VILHENA, Oscar Vieira. *Direitos fundamentais*: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006.

Data de recebimento: 17/12/2015

Data de aprovação: 19/04/2016

O DIREITO À MORTE DIGNA

THE RIGHT TO A DIGNIFIED DEATH

Laura Rheinheimer Dinel*

Daniela Gomes**

RESUMO

A existência e o reconhecimento do “direito” à morte digna a pacientes terminais passou a ser evidenciado na seara jurídica em razão da elaboração e aplicação da Resolução n. 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina, que, ao abordar os aspectos éticos da realização da ortotanásia no Brasil, implementa o Testamento Vital a partir das Diretivas Antecipadas da Vontade do Paciente, visando, na relação ética entre médico-paciente, garantir a dignidade da pessoa humana e o princípio da autonomia de vontade. Dessa forma, o presente trabalho visa analisar a possibilidade de reconhecimento da morte digna enquanto direito e sua legalidade frente à legislação brasileira, a partir da interpretação da extensão do direito à vida, atrelado aos princípios constitucionais e princípios da bioética e do biodireito. Assim sendo, para a consecução da presente proposta, utiliza-se o método de abordagem dialético por tratar-se do embate entre a legalidade ou ilegalidade do “direito” à morte digna frente à legislação brasileira, adotando-se como referencial teórico a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: autonomia da vontade; dignidade da pessoa humana; direito à morte digna; ortotanásia; testamento vital.

ABSTRACT

The existence and recognition of the “right” to a dignified death to terminally ill patients has become evident in the legal harvest due to the development and implementation of Resolution n. 1.995/2012 of the Federal Medical Council, which, in addressing the ethical aspects of the

* Bacharel em Direito pela Faculdade Meridional – IMED. Advogada. E-mail: laura.rdinel@hotmail.com.

** Doutoranda em Direito pela Estácio de Sá – UNESA. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo – UPF. Docente da Graduação em Direito e da Pós-Graduação da Faculdade Meridional – IMED. Advogada. E-mail: danielagomes@imed.edu.br.

implementation of orthothanasia in Brazil, implements the Living Will from Advance Directives of the will of the patient, aiming at ethical relationship between doctor and patient, ensure the dignity the human person and the principle of autonomy of will. Thus, this study aims to examine the possibility of recognition of dignified death as a right and front of legality to Brazilian law, from the interpretation of the extension of the right to life, linked to the constitutional principles and principles of bioethics and biolaw. Therefore, to achieve this proposal, we use the dialectical method of approach because it is the clash between the legality or illegality of the “right” to decent face death to Brazilian law, if adopted as theoretical reference the dignity of human person.

Keywords: autonomy of will; dignity of human person; right to a dignified death; orthothanasia; living will.

INTRODUÇÃO

Não é tarefa fácil tratar de um tema diretamente relacionado às questões ético-jurídicas diante do avanço da medicina e cuja escolha foi baseada na polêmica sobre o início e o fim da vida. A legalidade ou ilegalidade do reconhecimento do direito à morte digna acarreta, necessariamente, a avaliação acerca de até onde a legislação brasileira poderá interferir no direito à morte digna.

246

Trabalhar com o tema do direito à morte digna envolve alguns princípios constitucionais que suscitam uma discussão, pois, tratando-se do direito à vida e suposto direito à morte digna, devem ser respeitados a dignidade humana e o princípio da autonomia de vontade, uma vez que esse tipo de situação acarreta grandes problemas, principalmente quando envolve pacientes terminais, que são impossibilitados de decidir por si a “hora de morrer”. Assim, torna-se necessário que este tema seja discutido para que os seres humanos possam usufruir da dignidade humana e tomar decisões sobre o direito de viver ou morrer, não ferindo, portanto, os princípios constitucionais e os do biodireito e que seja adequado, na legislação brasileira, o direito à morte digna.

Tendo em vista que o presente trabalho fará uma discussão entre o embate da legalidade ou ilegalidade do direito à morte digna e a legislação brasileira, o método de abordagem aplicado será o dialético por se tratar do embate entre a legalidade ou ilegalidade do direito à morte digna frente à legislação brasileira, que contempla o direito à vida. O direito à morte digna deve ser debatido, pois representa uma contradição na Constituição Federal que enfoca tão somente o direito à vida, e não o direito de morrer com dignidade, deixando de preservar o princípio da dignidade humana.

O tema da legalidade ou ilegalidade do direito à morte digna, diante de uma possível alteração na legislação brasileira, abarca uma discussão atual e necessária,

por traduzir um direito não existente na Constituição Brasileira, no que diz respeito apenas ao direito à vida, deixando a desejar quanto ao princípio da autonomia de decidir sobre até quando viver. Nesse sentido, do ponto de vista da legalidade ou ilegalidade do direito à morte digna, é importante analisar até que ponto o Estado pode interferir na decisão do indivíduo de morrer, deixando ocultos os princípios da autonomia de vontade e da dignidade humana. Em relação a tais aspectos, será abordado o motivo do reconhecimento do direito à morte digna, garantindo, assim, os princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia de vontade, devendo, então, o Estado dar uma resposta quanto ao fato de existir apenas o direito à vida, e não o direito à morte digna também, pois deveria existir um equilíbrio nessa relação para não ferir os princípios.

Contudo, o problema de pesquisa será baseado na possibilidade de reconhecimento do direito à morte digna frente à legislação brasileira, bem como, na análise da legalidade ou ilegalidade de tal reconhecimento, sempre levando em consideração a dignidade da pessoa humana e o princípio da autonomia de vontade. Diante disso, cabe destacar que o referencial teórico da presente problemática é o princípio da dignidade humana, conceituado no art. 1º, III, da Constituição Federal, tendo em vista a possibilidade de interpretação do direito à morte digna a partir deste princípio.

A DISTINÇÃO ENTRE EUTANÁSIA, MISTANÁSIA, DISTANÁSIA, SUICÍDIO ASSISTIDO E ORTOTANÁSIA

247

Para uma melhor compreensão do direito à morte digna, é necessário destacar a diferenciação de alguns termos com enfoque para eutanásia, mistanásia, distanásia, suicídio assistido e ortotanásia.

Primeiramente, cabe referir que a eutanásia, conforme citado por Santoro, “é o ato de privar a vida de outra pessoa acometida por uma afecção incurável, por piedade e em seu interesse, para acabar com seus sofrimentos e dor”¹. Importante destacar que essa prática é efetivada de forma indolor e descartada se a doença for curável.

A visão de Pessini é contrária à de Santoro, pois Pessini trata a eutanásia como o termo usado para zelar pelo princípio da dignidade humana no caso de pessoa que está sofrendo com alguma doença terminal e que sabe que não haver recursos para a cura. Nessa situação, protege-se o ser humano do sofrimento contínuo, sendo possível a morte “antecipada”². Essa circunstância enseja uma

¹ SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 117.

² PESSINI, Leo. *Eutanásia: por que abreviar a vida?* São Paulo: Editora do Centro Universitário São Camilo, 2004, p. 67-70.

enorme discussão, pois o resultado, por mais que seja de louvor e compaixão com o paciente, acaba antecipando sua morte, o que não é um fator positivo. Além disso, fere profundamente a dignidade da pessoa humana, desconsiderando preceitos fundamentais da Constituição Brasileira.

Cumprе ressaltar que, no Brasil, esse ato não é legalizado tendo em vista que viola princípios constitucionais. Diferentemente, em outros países como a Holanda, mediante a Lei de Cessação da Vida e do Suicídio Assistido (2002) e na Bélgica, onde o Parlamento autorizou a eutanásia também em 2002, esta é considerada “o ato realizado por terceiros que faz cessar intencionalmente a vida de uma pessoa, a pedido desta”³.

A mistanásia é o termo empregado para designar a situação em que a pessoa vem a óbito por falta de atendimento médico, erro médico e também quando recebe um atendimento não digno, passando pela má prática de alguns profissionais. Esse tipo de situação ocorre principalmente com pessoas de classe social considerada baixa, muitas vezes levando-as a uma morte antecipada, resalta Santoro, ao comentar o entendimento de Leonard Martin:

Na grande categoria de mistanásia, quero focalizar três situações: primeiro, a grande massa de doentes e deficientes que, por motivos políticos, sociais e econômicos, não chega a ser paciente, que não consegue ingressar efetivamente no sistema de atendimento médico; segundo, os doentes que conseguem ser pacientes para, em seguida, se tornar vítimas de erro médico; e, terceiro, os pacientes que acabam sendo vítimas de más práticas por motivos econômicos, científicos ou sociopolíticos⁴.

Além disso, existem inúmeras práticas intencionais que levam os pacientes à morte precoce, deixando de lado o princípio da dignidade da pessoa humana, como a falta de prestação de cuidados necessários a idosos e pacientes terminais provocando a morte intencional, a retirada de órgãos de pacientes mesmo antes de comprovada a morte encefálica, o que se configura em crime, conforme previsto na Lei n. 9.437/97, em seu art. 14, entre outras⁵.

A distanásia é usada para, ao contrário da eutanásia, prolongar o máximo possível a vida do ser humano, deixando de lado a dignidade da pessoa humana na ocasião em que se adia artificialmente o momento da morte, acarretando sofrimento desnecessário. Essa situação é caracteriza pelo tratamento fútil e

³ SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*, p. 122.

⁴ MARTIN apud SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*, p. 126.

⁵ SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*, p. 126-128.

inútil, pois é de conhecimento notório que não há mais o que fazer para salvar a vida do paciente e, mesmo assim, busca-se adiar, com medicamentos, a morte natural. A consequência acaba sendo o desrespeito do direito à vida digna, também podendo ser dito que, em vez de prolongar a vida, o que se prolonga é o processo da morte.

Ademais, a distanásia se tornou muito polêmica porque, mediante a evolução tecnológica, passou a possibilitar a decisão de prolongar ou não a vida humana. Nesse sentido, importante destacar as palavras de Pessini ao referir que “na luta pela vida, em circunstâncias de morte iminente e inevitável, a utilização de todo um arsenal tecnológico disponível traduz-se em obstinação terapêutica que, ao negar a dimensão da morte, submete a pessoa a uma morte dolorosa”⁶.

Nesse aspecto, a decisão do médico se torna imprescindível, pois esse profissional tem de zelar pelo não sofrimento, tanto do paciente quanto de seus familiares, uma vez que nem sempre a preservação da vida significa o alívio da dor, pois adiar o processo natural da morte não quer dizer que se está tomando a decisão certa, tendo em vista que o paciente nada mais sente, trazendo, assim, o sofrimento desnecessário para os familiares.

Conforme citado por Santoro, o médico foi preparado para auxiliar na melhoria da qualidade de vida de seus pacientes e na tentativa de salvar vidas, portanto, muitas vezes, esse profissional se recusa a aceitar a morte do paciente. O falecimento de um paciente, para o médico, é considerado um fracasso profissional, assim, o profissional acaba submetendo o paciente a uma tortura, fazendo-o sofrer uma morte lenta. Tal situação quando não há tratamento e ou cura para a doença do paciente. De tal modo, é possível dizer que o médico não pode violar os princípios da autonomia e da dignidade da pessoa humana, tratando de forma desumana seu paciente buscando reconhecimento por alegadas atitudes heroicas⁷.

Outro termo bastante relevante é a ortotanásia⁸, que, ao contrário da eutanásia que encurta a vida e da distanásia que a prolonga, faz a morte ocorrer no momento em que seria “certo”, com a “ajuda” do médico no processo, sem utilizar medicamentos e tecnologias para manter o paciente vivo (sem submetê-lo a um tratamento que prolongaria a vida e sempre evitando que ele sofra), possibilitando a ele uma morte digna, sem tortura ou sofrimento. Importante destacar as palavras de Pessini:

⁶ PESSINI, Leo. *Distanásia: até quando prolongar a vida?* São Paulo: Loyola, 2007, p. 32.

⁷ SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*, p. 128-131.

⁸ A ortotanásia também designa o que se chama hoje, pela a Resolução n. 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina, diretiva antecipada da vontade do paciente ou testamento vital.

A ortotanásia permite ao doente que já entrou na fase final e àqueles que o cercam enfrentar a morte com certa tranquilidade, porque, nessa perspectiva, a morte não é uma doença a curar, mas sim algo que faz parte da vida. Uma vez aceito esse fato que a cultura ocidental moderna tende a esconder e a negar, abre-se a possibilidade de trabalhar com as pessoas a distinção entre cuidar e curar, entre manter a vida quando isso é o procedimento correto e permitir que a pessoa morra quando sua hora chegou⁹.

Conforme salientado por Santoro, a verdadeira boa morte decorre da ortotanásia, pois o paciente poderá morrer com dignidade, no tempo certo, sem precisar prolongar ou encurtar a vida, já que a morte é o curso normal da vida e todos passarão por esse momento.

E, por fim, o suicídio assistido motivado pela descoberta de uma doença incurável que traz grande dor e sofrimento para o “paciente”. O termo representa um ato de morte praticado pelo próprio paciente, auxiliado por outras pessoas, como mostrado no filme “Mar Adentro” em que um homem tem uma doença terminal e planeja a própria morte, tendo assistência de outras pessoas movidas por testemunhar o sofrimento dele. Cano e Casabona chamam esse comportamento de autoeutanasia, que encurta a vida da pessoa como na eutanásia, diferenciando-se aquele por, em vez de efetuada pelo profissional da área médica, é consumada pelo próprio paciente¹⁰.

250

Importante destacar que, para ser reconhecida por suicídio assistido, é necessário que haja a assistência de um terceiro, ou será considerada apenas suicídio. A participação de um terceiro se dá pelo ato de induzir, instigar ou fornecer materiais ao doente para que este consiga se matar.

No Brasil, aquele que auxiliar a prática do suicídio, mesmo que por motivos de eutanásia, responderá pelo crime previsto no art. 122 do Código Penal, qual seja, “induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça, cuja pena – reclusão de dois a seis anos, se o suicídio se consumar; ou reclusão de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave”.

A ORTOTANÁSIA E O TESTAMENTO VITAL NO BRASIL

A ortotanásia, conforme destacado anteriormente, é o ato médico correto, frente a uma morte inevitável, não prolongando indevidamente a vida do paciente. Esse termo foi discutido e “legalizado” recentemente no Brasil por meio da

⁹ PESSINI, Leo. *Eutanásia: por que abreviar a vida?*, p. 225.

¹⁰ CANO; CASABONA apud SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*, p. 123-124.

Ação Civil Pública 2007.34.00.014809-3, que julgou improcedente o pedido do Ministério Público (MP) que alegou que o Conselho Federal de Medicina (CFM) não teria o poder de estabelecer como conduta ética a realização de ortotanásia. A argumentação do MP é no sentido de reconhecer que tal conduta é tipificada como crime e que a Resolução n. 1.805/2006 do CFM, que no art. 1º “permite o médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal”, está permitindo a violação do direito fundamental à vida.

Outrossim, a função do médico é externada pelo dever de cuidar do paciente, garantindo-lhe uma morte tranquila e indolor, no exercício correto do direito à morte digna, o que deveria ser incluído na Constituição Federal. São sábias as palavras de Maria Elisa Villas-Bôas:

A ortotanásia se efetiva mediante as condutas médicas restritivas, em que se limita o uso de certos recursos, por serem medicamentos inadequados e não indicados *in casu*. Mais do que uma atitude, a ortotanásia é um ideal a ser buscado pela Medicina e pelo Direito, dentro da inegabilidade da condição de mortalidade humana¹¹.

Ou seja, por meio da ortotanásia, além de o profissional da área médica estar zelando pelo cuidado ao paciente, está garantindo seu direito de exercer da melhor maneira sua profissão, preservando seu juramento de decidir pelo que é melhor para o paciente em tratamento.

Na Ação Civil Pública, o Conselho Federal de Medicina agravou, alegando que “a ortotanásia, situação em que a morte é evento certo, iminente e inevitável, está ligada a um movimento corrente na possibilidade de dar conforto ao paciente terminal que, diante do inevitável, terá uma morte menos dolorosa e mais digna”.

Além disso, no Brasil existe um anteprojeto da reforma do Código Penal (PL n. 236/2012), que inclui, no seu art. 121, a ortotanásia como causa de exclusão de ilicitude:

Exclusão de ilicitude

§ 4º Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos, a morte como iminente inevitável, e desde que haja consentimento do paciente, ou na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.

¹¹ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 74.

Conforme mencionado por Santoro, existem dois projetos de lei que tramitam sob os n. 4.662/81 e 732/83, que possibilitam o desligamento dos aparelhos ou omissão de remédios, desde que comprovada a inutilidade do prolongamento da vida¹².

Importante destacar que, no Código Civil Brasileiro, o termo “testamento” é utilizado para garantir a vontade da pessoa em deixar um bem para algum terceiro, ainda em vida, sendo realizado via cartório, na presença de duas testemunhas e do tabelião ou algum substituto. O testamento vital, por sua vez, serve para expressar a vontade do paciente quanto à conduta que o médico deverá seguir, não sendo nada mais do que uma declaração feita pelo paciente, podendo, em caso de este estar impossibilitado de expressar sua vontade, nomear um procurador para expressar sua vontade, assegurando, assim, o direito à morte digna por ocasião da evolução de uma doença incurável e terminal.

O surgimento do testamento vital ocorreu nos Estados Unidos por intermédio de Luis Kutner, para que fosse uma proteção do direito individual, permitindo que o paciente, em sã consciência, pudesse recusar a se submeter a procedimentos artificiais se estivesse em estado terminal, não prolongando, então, a sua vida de maneira sofrida, ou seja, não sendo submetido à distanásia¹³.

252

Além disso, o testamento vital merece um destaque, pois é um documento importante para médicos que realizarão certos procedimentos em determinados pacientes. Ele serve para que o paciente possa expor sua vontade de se submeter ou não a tratamentos que possam prolongar a sua vida. Importante destacar que, para ser realizado o testamento vital, o testador tem de ser maior de idade e estar gozando de saúde plena mental¹⁴.

No Brasil, o testamento vital ainda não está incluído na legislação brasileira, mas, na Constituição Brasileira existem inúmeros princípios (entre eles, estão os princípios da autonomia de vontade e da dignidade da pessoa humana; a proibição de tratamento desumano, degradante e cruel; o direito à vida) que possibilitam a interpretação favorável à sua validade.

Cumprido salientar ainda que, após o desfecho da Ação Civil Pública, mesmo tendo a decisão sido favorável ao CFM, no ano de 2012, houve o remodelamento da Resolução anterior e sua transformação na sua Resolução n. 1.995/2012, que

¹² SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*, 2012.

¹³ DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. *Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n3/a11v21n3.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2015.

¹⁴ GOMES, Luiz Flavio. *Testamento vital e a ortotanásia*. Disponível em: <<http://professorlfg.jus-brasil.com.br/artigos/121929832/testamento-vital-e-a-ortotanasia>>. Acesso em: 1º nov. 2014.

no seu art. 1º, define “as diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamento que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre ou autonomamente, sua vontade”. Também nessa nova Resolução, em seu art. 2º, §§ 3º e 4º, passou-se a informar que as diretivas de vontade do paciente prevalecerão mesmo sobre a vontade dos familiares e que, no prontuário médico, estarão as diretivas da vontade informadas ao médico pelo paciente.

Ressalta-se que no ano de 2014, no Estado de São Paulo, uma ação judicial, proposta por uma advogada que requereu o direito à morte natural, sem que houvesse o prolongamento da vida com aparelhos, apenas com medicamentos para evitar a dor, teve decisão julgada procedente. Para o país, esse é um grande avanço, em que a pessoa com plena capacidade civil e mental possa optar pela ortotanásia, facilitando ainda mais viabilizar o testamento vital, não transferindo, para os familiares, a responsabilidade de decidir utilizar ou não meios artificiais para prolongar a vida de um paciente.

O direito à realização da ortotanásia e à viabilização do testamento vital deveriam ser reconhecidos na Legislação Brasileira, e não somente na Resolução do CFM, pois o testamento vital estará permitindo o pleno exercício da autonomia da vontade, não passando a responsabilidade de escolha sobre o que fazer, em caso de situações críticas, para familiares ou responsáveis. Ademais, a ortotanásia, enquanto medida adotada somente para casos de pacientes terminais, garante que a dignidade da pessoa humana seja respeitada, pois a morte é uma inevitável realidade na vida pela qual todos terão de passar e que não precisa trazer ainda mais sofrimento. Assim sendo, deve ser reconhecido o direito à morte digna, não trazendo mais sofrimento e dor para o paciente em estado terminal, pois nem sempre estar vivo é estar valorizando a vida ou tendo a dignidade garantida

253

O DIREITO À VIDA

No que tange ao direito à vida, para bem desenvolvê-lo neste tópico, é imprescindível destacar os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, para, assim, adentrar no direito à vida elencado no art. 5º da Constituição Federal Brasileira.

Pode-se dizer que a Declaração Francesa de 1789, também chamada de Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, baseou-se na Declaração Americana de 1776, reconhecendo os direitos naturais, como a liberdade, a segurança, a propriedade e a igualdade entre os humanos, tratando todos da mesma forma. Importante destacar o seu art. 1º, que estabelece que “os homens nascem

e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem ter como fundamento a utilidade comum”¹⁵.

Por conseguinte, já no ano de 1948, a Declaração dos Direitos do Homem, mais precisamente em seu art. 3º, evidenciou que “todo o homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal” e, em seu art. 25, reconheceu que “todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis”. Ou seja, desde meados de 1948 já se reconhece o direito de o ser humano ter direito à vida, pois sem vida não seria necessária uma Declaração, e, além disso, assegurar uma vida digna, para todos os membros da família, garantindo também o direito à saúde.

Surge, ainda, no ano de 1966, mas apenas reconhecido em 1976, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, destacando o direito à vida, o direito de não ser submetido à tortura ou a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; o direito de não ser escravizado, nem submetido à servidão; os direitos à liberdade e à segurança pessoal e a não ser sujeito à prisão; o direito a julgamento justo; igualdade perante a lei; proteção na vida privada; liberdade de movimento; nacionalidade; formação de família; liberdade de pensamento e religião; liberdade de expressão; liberdade de associação; direito de aderir a sindicatos; e o direito de votar e fazer parte do Governo¹⁶.

254

Por fim, em 1969, foi assinada, em San José da Costa Rica, a Convenção Americana de Direitos Humanos, que entrou em vigor apenas no ano de 1978. Esse documento não difere muito do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, garantindo, assim, o direito à personalidade jurídica, à vida, à liberdade, a julgamento justo, à privacidade, o de não ser submetido à escravidão, o direito de compensação em caso de erro ocorrido no judiciário, o direito de expressão e resposta, o de residência, o de igualdade perante a lei e o de proteção judiciária¹⁷. Nesse ponto, merece destaque seu art. 4º, I, pois trata com maior precisão o direito à vida, portanto: “Direito à vida. 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser provado da vida arbitrariamente”.

Diante disso, o direito à vida, sem dúvida alguma, é de extrema importância, pois, além de ser um direito reconhecido há muito tempo, encontra-se descrito na Constituição Federal, art. 5º, *caput*, garantindo a todos o direito de viver

¹⁵ SENADO FRANCÊS. Disponível em: <http://www.senat.fr/lng/pt/declaration_droits_homme.html>. Acesso em: 31 mar. 2015.

¹⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 230.

¹⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 324.

com dignidade, alcançando, dessa maneira, um valor fundamental para o ordenamento jurídico como um todo.

Moraes é claro em afirmar que a Constituição Federal garante o direito à vida, devendo, então, assegurar o direito de continuar vivo e o de ter uma vida digna e de ter meios de subsistência, ou seja, nem sempre adianta estar vivo sem possuir uma vida digna, como é o caso de pacientes terminais. Além disso, ainda cita que o direito à vida deve ser adequado com a condição humana, garantindo a todos a alimentação, vestuário, assistência médica e odontológica, educação, cultura, lazer desde que em condições vitais, respeitando, assim, a dignidade da pessoa humana¹⁸.

Conforme as palavras de Santoro, o direito à vida não é um direito absoluto, uma vez que, em inúmeras situações, uma pessoa tira a vida de outra sem vir a responder por isso com a restrição de sua liberdade, como é o caso da legítima defesa¹⁹. Outra ocasião que remete à vida como um direito fundamental sem ser absoluto é a possibilidade de realização do aborto em caso de estupro e de risco de vida para a gestante.

Contudo, infelizmente a Constituição Federal reconhece apenas o direito à vida (que não é um direito absoluto) esquecendo-se de incluir no rol de direitos fundamentais o direito à morte digna. Frente a isso, um questionamento fica aberto: de que adianta um paciente terminal passar por sofrimento enorme, tanto moral quanto físico para continuar vivo, se essa vida não lhe garante dignidade?

Nesse sentido, é importante destacar as palavras de Röhe:

Uma “boa morte” **pode mesmo significar a valorização da própria vida**, como um bem supremo, a ser preservado e protegido da prática homicida [...]. Morrer com dignidade, enfim, significa dar ao paciente incurável a autorização para morrer com nobreza e integridade, longe do fantasma da existência humana degradante. É o agir por “compaixão”. (grifo do autor)²⁰

Portanto, garantindo-se apenas o direito à vida não significa que a vida está sendo valorizada da maneira que deveria, pois, desse modo, está se obrigando um paciente a permanecer vivo ligado a aparelhos, perpetuando o seu sofrimento, violando, portanto, a liberdade de livre escolha do paciente (o exercício de sua autonomia).

¹⁸ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 80.

¹⁹ SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*, p. 130.

²⁰ RÖHE, Anderson. *O paciente terminal e o direito de morrer*. Rio de Janeiro: Editora do Centro Universitário São Camilo, 2004, p. 31.

Ademais, se o direito à vida não é absoluto, o fato de ser um direito relativo talvez seja consequência de o ordenamento jurídico, reflexamente, permitir a interpretação e reconhecimento do direito à morte digna.

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Com o escopo de tratar a (i)legalidade do direito à morte digna, é necessário entender os princípios fundamentais elencados na Constituição Federal, entre eles merece destaque o princípio da dignidade da pessoa humana, por se tratar do valor moral de uma pessoa, garantindo o direito à vida, à intimidade, à honra, à imagem.

Primeiramente, importante destacar as palavras de Borges que, ao abordar o sentido do princípio da dignidade humana, sinaliza que este diz respeito aos sentimentos dos seres humanos, dependendo de sua consciência e características físicas, trazendo como seu principal pressuposto a qualidade de humano²¹.

O princípio da dignidade da pessoa humana, elencado no art. 1º da Constituição Federal, na condição de fundamento da República Federativa brasileira, bem como o direito à vida, garantido no art. 5º, têm estreita relação, pois, enquanto existir vida, o princípio da dignidade humana também subsiste para, assim, garantir as condições existenciais mínimas.

256

Ana Maria Marcos Del Cano entende que a dignidade da pessoa humana está expressa não somente na forma de viver, mas também na de morrer, ou seja, entende que o direito à vida não é um dever, e sim uma garantia fundamental²².

Santoro salienta que “quando a vida não puder mais ser preservada, sendo a morte iminente e inevitável, deve o médico adotar as medidas necessárias para a preservação e promoção da dignidade da pessoa humana, não submetendo o paciente a tratamento fútil”, ou seja, se não existir nenhuma possibilidade de melhora do paciente, deve o médico garantir a dignidade da pessoa humana, não deixando o paciente e seus familiares sofrer, garantindo, desse modo, uma morte digna. Ademais, existindo alguma chance de cura, é dever do médico assegurar o direito à saúde, conseqüentemente, garantindo o direito à vida²³. Além disso, deve-se garantir a qualidade de vida, e não a quantidade.

Ademais, o princípio da dignidade humana, sem dúvida alguma, é um dos princípios mais importantes, pois zela diretamente pelos seres humanos, desde

²¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 15-16.

²² DEL CANO apud SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*, p. 78.

²³ SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*, p. 83-85.

o início da vida até o fim. Ocorre que, muitas vezes, o profissional da área médica, por entender a morte como um fracasso em sua carreira profissional luta inutilmente pela preservação da vida, trazendo para o paciente condições de vida desumanas, não garantindo, assim, o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º da Constituição Federal. Nesse sentido, são sábias as palavras de Santoro:

Os avanços tecnológicos acabam por fomentar o prolongamento da vida uma vez que, se, de um lado, são indispensáveis às novas descobertas para o tratamento de doenças, por outro, possibilitam a manutenção quantitativa da vida, ainda que sem qualquer qualidade, é dizer, sem respeitar a dignidade da pessoa humana²⁴.

Portanto, a partir do exposto, uma vez garantido apenas o direito à vida, deixa-se a desejar quanto à efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, pois, se a morte no caso é inevitável, deve existir humanização por parte do profissional da medicina, aliviando a dor e o sofrimento que o paciente e seus familiares vêm sentindo.

Além disso, é possível afirmar que a dignidade da pessoa humana está atrelada ao direito de personalidade, alcançando o momento final da vida. Conforme mencionado por Gomes, não se pode confundir o direito de morrer com dignidade e o direito à morte, pois o direito de morrer dignamente está relacionado com os princípios fundamentais do direito, como o direito à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autonomia, garantindo, então, uma morte sem prolongamento artificial da vida, evitando a realização de procedimentos inúteis ao tratamento²⁵.

Ademais, para se garantir o direito à vida, não quer dizer que o paciente deve ser obrigado a se submeter a todos os tratamentos, pois assim não existe a garantia constitucional do direito à liberdade, da autonomia, da dignidade da pessoa humana, entre outros, ocorrendo a sujeição do paciente a tratamento degradante e cruel. Portanto, para garantir os princípios constitucionais, deve o paciente poder decidir sobre os últimos momentos de sua vida, garantindo também o exercício da autonomia de vontade²⁶.

Nesse aspecto, é importante destacar as palavras de Pithan:

²⁴ SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*, p. 87.

²⁵ GOMES, Luiz Flavio. *Testamento vital e a ortotanásia*. Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121929832/testamento-vital-e-a-ortotanasia>>. Acesso em: 1º nov. 2014, p. 230-232.

²⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 231-233.

O processo de morrer faz parte da vida humana, que como tal deve ser vivida com dignidade. Se a morte é parte da vida e o direito à vida implica uma garantia de uma vida com dignidade, parece possível argumentar pela existência de um direito à morte digna – não no sentido da eutanásia ou do suicídio assistido, mas no de garantir o direito dos pacientes recusarem o abuso ou o excesso terapêutico²⁷.

Portanto, conclui-se que o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser garantido ao paciente em estágio terminal de doença incurável, podendo ele usufruir o direito de decidir pelo fim de sua vida, garantindo-se, assim, o seu bem-estar físico e mental.

OS PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO

Devido ao grande avanço tecnológico, ocorreram inúmeras mudanças para o profissional da área médica, entre elas a possibilidade de prolongar a vida do paciente por meios artificiais, como o uso de aparelhos para deixar a pessoa viva, indiferentemente à existência ou não da probabilidade de melhora. Diante disso, surgiram a Bioética e seus princípios²⁸.

258

Com relação aos princípios da Bioética, surge, em 1971, no livro de Potter, *Bioethics: a bridge to the future*, o princípio da não maleficiência, impondo ao médico o dever de “não agredir o paciente e não provocar nele sofrimento”, ou seja, nem sempre garantir a vida significa que a pessoa não está sofrendo, devendo, assim, o profissional analisar cada caso e, se não for reversível, informar para os familiares para, então, escolher o melhor procedimento, ou seja, a ortotanásia²⁹.

Ainda nesse princípio, é importante destacar que o médico deverá zelar pelo bem-estar do paciente, não o expondo a dores maiores, nunca tendo condutas invasivas e intempestivas, sempre trazendo benefício ao paciente, e não apenas pensar que tem um nome a zelar, mas sim considerar a melhor maneira de zelar pela morte digna do paciente, respeitando, dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana, pois a morte é inevitável.

Ou seja, não pode ocorrer nenhum dano intencional, como enquanto o paciente viver com ajuda de aparelhos, estes não devem ser desligados, sem considerar se o paciente e os familiares estão sofrendo.

²⁷ PITHAN, Livia Haygert. *A dignidade humana como fundamento jurídico das “ordens de não ressuscitação”*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 58.

²⁸ SOARES, André Marcelo M.; PIÑERO, Walter Esteves. *Bioética e Biodireito, uma introdução*. São Paulo: Loyola, 2006, p. 33-34.

²⁹ POTTER apud SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*, p. 99.

Ademais, a Constituição Federal Brasileira garante em seu art. 5º, III, o direito à integridade física e moral, ou seja, não se deve submeter o paciente a tratamento desumano ou degradante, também garantindo o princípio da dignidade da pessoa humana, para que este não seja obrigado a participar de experimentos científicos que o submetam a sofrimentos ilícitos³⁰.

Em outro aspecto, o princípio da autonomia preza pela própria decisão do ser humano, podendo decidir pelo que entende melhor, garantindo o livre consentimento, respeitando, assim, a vontade do paciente e preservando o a intimidade e, muitas vezes as crenças religiosas.

Importante destacar que o Código de Ética Médica, em respeito ao princípio da autonomia, descreve que o médico deve informar o melhor procedimento que deverá ser adotado, permitindo ao paciente ou seu representante decidir se deve ou não realizar tais procedimentos, preservando, assim, o seu bem-estar e a sua vontade. Cabe ressaltar que o art. 5º, XIV, da Constituição Federal, prevê a todos os cidadãos o acesso à informação, resguardando o sigilo.

Ainda nesse princípio, vale ressaltar os incisos IV, VI, VIII e X, do art. 5º e, também em seu art. 19, I, da Constituição, pois estão ligados indiretamente com a autonomia, zelando pela liberdade de manifestação do pensamento, a liberdade de consciência e de crença, a intimação, a vida privada e a imagem.

Ademais, o princípio da beneficência traz que o médico deve fazer tudo para promover o bem-estar de todas as pessoas envolvidas, pacientes ou familiares, desde que para isso seja necessária a retirada de medicamentos e aparelhos.

Uma das garantias desse princípio consiste no dever de o médico realizar uma avaliação do procedimento a ser adotado no paciente, para que este não sofra desnecessariamente, sem obter o resultado desejado. Devendo, então, o profissional da área médica informar os procedimentos que possam ser realizados na situação, ficando ciente dos riscos e benefícios, o que permite ao paciente e/ou seu responsável decidir o que achar melhor, garantindo o princípio da autonomia.

Já no que tange ao princípio do primado do direito mais relevante, trata-se do direito à vida, segundo o qual o médico deve zelar pela vida, independentemente de crença, pois, para o ser humano exercer seu direito à liberdade, é necessário ter vida. Nesse ponto, importante destacar, nas palavras de Diniz, que “a liberdade pessoal não pode ser tolerada quando implica a retirada da própria vida, por não ser absoluta, visto que está juridicamente limitada por princípios de ordem pública, como os de não matar, não induzir ao suicídio, não omitir socorro e ajudar quem está prestes a falecer”³¹.

³⁰ LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães. *Introdução ao biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 13.

³¹ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 276.

Na relação do médico e paciente, referente à transfusão de sangue, o Conselho Federal de Medicina é claro em afirmar que, havendo recusa do paciente, o médico deverá observar se existe perigo de vida, em caso negativo, prevalecerá a vontade do paciente ou responsáveis. Portanto, esse princípio zela pelo direito à vida, mas não trata da autonomia de vontade e da dignidade da pessoa humana.

Por fim, o princípio da justiça afirma que todos os seres humanos devem tratados de forma igual, tendo acesso a tratamentos médicos, sem distinção de raça, cor, crença ou condição social. Esse princípio está ligado ao art. 3º, IV, da Constituição Federal³² e deve priorizar a garantia do direito à saúde elencado no art. 196 da Constituição que declara que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

O RECONHECIMENTO DO DIREITO À MORTE DIGNA A PARTIR DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA

Neste subtópico torna-se necessário analisar o direito que se estende ao paciente terminal, para que possa decidir sobre o tratamento médico adequado em seu fim de vida, amparado pela autonomia de vontade, garantindo-se também a ele, a dignidade da pessoa humana.

260

No que tange aos direitos fundamentais e aos direitos humanos, faz-se necessário analisar sua distinção. Conforme Sarlet, os direitos fundamentais se aplicam para os direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional; já os direitos humanos guardam a relação com os documentos de direito internacional por se referirem àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, que aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos³³. Portanto, não se pode deixar de citar a relação de ambas categorias, quais sejam, a inspiração para a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, bem como a aproximação dos textos constitucionais existentes, trazendo uma tendência de ordem jurídica e de um direito constitucional para os âmbitos nacionais e internacionais³⁴.

Nesse contexto, cabe destacar que os direitos fundamentais, elencados no art. 5º da Constituição Federal – à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e

³² LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães. *Introdução ao biodireito*, p. 14-15.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 29.

³⁴ MÖLLER, Letícia Ludwig. *Direito à morte com dignidade e autonomia*, p. 139-141.

à propriedade – são invioláveis. Além disso, o inciso VI do artigo referido garante a liberdade de consciência e de crença, bem como o inciso VII, ao tratar de direito fundamental, refere que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se os invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa fixadas em lei”. Ou seja, o paciente deve ter a sua liberdade de escolha preservada, zelando-se, assim, pela autonomia da vontade, pois nem sempre o fato de o paciente terminal estar vivo significa que terá um final de vida digno.

Ainda no art. 5º, III, da Lei Maior, há a previsão legal que garante que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante, ou seja, um paciente em estado terminal, que não possui mais chance de cura e está ligado a aparelhos, muitas vezes está sendo torturado, sem saber, acaba perdendo o seu direito elencado no artigo em comento e, muitas vezes contra sua vontade.

Diante dos princípios fundamentais que asseguram os direitos elencados, como o da dignidade da pessoa humana, deve-se enxergar com mais clareza a realidade e vontade de um paciente terminal quando a morte é inevitável, que não deseja passar por alguns tratamentos médicos e, mesmo assim, realizam tais procedimento, não garantindo uma vida digna ao paciente, pois sua vontade foi contrariada. Além disso, o direito de escolher quais procedimentos devem ser adotados, como, o prolongamento da vida por meio artificial, deveria ser do paciente ou de seus familiares, e não dos profissionais da área médica.

Tratando-se do direito à vida, vale destacar as palavras de Möller:

O direito à vida não é posto como o único e preponderante direito fundamental da Constituição e do Estado brasileiros, senão que um dos fins protegidos como direitos fundamentais, ao lado, por exemplo, da liberdade. Ambos certamente não podem ser considerados direitos absolutos: no caso do direito à vida, os direitos à legítima defesa e a proceder ao aborto, em algumas situações específicas, o comprovam³⁵.

Mediante o apontamento citado, cabe refletir sobre o paciente terminal que deseja ter um final de vida mais sereno, sem estar ligado a aparelhos e nem ser submetido a tratamentos ineficazes, tendo, assim, o final da vida com dor e sofrimento e agredindo os direitos à integridade, à autonomia de vontade e à dignidade da pessoa humana³⁶. Diante disso, vale dizer que o direito à morte digna

³⁵ MÖLLER, Leticia Ludwig. *Direito à morte com dignidade e autonomia*, p. 145.

³⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*, p. 297-299.

deveria ser reconhecido, uma vez que, se a vontade do paciente tenha sido manifestada em seu estado de autonomia, ficaram garantidas as diretivas da vontade do paciente.

Ademais, salienta o art. 5º, II, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” e o inciso XXXV refere que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Tais previsões constitucionais permitem a interpretação de que o paciente pode se recusar a se submeter a procedimentos e tratamentos médicos, e, caso sua vontade não seja acolhida, poderá recorrer ao Poder Judiciário, em razão de sua decisão não ter sido respeitada e de sua dignidade e autonomia terem sido violadas³⁷.

Em recente decisão no estado de São Paulo, no ano de 2013, na 2ª Vara Cível do Fórum de João Mendes, cujo Juiz Titular na época era o Alexandre Coelho, foi proferida uma decisão reconhecendo o direito à “morte digna”, ou seja, garantindo, em caso de doença terminal, que o paciente não seria compelido a tratamentos desnecessários. O argumento utilizado pelo juiz foi que “afasta qualquer ideia de eutanásia, uma vez que não se pretende a morte obtida mediante intervenção humana, mas sim a vida, com toda a sua dignidade, evitando-se apenas a positivação de procedimentos médico-hospitalares, que sabidamente nenhum resultado obterão quanto à recuperação da saúde e reversão do quadro mórbido”. Ou seja, a ação movida pela própria advogada em seu favor tratava-se da ortotanásia e seu direito foi reconhecido por essa decisão³⁸.

Por fim, diante da inédita decisão que ocorreu no Brasil, respaldando o direito a morte digna, por meio da ortotanásia, cabe igualmente o seu reconhecimento normativo, permitindo assim a promoção da dignidade e da autonomia de vontade elencados na Legislação Brasileira, sem violar a personalidade do ser humano e sem a necessidade de recorrer ao aparato do Poder Judiciário para tal.

A (I)LEGALIDADE DO TESTAMENTO VITAL COMO INSTRUMENTO APTO PARA GARANTIR UMA MORTE DIGNA

O Testamento Vital, também conhecido como Diretivas Antecipadas da Vontade do Paciente, é documento importante na relação entre médico e paciente, pois segundo Gomes, ele serve para que o paciente possa expor sua vontade de se submeter ou não a tratamentos que possam prolongar dolorosamente o seu

³⁷ MÖLLER, Leticia Ludwig. *Direito à morte com dignidade e autonomia*, p. 96-99.

³⁸ CAMBRICIOLI, Fabiana. *Justiça autoriza advogada a ter “morte digna”*. Disponível em: <<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,justica-autoriza-advogada-a-ter-morte-digna,1624407>>. Acesso em: 7 fev. 2015.

fim de vida. Importante destacar que, para ser firmado o testamento vital, o paciente deve ser maior de idade e estar gozando de plena saúde plena mental³⁹. Além disso, importante ressaltar que, antes de ser redigido o testamento vital, o médico deverá informar de forma clara e informal ao paciente sobre o seu quadro clínico terminal e sobre a impossibilidade de cura.

Ademais, cabe destacar que o testamento vital surgiu na década de 1970, na Califórnia, e deveria ser assinado por pessoa capaz, acompanhado de duas testemunhas, podendo ser revogável a qualquer tempo, tendo validade por 5 anos. Caso a pessoa já estivesse com doença terminal, esta deveria ser atestada por dois médicos. Se o médico desrespeitasse o disposto no testamento, poderia ele sofrer sanções disciplinares⁴⁰.

Em 1934, o Código Penal Uruguaio garantiu o perdão judicial desde que a prática da ortotanásia fosse pedida pelo paciente em fase terminal, que não desejava ter um prolongamento artificial da vida. Já na Colômbia, a morte digna foi reconhecida, tendo em vista que o paciente, em caso de doenças terminais, poderia escolher por receber ou não o tratamento que prolongasse a vida⁴¹.

Em Portugal, foi editada a Lei n. 25/2012, com o intuito de regularizar as diretivas antecipadas da vontade do paciente mediante reconhecimento do testamento vital e da criação do Registro Nacional do Testamento Vital (RENTEV) (PORTUGAL, 2015).

263

Ademais, conforme salientou Lippmann (2015), em uma entrevista com Rui Nunes, da Universidade de Porto, a abrangência do testamento vital para o paciente contempla não ser submetido a tratamento fútil, que apenas prolongue a morte; receber cuidados adequados, autorização para participar de experimentação científica.

Assim, o testamento vital em Portugal deve ser escrito, podendo ser realizado tanto no Cartório ou no Registro Nacional de Testamentos Vitais (RENTEV), o que facilita que o médico o acesse; o documento tem validade de 5 anos e pode ser renovado ou não⁴².

Tanto o Código de Ética Médica como a Resolução n. 1.995/2012 sinalizam a possibilidade de adoção de diretivas antecipadas de vontade (DAV), reconhecendo

³⁹ GOMES, Luiz Flavio. *Testamento vital e a ortotanásia*. Disponível em: <<http://professorlfg.jus-brasil.com.br/artigos/121929832/testamento-vital-e-a-ortotanasia>>. Acesso em: 1º nov. 2014.

⁴⁰ Ibidem, p. 239.

⁴¹ PESSOA, Laura Scaldaferrri. *Pensar o final e honrar a vida: o direito à morte digna*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 131.

⁴² LIPPMANN, Ernesto. Lições de Portugal sobre o testamento vital e propostas para regulamentação aqui. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-06/ernesto-lippmann-liceos-portugal-testamento-vital>>. Acesso em: 9 set. 2015.

o direito do paciente em estado terminal de manifestar sua vontade, para que, assim, o médico possa cumpri-la, garantindo o princípio da autonomia e dignidade da pessoa humana. Vale ressaltar que esse documento deve ser escrito expondo todas as vontades do paciente e estas devem ser fundamentadas⁴³. No Brasil, ainda não existe na legislação um artigo específico que trate do testamento vital. No entanto, o art. 196 da Constituição Federal dispõe que:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Ou seja, esse artigo permite uma ampla interpretação em prol do reconhecimento da morte digna enquanto direito fundamental, pois se a saúde é um direito de todos, garantindo-se a redução de riscos de doenças, devendo existir um acesso igualitário, visando a proteção, por que não abreviar o sofrimento, para o paciente ter uma morte digna? Assim terá uma proteção contra o sofrimento desnecessário.

Cumprе salientar que, no Estado de São Paulo, foi aprovada uma lei estadual denominada de Lei Covas, que trata da possibilidade de o usuário se recusar a receber tratamentos dolorosos e que só ofereçam prolongamento precário e penoso da vida. Além disso, o Enunciado 37, aprovado na I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), sinaliza que:

As diretivas ou declarações antecipadas da vontade, que especificam os tratamentos médicos que o declarante deseja ou não se submeter quando incapacitado de expressar-se autonomamente, devem ser feitas preferencialmente por escrito, por instrumento particular, com duas testemunhas, ou público, sem prejuízo de outras formas inequívocas de manifestação admitidas em direito.

Diante disso, verifica-se que o tema está cada vez mais ganhando espaço para ser legalmente reconhecido, uma vez que o testamento vital garantirá o direito de morrer dignamente, preservando a vontade e respeitando a escolha do paciente⁴⁴. Importante destacar que mediante as diretivas antecipadas de vontade,

⁴³ KOVACS, Maria Julia. *A caminho da morte com dignidade no século XXI*. Disponível em: <http://revistabietica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/886/978>. Acesso em: 1º set. 2014, p. 99.

⁴⁴ KOVACS, Maria Julia. *A caminho da morte com dignidade no século XXI*. Disponível em: <http://revistabietica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/886/978>. Acesso em: 1º set. 2014, p. 99.

o paciente terminal poderá informar sobre os cuidados que quer receber, ficando anotado em seu prontuário médico, garantindo, assim, que a sua autonomia da vontade seja respeitada.

Diante do exposto, se o ordenamento jurídico brasileiro também passar a reconhecer o direito à morte digna e o testamento vital como instrumento para viabilizar tal direito, este será tratado como um documento legal, e qualquer dúvida acerca da conduta do médico será dirimida. Apesar de não se atribuir validade a nenhuma estipulação que implique abrir mão de direito fundamental, as diretivas antecipadas da vontade do paciente devem ser levadas em consideração, haja vista que não se está permitindo abrir mão do direito à vida, mas viabilizando a dignidade da pessoa humana.

A ADEQUAÇÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A Constituição Federal de 1988 insere a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito e da República Federativa brasileira (art. 1º, III), e também trata diretamente apenas do direito à vida (art. 5º, *caput*), deixando de lado o reconhecimento ou qualquer referência direta ao direito à morte digna.

A partir do significado do princípio da dignidade da pessoa humana, decorre a interpretação pela existência do direito à morte digna, pois qualquer pessoa, quando em estado terminal, deveria poder decidir, por livre e espontânea vontade, se quer permanecer sendo submetido a tratamentos paliativos ou morrer, deixando o ser humano livre para escolher o que acha para si mais vantajoso.

Dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana deveria ser interpretado não somente em consonância com o direito à vida digna, como também, deveria ser fundamento jurídico para se resguardar uma morte digna para todos os cidadãos com doenças terminais. Assim sendo, razoável compreender que, para se garantir dignidade humana, é necessário que exista o direito à vida digna e também direito à morte digna, permitindo-se que todos exerçam o direito de livre escolha diante de uma doença terminal.

O direito à vida, sem dúvida alguma, é de extrema importância, ele encontra-se inscrito na Constituição Federal, art. 5º, *caput*, assim garante a todos o direito de viver com dignidade, alcançando um valor fundamental.

No Brasil, embora exista resolução do Conselho Federal de Medicina prevendo a utilização de diretivas antecipadas da vontade do paciente, ainda inexistente Lei Federal que trate do direito à morte digna ou sobre os direitos do paciente em estado terminal. Ocorre que existe uma lei estadual no Estado de São Paulo

que já reconhece a recusa do paciente referente a tratamentos dolorosos para tentar prolongar a vida: a Lei Estadual n. 10.245/99 trata diretamente dos direitos dos usuários do Sistema Único de Saúde, representando, assim, um amparo legal para garantir a ortotanásia e o direito à morte digna. Com a vigência da lei estadual paulista, o ex-governador Mário Covas garantiu o seu direito elencado nesse dispositivo legal para recusar-se a receber tratamento médico fútil no fim de sua vida, garantindo, desse modo, o exercício da autonomia de vontade e da dignidade da pessoa humana⁴⁵.

Outrossim, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), na sua Resolução n. 41/95, art. 20, garante “o direito à morte digna, junto a seus familiares, quando esgotados todos os recursos terapêuticos disponíveis”⁴⁶, ou seja, não prolongando futilmente a vida da criança ou do adolescente e preservando a dignidade prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente.

O direito à morte digna discriminado pelo CONANDA em Resolução deveria ser um direito garantido a todos os cidadãos, e não somente a criança e adolescente, por isso faz-se necessário à adequação na legislação brasileira, pois a escolha por uma morte digna é imprescindível para todas as pessoas e deve ser reconhecida como um direito.

266

A recusa ao tratamento médico desnecessário deveria ser lícita, uma vez que não trará nenhum benefício para o doente terminal e sua família. Nesse ponto, Borges afirma que:

[...] mesmo em situações de doenças graves ou incuráveis, em que o doente tem capacidade para manifestar sua vontade, a figura do consentimento é importante para a execução (início ou prosseguimento) do tratamento. Em qualquer fase da terapia, o paciente tem o direito de se recusar a continuar com o tratamento⁴⁷.

Ou seja, o paciente deveria ter o direito à morte digna garantido na legislação brasileira, que, como mencionado, já está prescrito em uma Lei Estadual no Brasil (Lei n. 10.245/99), que garante a recusa do paciente para tratamentos médicos; no Estatuto da Criança e do Adolescente, que garante a dignidade; e na Resolução n. 41/95, que reconhece o direito à morte digna para criança e adolescente.

⁴⁵ PITHAN, Livia Haygert. *A dignidade humana como fundamento jurídico das “ordens de não ressuscitação”*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 109-111.

⁴⁶ BRASIL. *Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente*. Brasília, DF. 1995. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/infancia/legislacao/id2178.htm>>. Acesso em: 10 out. 2015.

⁴⁷ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*, p. 304.

Além disso, segundo já mencionado, no Brasil, tramita o Projeto de Lei n. 236/2012, que visa inserir no Código Penal, em seu art. 121, a exclusão de ilicitude referente à ortotanásia:

Exclusão de ilicitude

§ 4º Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos, a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do paciente, ou na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.

Ademais, existem outros dois Projetos de Lei, que tramitam sob os n. 4.662/81 e 732/83, que visam possibilitar o desligamento dos aparelhos ou omissão de remédios, desde que comprovado o prolongamento da vida inutilmente⁴⁸.

O Testamento Vital ainda não está regulamentado na legislação brasileira, mas na Constituição Brasileira existem inúmeros princípios (entre eles, o da autonomia de vontade; dignidade da pessoa humana; proibição de tratamento desumano, degradante e cruel; o direito à vida) que possibilitam a interpretação favorável à sua realização e dão amparo à utilização de Resolução pelo Conselho Federal de Medicina. Além disso, o Conselho Federal de Medicina reconhece, em sua Resolução n. 1.995/2012, as diretivas antecipadas da vontade do paciente em seu art. 1º:

Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

Ou seja, ao passo que o Conselho Federal de Medicina garante a vontade do paciente, o Legislativo e o Executivo se omitem na implementação da dignidade da pessoa humana, haja vista que não zelam pelos princípios dispostos na legislação, como a autonomia de vontade.

Ademais, no Brasil, o Ministério Público ingressou com uma Ação Civil Pública (ACP) para declarar a ortotanásia ilícita e não reconhecer a Resolução do CFM n. 1.805/2006, cujo art. 1º permitia que o médico suspendesse procedimentos e tratamentos que prolongassem a vida do doente em fase terminal, respeitando a vontade do paciente. Essa ação civil pública foi julgada improcedente, garantindo o possível reconhecimento da ortotanásia. Em que pese o

⁴⁸ SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*, p. 167-168.

desfecho da ACP, o Conselho Federal de Medicina reformulou tal Resolução, implementando a Resolução n. 1.995 em 2012.

Mesmo assim, após todas as resoluções em favor da ortotanásia, testamento vital e o reconhecimento à morte digna, infelizmente a Constituição Federal continua prevendo apenas o direito à vida, não contemplando expressamente o direito à morte digna. Assim, de que adianta um paciente terminal continuar vivo se o pouco de vida que lhe resta não lhe garante dignidade?

Nesse sentido, é importante destacar as palavras de Röhe:

Uma “boa morte” **pode mesmo significar a valorização da própria vida**, como um bem supremo, a ser preservado e protegido da prática homicida [...]

Morrer com dignidade, enfim, significa dar ao paciente incurável a autorização para morrer com nobreza e integridade, longe do fantasma da existência humana degradante. É o agir por “compaixão”. (grifo do autor)⁴⁹

Diante disso, o reconhecimento do direito à morte digna na legislação brasileira, garante ao paciente que não ocorrerá a prática abusiva do médico com tratamento fútil, o que garante a dignidade da pessoa humana e a autonomia de vontade, e também garantindo ao médico a licitude de não prolongar artificialmente a vida humana, se esta for a vontade do paciente. Embora já se implementem no Brasil as Diretivas Antecipadas da Vontade do Paciente, também chamadas de testamento vital, possibilitando a utilização de ortotanásia, é necessário que se delineiem por lei os limites e possibilidades do exercício do direito à morte digna, sendo também importante incluir tal direito no rol de direitos fundamentais, na Constituição brasileira, por emenda constitucional.

268

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo norteador do presente trabalho foi verificar a legalidade ou a ilegalidade do reconhecimento do direito à morte digna frente à legislação brasileira, avaliando a possibilidade de interpretação do direito à vida em consonância com os princípios constitucionais, da bioética e do biodireito, embasando o dever ético do médico, no tratamento de pacientes terminais, de zelar pelo bem-estar físico e psíquico, permitindo interpretação que abarque a existência do direito de morrer dignamente atrelado ao direito à vida.

⁴⁹ RÖHE, Anderson. *O paciente terminal e o direito de morrer*, p. 31.

Na busca de embasamento das respostas aos problemas elencados neste trabalho, de início, procurou-se distinguir os termos eutanásia, mistanásia, distanásia, suicídio assistido e ortotanásia, sendo possível verificar que a ortotanásia viabiliza um fim de vida condigno em um estágio terminal de doença incurável, uma vez que o médico, atendendo a vontade do paciente, não utiliza medicamentos e meios artificiais para prolongar a vida, mas presta assistência ao paciente em seu leito de morte.

Por conseguinte, foi necessário verificar a ortotanásia e o Testamento Vital no Brasil, a respeito dos quais o Conselho Federal de Medicina, em sua Resolução n. 1.805/2006, tratou das Diretivas Antecipadas da Vontade do Paciente, indagando a “legalização” da ortotanásia. Nesse ponto, coube ressaltar a Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público que foi julgada improcedente, pois entendia que a ortotanásia deveria ser tipificada como crime. Diante de tal controvérsia, o Conselho Federal de Medicina revogou sua primeira resolução sobre o tema a partir da aprovação da Resolução n. 1.995/2012.

Outrossim, ao se destacar os princípios constitucionais e o direito à vida, elencados no art. 5º, se pretendeu, além de instigar a avaliação acerca da extensão e dos limites do exercício da autonomia do paciente, permitir a reflexão de que a vida, no contexto da terminalidade, deveria reconhecida enquanto direito e não como uma obrigação. Diante disso também se buscou salientar que garantindo o direito-dever à vida e não o direito de morrer dignamente, se mitiga o direito à liberdade, à autonomia, violando o princípio da dignidade da pessoa humana.

Por fim, analisou-se a necessidade de adequação da legislação brasileira, fundamentada na dignidade da pessoa humana, entendendo-se que o reconhecimento do direito à morte digna garante o poder de decisão do paciente terminal. Salientou-se que, no Brasil, embora este “direito” não tenha respaldo na legislação federal, existe uma Resolução do CFM que o garante, sendo portanto, apesar de não contar com aparato normativo, considerado lícito e legal.

Isto posto, entende-se que, mesmo já existindo uma Resolução do CFM permitindo a ortotanásia para pacientes terminais no Brasil segundo parâmetros éticos, em que é possível, por intermédio de Diretivas Antecipadas da Vontade do Paciente, convencionar em um Testamento Vital a intenção de não ser submetido a tratamentos e medidas fúteis e paliativas, é importante o reconhecimento da morte digna enquanto direito fundamental no mesmo patamar do direito à vida. Somente dessa forma será possível, sem nenhuma dúvida, viabilizar um direito fundamental tão relevante quanto o direito à vida,

haja vista que o CFM somente tem a atribuição de normatizar, *interna corporis*, a relação ética entre médicos e seus pacientes, e não de dizer o direito.

REFERÊNCIAS

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. *Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente*. Brasília, DF. 1995. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/infancia/legislacao/id2178.htm>>. Acesso em: 10 out. 2015 B.

CAMBRICIOLI, Fabiana. *Justiça autoriza advogada a ter “morte digna”*. Disponível em: <<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,justica-autoriza-advogada-a-ter-morte-digna,1624407>>. Acesso em: 7 fev. 2015.

CÓDIGO PENAL URUGUAIO. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/penaluru.htm>>. Acesso em: 2 set. 2015.

DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. *Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n3/a11v21n3.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2015.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Luiz Flavio. *Testamento vital e a ortotanásia*. Disponível em: <<http://professor-lfg.jusbrasil.com.br/artigos/121929832/testamento-vital-e-a-ortotanasia>>. Acesso em: 1º nov. 2014.

KOVACS, Maria Julia. *A caminho da morte com dignidade no século XXI*. Disponível em: <http://revistabietica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/886/978>. Acesso em: 1º set. 2014.

LIPPMANN, Ernesto. *Lições de Portugal sobre o testamento vital e propostas para regulamentação aqui*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-06/ernesto-lippmann-licoos-portugal-testamento-vital>>. Acesso em: 9 set. 2015.

LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães. *Introdução ao biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MÖLLER, Letícia Ludwig. *Direito à morte com dignidade e autonomia*. Curitiba: Juruá, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral*. São Paulo: Atlas, 2011.

PESSINI, Leo. *Distanásia: até quando prolongar a vida?* São Paulo: Loyola, 2007.

PESSINI, Leo. *Eutanásia: por que abreviar a vida?* São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2004.

PESSOA, Laura Scalldaferri. *Pensar o final e honrar a vida: o direito à morte digna*. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

O direito à morte digna

PITHAN, Livia Haygert. *A dignidade humana como fundamento jurídico das “ordens de não ressuscitação”*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

RÖHE, Anderson. *O paciente terminal e o direito de morrer*. Rio de Janeiro: Editora do Centro Universitário São Camilo, 2004.

SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*. Curitiba: Juruá, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SENADO FRANCÊS. Disponível em: <http://www.senat.fr/lng/pt/declaration_droits_homme.html>. Acesso em: 31 mar. 2015.

SOARES, André Marcelo M.; PIÑERO, Walter Esteves. *Bioética e biodireito, uma introdução*. São Paulo: Loyola, 2006.

VILLAS-BÓAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Data de recebimento: 30/12/2015

Data de aprovação: 09/03/2016

O PROCESSO LEGISLATIVO E AS DESCOBERTAS CIENTÍFICAS SOBRE O FUNCIONAMENTO DA MENTE

LEGISLATIVE PROCESS AND SCIENTIFIC DISCOVERIES ON MENTAL FUNCTIONING

Juarez Freitas*

RESUMO

O estudo sobre a qualidade da produção legislativa e o impacto das regras jurídicas pode ser imensamente enriquecido com as recentes descobertas científicas sobre o funcionamento da mente humana. São achados verdadeiramente esclarecedores. Sob vários ângulos, mostra-se inegável a utilidade de abordagens comportamentais para a teoria geral do Direito, no intuito de viabilizar a construção de um modelo constitucional democrático nos qual os consensos experimentem chances concretas de produzir regras menos enviesadas e mais comprometidas com o horizonte de longo prazo.

Palavras-chave: processo legislativo; insights; ciências comportamentais.

ABSTRACT

The study on the quality of production and the impact of legal rules can be enormously enriched with recent scientific findings on the functioning of human mind. They are found really enlightening. From various angles, it is undeniable usefulness of behavioral approaches to the general theory of law, in order to enable the construction of democratic constitutional model in which consensus have concrete opportunities to produce less biased rules and less committed to the short-term horizon.

Keywords: legislative process; insights; behaviour sciences.

* Professor Titular do Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS. Professor Associado de Direito Administrativo da UFRGS. Pós-Doutor em Direito. Presidente do Instituto Brasileiro de Altos Estudos de Direito Público. Áreas de interesse: Direito Administrativo, Direito da Regulação, Interpretação Constitucional, Avaliação de Impactos das Políticas Públicas. E-mail: juarezfreitas@uol.com.br.

INTRODUÇÃO

As pesquisas sobre a qualidade da produção legislativa podem ser imensamente enriquecidas pelas recentes descobertas científicas sobre o funcionamento da mente. São achados muito promissores, embora comportem riscos de inferências apressadas¹. Sob vários ângulos, inegável o proveito dessas evidências comportamentais no intuito de viabilizar a construção de modelo constitucional democrático no qual os consensos experimentem chances reais de articulação menos enviesada, mais universal e de impactos benéficos duradouros.

Motivo robusto para rever o processo legislativo, à luz das ciências comportamentais, diz respeito às inéditas oportunidades de decifrar (ao menos em parte) questões extremamente intrincadas, tais como o peso das predisposições no processo deliberativo, a polarização de grupo, os vieses implícitos, o papel das emoções e dos contágios sociais nas escolhas públicas. Dito de outra maneira, para a reflexão democrática apurada, são notáveis as possibilidades entreabertas por achados empíricos, por exemplo, oriundos da psicologia comportamental e da neurociência².

Com efeito, (quase) insolúveis matérias teóricas sobre a produção do Direito passam a receber o influxo de respostas (relativamente) objetivas, produzidas em campos interdisciplinares. Claro, os mistérios não desaparecem por encanto, mas ingenuidades seculares sobre a tomada da decisão política são desfeitas, de modo implacável, pelos aportes da ciência.

274

Assim, para os teóricos da democracia constitucional, os achados comportamentais podem ser altamente esclarecedores, matéria-prima de primeira grandeza. Para ilustrar, a análise dos efeitos de textos normativos sobre o tratamento dispensado aos menores não pode mais desconsiderar as descobertas sobre o ritmo do desenvolvimento do córtex pré-frontal e a correspondente capacidade de autocontrole. O estudo das escolhas políticas não pode deixar de ver motivações intrínsecas, em regra, como mais significativas do que as extrínsecas³. O próprio sistema normativo de punição e de recompensas precisa ser revisitado⁴, diante das terríveis e infames injustiças⁵ perpetradas por erros de percepção, estereótipos e enquadramentos tendenciosos.

A par disso, sem espaço para dúvida razoável, constata-se que, ordinariamente, os vieses determinam o resultado de votações parlamentares. Ao mesmo

¹ Vide, sobre tais riscos, Sally Satel e Scott Lilienfeld, *Brainwashed: the seductive appeal of mindless neuroscience*. New York: Basic Books, 2013.

² Vide Owen Jones, Jeffrey Schall e Francis Shen, *Law and neuroscience*. Aspen, 2014.

³ Vide Dan Ariely, *Predictably irrational*. New York: Harper Perennial, 2010.

⁴ Vide Adam Benforado, *Unfair*. New York: Crown, 2015.

⁵ Vide B. J. Casey e Kristina Caudle, *The teenage brain: self-control, current directions*. *Psychological Science*, 22 (2), p. 82-7.

tempo, quadra afastar a tentação de explicações determinísticas e supressoras da liberdade. Esta permanece um valor inalienável, sobretudo se entendida como poder de veto sobre os impulsos. O que se enfatiza é tão somente que o governo abstrato das leis (pouco abstratas, na maior parte dos casos) não passa de uma quimera em estado bruto, sem controle de qualidade. Em contraste, o modelo de produção democrática das leis, cientificamente informado, assume a tarefa de levar em conta os vieses implícitos⁶ e a precaução contra os riscos de desvios cognitivos e não cognitivos, hoje solenemente ignorados.

Certo é que a aposta frívola no primado incondicional de regras parece fadada ao rotundo fracasso. Por todos os motivos, os bastidores da mente dos responsáveis pela formulação das leis (bem como dos intérpretes, noutra momento) merecem o escrutínio rigoroso das ciências jurídicas. Projetos nesse campo avançam⁷. As percepções distorcidas dos riscos e o peso das emoções⁸ já começam a entrar na pauta.

Para elucidar o enfoque proposto, aqui o funcionamento da mente humana (e, conseqüentemente, do produtor de disposições legislativas) acontece em dois sistemas⁹. Um, o mais veloz e impulsivo, com baixa demanda energética, irrefletido, automático, sem visão de longo prazo. O outro, mais reflexivo, recente em termos evolucionários, capaz de representação mais ou menos impessoal e consciente do futuro (apto a pensar em termos de sustentabilidade), responsável pelo veto sobre os impulsos, mais lento e energeticamente dispendioso. Ao formular uma decisão legislativa, ambas as regiões comparecem, ora com a preponderância do automatismo imemorial, ora com a presença destacada da racionalidade nova.

Bem por isso, os comandos normativos do Parlamento requerem depuração crítica, pois, ainda quando se verifica uma reflexão sistemática no processo, os condicionamentos preliminares tendem a perturbar o trabalho da razão pública. O que seria uma “ponderação” coletiva, supostamente prudencial, converte-te, reiteradas vezes, em uma operação irremediavelmente contaminada pela ânsia ubíqua¹⁰ de confirmar as impressões iniciais a qualquer preço. Outras tantas vezes, a reflexão política recebe nefastas e capturantes influências especiais que a retiram dos trilhos da inclinação eventualmente correta. São, de fato, incomuns

⁶ Vide Adam Benforado. Frames of injustice: the bias we overlook. *Indiana Law Journal*, v. 85, issue 4, p. 1363: “Implicit biases are automatic associations held by individuals often beyond their conscious awareness or control”.

⁷ Vide, por exemplo, Cultural Cognition Project at Yale Law School e The Project on Law and Mind Sciences at Harvard Law School.

⁸ Vide Dan Kahan, Emotions in risk regulation: competing theories. In: *Emotions and risky technologies*. Sabine Roeser (Ed.). London: Springer, 2010, p. 159.

⁹ Vide Daniel Kahneman, *Thinking: fast and slow*. New York: Farrar, Strauss & Giroux, 2011.

¹⁰ Vide Raymond Nickerson, Confirmation bias. A ubiquitous phenomenon in many guises. *Review of General Psychology*, v. 2, n. 2, 1998, p. 175-220.

os legisladores “estadistas”, capazes de realizar o exame minucioso e embasado de argumentos favoráveis e contrários aos custos e benefícios, diretos e indiretos, de cada decisão. Não por acaso, a discricionariedade voluntarista desfruta de prestígio nos círculos arcaicos do decisionismo arbitrário. Diuturnamente, as preferências exacerbadas pelo presente e o encarceramento do *status quo* turbam a lucidez e a plausibilidade no jogo político.

Inexiste, pois, garantia *a priori* de racionalidade por parte do legislador histórico. Este, como ser humano, reúne predisposições, conscientes e inconscientes, que desempenham um protagonismo crucial. A decisão política (mesmo quando honesta) nunca será tomada sem o risco de sentimentos menores, contágios de grupos, enquadramentos falaciosos e miopias distorcidas.

Nesse quadro, a produção normativa solicita o reexame eficiente e eficaz dos vieses presentes no processo legislativo, dada a certeza de que não existe imunidade plena contra os desvios cognitivos ou erros sistemáticos. Assim, o estudo crítico da elaboração de disposições normativas não se restringe a desvendar falhas institucionais, de procedimentos ou técnicas, por mais que esses assuntos importem. Necessário desvendar a intimidade da mente do legislador, uma vez que o seu *background*, goste-se ou não, para o bem e para o mal, determina a qualidade das escolhas públicas e não pode ser inteiramente colocado entre parênteses. Eis o pano de fundo do presente estudo.

276

PRODUÇÃO LEGISLATIVA, DESCOBERTAS SOBRE O FUNCIONAMENTO DA MENTE E OS NOVOS DESAFIOS DEMOCRÁTICOS

A realidade inegável do enviesamento político

Significativos achados¹¹ sobre o funcionamento da mente humana precisam ser incorporados definitivamente às ciências jurídicas e sociais, de molde a permitir o escrutínio rigoroso de predisposições conducentes a erros sistemáticos no âmbito do julgamento legislativo. Essencial ter em consideração que o agente político, notadamente o parlamentar, desponta como sujeito que, mesmo de boa-fé, encontra-se propenso a confirmar as crenças preliminares; alguém que decide antes de ter plena consciência de sua decisão — o que não deixa de ser inquietante¹²; alguém que pode ser influenciado, ostensiva ou subliminarmente,

¹¹ Vide, para ilustrar, Cass Sunstein, Empirically informed regulation. *The University of Chicago Law Review*, 78, 2011, p. 1349-429.

¹² Vide Benjamin Libet, Do we have free will?. *Journal of Consciousness Studies*, 6, n. 8-9, 1999, p. 47-57. O fato de o processo volitivo iniciar, com milésimos de segundo, antes da tomada de consciência, não exclui a liberdade como poder de veto. Esclarece: “The volitional process is therefore initiated unconsciously. But the conscious function could still control the outcome; it can veto the act. Free will is therefore not excluded”.

pelo contágio social; alguém que, se não tomar estritas precauções, tende a ser obnubilado pela miopia temporal e a formar estereótipos de maneira discriminante; enfim, alguém que, pelo só fato de ser humano, apresenta parcela do seu cérebro programada para simplificar e reduzir as ambiguidades, com sacrifício da razoabilidade das escolhas cotidianas¹³.

Desse modo, não há como subestimar a presença de predisposições automáticas ou de vieses (*biases*)¹⁴, na gênese das regras jurídicas. Tal contingência só causa estranheza àqueles que se fiam em suposições formalistas ou acreditam em mecânicas subsunções normativas. Ocorre que, no mundo real, não há quem esteja inteiramente livre de automatismos, cujo mapeamento revela-se, portanto, prioritário.

À proporção que as pesquisas decifram alguns dos segredos da mente humana, já caem por terra vários enganos retóricos, falsas sutilezas e ingenuidades originalistas. Ou seja, a ciência jurídica resulta fortalecida pela compreensão dos vieses e, na sequência, pela proposição de hábitos alternativos, que funcionam como anteparos contra predisposições eventualmente comprometedoras do processo justo, no curso do jogo democrático.

Com efeito, embora os argumentos linguísticos, sistêmicos e consequenciais¹⁵ pareçam, à primeira vista, suficientes para o jurista, a realidade é que tendem a ocultar opções inconscientes¹⁶, e não poucas vezes representam burlas ao veto da razão¹⁷ crítica. Quando tal ocorre, a fundamentação intersubjetiva e a coerência soçobram. Pior: no processo legislativo, as preferências políticas tendem a escapar de qualquer fundamentação intersubjetiva.

O fenômeno se agrava pelas seduções do impulsivismo autocentrado, do tráfico patrimonialista de influências e da debilidade do autocontrole. Claro que esses fatores exercem influência sobre a decisão legislativa, contudo só provocam estragos em função da concorrência subjacente de armadilhas mentais. São os vieses (*biases*) ou distorções cognitivas que tendem a conduzir a erros sistemáticos de avaliação e controle. Nesse terreno, a deliberação resulta não universalizável.

¹³ Vide, sobre vieses no cotidiano (selective attention, diagnosis bias, pattern recognition, value attribution, confirmation bias, priming effect, commitment confirmation, stereotype threat, anchoring bias, group think), Howard Ross, *Everyday bias*. Lanham: Rowman-Littlefield, 2014.

¹⁴ Vide Paul Litvak e Jennifer Lerner, Cognitive bias. In: *The Oxford Companion to Emotion and the Affective Sciences*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 90.

¹⁵ Vide, por exemplo, a tipologia de Neil MacCormick, *Rhetoric and the rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 121-43.

¹⁶ Vide Leonard Mlodinow, *Subliminar*. Como o inconsciente influencia nossas vidas. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

¹⁷ Vide Steven Pinker, *Os anjos bons da nossa natureza*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 892: “é a razão que pode sempre prestar atenção às imperfeições dos exercícios de raciocínios anteriores, renovando-se e aprimorando-se em resposta”.

O herdeiro refinado da jurisprudência dos conceitos tentará esgrimir com a tese de que seria plausível encontrar, nas leis resultantes, a precedência entre princípios e regras, mediante fundamentação em “leis” ou fórmulas rígidas. Nada mais enganoso.

O que se comprova nitidamente é que tentativas similares de conferir soluções demasiado fantasiosas para questões enviesadas situam-se em uma esfera apartada das evidências científicas. Não se descarta que possa (e deva) ocorrer, na tomada idônea de decisão legislativa, uma hierarquização axiológica¹⁸ congruente e fundamentada, ao menos como ideal regulador. Todavia, a observação fria dos fatos conduz a duvidar da escala do seu êxito e reclama contenção no tocante à generalização de juízos alicerçados sob o penetrante influxo de sugestões e influências¹⁹.

Nessa medida, sem endossar a postura “pirronista”, que nega qualquer racionalidade possível, argumenta-se com a hipótese de que o legislador reúne condições de resistir às deliberações forjadas por preconceitos explícitos e implícitos²⁰, ditadas por justificações externas à Constituição²¹. Quer dizer, sem adentrar o exame de incursões economicistas da *public choice theory*²² e da suposta irracionalidade dos votantes²³, cumpre assumir que a mente²⁴ do legislador engendra automatismos que o impelem ao rumo errôneo, a não ser que ocorra o tempestivo exercício de veto da racionalidade. Interessante notar que antídotos para as patologias cognitivas estão disponíveis: trata-se de produzir anteparos

278

¹⁸ Vide, sobre hierarquização axiológica, numa perspectiva tópico-sistemática, Juarez Freitas, *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, cujos pilares centrais têm sido confirmados pelas recentes evidências científicas.

¹⁹ Vide, sobre influências sociais, Richard Davidson e Bruce McEwen, Social influences on neuroplasticity: stress and interventions to promote well-being. *Nature Neuroscience*, 15(5), 2012, p. 689-95. Vide, como ilustração das influências até na relação entre gosto e atributos físicos do recipiente, Betina Piqueras-Fizman e Charles Spence, The influence of the color of the cup on consumer's perception of a hot beverage. *Journal of Sensory Studies*, v. 27, out. 2012, p. 324-31.

²⁰ Vide, sobre os preconceitos implícitos e o papel do endosso de outras pessoas, Janetta Lun, Stacey Sinclair, Erin R. Whitchurch e Catherine Glenn, (Why) Do I think what you think? Epistemic social tuning and implicit prejudice. *Journal of Personality and Social Psychology*, 2007, v. 93, n. 6, p. 957-72.

²¹ Vide, sobre a inevitabilidade de justificações externas, Cass Sunstein, *The partial Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

²² Vide, sobre *public choice* e democracia representativa, Dennis Mueller, *Public policy III*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 209-405.

²³ Vide, para meditar sobre esse aspecto, que desborda do presente artigo, sem endosso de parte de suas conclusões, Bryan Caplan, *The myth of the rational voter*. Princeton: Princeton University Press, 2007.

²⁴ Neste *paper* não se fará a distinção entre mente e cérebro, embora seja viável fazê-lo, noutro momento. Reduzir a consciência apenas ao cérebro não parece correto, porém subestimar o papel decisivo dos neurônios, notadamente dos alojados no córtex frontal, é erro crasso.

O processo legislativo e as descobertas científicas sobre o funcionamento da mente

reflexivos contra os vieses²⁵, com o advento de rotinas (éticas, políticas e jurídicas) distintas daquelas que, de um modo ou outro, sucumbem no processamento dos contextos sociais e emocionais²⁶. Vale dizer, existem soluções preventivas, mitigadoras ou compensatórias para os desvios aludidos.

Os “dois sistemas” de pensamento e a produção do Direito legislado

O estudo da produção legislativa conhece, há muito, a força das crenças. Agora, imprescindível avançar. Fundamental entender como lidar com elas, filtrá-las e aprimorá-las. Precisamente com esse desiderato, impõe-se recorrer aos trabalhos²⁷ que desvelam a mente de quem estabelece as escolhas e hierarquizações axiológicas, condicionadas por vieses (*biases*) ou desvios cognitivos que, em geral, tendem a afetar a eficácia e o acerto das decisões²⁸. Como advertem Keith Stanovich e Richard West, tais pontos cegos resistem até aos pensamentos mais sofisticados²⁹. Naturalmente, os legisladores não fogem à regra. Padecem de *bias blind-spots*³⁰, mercê de falhas na introspecção, entre outras causas.

Para favorecer a identificação dos desvios cognitivos, em sintonia com a abordagem de Daniel Kahneman, alude-se, outra vez, à ficção de dois sistemas de pensamento: o sistema I (pensamento automático) e o sistema II (controle

²⁵ Vide, sobre como lidar juridicamente com os vieses implícitos, Christine Jolls e Cass R. Sunstein, *The law of implicit bias*. *California Law Review*, v. 94, 2006, p. 969. Observam, na p. 996: “We have suggested the importance of distinguishing between two responses to implicit bias. Sometimes the legal system does and should pursue a strategy of insulation — for example, by protecting consumers against their own mistakes or by banning or otherwise limiting the effects of implicitly biased behavior. But sometimes the legal system does and should attempt to debias those who suffer from consumer error — or who might treat people in a biased manner. In many domains, debiasing strategies provide a preferable and less intrusive solution. In the context of antidiscrimination law, implicit bias presents a particularly severe challenge; we have suggested that several existing doctrines now operate to reduce that bias, either directly or indirectly, and that these existing doctrines do not on that account run into convincing normative objections”.

²⁶ Vide Elizabeth Phelps e Peter Sokol-Hessner, *Social and emotional factors in decision-making: appraisal and value*. In: Dolan, R. J. e Sharot, T. (Eds.). *Neuroscience of preference and choice: cognitive and neural mechanisms*. London: Academic Press, 2011, p. 207-22.

²⁷ Vide, para ilustrar, Michael Freeman (Eds.), *Law and neuroscience*. New York: Oxford University Press, 2011.

²⁸ Vide Dan Kahan, *Cognitive bias and the Constitution*. *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, Paper 4693, 2013. Define, negativamente, “bias” como “any cognitive dynamic that causes individuals to process information in a manner that systematically defeats their goals” (p. 369).

²⁹ Vide Richard West, Russell Meserve e Keith Stanovitch, *Cognitive sophistication does not attenuate the bias blind spot*. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 103 (3), set. 2012, p. 506-19.

³⁰ Vide, sobre falibilidade da introspecção, Emily Pronin e Matthew Kluger, *Valuing thoughts, ignoring behavior: the introspection illusion as a source of the bias blind spot*. *Journal of Experimental Social Psychology*, 43, 2007, p. 565-78.

racional)³¹. O sistema I é aquele que opera automática e rapidamente, tomando a maior parte das decisões por impulso, sem maior senso de controle voluntário³², ao passo que o sistema II diz respeito àquelas áreas do cérebro mais novas, responsáveis pelo esforço de calcular, pela concentração³³, pelo monitoramento e controle de sugestões formuladas pelo sistema I. Isto é, o sistema II responde pela deliberada atenção³⁴ regulatória, apesar de, com desafortunada assiduidade, revelar-se desidioso e confinado à lei do menor esforço³⁵.

Acrescente-se que, ao adotar essa distinção, não se retoma o dualismo cartesiano³⁶. Os sistemas interagem o tempo todo, entre si e com o ambiente, descartado o “localizacionismo” estrito. Mais: a velha disputa entre razão e emoção não faz sentido, em face da constatação insofismável de integração de ambas, sobremodo em zonas pré-frontais do cérebro³⁷.

Dito isso, pretende-se destacar que o sistema automático, pouco examinado na teoria da produção legislativa, é verdadeira usina de enviesamentos, distorções e erros em cascata. Em outras palavras, o sistema I manipula as informações, longe do abrigo seguro da prudência, incorrendo em inconsistências e ilusões de controle, que não merecem o nome de “ponderação,” na resolução de perplexidades.

Como acentua Daniel Kahneman, o sistema primitivo confunde a facilidade cognitiva com a verdade, abusa de heurísticas e simplifica demais, especialmente ao substituir questões difíceis por fáceis, além de inventar causas³⁸. De fato, produz memórias altamente fantasiosas³⁹. Sofre da desmesurada aversão à perda, com desproporcional reação na comparação com os ganhos⁴⁰. Exagera a coerência emocional e se predispõe a confirmar as crenças iniciais,

³¹ Vide Daniel Kahneman, *Thinking, fast and slow*. London: Penguin Books, 2012, p. 13: “Fast thinking includes both variants of intuitive thought — the expert and the heuristic — as well as the entirely automatic mental activities of perception and memory, the operations that enable you to know there is a lamp on your desk or retrieve the name of the capital of Russia”.

³² Vide Daniel Kahneman, op. cit., p. 20.

³³ Op. cit., p. 21.

³⁴ Op. cit., p. 22.

³⁵ Op. cit., p. 35.

³⁶ Vide, para uma crítica ao “cogito” cartesiano, António Damásio, *Descartes. Error: emotion, reason and the human*. New York: Avon Books, 1999.

³⁷ Vide André Palmieri, *Violência na perspectiva neurocientífica dos afetos e das decisões: por que não devemos simplificar os determinantes do comportamento humano*. *Revista Brasileira de Psicoterapia*, 2010; 12(2-3): p. 211: “não faz mais sentido discutir-se razão versus emoção como uma disputa entre regiões corticais versus estruturas subcorticais, mas sim a integração entre razão e emoção em diversas estruturas cerebrais, particularmente nas regiões pré-frontais”.

³⁸ Vide Daniel Kahneman, op. cit., p. 105.

³⁹ Vide Elizabeth Loftus, *Our changeable memories: legal and practical implications*. *Nature Reviews/Neuroscience*, v. 4, 2003, p. 231-4.

⁴⁰ Vide Daniel Kahneman, op. cit., p. 105: “responds more strongly to losses than to gains (loss aversion)”.

O processo legislativo e as descobertas científicas sobre o funcionamento da mente

vendo somente aquilo que quer ver⁴¹, ainda mais quando lhe convém, por razões eleitorais.

Aí está, com realismo total, a natureza biológica do sistema de quem decide. O asseverado se aplica integralmente ao legislador. Em que pese ser programável pela parte mais nova da racionalidade, a atividade legislativa tende a ser comandada pelo sistema automático, que tropeça nas questões capitais que envolvem o exercício da lógica sistêmica e o discernimento de longo prazo. Sede funcional da memória⁴², o sistema I do legislador simplifica demais para se contentar com respostas atraentes e fáceis (ainda que errôneas e insustentáveis), tudo para não enfrentar o trabalho árduo de questionar as crenças prévias e⁴³ as preferências dos grupos de sustentação.

Convém não negligenciar que o próprio sistema reflexivo, uma vez debilitado⁴⁴ ou exaurido, apresenta-se vulnerável e libera espaço para o domínio opressivo de estereótipos⁴⁵, juízos superficiais e reducionismos. Pessoas fatigadas, por exemplo, decidem mal⁴⁶. O que se constata, em situações emblemáticas desse tipo, é que, até por razões eminentemente físicas, o sistema reflexivo deixa de funcionar em matéria de autocontrole, com danos severos para a qualidade do sopesamento político.

Por outro lado, como evidencia o impactante experimento de Walter Mischel e Ebbe Ebbesen sobre os efeitos da incapacidade de adiar gratificações, sobrevém do sistema automático a dificuldade de realizar as escolhas consistentes no tempo. Os impulsos e atalhos mentais costumam ser explorados arditosamente por inescrupulosos⁴⁷, no leilão das crenças⁴⁸. Em outras palavras,

281

⁴¹ Idem, p. 105: “is biased to believe and confirm”.

⁴² Vide Daniel Kahneman, op. cit., p. 46: “Memory function is an attribute of System 1. (...) The extent of deliberate checking and search is a characteristic of System 2, which varies among individuals”.

⁴³ Vide António Damásio, *E o cérebro criou o homem*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 169: “Nossas memórias sobre certos objetos são governadas por nosso conhecimento prévio de objetos comparáveis ou de situações semelhantes. [...] são preconceituadas, no sentido estrito do termo, pela nossa história e crenças prévias”.

⁴⁴ Vide Daniel Kahneman, op. cit., p. 41.

⁴⁵ Vide, para ilustrar a ameaça dos estereótipos (“stereotype threat”), Claude Steele, A threat in the air: how stereotypes shape intellectual identity and performance. *American Psychologist*, v. 52(6), jun. 1997, p. 613-29.

⁴⁶ Vide Shai Danziger, Jonathan Levav e Liora Anvnaim-Pesso, Extraneous factors in judicial decisions. *Proc Natl Acad Sci USA*, 26 abr. 2011; 108(17): 6889-92.

⁴⁷ Vide Robert Cialdini, *Influence*. 4. ed. Boston: Allyn e Bacon, 2001. Entre as ilusões cognitivas ou vieses, mostra a crença de que, quanto mais caro, melhor. A racionalidade sabe, com facilidade, que nem sempre é assim. Contudo, o sistema impulsivo sequer duvida. Outros vícios mentais arrolados, para ilustrar, são o de confiar cegamente no argumento do especialista, desconhecer o efeito contraste e ignorar as influências da reciprocidade, todos arditamente explorados. Vide, para uma perspectiva crítica, Michael Sandel, *What a money can't buy*. The moral limits of market. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2012. Vide, sobre a realidade de ilusões cognitivas, Daniel Kahneman e Amos Tversky, On the reality of cognitive illusions. *Psychological Review*, v. 103(3), 1996, p. 582-91.

⁴⁸ Vide Eduardo Gianetti, *O mercado das crenças*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

na produção legislativa, sopesamentos coexistem, na mente dos legisladores⁴⁹, com uma rede tendenciosa de impulsões (à semelhança do que evidenciam os experimentos clássicos de John Bargh⁵⁰ sobre a força dos estereótipos). Convivem o sistema I e o sistema II em batalhas indômitas entre a recompensa imediata e o pensamento consequente, semelhantes às clássicas lutas das dietas. São, no fim das contas, as impulsões que normalmente solapam as modulações intertemporais⁵¹ de longo prazo⁵², bem como produzem as vulnerabilidades ao contágio emocional⁵³ e à ignorância pluralística⁵⁴.

Com sobriedade, sublinha Daniel Kahneman que o domínio dos impulsos, afetados por detalhes irrelevantes, põe por terra a vaidade da inteira autonomia⁵⁵. Nesse contexto, tomar consciência do fenômeno dos vieses passa a ser condição *sine qua non* para formular modelo aceitável da democracia constitucional, em lugar da negação irrealista da condição humana⁵⁶.

⁴⁹ Vide André Palmini e Victor Geraldi Haase, “To do or not to do?”. The neurobiology of decision-making in daily life. *Dementia & Neuropsychologia*, 2007; 1:10-7. Observam (p. 15): “The crucial issue is that *in practice*, in real life, several stimuli — appealing differently to the subcortical reward and to the prefrontal systems — coexist in time. In other words, in practice, there are several stimuli with prospectively distinct levels of immediate versus delayed gratification demanding a behavioral response”.

⁵⁰ Vide John Bargh, Mark Chen e Lara Burrows, Automaticity of social behavior: direct trait construct of stereotype activation on action. *Journal of Personality and Social Psychology*, 71 (1996): 230-44. Por exemplo, compor uma frase sobre idosos faz com que as pessoas, logo a seguir, inconscientemente, passem a andar mais devagar.

⁵¹ Vide, sobre a questão intertemporal, André Palmini e Victor Geraldi Haase, “To do or not to do?”. The neurobiology of decision-making in daily life. In: op. cit., p. 12: “Inescapably, making decisions is a constant demand upon our brains, and there is always the dichotomization between the more immediate rewards and the more delayed gratifications (without the immediate rewards)”.

⁵² Vide Juarez Freitas, *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, notadamente no capítulo sobre falácias. Vide, ainda, James Salzman e Barton Thompson, *Environmental law and policy*. New York: Foundation Press, 2010, p. 24-6.

⁵³ Vide, sobre a emoção como fenômeno comportamental, social e psicofisiológico e sobre o automatismo do contágio, Elaine Hatfield, John Cacioppo e Richard Rapson, *Emotional contagion*. University of Cambridge, 1994.

⁵⁴ Tendência a agir mais quando está só, numa situação emergencial, do que em grupo, no qual resta preso à inércia. Vide, sobre a ignorância pluralística, Dale Miller e Cathy McFarland, Pluralistic ignorance: when similarity is interpreted as dissimilarity. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 53(2), ago. 1987, p. 298-305. Vide, sobre a influência do tamanho do grupo sobre a capacidade de agir em emergência, Bibb Latane e Steve Nida, Ten years of research on group size and helping. *Psychological Bulletin*, 1981, v. 89, n. 2, p. 308-24.

⁵⁵ Vide, sobre as impulsões, Daniel Kahneman, op. cit., p. 55: “Studies of priming effects have yielded discoveries that threaten our self-image as conscious and autonomous authors of our judgments and our choices. (...) We now know that effects of priming can reach into every corner of our lives”.

⁵⁶ Vide a polêmica entre Emilio Betti, com o seu cânone da autonomia do objeto, *Teoria generale de la interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1955, e Hans-Georg Gadamer, com ênfase para o papel das pré-compreensões, *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997.

Dito de outra maneira, se o legislador (e, por extensão, aquele que interpreta as disposições dele emanadas) acreditar piamente na fantasiosa determinação do mundo pré-dado (crença jurídica assaz difundida, como alerta Erwin Chemerinsky⁵⁷), será manipulado por impulsos cegos e sem freios, que o impelirão, como a verdadeiro títere, a tomar decisões sob influências (internas ou externas) que nada ostentam de fundo racional e gravitam em torno de idiossincráticas oscilações na percepção de riscos⁵⁸. Decisões que, não raro, podem ser catastróficas.

Por alarmante que possa parecer, os vieses (com associados erros grosseiros ou sutis de avaliação⁵⁹ e atribuição causal⁶⁰), combinados à força do contexto⁶¹, afetam os votos no processo legislativo, por mais que o sistema reflexivo, não raro desidioso, alardeie estar no controle.

Nada obstante, defende-se que se mostra viável, a partir da consciência do fenômeno, filtrar predisposições e cuidar de modificá-las naturalmente pelo treinamento sistemático da racionalidade. Portanto, a pedra de toque para a produção democrática minimamente desviesada⁶² das leis radica em jamais confiar cegamente no sistema de impulsos do legislador, tampouco no domínio simplificador das regras procedimentais, uma vez que, formalismos à parte, essencial não subestimar que os vieses estabelecem, na maior parte dos casos, as intensidades contrastantes, no manejo de pautas procedimentais.

Nesse panorama, o irracionalismo arbitrário pode resultar do predomínio — como sucede em votações infames — que o sistema primitivo confere às conclusões falsas que confirmam as crenças espúrias subjacentes⁶³, incorrendo naquilo que se chama de enviesamento da confirmação⁶⁴, quando a mente procura ver somente aquilo que quer ver, hipnotizada por impressões iniciais, aparências, vícios e, às vezes, inclinações de probidade duvidosa.

⁵⁷ Vide Erwin Chemerinsky, *The case against the Supreme Court*. New York: Viking, 2014, p. 342.

⁵⁸ Vide Armando Freitas da Rocha e Fábio T. Rocha, *Neuroeconomia e processo decisório*. Rio de Janeiro: LTC, 2011, p. 11-95.

⁵⁹ Vide Daniel Kahneman, op. cit., p. 58.

⁶⁰ Vide, sobre a tendência a ignorar fatores situacionais em detrimento de fatores disposicionais, o texto dos organizadores de *Psicologia social: principais temas e vertentes*. Cláudio Vaz Torres e Elaine Rabelo Veiga (Orgs.). Porto Alegre: Artmed, 2011, p. 50.

⁶¹ Vide, para uma explanação didática sobre o poder do contexto, Malcom Gladwell, *O ponto de virada*. Rio de Janeiro: Sextante, 2009, p. 139-43.

⁶² Vide, sobre estratégias de treinamento de diversidade, voltadas a “debiasing”, Sarah Jackson, Amy Hilliard & Tamera Schneider, Using implicit bias training to improve attitudes toward women. *STEM. Social Psychology of Education*, Springer, v. 17, n. 1, 2014, p. 419-38.

⁶³ Vide Daniel Gilbert, How mental systems believe. *American Psychologist*, v. 46, n. 2, fev. 1991, p. 107-18. Aí sugere, na p. 116, que a aceitação temporária de uma proposição é parte do processo não voluntário de sua compreensão.

⁶⁴ Vide Daniel Kahneman, op. cit., p. 81: “The operations of associative memory contribute to a general confirmation bias”.

Justamente por isso, temerário ocultar que o processo legislativo corre o risco de armar uma coerência falsa para as narrativas que gera⁶⁵, nada importando a quantidade e a qualidade dos dados coligidos. Ou seja, paradoxalmente, a coerência pode vir a se tornar cúmplice da perpetuação do erro sistemático⁶⁶. Dessa maneira, se o legislador não estiver compenetrado em checar os dados da sua proposição em fontes independentes, a coerência, tão valorizada (por relevantes considerações lógicas), não encontrará respaldo no sistema reflexivo, eclipsado pela exacerbada confiança nas próprias crenças⁶⁷. Vítima, ainda, de ojeriza às dúvidas⁶⁸ e da propensão de suprimir ambiguidades, no mau vezo de só perceber o que deseja.

Não é de estranhar que os debates políticos se convertam, com extrema assiduidade, no singelo fruto da correspondência de intensidades (*intensity matching*)⁶⁹, efetuada pelo sistema impulsivo da mente humana, mais do que operação lógica levada a cabo mediante aportes sensatos do sistema reflexivo e do respeito à Constituição, presumidamente fonte de racionalidade intersubjetiva. Numa frase realista, no íntimo do jogo político, as partes primitivas da mente costumam sufocar e engolfar as partes modernas e reflexivas.

Vieses que costumam inibir a produção legislativa de qualidade

284

Os desvios cognitivos estão presentes em toda atividade mental, sem que a produção legislativa represente uma exceção. É o que se verifica, por exemplo, com a heurística do afeto⁷⁰, consoante a qual as aversões e preferências, ao sabor de saltos infundados, culminam em facciosos julgamentos⁷¹. Daí a relevância de arrolar os vieses (*biases*) que tendem a comprometer a imparcialidade raciocinada e o balanceamento razoável, na produção dos textos legislativos. Eis os principais vieses:

⁶⁵ Op. cit., p. 85.

⁶⁶ Vide Robert Cialdini, op. cit., p. 119.

⁶⁷ Vide Daniel Kahneman, op. cit., p. 87: “The confidence that individuals have in their beliefs depends mostly on the quality of the story they can tell about what they see, even if they see little. We often fail to allow for the possibility that evidence that should be critical to our judgment is missing – what we see is all there is”.

⁶⁸ Op. cit., p. 114: “System 1 is not prone to doubt. It suppresses ambiguity and spontaneously constructs stories that are as coherent as possible. Unless the message is immediately negated, the associations that it evokes will spread as if the message were true”.

⁶⁹ Op. cit., p. 93.

⁷⁰ Vide Paul Slovic, Melissa Finucane, Ellen Peters e Donald G. MacGregor, The affect heuristic. In: *Heuristics and biases*. Thomas Gilovich, Dale Griffin e Daniel Kahneman (Eds.). Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 397-420.

⁷¹ Vide Daniel Kahneman, op. cit., p. 103-5.

(I) *O viés de confirmação*⁷²: a predisposição de optar por dados e informações que tão somente confirmam as crenças e impressões preliminares, sem passar pelo crivo apurado do sistema reflexivo. Ocorre, por exemplo, quando o legislador fixa inclinação inicial e seleciona apenas as provas e os argumentos que confirmam essa crença de partida, afastando tudo aquilo que se colocar em dissonância. Desnecessário assinalar que a crença prévia pode estar rotundamente errada, ou ser lesiva ao bem público. A mente do legislador, ao pretender confirmar a qualquer custo, funciona rápido demais e se fecha a opções distintas. Nesse terreno, o melhor a propor é a constante revisão das inclinações iniciais, para além de pressões e capturas.

(II) *O viés da falsa coerência*: a predisposição de negar a (incômoda) dúvida e de suprimir artificialmente as ambiguidades (não menos incômodas), inventando narrativas supostamente coerentes⁷³. Coerência, não raro, falsa. Ocorre, por exemplo, quando o legislador produz textos normativos eivados de compromissos mutuamente excludentes, com base em negociações especiosas. Nesses casos, o legislador superestima a coerência daquilo que propõe ou⁷⁴ apresenta inclinação de preferir a via confortável do consenso negociado⁷⁵, seja ele qual for. Imagina-se que uma dose moderada de ceticismo seja o remédio ideal contra esse enviesamento, cujas raízes mais distantes parecem repousar na confusão entre a aspiração legítima de conciliação e a (falsa) estabilidade obtida a qualquer preço.

(III) *O viés de aversão à perda*⁷⁶: a predisposição de valorizar mais as perdas do que os ganhos. Trata-se de fenômeno que possui, como os demais, convincente explicação evolucionária. O ponto é que, embora útil na vida primeva, tende a causar inércia e inviabiliza as transformações necessárias da ordem jurídica, encaradas como ameaças, inclusive de exclusão social⁷⁷. Pode ocorrer, por exemplo, quando o legislador, com temor de perder votação, resolve aderir à

⁷² Op. cit., p. 81: “System 1 is gullible and biased to believe, System 2 is in charge of doubting and unbelieving, but System 2 is sometimes busy, and often lazy. Indeed, there is evidence that people are more likely to be influenced by empty persuasive messages, such as commercials, when they are tired and depleted”.

⁷³ Vide Daniel Kahneman, op. cit., p. 114: “System 1 is not prone to doubt. It suppresses ambiguity and spontaneously constructs stories that are as coherent as possible. (...) System 2 is capable of doubt, because it can maintain incompatible possibilities at the same time”.

⁷⁴ Op. cit., p. 114: “we are prone to exaggerate the consistency and coherence of what we see”.

⁷⁵ Vide Gretchen Sechrist e Charles Stangor, When are intergroup attitudes based on perceived consensus information?. *Social Influence*, v. 2, Issue 3, 2007, p. 211-35.

⁷⁶ Vide Cass Sunstein e Richard Thaler, *Nudge*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 36-7: “De maneira geral, a tristeza pela perda é algo duas vezes maior do que a alegria proporcionada pelo ganho dessa mesma coisa. [...] A aversão à perda ajuda a produzir inércia, ou seja, um forte desejo de não mexer no que você possui neste momento”.

⁷⁷ Vide Jaak Panksepp, Feeling the pain of social loss. *Science*, 2003; 302: p. 237-9. Vide, ainda, Geoff MacDonald and Lauri A. Jensen-Campbell (Eds.), *Social pain: neuropsychological and health implications of loss and exclusion*. Washington: American Psychological Association, 2011.

maioria, a despeito das suas convicções principialistas em contrário. Outro exemplo: a sobrevalorização desmesurada de riscos eleitorais tende a inibir produção legislativa idônea e de grandes resultados positivos, a longo prazo. Manifesta-se, ainda, na inércia que deixa de tomar providências estruturais, na ânsia de tudo preservar. E aparece na propensão de valorizar exageradamente os espaços e itens já conquistados (*endowment effect*⁷⁸. O antídoto, em todas essas situações, está em bem regular as emoções⁷⁹, de modo a exercitá-las, com proporcionalidade e senso de justiça intersubjetiva, acima de apegos facciosos e temores ancestrais.

(IV) *O viés do status quo*⁸⁰: a predisposição de manter as escolhas políticas, ainda que disfuncionais, anacrônicas e obsoletas. Ocorre, por exemplo, quando o legislador, tendo adotado determinada linha, resigna-se a mantê-la, ainda que o argumento não encontre os pressupostos de sua consolidação. É típico dos partidários de movimentos conservadores extremados e daqueles que rejeitam o senso adaptativo perante mudanças imperiosas, como ilustra a resistência de enfrentar o tema das mudanças climáticas. O viés do *status quo*⁸¹ tende a introduzir ativismo regressivo que zomba do sistema democrático, como se verificou, no contexto brasileiro, na tardança infame em abolir a escravidão (e o trabalho análogo ao de escravo). O antídoto, no ponto, radica em perceber que o melhor modo de preservar é inovar e que o novo é mais facilmente metabolizável quando vestido em trajes familiares.

286

(V) *O viés do enquadramento*: a predisposição de legislar à dependência do modo pelo qual a questão é enquadrada⁸². Ocorre quando o legislador, leigo ou especialista no assunto em discussão⁸³, deixa de perquirir, por falta de tempo ou

⁷⁸ Vide Brian Knutson, G. Elliott Wimmer, Scott Rick, Nick G. Hollon, Drazen Prelec e George Loewenstein, Neural antecedents of the endowment effect. *Neuron*, 58, 12 jun. 2008, p. 814-22.

⁷⁹ Vide Peter Sokol-Hessmer, Colin Camerer e Elizabeth Phelps, Emotion regulation reduces loss aversion and decreases amygdala responses to losses. *Social Cognitive Affective Neuroscience*, 2012.

⁸⁰ Vide William Samuelson e Richard Zeckhauser, Status quo bias in decision making. *Journal of Risk and Uncertainty*, 1: p. 8 (1988): “This article reports the results of a series of decision-making experiments designed to test for status quo effects. The main finding is that decision makers exhibit a significant status quo bias. Subjects in our experiments adhered to status quo choices more frequently than would be predicted by the canonical model”.

⁸¹ Vide, por exemplo, Antoinette Nicolle, Stephen M. Fleming, Dominik R. Bach, Jon Driver e Raymond J. Dolan, A regret-induced status quo bias. *The Journal of Neuroscience*, 2 mar. 2011, 31(9): p. 3320-7.

⁸² Vide Cass Sunstein e Richard Thaler, *Nudge*, op. cit., p. 39: “Até mesmo os especialistas estão sujeitos a efeitos do enquadramento. Ao ouvir que ‘90 em 100 estão vivos’, os médicos têm mais probabilidade de recomendar a operação do que se ouvirem que ‘10 em 100 estão mortos’”.

⁸³ Vide, sobre a dificuldade de especialistas aceitarem o erro, Philip Tetlock, *Expert political judgement*. Princeton: Princeton University Press, 2005.

outro motivo, se enquadramento diverso conduziria a resposta normativa mais inteligente e menos onerosa. Como anota Steven Pinker, uma limitação da racionalidade reside no fato de que se pode trocar de ângulo, dependendo de como uma ação é descrita⁸⁴. Os sofistas de todos os tempos têm sido hábeis no emprego malicioso do enquadramento, utilizado para ludibriar, manipular e distorcer os julgamentos imparciais. O melhor remédio, nesse aspecto, está em variar os enquadramentos, gerar alternativas e desconfiar do modo pelo qual os problemas são enunciados.

(VI) *O viés do otimismo*⁸⁵ *excessivo*: a confiança extremada guarda conexão com previsões exageradamente seguras (e negligentes)⁸⁶, ligadas a erros nem sempre inocentes⁸⁷. A solução consiste em adotar dose moderada de otimismo, pois o excesso de confiança distorce os juízos e afugenta os cuidados inerentes à prevenção e à precaução⁸⁸. Além disso, o melhor é se abster de julgar até recuperar o estado equilibrado. Somente assim, o legislador não pecará contra a falta de cuidados relativamente aos impactos diretos e indiretos de suas decisões.

(VII) *O viés da preferência pelo presente* (*present-biased preferences*)⁸⁹: existe tendência acentuada de o legislador buscar respostas imediatas, sem perquirir sobre os efeitos de longo prazo, causando prejuízos sistêmicos e externalidades negativas de toda ordem (inclusive à saúde pública ou à economia popular), por falhas graves nas escolhas intertemporais⁹⁰. O remédio, nesse passo, reside em pretender, em sentido forte, uma avaliação sistemática de impactos das leis, que promova a visibilidade mais nítida dos benefícios duradouros⁹¹.

⁸⁴ Vide Steven Pinker, *Do que é feito o pensamento*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 448.

⁸⁵ Vide, sem deixar de reconhecer os benefícios do otimismo racional, Tali Sharot, *The optimism bias*. *Current Biology*, v. 21, Issue 23, dez. 2011, p. 941-5. Vide, ainda, Tali Sharot, *The optimism bias*. New York: Pantheon, 2011.

⁸⁶ Vide Daniel Kahneman, op. cit., p. 249-54.

⁸⁷ Vide John Kenneth Galbraith, *A economia das fraudes inocentes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

⁸⁸ Vide, sobre otimismo excessivo, David Dejoy, *Optimism bias and traffic safety*. *Proceedings of the Human Factors and Ergonomics Society Annual Meeting*, set. 1987 v. 31, n.7, p. 756-9.

⁸⁹ Vide Stephan Meier e Charles Sprenger, *Present-biased preferences and credit card borrowing*. *American Economic Journal: Applied Economics*, v. 2, n. 1, 2010, p. 193-210. Observam: “The finding that directly measured present bias correlates with credit card borrowing gives critical support to behavioral economics models of present-biased preferences in consumer choice. This paper opens up a number of avenues for future research”.

⁹⁰ Vide Shane Frederick, George Loewenstein e Ted O’Donoghue, *Time discounting and time preference: a critical review*. *Journal of Economic Literature*, v. 40, n. 2, 2002, p. 351-401.

⁹¹ Também se manifesta como viés relacionado à “miopia da tristeza” (“myopic misery”), que suscita impaciência e preconceitos que afastam as decisões dos objetivos de longo alcance, além de envolver altos custos potenciais. Vide, sobre o aumento da impaciência causado pela tristeza, Jennifer Lerner, Ye Li e Eike Weber, *The financial costs of sadness*, *Psychological Science*, jan. 2013, v. 24, p. 72-9.

Como tais vieses ilustram a contento, imperativo reconhecer, na produção legislativa, o risco sério de procedimentos simplificadoros que encontram respostas rápidas, mas errôneas, para perguntas difíceis⁹². De sorte que, seja por abuso, seja por omissão⁹³, mostra-se injustificável permitir, sem veto, a influência exacerbada do impulsivismo, que se aproveita de distrações e fragilidades do sistema reflexivo.

Em face do observado, a elaboração de disposições normativas apenas será racionalmente universalizável se filtrar determinados vieses, escudada em pensamento intertemporalmente consistente, e se mantiver acesa a suspeita de, apesar de todas as precauções, ter sido vítima de armadilhas mentais. Em outras palavras, no processo legislativo, os vieses estão infiltrados, visto que o legislador tece o sistema normativo, sujeito a inelimináveis influências desse jaez.

Cumprido, pois, criar hábitos alternativos para legislar com acurácia e sensatez. Nada resolve o mero apelo às regras procedimentais, nem a defesa do passivismo como saída, ignorando erros do utilitarismo das regras, desnudados por Bernard Williams⁹⁴. Perante as descobertas científicas recentes sobre o funcionamento da mente humana, as teorias políticas estáticas não oferecem respostas satisfatórias: cultivam a estabilidade pela estabilidade e servem acriticamente aos enviesamentos.

De outra parte, a tentativa de derivar o sistema jurídico de sistema racional puro é canto de sereia, que destoa do conhecimento sobre como a mente funciona. Qualquer solução unidimensional provoca resultados deletérios, em termos sistêmicos, já em termos descritivos, já em termos prescritivos. Também não servem as fórmulas ocas de formalização, pois até as tentativas matemáticas, como a fórmula de Daniel Bernoulli⁹⁵, ostentam debilidade manifesta. É que, como observa Antonio Damásio⁹⁶, a memória, em suas evocações, depende das pré-compreensões. A ciência, nesse passo, une-se às melhores conquistas especulativas: produzir o Direito nunca será atividade isenta de escolhas. Portanto, a hierarquização axiológica, consciente dos vieses, precisa ocupar o centro nevrálgico dos estudos da democracia, das leis e da Constituição⁹⁷.

288

⁹² Vide Daniel Kahneman, op. cit., p. 98: “The technical definition of *heuristic* is a simple procedure that helps find adequate, though often imperfect, answers to difficult questions. The word comes from the same root as *eureka*”.

⁹³ Vide, sobre a capacidade de representação dos estados mentais, Rebecca Saxe e Liane Young, An fMRI investigation of spontaneous mental state inference for moral judgment. *Journal of Cognitive Neuroscience*, jul. 2009, v. 21, n. 7, p. 1396-405.

⁹⁴ Vide Bernard Williams, *Moral*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 159: “O utilitarismo das regras, enquanto tentativa de se agarrar a algo caracteristicamente utilitarista e ao mesmo tempo aparar as suas arestas mais toscas, a mim me parece um fracasso”.

⁹⁵ Vide Daniel Kahneman, op. cit., p. 272-7.

⁹⁶ Vide António Damásio, *E o cérebro criou o homem*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 169.

⁹⁷ Vide Juarez Freitas, *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

O processo legislativo e as descobertas científicas sobre o funcionamento da mente

À vista disso, o avanço no controle de impactos legislativos floresce quando não prosperam fantasias como a de que a lei seria uma expressão da vontade racional. Como reforça António Damásio, “toda e qualquer função mental resulta das contribuições coordenadas de muitas regiões cerebrais⁹⁸, em diversos níveis do sistema nervoso central, e não do funcionamento de uma só região cerebral concebida à maneira de um centro frenológico”. Dessa maneira, imprescindível ampliar a vigilância contra as simplificações reducionistas, por melhores que sejam os propósitos. Na realidade, tendem a ignorar que a mente humana nunca toma as suas decisões apenas com o córtex pré-frontal. Combina a razão com a emoção (nos casos “fáceis” e “difíceis”), condição para não extraviar os sentimentos morais⁹⁹. A rigor, sem emoção, os julgamentos resultam impraticáveis.

Então, o ponto nodal é o de que da produção legislativa, goste-se ou não, participam regiões ancestrais da mente que tanto podem auxiliar como inviabilizar a congruência, fomentando enviesamentos que comprometem o julgamento supostamente racional, entendido como a “correlação entre certas ações e consequências benéficas”¹⁰⁰. Exatamente por isso, o mais experiente dos legisladores, se desprovido de autocontrole, tende ao erro sistemático nas comparações dinâmicas e a incorrer em inconsistências temporais. Mais grave: os automatismos podem cercear a empatia e a justiça recíproca¹⁰¹. Ademais, o contágio emocional e a sede (quase insaciável) de aprovação podem não ser neutralizados tempestivamente pelo sistema reflexivo, pois a preferência por um projeto costuma esconder estratégia da personalidade, contaminada pela desconsideração do futuro e¹⁰² pela polarização de grupo¹⁰³.

Dito de outro modo, os erros sistemáticos surgem exatamente quando o automatismo conjuga-se com uma racionalidade pouco laboriosa, de molde a embargar a formação de rotinas superiores¹⁰⁴. Por essa circunstância, quando o legislador desconhece o processo formativo de hábitos e as bases neurais dos

⁹⁸ Vide António Damásio, *Em busca de Espinosa*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 81.

⁹⁹ Vide Jorge Moll e Ricardo de Oliveira Souza, Primeiro sentimentos, depois julgamos. *Mente e Cérebro*. Especial *O Segredo da Decisão*, n. 35, 2013, p. 48-55.

¹⁰⁰ Vide António Damásio, *Em busca de Espinosa*, op. cit., p. 161. Vide, ainda, António Damásio, *Self comes to mind*. New York: Vintage Books, 2012, com destaque para o papel dos neurônios (p. 41 e s.).

¹⁰¹ Vide, sobre “homo reciprocans” e as vantagens da reciprocidade positiva, Armin Falk, Thomas Dohmen, David Huffman e Uwe Sunde, Homo reciprocans: survey evidence on behavioral outcomes. *Economic Journal*, v. 119, mar. 2009, p. 592-612.

¹⁰² Vide, sobre os vieses que interferem na racionalidade administrativa, Thomas Bateman e Scott Snell, *Administração*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 79-80.

¹⁰³ Vide, sobre a polarização de grupo, Cass Sunstein, *Going to extremes: how like minds unite and divide*. New York: Oxford University Press, 2009, p. 1-20. Vide, ainda, Daniel Insenberg, Group polarization: a critical review and meta-analysis. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 50(6), jun. 1986, p. 1141-51.

¹⁰⁴ Idem, p. 38-9, 64-79.

juízos¹⁰⁵, converte-se numa marionete de atalhos mentais, levado a julgamentos facciosos e destrutivos. À guisa de síntese: quando o legislador pensa de modo enviesado, o seu pensamento se torna rarefeito, quase nulo.

Defende-se que, apesar de tudo, existe solução racional (árdua, por certo): com efeito, se os vieses são inevitáveis e os hábitos não se extinguem, não é menos certo que os hábitos, por força do livre-arbítrio¹⁰⁶, são substituíveis. De sorte que se impõe formar novos hábitos reflexivos e neutralizar, ao menos em situações de maior impacto, as decisões enviesadas. Com pertinência, Francis Bacon realçou o elevado poder dos hábitos (os mais dominantes adquiridos na infância, ao recomendar a estratégia de deixar as mentes predispostas ao aprimoramento)¹⁰⁷. De fato, à luz de crescentes evidências, imprescindível que o legislador democrático mantenha a mente empenhada em trocar hábitos nocivos por saudáveis¹⁰⁸.

De passagem, convém evocar Aristóteles¹⁰⁹ e Platão¹¹⁰, numa convergência rara sobre o papel decisivo dos hábitos. É que, se o produtor de disposições legislativas intentar o abandono de condicionamentos danosos, ostenta o condão de fazê-lo, desde que, em vez da ilusão de extingui-los, cuide de trocá-los por hábitos melhores. Ou seja, não são irremediáveis as falhas cognitivas e de caráter, por mais que a impulsividade e a impaciência levem a erros sistemáticos.

290

Com esse desiderato, o legislador “estadista” desliga o hábito de pensar apenas o imediato, incorporando o foco no desenvolvimento duradouro. Alimenta o hábito de desconfiar das próprias crenças, ciente do viés da confirmação. Mostra-se atento ao viés de aversão à perda e cultiva a mentalidade prospectiva de custos e benefícios (diretos e indiretos), sem descurar das externalidades negativas. Em lugar da confiança excessiva, espousa postura de vigilância máxima contra estados alterados (excitações, fadigas e arroubos). Pratica o discernimento de diferir gratificações¹¹¹. Evita o viés do *status quo*, contrapondo-lhe o hábito

¹⁰⁵ Vide Jorge Moll, Roland Zahn, Ricardo Oliveira Souza, Frank Krueger e Jordan Grafman, The neural basis of human moral cognition. *Nature Reviews Neuroscience*, 6, 2005, p. 799-809.

¹⁰⁶ Vide, sobre o livre-arbítrio na espécie humana, Jaak Panksepp, *Affective neuroscience: the foundations of human and animal emotions*. New York: Oxford, 1998, p. 329.

¹⁰⁷ Vide Francis Bacon, *Ensaios sobre moral e política*. São Paulo: Edipro, 2001, p. 135.

¹⁰⁸ Vide Charles Duhigg, op. cit., p. 125.

¹⁰⁹ Vide Aristóteles, *The Nichomachean Ethics of Aristotle*. London: Bohn, 1850, p. 33-4: “The virtues, then, are produced in us neither by nature nor contrary to nature, but, we being naturally adapted to receive them, and this natural capacity is perfected by habit”.

¹¹⁰ Vide, sobre o hábito, a assertiva de Platão: “the character is engrained by habit” (Laws, Livro VII, 792e, *The Dialogues of Plato*. Oxford: Clarendon Press, 1953, v. 4, p. 359).

¹¹¹ Vide, sobre a resistência às tentações em favor de objetivos de longo alcance, Walter Mischel, Ozlem Ayduk, Marc Berman, B. J. Casey, Ian H. Gotlib, John Jonides, Ethan Kross, Theresa Teslovich, Nicole L. Wilson, Vivian Zayas e Yuichi Shoda, Willpower over the life span: de-

O processo legislativo e as descobertas científicas sobre o funcionamento da mente

de tudo pensar como perfectível. Em resumo, para cada enviesamento, adota uma rotina alternativa como antídoto.

À base do articulado, os hábitos mentais são concebidos como elementos nevrálgicos para a requalificação do processo legislativo, cujo êxito, em última instância, depende da recombinação de habilidades cognitivas e não cognitivas (realçadas por James Heckman)¹¹². A lei que interessa é, em síntese, aquela que produz impactos mais benéficos do que custosos, a longo prazo, em termos sociais, ambientais e econômicos. Inversamente, a má legislação será resultante dos desvios cognitivos, os quais, no limite, tendem a conduzir o legislador ao abismo pantanoso da tirania de predisposições.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A modo de síntese, a produção legislativa democrática, empreendida com a consciência dos vieses, demanda atitude reorientada cientificamente para a reflexão sobre os automatismos. Não é tarefa trivial. Supõe perscrutar a alma de quem decide e o conjunto de seus hábitos mentais. A par disso, implica assumir o ideal do “estadista” (para além de governismos e patrocínios grupusculares).

Como ser humano, o legislador padece de aversão à perda, desproporcional em relação aos ganhos. Tende a preservar o *status quo*. É passível de contágio emocional e, se não cuidar, decide com base em atalhos perigosos. Costuma sucumbir à miopia temporal e ser enganado pelo viés do otimismo excessivo. Forma estereótipos, cego para vieses implícitos. Decide milésimos de segundos antes de ter a consciência disso e se encontra predisposto a extinguir rápido demais as dissonâncias para não conviver com o estresse da complexidade. Entretanto, o que há de alentador, nos estudos científicos sobre o comportamento humano, radica na possibilidade de conhecer os bastidores da produção normativa de significados. Claro que existe perigo nisso: o desavisado pode imaginar que os condicionamentos são fatais e inelutáveis. Espera-se ter deixado claro que isso não é verdade.

Como frisado, aos desvios sistemáticos podem ser contrapostas novas rotinas reflexivas, desde que o legislador democrático perceba que os desvios cognitivos limitam e toldam a sua capacidade de avaliação prudencial. Em suma, eis as ideias de fundo: (a) Os condicionamentos preliminares habitam o núcleo das

composing self-regulation. *Social Cognitive and Affective Neuroscience Advance Access*, Oxford University Press, set. 2010, p. 1-5.

¹¹² Vide James Heckman, realçando a prioridade do desenvolvimento das chamadas *soft skills*: The technology and neuroscience of capacity formation. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 104(3): p. 13250-66. Vide, ainda, James Heckman e Yona Rubinstein, The importance of noncognitive skills: lessons from the GED Testing Program. *American Economic Review*, 91(2), p. 145-9.

escolhas legislativas. (b) Os hábitos mentais moldam o legislador e o condicionam. A rigor, jamais se extinguem, embora sejam substituíveis por rotinas alternativas. Viés não é sinônimo de fatalidade ou sina inexorável. (c) Crucial que o legislador democrático se compenetre de que nada mais é do que o plexo de suas rotinas mentais, das simples às mais elaboradas. Nesse quadro, o escrutínio dos vieses (*biases*) sobe de ponto, de molde a aperfeiçoar não apenas os aspectos cognitivos, mas os acervos de motivações, chaves pelas quais o representante avalia o mundo. (d) A decisão legislativa, tomada com atitude precavida perante os desvios cognitivos e de caráter, reclama (além do financiamento limpo de campanha) o pensamento conduzido pela reflexão de longo alcance, apta à negociação entre o senso prospectivo e as zonas de recompensa. (e) Todas as tentativas de reduzir, a qualquer preço, a complexidade do processo legislativo esbarram numa incompreensão dos caminhos que determinam, por intuições e razões, as escolhas normativas. (f) Em lugar do legalismo míope, com o seu exacerbado apreço acrítico às regras preexistentes, avulta o papel de crítica interdisciplinar dos hábitos reinantes na política legislativa. (g) O esclarecimento dos vieses não representa, por si, garantia de bom julgamento. Entretanto, auxilia poderosamente a vontade no sentido de produzir hábitos alternativos, que favorecem os condicionamentos capazes de conciliar a razão e a intuição, a democracia e a Constituição. (h) Com realismo inédito, o cientista do Direito percebe que, se os vieses estão sempre presentes no processo legislativo, imprescindível amplificar as pertinentes cautelas. Por todo o exposto, resulta cristalino que um dos maiores desafios, no âmbito da produção legislativa, será o de evitar os erros oriundos de vieses implícitos e explícitos, coibindo, na raiz, as arbitrariedades legislativas por ação e omissão.

292

REFERÊNCIAS

- ARIELY, Dan. *Predictably irrational*. New York: Harper Perennial, 2010.
- ARISTÓTELES. *The Nichomachean Ethics of Aristotle*. London: Bohn, 1850.
- BACON, Francis. *Ensaio sobre moral e política*. São Paulo: Edipro, 2001.
- BARGH, John; CHEN, Mark; BURROWS, Lara. Automaticity of social behavior: direct trait construct of stereotype activation on action. *Journal of Personality and Social Psychology*, 71 (1996): 230-44.
- BATEMAN, Thomas; SNELL, Bateman. *Administração*. São Paulo: Atlas, 2011.
- BENFORADO, Adam. Frames of injustice: the bias we overlook. *Indiana Law Journal*, v. 85, issue 4, p. 1363.
- BENFORADO, Adam. *Unfair*. New York: Crown, 2015.
- BETTI, Emilio. *Teoria generale de la intepretazione*. Milano: Giuffrè, 1955.
- CAPLAN, Bryan. *The myth of the rational voter*. Princeton: Princeton University Press, 2007.

O processo legislativo e as descobertas científicas sobre o funcionamento da mente

- CASEY, B. J.; CAUDLE, Kristina. *The teenage brain: self-control, current directions. Psychological Science*, 22 (2), p. 82-7.
- CHEMERINSKY, Erwin. *The case against the Supreme Court*. New York: Viking, 2014.
- CIALDINI, Robert. *Influence*. 4. ed. Boston: Allyn e Bacon, 2001.
- DAMÁSIO, António. *Descartes. Error: emotion, reason and the human*. New York: Avon Books, 1999.
- DAMÁSIO, António. *E o cérebro criou o homem*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- DAMÁSIO, António. *Em busca de Espinosa*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
- DAMÁSIO, António. *Self comes to mind*. New York: Vintage Books, 2012.
- DANZIGER, Shai; LEVAV, Jonathan; ANVNAIM-PESSO, Liora. Extraneous factors in judicial decisions. *Proc Natl Acad Sci USA*, 26 abr. 2011; 108(17): 6889-92.
- DAVIDSON, Richard; MCEWEN, Bruce. Social influences on neuroplasticity: stress and interventions to promote well-being. *Nature Neuroscience*, 15(5), 2012, p. 689-95.
- DEJOY, David. Optimism bias and traffic safety. *Proceedings of the Human Factors and Ergonomics Society Annual Meeting*, set. 1987 v. 31, n. 7, p. 756-9.
- FALK, Armin; DOHMEN, Thomas; HUFFMAN, David; SUNDE, Uwe. Homo reciprocans: survey evidence on behavioral outcomes. *Economic Journal*, v. 119, mar. 2009, p. 592-612.
- FREDERICK, Shane; LOEWENSTEIN, George; O'DONOGHUE, Ted. Time discounting and time preference: a critical review. *Journal of Economic Literature*, v. 40, n. 2, 2002, p. 351-401.
- FREEMAN, Michael (Eds.). *Law and neuroscience*. New York: Oxford University Press, 2011.
- FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997.
- GALBRAITH, John Kenneth. *A economia das fraudes inocentes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
- GIANETTI, Eduardo. *O mercado das crenças*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.
- GILBERT, Daniel. How mental systems believe. *American Psychologist*, v. 46, n. 2, fev. 1991, p. 107-18.
- GLADWELL, Malcom. *O ponto de virada*. Rio de Janeiro: Sextante, 2009.
- HATFIELD, Elaine; CACIOPPO, John; RAPSON, Richard. *Emotional contagion*. University of Cambridge, 1994.
- HECKMAN, James; RUBINSTEIN, Yona. The importance of noncognitive skills: lessons from the GED Testing Program. *American Economic Review*, 91(2), p. 145-9.
- INSENBERG, Daniel. Group polarization: a critical review and meta-analysis. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 50(6), jun. 1986, p. 1141-51.

JACKSON, Sarah; HILLIARD, Amy; SCHNEIDER, Tamera. Using implicit bias training to improve attitudes toward women. *STEM. Social Psychology of Education*, Springer, v. 17, n. 1, 2014, p. 419-38.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R. The law of implicit bias. *California Law Review*, v. 94, 2006, p. 969.

JONES, Owen; SCHALL, Jeffrey; SHEN, Francis. *Law and neuroscience*. Aspen, 2014.

KAHAN, Dan. Cognitive bias and the Constitution. *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, Paper 4693, 2013.

KAHAN, Dan. Emotions in risk regulation: competing theories. In: *Emotions and risky technologies*. Sabine Roeser (Ed.). London: Springer, 2010.

KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, fast and slow*. London: Penguin Books, 2012.

KAHNEMAN, Daniel. *Thinking: fast and slow*. New York: Farrar, Strauss & Giroux, 2011.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. On the reality of cognitive illusions. *Psychological Review*, v. 103(3), 1996, p. 582-91.

KNUTSON, Brian; WIMMER, G. Elliott; RICK, Scott; HOLLON, Nick G.; PRELEC, Drazen; LOEWENSTEIN, George. Neural antecedents of the endowment effect. *Neuron*, 58, 12 jun. 2008, p. 814-22.

LATANE, Bibb; NIDA, Steve. Ten years of research on group size and helping. *Psychological Bulletin*, 1981, v. 89, n. 2, p. 308-24.

LERNER, Jennifer; LI, Ye; WEBER, Eike. The financial costs of sadness. *Psychological Science*, jan. 2013, v. 24, p. 72-9.

LIBET, Benjamin. Do we have free will?. *Journal of Consciousness Studies*, 6, n. 8-9, 1999, p. 47-57.

LITVAK, Paul; LERNER, Jennifer. Cognitive bias. In: *The Oxford Companion to Emotion and the Affective Sciences*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

LOFTUS, Elizabeth. Our changeable memories: legal and practical implications. *Nature Reviews/Neuroscience*, v. 4, 2003, p. 231-4.

LUN, Janetta; SINCLAIR, Stacey; WITCHURCH, Erin R.; GLENN, Catherine. (Why) Do I think what you think? Epistemic social tuning and implicit prejudice. *Journal of Personality and Social Psychology*, 2007, v. 93, n. 6, p. 957-72.

MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

MACDONALD, Geoff; JENSEN-CAMBELL, Lauri A. (Eds.). *Social pain: neuropsychological and health implications of loss and exclusion*. Washington: American Psychological Association, 2011.

MEIER, Stephan; SPRENGER, Charles. Present-biased preferences and credit card borrowing. *American Economic Journal: Applied Economics*, v. 2, n. 1, 2010, p. 193-210.

MILLER, Dale; MCFARLAND, Cathy. Pluralistic ignorance: when similarity is interpreted as dissimilarity. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 53(2), ago. 1987, p. 298-305.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 32, n. 1: 273-296, jan./jun. 2016

O processo legislativo e as descobertas científicas sobre o funcionamento da mente

MISCHEL, Walter; AYDUK, Ozlem; BERMAN, Marc; CASEY, B. J.; GOTLIB, Ian H.; JONIDES, John; KROSS, Ethan; TESLOVICH, Theresa; WILSON, Nicole L.; ZAYAS, Vivian; SHODA, Yuichi. Willpower over the life span: decomposing self-regulation. *Social Cognitive and Affective Neuroscience Advance Access*, Oxford University Press, set. 2010, p. 1-5.

MLODINOW, Leonard. *Subliminar*. Como o inconsciente influencia nossas vidas. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

MOLL, Jorge; SOUZA, Ricardo de Oliveira. Primeiro sentimos, depois julgamos. *Mente e Cérebro*. Especial *O Segredo da Decisão*, n. 35, 2013, p. 48-55.

MOLL, Jorge; ZAHN, Roland; SOUZA, Ricardo Oliveira; KRUEGER, Frank; GRAFMAN, Jordan. The neural basis of human moral cognition. *Nature Reviews Neuroscience*, 6, 2005, p. 799-809.

MUELLER, Dennis. *Public policy III*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 209-405.

NICKERSON, Raymond. Confirmation bias. A ubiquitous phenomenon in many guises. *Review of General Psychology*, v. 2, n. 2, p. 175-220, 1998.

NICOLLE, Antoinette; FLEMING, Stephen M.; BACH, Dominik R.; DRIVER, Jon; DOLAN, Raymond J. A regret-induced status quo bias. *The Journal of Neuroscience*, 2 mar. 2011, 31(9): p. 3320-7.

PALMINI, André. Violência na perspectiva neurocientífica dos afetos e das decisões: por que não devemos simplificar os determinantes do comportamento humano. *Revista Brasileira de Psicoterapia*, 2010; 12(2-3), p. 211.

PALMINI, André; HAASE, Victor Geraldi. "To do or not to do"?. The neurobiology of decision-making in daily life. *Dementia & Neuropsychologia*, 2007; 1:10-7.

PANKSEPP, Jaak. *Affective neuroscience: the foundations of human and animal emotions*. New York: Oxford, 1998.

PANKSEPP, Jaak. Feeling the pain of social loss. *Science*, 2003; 302: p. 237-9.

PHELPS, Elizabeth; SOKOL-HESSNER, Peter. Social and emotional factors in decision-making: appraisal and value. In: DOLAN, R. J.; SHAROT, T. (Eds.). *Neuroscience of preference and choice: cognitive and neural mechanisms*. London: Academic Press, 2011.

PINKER, Steven. *Do que é feito o pensamento*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

PINKER, Steven. *Os anjos bons da nossa natureza*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

PIQUERAS-FIZMAN, Betina; SPENCE, Charles. The influence of the color of the cup on consumer's perception of a hot beverage. *Journal of Sensory Studies*, v. 27, out. 2012, p. 324-31.

PRONIN, Emily; KLUGER, Matthew. Valuing thoughts, ignoring behavior: the introspection illusion as a source of the bias blind spot. *Journal of Experimental Social Psychology*, 43, 2007, p. 565-78.

ROCHA, Armando Freitas da; ROCHA, Fábio T. In: *Neuroeconomia e processo decisório*. Rio de Janeiro: LTC, 2011

ROSS, Howard. *Everyday bias*. Lanham: Rowman-Littlefield, 2014.

SALZMAN, James; THOMPSON, Barton. *Environmental law and policy*. New York: Foundation Press, 2010.

SAMUELSON, William; ZECKHAUSER, Richard. Status quo bias in decision making. *Journal of Risk and Uncertainty*, 1: p. 8, 1988.

SANDEL, Michael. *What a money can't buy*. The moral limits of market. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2012.

SATEL, Sally; LILIENFELD, Scott. *Brainwashed: the seductive appeal of mindless neuroscience*. New York: Basic Books, 2013.

SAXE, Rebecca; YOUNG, Liane. An fMRI investigation of spontaneous mental state inference for moral judgment. *Journal of Cognitive Neuroscience*, jul. 2009, v. 21, n. 7, p. 1396-405.

SECHRIST, Gretchen; STANGOR, Charles. When are intergroup attitudes based on perceived consensus information?. *Social Influence*, v. 2, Issue 3, 2007.

SHAROT, Tali. The optimism bias. *Current Biology*, v. 21, Issue 23, dez. 2011, p. 941-5.

SHAROT, Tali. *The optimism bias*. New York: Pantheon, 2011.

SLOVIC, Paul; FINUCANE, Melissa; PETERS, Ellen; MACGREGOR, Donald G. The affect heuristic. In: GILOVICH, Thomas; GRIFFIN, Dale; KAHNEMAN, Daniel (Eds.). *Heuristics and biases*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

SOKOL-HESSMER, Peter; CAMERER, Colin; PHELPS, Elizabeth. Emotion regulation reduces loss aversion and decreases amygdala responses to losses. *Social Cognitive Affective Neuroscience*, 2012.

STEELE, Claude. A threat in the air: how stereotypes shape intellectual identity and performance. *American Psychologist*, v. 52(6), jun. 1997, p. 613-29.

SUNSTEIN, Cass. Empirically informed regulation. *The University of Chicago Law Review*, 78, 2011, p. 1349-429.

SUNSTEIN, Cass. *Going to extremes: how like minds unite and divide*. New York: Oxford University Press, 2009.

SUNSTEIN, Cass. *The partial Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard. *Nudge*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

TETLOCK, Philip. *Expert political judgement*. Princeton: Princeton University Press, 2005.

THE DIALOGUES OF PLATO. Oxford: Clarendon Press, 1953. v. 4.

TORRES, Cláudio Vaz; VEIGA, Elaine Rabelo (Orgs.). *Psicologia social: principais temas e vertentes*. Porto Alegre: Artmed, 2011.

WEST, Richard; MESERVE, Russell; STANOVITCH, Keith. Cognitive sophistication does not attenuate the bias blind spot. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 103(3), set. 2012, p. 506-19.

WILLIAMS, Bernard. *Moral*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

Data de recebimento: 09/05/2015

Data de aprovação: 27/09/2015

OS CÂNONES DA JUSTIÇA FISCAL A PARTIR DO BINÔMIO EQUIDADE-EFICIÊNCIA

THE CANONS OF TAX JUSTICE FROM THE BINOMIAL EQUITY-EFFICIENCY

Maurin Almeida Falcão*
Guilherme Vieira Gomes Neto**

RESUMO

Esse artigo tem como escopo principal a definição do sentido e da dimensão do conceito de justiça fiscal. O tributo, como variável decorrente da vida em sociedade, passou por diversas etapas até atingir a sua modelagem atual, a qual se coaduna com a noção do Estado democrático de direito. Não seria possível pensar em uma sociedade sem tributo. Diante dessa inexorável realidade, a repartição do ônus tributário deve ocorrer de forma equânime e eficiente como único meio de garantir a aplicação dos cânones da justiça fiscal. Por isso, o trabalho se propõe a descrever as diversas formas rudimentares de tributação até a emergência do Estado fiscal. Nessa hipótese, procurar-se-á estabelecer um vínculo entre as noções de Estado fiscal de direito, de solidariedade e de justiça fiscal, valores estes que devem predominar entre os membros do corpo social.

Palavras-chave: Estado fiscal; justiça; justiça fiscal; solidariedade; binômio equidade/eficiência.

ABSTRACT

This article has the scope of defining the meaning and dimension of the concept of tax justice. The taxes, as a variable resulting from life in society, went through several stages to reach its current modeling, which is consistent with the notion of the democratic state of law. It would not be possible to think of a society without taxes. Faced with this inexorable reality, the distribution of the tax burden should occur in an equitable

* Pós-doutor. Doutorado, European Label, em Direito Tributario Internacional pela Universidade de Paris. Mestre em Administração Tributaria pela Universidade de Paris. Professor assistente da Universidade Católica de Brasília. Leciona no Mestrado em Direito e nos cursos de Direito e de Relações Internacionais da Universidade Católica de Brasília. E-mail: mfalcao@pos.ucb.br.

** Mestrando pela Universidade Católica de Brasília. E-mail: guilhermevieiragomes@hotmail.com.

and efficient manner as the only means of ensuring the application of the canons of justice. Therefore, the study aims to describe the various rudimentary forms of taxation until the emergence of the tax state. In this case, it will try to establish a link between the notions of fiscal rule of law, solidarity and fiscal justice, these values should prevail among the members of the society.

Keywords: tax state; justice; tax justice; solidarity; binomial equity/efficiency.

INTRODUÇÃO

298 A reflexão acerca da melhor forma de repartir de forma equitativa e eficiente o ônus tributário decorrente da vida em sociedade se constituiu, desde sempre, no objetivo central dos sistemas tributários ocidentais. Moldado nas peculiaridades históricas e culturais de cada povo, por isso impregnado de forte conteúdo sociológico, o perfil desses sistemas se constituiu na reprodução fiel dos valores da grande sociedade solidária. A partir desse pressuposto, pode-se afirmar que a implicação de todos no processo social decorreria da participação de cada um no financiamento da ação coletiva segundo os cânones da justiça fiscal. Dessa forma, a repartição dos encargos provenientes do intervencionismo estatal se situaria no intramuros do contratualismo social, tendo passado, em consequência, por diversos estágios. Do liberalismo à social-democracia, do neoliberalismo à pós-modernidade, a noção de justiça fiscal foi sendo modelada na medida das transformações sociais, econômicas e políticas. Sem dúvida, pode-se afirmar que a sua amplitude refletiu, em todos os momentos, uma disputa de classes como havia previsto Marx, a igualdade de condições idealizada por Tocqueville, a coesão social de Durkheim e a disputa pela riqueza social antevista por Walras.

A emergência do Estado fiscal desencadearia um sem-número de esforços tendente a delimitar os domínios da teoria normativa, com reflexo imediato nas questões estreitamente correlacionadas à justiça fiscal. O fato é que a presente realidade demonstra que os países ocidentais adotaram a concepção de um Estado Fiscal construído com base em deveres sociais, em maior ou menor escala, e que se constituem nos sólidos alicerces da democracia sociopolítica prevalecente. Assim, é importante notar que o atual estereótipo do Estado fiscal, ou Estado democrático de direito, é fruto de uma longa evolução histórica, deixando para trás os modelos feudal, patrimonial, policial ou fiscal minimalista.

O Estado fiscal democrático de direito traz em sua concepção original a ideia de justiça fiscal e de solidariedade e tem como amálgama o tributo como meio de coesão entre os membros do corpo social. Esses dois ideais se constituíram na razão de ser da grande sociedade solidária.

Portanto, em face do acervo histórico e sociopolítico que cerca a noção de justiça fiscal, este trabalho se propõe a descrever, preliminarmente, a emergência do Estado fiscal e dos valores que expressam as bases de uma sociedade justa e democrática. Posteriormente, com o intuito de abalizar os conceitos necessários ao deslinde do presente trabalho, será desprendido um esforço na difícil elaboração do conceito de justiça, sendo trazidas à colação as lições de Habermas e Rawls, dentre outros. Finalmente, a análise se debruçará sobre o conceito de justiça fiscal a partir dos institutos do consentimento, da capacidade contributiva e de outras não menos importantes como a justa repartição dos encargos decorrentes do financiamento estatal. Nesse contexto, os pressupostos inerentes ao binômio equidade e eficiência se constituem nos cânones da justiça fiscal, a qual deve ser equânime na distribuição do fardo tributário e eficiente na arrecadação, meio vital para a preservação do Estado democrático de direito.

A EMERGÊNCIA DO ESTADO FISCAL

A emergência do Estado fiscal e a sua atual dimensão política decorrem de uma longa maturação, na qual se pôde vivenciar as diferentes transições para a ordem democrática, tendo despertado, por isso, reações nos mais diversos segmentos ideológicos e não sendo desprovidas de um apaixonado debate. A partir do princípio do consentimento, insculpido na magna Carta do Rei Joao Sem Terra em 1215 e confirmado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que pode ser considerada o marco inicial da tributação moderna por contemplar ainda o princípio da capacidade contributiva, o tributo passou a ganhar contornos democráticos, constituindo-se na pedra angular da vida em sociedade. Entretanto, lançadas as bases para uma tributação moderna e em bases democráticas, o tema passou a ser objeto de controvertido debate, notadamente em razão da busca pela melhor forma de repartir o ônus fiscal. Passaram a ganhar terreno, desse modo, as discussões em torno da justiça fiscal. Em última instância, o instituto passou a ser visto como um utensílio de aperfeiçoamento do viés democrático que se impregnava gradualmente no âmbito do então incipiente Estado fiscal.

Contudo, deve ser observado que o Estado e as formas primárias que o antecederam foram submetidos a diversas modalidades de financiamento antes de se atingirem os patamares que poderiam ser considerados, no contexto sociopolítico contemporâneo, como sendo de um Estado democrático de direito. Ora mantida pelos seus próprios recursos (Estado patrimonial), ora suportados pelos povos dominados (servidão) e, por fim, sustentada por seus cidadãos, com alicerce nos princípios do consentimento e da capacidade contributiva, a ação coletiva conheceria diversas formas de financiamento do consenso social.

A noção de tributo na época dos impérios, por exemplo, surge vinculada ao estigma de servidão e de domínio. Às classes inferiores ou aos povos dominados era reservado o fardo pesado dos impostos. A tributação parasitária decorria, assim, da imposição sobre determinadas classes, revelando então, desde os primórdios, um sistema de luta de classes que ocorre ainda hoje sob outras formas.

No medievo, influenciado por concepções religiosas de igualdade entre os homens, o ônus tributário foi-se afastando da concepção de submissão e de escravidão à tributação dominial. Nesse arquétipo, próprio do sistema feudal, prevalece o financiado não mais por povos dominados, mas pelos seus próprios recursos. Nesse modelo patrimonial, os bens, principalmente os imóveis e as propriedades rurais, pertencem aos senhores feudais, que permitem aos particulares a sua utilização em troca de parte da produção agrícola. Esse contexto se enquadra no modelo feudal caracterizado pelas relações de vassalagem (dependência pessoal) e de autoridade e posse da terra e que predominou durante a Idade Média. A tributação dominial, em que o tributo se vinculava à proteção e ao direito de exploração das terras pertencentes aos senhores feudais, inclusive a realeza, perdeu por grande parte da Idade Média. Todavia, a crise do sistema feudal foi identificada por Shumpeter como inexorável e decorrente de modificações irreversíveis e profundas das condições sociais¹. Sem dúvida, a falência do modelo medieval levaria ao aparecimento de um novo paradigma tributário, seria uma questão de tempo. Os grupos dominantes viam como imprescindível, a busca de outros meios de financiamento para manutenção do *status quo*. Conforme observou Leroy, essa crise era a crise da economia dominial e justificou, por isso, o surgimento do Estado fiscal moderno ao final da Idade Média². As constantes guerras e a necessidade de novos recursos para a manutenção das regalias do rei exigiam novas formas de custeio, dando início à tributação regaliana. Nessa fase de primazia do absolutismo, ocorreu o conseqüente abandono da concepção patrimonialista. Com isso, iniciou-se a transição para um período no qual o ônus tributário passou a recair sobre o indivíduo comum, sem, contudo, contemplar as formas mais democráticas de tributação, como a capacidade contributiva, por exemplo.

Retomando as origens do consentimento, a Inglaterra se envolveu em conflitos que geraram altos custos e degaste político entre a autoridade real e os nobres. Em conseqüência, a elevação dos impostos e a tentativa de impor a taxa-ção das propriedades do clero culminariam em uma grave crise política. Na esteira desses acontecimentos, para não ser deposto, o rei João Sem Terra acataria

¹ SCHUMPETER, Joseph A. The crisis of the Tax State. In: *The economics and sociology of capitalism*. Princeton: Princeton University Press, 1991, p. 113.

² LEROY, Marc. *L'impôt, l'État et la société: la sociologie fiscale de la démocratie interventionniste*. Paris: Economica, 2010, p. 45.

as determinações impostas pela Magna Carta de 1215. Dentre outros, a insigne carta trazia em seu bojo o princípio do consentimento, segundo o qual não haveria tributação sem prévia representação. Assim, só poderiam ser instituídos novos tributos com a anuência do Parlamento. Esse episódio daria origem ao princípio da legalidade tributária, ou melhor, da legitimação do poder tributante, o que se constituiria em uma base política importante para a sustentação do Estado moderno e democrático.

Ainda quanto ao modelo absolutista, de forma diferente das fases anteriores, nas quais prevaleciam os modelos parasitário e dominial, passou-se a exigir dos próprios dominados ou vassalos os recursos necessários à manutenção dos poderes constituídos. Dessa perspectiva, surgiu um rudimentar protótipo de Estado Fiscal, ainda que confundido com a figura do rei. Deve-se notar que o desdobramento desse período histórico proporcionou a ascensão da burguesia, classe social formada principalmente por comerciantes com significativo poder econômico e sobre quem recaía o ônus decorrente do financiamento coletivo. Todavia, apesar desse poder, a burguesia não detinha os mesmos *status* e benefícios concedidos à aristocracia. De qualquer forma, o seu enriquecimento permitia-lhe gozar de crescente liberdade e poder, passando então a dominar a vida política, social e econômica a partir da Revolução Francesa.

Como asseverado, a Revolução Francesa, portadora dos ideais de igualdade, liberdade e fraternidade, trouxe em seu bojo a Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, inserindo, dessa forma, a noção da capacidade contributiva, segundo a qual o cidadão participaria da ação coletiva conforme as suas faculdades econômicas. Em consequência, consolidar-se-iam de vez os alicerces do Estado Fiscal, “cuja principal característica é seu modo de financiamento ser prioritariamente por tributos”³ oriundos da riqueza do particular, que transferirá uma parcela ao Estado. A concepção basilar do Estado Fiscal se situa no pressuposto segundo o qual a atuação estatal será conduzida a partir, principalmente, dos tributos pagos por seus cidadãos. Assim sendo, quanto maiores forem as atribuições atribuídas ao Estado intervencionista, maiores serão os custos de sua manutenção e, conseqüentemente, maior será o sacrifício fiscal a ser suportado pelo cidadão-contribuinte.

Posteriormente, a passagem da sociedade tradicional à moderna ocorre com a Revolução Industrial, que se constituiu em importante motor de transformação social com a substituição do trabalho artesanal das corporações de ofício pelos novos modos de produção. Como consequência da fuga do homem do campo para as cidades, um processo importante de reorganização urbana se iniciou. A junção dessas variáveis levou a uma nova arquitetura das relações sociais com o

³ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 29.

surgimento de outras classes. As disputas ocorridas na fase pós-Revolução Industrial impuseram a necessidade de intervenção estatal, destinada a manter a paz social e garantir o bem-estar dos indivíduos. Com efeito, as falhas do mercado liberal provocaram “o rompimento com a sociedade clássica, trazendo novas formas de democracia e de justiça social, possibilitando dessa forma, a mobilidade social”⁴. Esses componentes da incipiente sociedade solidária seriam financiados, essencialmente, por meio da participação de todos no processo social, o que se daria por intermédio do sacrifício fiscal.

É importante observar que a ocorrência desses fatos levaria à formação de uma mudança social, que daria origem à sociologia, concebida para explicar esses eventos. A análise sistemática dos fatos sociais ocorridos na fase pós-Revolução Industrial importaria na busca por mais democracia, justiça e solidariedade. O tributo ocupou um lugar importante nesse contexto, não apenas pela progressividade que se impunha, mas também pela criação de uma mentalidade voltada para a participação de todos no progresso social. Nessa direção, Rosanvallon sintetizou de forma bastante objetiva o papel do tributo na então incipiente social-democracia. O sociólogo arrematou que somente no final do século XIX o tributo seria visto como possível instrumento de reforma social⁵. Inúmeros estudiosos dos fatos sociais, dentre eles Durkheim, contribuíram para a construção de uma sociedade solidária, tendo esse dado, segundo Donzelot, a nobreza teórica com a publicação da obra *De la division du travail social*, em 1893⁶. Em síntese, a paisagem social do século XIX foi devidamente percebida por Durkheim, o qual daria uma contribuição significativa para a afirmação da sociologia, como observou Donzelot⁷:

De la naissance de la sociologie comme discipline constituée avec Durkheim, de la mise en évidence par celui-ci d’un plan de consistance spécifique du social – avec les notions de solidarité et d’anomie –, on parle classiquement comme d’une étape de la Science, comme d’une découverte: la théorie durkheimienne serait ainsi le fruit de la dissipation progressive de représentations erronées qui encombraient le paysage et gênaient la perception du social en tant que tel.

Deve ser observado que esse contexto de transformações sociopolíticas foi marcado pelo confronto ideológico entre o paradigma do Estado mínimo de inspiração liberal e o recém-inaugurado Estado Social, que espelhava o novo

⁴ FALCÃO, Maurin Almeida. Os efeitos da mudança social sobre o binômio tributação e democracia na sociedade pós-Revolução Industrial. *Direito, Estado e Sociedade*, 43, Rio de Janeiro, 2013, p. 97.

⁵ ROSANVALLON, Pierre. *La société des égaux*. Paris: Éditions du Seuil, 2011, p. 227.

⁶ DONZELOT, Jacques. *L’invention du social*. Paris: Éditions du Seuil, 1994, p. 75.

⁷ DONZELOT, Jacques, op. cit., p. 76.

papel do Estado e de suas instituições. Nos cânones liberais, não caberia ao Estado intervir na economia, que seria regida pela “mão invisível” do mercado. Nessa perspectiva, os tributos teriam natureza puramente arrecadatória e decorreriam de uma espécie de contraprestação oferecida pelo Estado. Tal vertente leva à teoria da equivalência ou princípio do benefício, intrinsecamente relacionada ao Estado mínimo. Por isso, os liberais pregavam a completa dissociação entre o Estado e a economia, que, por sua vez, deveria ser estimulada e regulada pelo próprio mercado (e não pela elite política). O tributo, segundo os liberais, seria, assim, o preço pago pelos cidadãos ao ente estatal para se livrar das amarras do Estado.

Por outro lado, na segunda concepção, “ao lado do aspecto arrecadatório dos tributos, assumem relevância, no Estado social democrático de direito, suas funções distributiva e alocativa, esta especialmente em seu viés indutor”⁸. A carga tributária é incrementada com o objetivo precípuo de sustentar o Estado Social. Ungido ao posto de veículo de redução das desigualdades e do déficit social, o tributo seria o pomo da discórdia entre as forças ideológicas. Diante da mudança social, o Estado deixa a cômoda posição de mero fiador do pensamento liberal e se transforma no protagonista da redistribuição de riquezas e da instrumentalização da justiça social. Piketty notou que as teorias modernas de justiça social exprimiram essa ideia sob a forma do princípio do *maxim*, segundo o qual a sociedade justa deve maximizar as oportunidades e condições de vida mínimas oferecidas pelo sistema social, conforme as noções introduzidas por Kolm e Rawls⁹.

Não obstante os antagonismos de cada uma das concepções que norteiam a ação do Estado Fiscal, fica evidente que este deve ater-se ao papel de árbitro do equilíbrio social. Contudo, não se constitui no único protagonista dessas mudanças. Nesse sentido, Schoueri pontua:

No Estado do século XXI, desaparece a crença de que o Estado seja veículo para o resgate das camadas sociais desfavorecidas, mas permanece o desejo social, prestigiado pelo Direito, de que a desigualdade seja reduzida. O instrumento para o exercício da liberdade coletiva já não mais será o Estado, mas a própria sociedade.

O retorno da liberdade à sociedade civil, com a negação da onipresença estatal, devolve a questão de limites para a tributação. O tributo é justificado somente na medida em que seja indispensável e na extensão em que se espera uma atuação estatal na construção de uma liberdade coletiva, de inclusão social¹⁰.

⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo, op. cit., 1999, p. 33.

⁹ PIKETTY, Thomas. *L'économie des inégalités*. 6. ed. Paris: La Découverte, 2008, p. 4.

¹⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo, op. cit., 1999, p. 35.

Os fatos históricos demonstram que o Estado amplia gradualmente a sua intervenção e, em consequência, necessita de mais recursos para executar suas funções. Dessa constatação extrai-se que a atual configuração dos Estados Modernos decorreu da evolução do intervencionismo, que, galgando sempre patamares mais altos, tornou impossível desassociá-lo do tributo como meio de coesão social. Discorrendo sobre o tema, Godoi aponta que:

No Estado Fiscal, as necessidades públicas são eminentemente satisfeitas pelo Estado e suas divisões, e não por serviços prestados diretamente pelos próprios cidadãos; os encargos em dinheiro exigidos dos cidadãos para custear as atividades estatais deixam de ser esporádicos e passam a ser regulares e estáveis; as novas funções assumidas pelos Estados contemporâneos provocam a necessidade crescente de recursos, tornando o imposto uma instituição política fundamental; sendo uma prestação compulsória, o imposto traz em si a marca da soberania do Estado¹¹.

Assim, tem-se que o Estado possui como fonte de financiamento principal os tributos pagos pelos cidadãos e que, em sua atual configuração, não gerariam as receitas suficientes para o seu sustento.

AS DIFERENTES PERCEPÇÕES DO CONCEITO DE JUSTIÇA

304

Tema da mais elevada importância no campo da sociologia e da filosofia, a “justiça” foi objeto de análise de um número importante de pensadores. Diferentes acepções do que seria justiça e quais os elementos essenciais que a compõem há muito são objeto de estudo. Afinal, qual é a noção de justiça?

Sem dúvida, não se trata de uma resposta simples. Como será demonstrado, não é possível afirmar que exista uma resposta única a essa questão. Godoi assim ressaltou o seu papel:

As normas de justiça representam os conceitos que os seres humanos, ao longo dos séculos, tomaram para si acerca do “justo” e do “injusto”; ou seja, as normas de justiça são as normas que ao longo dos tempos foram tomadas pelos homens em sociedade como “válidas” quando se tratava de julgar as condutas para as valorar como “justas” ou “injustas”¹².

Da lição acima extrai-se que a justiça não pode ser concebida isoladamente. Em outras palavras, a compreensão do que é ou não justo decorre de valores que fundamentam como adequada determinada situação. Nesse contexto, a atuação

¹¹ GODOI, Marciano Seabra de. Tributo e solidariedade social. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (Org.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 154.

¹² GODOI, Marciano Seabra de. *Justiça, igualdade e direito tributário*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 14.

estatal não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social. Destarte, a intervenção do Estado será tida por justa ou arbitrária a depender da presença ou não de uma justificativa racional e plausível. Kelsen, abordando o tema, assim afirmou:

Justiça é a qualidade de uma conduta humana relativa ao tratamento de um indivíduo por outro, especialmente o tratamento dos indivíduos de uma comunidade por parte do legislador ou do magistrado. Confrontada tal conduta (ordem do ser) com o conteúdo de uma norma de justiça (ordem do dever ser), obtém-se um juízo segundo o qual a conduta é justa (valiosa) ou injusta (desvaliosa)¹³.

O jurista austríaco, ao se aprofundar na questão, concluiu que o princípio de justiça da igualdade teria como único teor possível o fato de tratar todos os indivíduos por igual, desconsiderando todo e qualquer critério que desiguale os indivíduos na ordem dos fatos. “Assim, para Kelsen, somente se pode aplicar a regra da justiça da igualdade se tratarem todos os homens da mesma forma, vedada qualquer distinção.”¹⁴ Prosseguindo, Kelsen afasta a noção de valores universais inerentes à natureza humana e fundamenta sua opinião na observação de que, ao longo dos tempos, surgiram diversas normas de justiça, cada uma delas privilegiando determinados valores, o que demonstraria que cada uma dessas normas de justiça constitui um valor relativo, atendendo aos interesses reconhecidos como dignos pelo formulador da ordem¹⁵. De tal modo, para o mestre de Viena, a justiça absoluta é um ideal irracional que assim pode ser sintetizado:

Se, no problema da justiça, partirmos de um ponto de vista racional-científico, não metafísico, e reconhecermos que há muitos ideais de justiça diferentes uns dos outros e contraditórios entre si, nenhum dos quais exclui a possibilidade de um outro, então apenas nos será lícito conferir uma validade relativa aos valores de justiça constituídos através destes ideais¹⁶.

Concordando com a inexistência de um conceito absoluto de justiça, como defendido por Kelsen, mas expondo um ponto de vista diferente, Perelman divide a concepção de justiça em dois substratos distintos. O primeiro, o da justiça formal, composto por elementos comuns às diversas noções de justiça concreta. O segundo, o da justiça concreta, aquela aplicada a partir de valores erigidos como critério de distinção para definir a qual categoria essencial pertence o indivíduo.

¹³ KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 4.

¹⁴ GODOI, Marciano Seabra de. *Justiça, igualdade e direito tributário*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 17.

¹⁵ KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 30.

¹⁶ KELSEN, Hans, op. cit., p. 17.

Perelman reconhece a inexistência de um conceito único e verdadeiro de justiça concreta, que suplantaria as demais concepções. Com efeito, a justiça concreta baseia-se em valores estabelecidos como os mais importantes em determinada sociedade, mas que podem ser contraditados por outros valores que suportam a escolha de outra fórmula concreta de justiça estabelecida em comunidades diferentes, sem que seja possível convencer cientificamente qualquer das partes de que sua posição está equivocada. Em resumo, a justiça concreta vincula-se a valores preestabelecidos para justificar a divisão de seus indivíduos em categorias distintas. Como essa ideia de justiça baseia-se em valores inerentes a cada povo, é possível que haja distintos critérios para justificar diversas formas de categorização. É possível, inclusive, que o critério escolhido por uma comunidade seja contrário ou tido por injusto em outra, mas que não se permita apontar um critério como superior ao outro. Conforme o próprio autor:

306

Todo sistema de justiça constitui apenas o desenvolvimento de um ou de vários valores, cujo caráter arbitrário é vinculado à própria natureza deles. Isso nos permite compreender por que não existe um único sistema de justiça, porque podem existir tantos quantos valores houver. Daí resulta que, se uma regra é considerada injusta por alguém que preconiza outra fórmula de justiça concreta, portanto outra distribuição de categorias essenciais, basta registrar o antagonismo que opõe os partidários das diferentes fórmulas de justiça, cada um deles pondo em primeiro plano um valor diferente¹⁷.

Demonstrando essa situação, Perelman elenca as seis concepções mais correntes de justiça concreta (partindo de critérios como a igualdade plena para todos, independentemente de quaisquer características, passando pela adoção de critérios como necessidade, mérito, obras e até mesmo a lei). Ciente dessa realidade, pontua que “a justiça formal é um princípio de ação segundo o qual os indivíduos de uma mesma categoria (que por isso é chamada essencial) devem ser tratados da mesma forma”¹⁸. Em outras palavras, haverá igualdade na justiça formal quando, estabelecidas concretamente as distinções entre as categorias essenciais, seja dado igual tratamento àqueles pertencentes a uma mesma categoria.

Esclarecendo ainda a sua visão de justiça, Perelman afirma existir uma parte comum a todas as concepções de justiça concreta, a qual ele nomeou de justiça formal, que permitiria dizer quando um ato é considerado justo. “A justiça de um ato consiste na igualdade de tratamento que ele reserva a todos os

¹⁷ PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 59.

¹⁸ GODOI, Marciano Seabra de. *Justiça, igualdade e direito tributário*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 21.

membros de uma mesma categoria essencial.”¹⁹ Em síntese, no enfoque dado pelo autor, a justiça não será caracterizada a partir dos valores elencados como critérios para a definição das categorias essenciais, mas sim pelo tratamento isonômico dado aos membros de uma mesma categoria. Por isso, haverá justiça se for aplicado o mesmo tratamento a todos os membros de uma mesma categoria essencial, independentemente dos critérios utilizados para distingui-las.

Rawls viria a esboçar outra teoria de justiça. O filósofo proporia dois princípios de justiça social a partir da estrutura básica da sociedade, ou seja, “o sistema pelo qual as principais instituições distribuem os direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão das vantagens provenientes da cooperação social”²⁰. A doutrina de Rawls “preocupa-se com a justiça verificada na atribuição de direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos e com a real igualdade de oportunidades econômicas e de condições sociais nos diversos extratos da comunidade”²¹. Para compreender a teoria rawlsiana, deve-se ter em mente as seguintes premissas: I) parte-se de uma posição original na qual os indivíduos não sabem qual posição econômica ou *status* social ocuparão, bem como ignoram seus dotes ou habilidades físico-mentais; II) existe uma regra de prioridade entre os princípios de justiça propostos, ou seja, o primeiro sempre prevalecerá sobre o segundo; III) em decorrência da segunda premissa, não é admitida qualquer violação dos direitos e liberdades básicos e iguais em detrimento de maiores vantagens econômicas ou sociais; IV) as liberdades básicas possuem um núcleo central de aplicação que só poderá ser restringido ou limitado por outras liberdades básicas, ou seja, essas liberdades só poderão ser limitadas em nome da própria liberdade.

É presumível que cada indivíduo defenda e entenda como justos os direitos que lhe beneficiem, portanto só seria possível definir princípios de justiça desvinculados de influências externas e condições pessoais se todos ignorassem suas habilidades, posição social e *status*. A proposta da situação hipotética da posição original é justamente essa: justificar consensual e racionalmente a escolha de determinados princípios de justiça segundo os quais ninguém é consciente de ser favorecido ou desfavorecido por contingências sociais e naturais. Em outras palavras, para chegar a um consenso imaculado sobre quais são os verdadeiros princípios da justiça é necessário que haja um véu de ignorância a impossibilitar os indivíduos de saber previamente se serão ou não beneficiados por determinadas escolhas, o que levaria todos a defenderem os reais princípios de justiça. Rawls demonstra em sua obra que os indivíduos na posição original escolheriam dois princípios de justiça:

¹⁹ PERELMAN, Chaïm, op. cit., 1996, p. 48.

²⁰ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 7.

²¹ GODOI, Marciano Seabra de. *Justiça, igualdade e direito tributário*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 43.

Estes dois princípios estabelecem em suma o seguinte: por um lado, é exigida uma igualdade radical na atribuição entre os indivíduos de direitos e deveres básicos ou fundamentais (primeiro princípio); por outro lado, considera-se que as desigualdades socioeconômicas entre os indivíduos somente são justas se for garantida uma igualdade equitativa de oportunidades, e as desigualdades resultarem em benefícios para todos os indivíduos, em especial para os menos favorecidos da sociedade, ou seja, não há injustiça nos maiores benefícios de alguns somente se a situação dos menos afortunados também melhorar com tal desigualdade (segundo princípio)²².

O primeiro princípio da justiça social de Rawls enuncia: “cada pessoa deve ter direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades básicas para todas as outras pessoas”²³. Por esse princípio, todas as liberdades e garantias fundamentais devem ser distribuídas igualitariamente entre todos os indivíduos, uma vez que em uma sociedade justa não pode haver divisão desigual quanto aos direitos fundamentais. Assim, nesse primeiro princípio de justiça, Rawls vincula-se à existência de condições materiais que garantam a todos os cidadãos oportunidades equitativas de participação e influência no processo político, ou seja, as liberdades básicas (liberdade de consciência, liberdade política e participação equitativa) não estarão satisfeitas com sua simples previsão formal, mas dependem de sua efetiva implementação e respeito.

O segundo princípio prega que “as desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de modo que, sejam ao mesmo tempo (a) consideradas vantajosas para todos dentro dos limites do razoável e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos”²⁴. Em outras palavras, admitir-se-ão desigualdades nos bens sociais primários (direitos, liberdades, oportunidades, prerrogativas, renda, riqueza e autoestima individual) quando tais posições e cargos estiverem abertos a todos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades, e ainda beneficiarem ou trouxerem vantagens consideráveis aos indivíduos menos favorecidos. Os bens sociais primários são definidos como coisas que se supõem desejadas por todo e qualquer homem racional, de forma independente de quais sejam os específicos planos e projetos de vida de cada indivíduo²⁵.

²² GODOI, Marciano Seabra de. *Justiça, igualdade e direito tributário*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 45.

²³ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 64.

²⁴ RAWLS, John, op. cit., p. 64.

²⁵ GODOI, Marciano Seabra de, op. cit., 1999, p. 53.

Os cânones da justiça fiscal a partir do binômio equidade-eficiência

Atente-se que, ao inverso do primeiro princípio – que não admite distinção entre as pessoas –, no segundo essa diferenciação é plenamente admitida, desde que traga benefícios para todos e que haja igualdade equitativa e real de oportunidades a todos. Ou seja, não basta que as melhores posições estejam formalmente abertas a todos; é necessário que exista a possibilidade real de todos os interessados concorrerem em condições isonômicas, independentemente de posições socioeconômicas ou de outros fatores externos.

Apontados os dois princípios e a respectiva ordem de prevalência entre ambos, Rawls completa sua teoria com o princípio da diferença, apresentando o enunciado seguinte:

Supondo-se uma estrutura social em que vigora o princípio da liberdade igual (primeiro princípio de justiça de Rawls) e o princípio da igualdade equitativa de oportunidades, as maiores expectativas (quanto ao rol de bens sociais primários) daqueles indivíduos que estão em melhor situação são justas se, e somente se, funcionam como parte de um esquema que melhora também as expectativas dos indivíduos menos favorecidos da sociedade. Assim, a ideia é a de que a desigualdade que beneficia os mais favorecidos deve também, necessariamente, beneficiar os menos favorecidos²⁶.

Portanto, da lição de Rawls extrai-se que haverá justiça quando estiverem garantidos os direitos e liberdades fundamentais a todos os cidadãos e que o acesso ao melhores e mais atraentes postos estejam abertos em igualdade de condições a todos e que tragam benefícios a toda a sociedade (principalmente aos menos favorecidos). Portanto, é admitida a diferença entre os membros da sociedade – não seria razoável pressupor que todos realizassem as mesmas funções –, contudo essa distinção só será possível quanto aos bens primários e quando trazer vantagens para todos.

Por outro lado, um posicionamento interessante é proposto por Habermas em sua teoria discursiva do direito, que, apesar de não cuidar diretamente do tema “justiça”, traz preciosa lição sobre a relevância dos critérios igualadores ou desigualadores:

Os critérios devem ser “justificados” em discursos próprios, e assim mostram-se por natureza problemáticos ou problematizáveis. Nesta justificação dos critérios, entra em cena o discurso comunicativo e seus pressupostos procedimentais. Assim, as razões para a justificação são boas ou de “peso” se forem capazes de ser demonstradas sob condições discursivas

²⁶ GODOI, Marciano Seabra de, op. cit., 1999, p. 54.

e mostrarem-se ao final aceitáveis racionalmente pelo público de cidadãos enquanto autores da ordem jurídica e atingidos seus efeitos²⁷.

Habermas, com sua teoria discursiva do direito, critica a ideia da “posição original” de Rawls ao apontar que, nas condições atuais pós-metafísicas, o direito legítimo é aquele que surge da formação discursiva da opinião e da vontade política dos cidadãos livres e iguais. Portanto, seria dispensável ou mesmo indesejado basear-se em uma situação de caráter necessariamente hipotética, enquanto as posições morais devem necessariamente ser postas por discursos efetivos e concretos. Em outras palavras, determinado direito seria válido e aceitável quando, discutido racionalmente entre os cidadãos livres, conclui-se por sua necessidade. Godoi elucida a preocupação de Habermas, dando ênfase ao discurso comunicativo entre atores emancipados:

O que importa para Habermas não é o fato de duas situações serem ou não tratadas de forma igual ou diversa, mas se tal igualdade ou diversidade foi fundamentada racionalmente através de um discurso comunicativo entre atores igualmente emancipados e dirigidos a um entendimento comum, cujo resultado é a identificação da relevância ou não dos fatos em comum entre dois indivíduos ou duas situações²⁸.

310

É importante notar que a teoria de Habermas serviria ainda para justificar a ideia de justiça concreta apresentada por Perelman, cuja eleição dos critérios para a definição das categorias essenciais estaria fundamentada racionalmente no discurso comunicativo entre atores igualmente emancipados. Diante das diversas formulações de justiça apontadas acima, apesar das críticas sofridas, entende-se que a teoria elaborada por Rawls é a que mais se coaduna com o objeto deste trabalho. Aprofundando-se ainda mais no tema e aproximando-se da seara tributária, passa-se a analisar o ideal de justiça fiscal e a relação entre a tributação e a garantia da igualdade entre os cidadãos.

OS CRITÉRIOS DA JUSTIÇA FISCAL

A noção de justiça fiscal é estreitamente ligada aos padrões do Estado Fiscal, não sendo possível apartá-los. Uma análise apressada da terminologia “justiça fiscal” remete à compreensão do combate à desigualdade por meio de tributos, fonte primeira de custeio do Estado Fiscal. Entretanto, essa visão superficial íntegra, em realidade, uma das inúmeras funções abrangidas por esse instituto.

²⁷ HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Tradução de Willian Regh. Cambridge: MIT Press, 1996, p. 414.

²⁸ GODOI, Marciano Seabra de. *Justiça, igualdade e direito tributário*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 83.

Os cânones da justiça fiscal a partir do binômio equidade-eficiência

O Estado Fiscal, como demonstrado anteriormente, é mantido essencialmente pelos tributos pagos pelos seus cidadãos. Dessa forma, os encargos atribuídos ao Estado (Estado social ou Estado mínimo liberal) definirão a efetiva dimensão dos custos a serem suportados por todos. Contudo, qualquer que seja o modelo de Estado Fiscal adotado, sempre existirá uma área mínima de atuação obrigatória dos entes estatais, conforme observaram Maria e Luchiesi Junior:

Os impostos, taxas e contribuições arrecadados pelo Estado não devem ser considerados apenas como mais uma obrigação do cidadão, mas como um preço da cidadania. A função dos tributos é satisfazer aquelas necessidades coletivas que não podem ser atendidas pelo setor privado. Os tributos servem para financiar as atividades do Estado, o qual, por sua vez, precisa de recursos para cumprir suas obrigações de prestação de serviços essenciais à população: segurança, educação, saúde, previdência e assistência social, transporte e comunicações, regulamentação, dentre outros. Tais serviços devem garantir a promoção da ordem, do bem-estar e do progresso aos grupos sociais que dele fazem parte²⁹.

O ideal de justiça fiscal, portanto, deve atentar para os seguintes aspectos: I) arrecadação justa dos tributos, II) correta aplicação da receita, e III) adequada redistribuição de renda. Antes de adentrar cada uma das perspectivas da justiça fiscal acima apontadas, deve ser ressaltado que elas são faces distintas de um mesmo objeto. Do mesmo modo, a efetivação de um aspecto não afasta a implementação dos demais. Ao contrário, a justiça fiscal só restará plenamente concretizada quando atender todas as dimensões apontadas. Não existe uma separação entre os elementos que compõem a justiça fiscal; cuida-se em realidade de enfoques diferentes aplicados ao mesmo objeto. Portanto, não raro a análise e a implementação de cada aspecto da justiça fiscal sobrepõem-se e se complementam mutuamente.

O primeiro desses aspectos – arrecadação justa dos tributos – pressupõe que a receita obtida seja suficiente para financiar as atividades estatais e que haja uma aplicação da lógica na qual aqueles que possuem mais posses devem contribuir com maiores valores. Esse aspecto sintetiza a concepção de equidade tributária, em que os sacrifícios suportados por cada contribuinte devem ser equivalentes.

Ao tempo do iluminismo, Rousseau havia proposto um contrato social entre os membros de uma sociedade, segundo o qual os indivíduos renunciam a parcela de sua liberdade em troca de maior segurança e do bem-estar da vida em sociedade. Nesse contexto, surge o dever de cada indivíduo de contribuir com o custeio e a manutenção do Estado, o que em um Estado Fiscal ocorre

²⁹ MARIA, Elizabeth de Jesus; LUCHIEZI JUNIOR, Álvaro. *Tributação no Brasil: em busca da justiça fiscal*. Brasília: Sindifisconacional, 2010, p. 15.

por meio do pagamento de tributos. Da idealização do contrato social de Rousseau aflora o dever de solidariedade entre os membros do corpo social. Yamashita expõe uma argumentação com o objetivo de correlacionar, justamente, a solidariedade e o Estado democrático de direito, de forma a implicar todos na questão social:

Sob a ótica da solidariedade, o Estado Democrático de Direito consiste, basicamente, na persecução de: i) justiça social – que busca redistribuição de renda e igualdade de chances a todos, ou seja, a capacidade existencial, econômica e cultural para viver e trabalhar, num nível razoável; ii) segurança social, ou seja, a) bem-estar social – consubstanciado especialmente na proteção existencial, garantida pela prestação de serviços públicos básicos e nos seguros sociais e b) assistência social, garantindo um mínimo de dignidade humana ao cidadão³⁰.

Captada a essência da solidariedade, pode-se afirmar que em um Estado democrático fiscal cada cidadão tem o dever de contribuir por meio de tributos para financiar a atividade estatal. Assim sendo, da noção de solidariedade entre os membros de uma sociedade nasce a doutrina do dever fundamental de pagar impostos, como bem explana Giannetti:

O dever fundamental de pagar impostos enfatiza o caráter solidário do tributo e que o Estado necessita dos meios (recursos financeiros de origem tributária) para realizar suas diversas atividades (prestações sociais)³¹.

312

A lição de Rousseau e a adoção do modelo democrático de Estado traz em seu cerne a percepção de que a existência do Estado só é plenamente justificada quando proporciona benefícios a seus cidadãos, ou seja, o Estado não é um fim em si mesmo, mas um meio de propiciar melhores condições à sua população. A existência do Estado só é legitimada quando satisfaz as necessidades coletivas e presta os serviços essenciais aos cidadãos. Deve-se sempre ter em mente que não é o indivíduo que deve viver para manter o Estado, mas o ente público que existe para beneficiar o indivíduo. Por esse motivo, a arrecadação deve limitar-se ao estritamente necessário para que o Estado realize suas funções essenciais, sob pena de tornar injusta a arrecadação de tributos. Expressa com clareza essa situação a proibição de utilização do tributo com efeito de confisco.

³⁰ YAMASHITA, Douglas. Princípio da solidariedade em direito tributário. In: GRECO, Marco Aurélio, GODOI, Marciano Seabra de (Org.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 59.

³¹ GIANNETTI, Leonardo Varela. *O dever fundamental de pagar tributos e suas possíveis consequências práticas*. Belo Horizonte, 2011, p. 83. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_GiannettiLV_1.pdf>. Acesso em: 14 out. 2015.

Os cânones da justiça fiscal a partir do binômio equidade-eficiência

Apontando essa correlação entre a arrecadação dos tributos e as obrigações impostas ao Estado, Giannetti, ao citar decisão do Tribunal Constitucional português, reconhece:

De facto, um Estado para poder cumprir as tarefas que lhe incumbem tem de recorrer a meios que só pode exigir dos seus cidadãos. Esses meios ou instrumentos de realização das suas finalidades são os impostos, cuja cobrança é condição da posterior satisfação das prestações sociais³².

Desse entendimento surge a doutrina do dever fundamental de pagar impostos, liderada por Nabais, que, em sua principal obra, assim leciona:

O dever fundamental de pagar imposto, como outro dever fundamental qualquer, pautado na solidariedade e integrante da esfera de cidadania da pessoa, permitirá ou trará suporte mínimo necessário para a realização de direitos fundamentais, entre eles a liberdade e propriedade³³.

Para essa doutrina, o tributo possuiria um caráter solidário, e, como tal, não poderia ser considerado um sacrifício infligido ao cidadão contribuinte, mas sim um dever inerente à natureza social do ser humano. Aqui, o imposto não pode ser visto como um fim em si mesmo; ele deve ser encarado como o meio de o Estado Social atingir seus fins. Portanto, dentro dessa acepção, a justiça do tributo existirá na exata medida das necessidades estatais, não se podendo admitir tributação destinada ao enriquecimento do Estado à custa de seu povo, ou seja, haverá injustiça quando o tributo for exorbitante, e, por outro lado, será ilegítimo o Estado que não prestar adequadamente os serviços essenciais por falta de recursos. Logo, só haverá justiça fiscal quando a arrecadação do tributo for restrita ao necessário para que o Estado atinja sua finalidade. De fato, o tributo possui um amplo leque de justificativas que o validam como indispensável à vida em sociedade. Tremoulinas, ao se referir ao tributo como o preço a pagar por uma sociedade civilizada, arrematou que, por ser obrigatório, o ônus decorre de uma manifestação do Estado como detentor da violência legítima³⁴.

O outro significado de justiça dos tributos está associado ao corolário de que os contribuintes mais abastados devem contribuir com maiores quantias, surgindo desse brocardo a noção de capacidade contributiva. Ao mesmo tempo, formulam-se críticas aos impostos indiretos e aos conceitos de regressividade e progressividade. Godoi relata a evolução do princípio da capacidade contributiva nos seguintes termos:

³² GIANNETTI, Leonardo Varella. *O dever fundamental de pagar tributos e suas possíveis consequências práticas*. Belo Horizonte, 2011. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_GiannettiLV_1.pdf>. Acesso em: 14 out. 2015, p. 86.

³³ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 186.

³⁴ TRÉMOULINAS, Alexis. *Comprendre la fiscalité*. Paris: Bréal, 2011, p. 61.

Pode-se traçar a seguinte sequência histórica no que tange à fundamentação da capacidade contributiva: em primeiro lugar, ela foi fundamentada nas teorias do benefício (conforme depreendemos do cânone da capacidade contributiva por Adam Smith), de cunho contratualista (século XVIII); depois como utilitaristas do século XIX firmou-se a teoria do sacrifício igual, que nada obstante diferente da teoria do benefício ostentava o mesmo viés individualista. Já no século XX, com a realidade do Estado Social, a capacidade contributiva foi colorida de maior caráter social (em detrimento das teorias anteriores) e vista como decorrente do princípio da solidariedade³⁵.

O princípio da capacidade contributiva determina que seja considerada no momento da cobrança dos tributos a capacidade econômica do contribuinte, ou seja, o tributo será cobrado de acordo com as possibilidades financeiras de cada um. Acrescenta ainda Godoi:

Esse princípio determina que o peso dos impostos seja distribuído entre os cidadãos de acordo com a capacidade econômica de cada um (sua renda, seu patrimônio, seu consumo). Mas implícita nesse princípio há a negação de uma série de parâmetros de distribuição das cargas públicas que foram utilizados no período anterior às revoluções liberais: condição e classe social, nacionalidade, religião etc. Por isso a capacidade econômica é um princípio tributário anunciado e defendido ardorosamente pelos economistas políticos da modernidade e pelos movimentos revolucionários do século XVIII³⁶.

314

Adam Smith, considerado por muitos o principal artífice do princípio da capacidade contributiva, ensina que:

Os súditos de cada Estado devem contribuir para a manutenção do Governo, na maior medida possível, em proporção a suas respectivas capacidades, sendo que “é na observância ou não observância deste princípio que consiste o que se denomina equidade ou a falta de equidade da tributação”³⁷.

A lição de Smith impõe um critério objetivo (capacidade econômica) como fundamental para a repartição dos tributos, afastando assim inúmeros outros critérios discriminatórios e desarrazoados (*exempli gratia*, raça, religião e nacionalidade). O princípio da capacidade contributiva “torna claro que os ricos devem

³⁵ GODOI, Marciano Seabra de. *Justiça, igualdade e direito tributário*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 219.

³⁶ GODOI, Marciano Seabra de, op. cit., p. 155.

³⁷ SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. São Paulo: Nova Cultural, 1988, p. 100.

pagar mais tributos do que os pobres, na medida em que os tributos constituem o sustentáculo material do Estado Moderno destinado a sustentar o aparelho estatal e perpetuar o *status quo*³⁸.

Torres complementa a ideia da seguinte forma:

Com a reaproximação entre ética e direito procura-se hoje justificar a capacidade contributiva pelas ideias de solidariedade ou fraternidade. A solidariedade entre os cidadãos deve fazer com que a carga tributária recaia sobre os mais ricos, aliviando-se a incidência sobre os mais pobres e dela dispensando os que estão abaixo do nível mínimo de sobrevivência. É um valor moral juridicizável que fundamenta a capacidade contributiva e que sinaliza para a necessidade de correlação entre direitos e deveres fiscais³⁹.

A aplicação prática do princípio da capacidade contributiva, especialmente no que diz respeito aos impostos, implica em aceitar os seguintes preceitos: a) Os tributos devem ser graduados em função da renda de cada contribuinte: quem ganha mais deve pagar mais; b) quanto maior for a base de cálculo de um tributo, maior deve ser sua alíquota; c) a renda mínima consagrada à sobrevivência deve ser livre de tributação⁴⁰.

Em outras palavras, o princípio da capacidade contributiva consagra o ideal de solidariedade, segundo o qual os cidadãos mais abastados devem contribuir com uma parcela maior em benefício dos mais pobres. Seria, portanto, uma maneira de diminuir as diferenças sociais e de redistribuir a renda dentro da sociedade. Verifica-se aqui a aplicação da teoria da justiça de Rawls ao garantir direitos e liberdades fundamentais aos indivíduos por intermédio dos tributos recolhidos dos cidadãos (primeiro princípio). Essa tributação, ao levar em consideração a capacidade contributiva, aponta no sentido de que aqueles que possuem bens sociais primários mais vantajosos devem contribuir para o benefício e proveito dos indivíduos menos favorecidos (segundo princípio). Logo, o princípio da capacidade contributiva torna admissível a diferença entre os membros da sociedade, desde que traga vantagens para todos, principalmente para os menos favorecidos.

³⁸ GODOI, Marciano Seabra de. *Justiça, igualdade e direito tributário*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 189.

³⁹ TORRES, Ricardo Lobo. Existe um princípio estrutural da solidariedade? In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (Org.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 201.

⁴⁰ MARIA, Elizabeth de Jesus; LUCHIEZI JUNIOR, Álvaro. *Tributação no Brasil: em busca da justiça fiscal*. Brasília: Sindifisconacional, 2010, p. 18.

Discorrendo sobre a importância da capacidade contributiva, Taboada apresenta interessante reflexão:

É necessário fazer uma distinção que nem todos os autores percebem: o princípio da capacidade contributiva não é a aplicação da regra “tratar os desiguais desigualmente”, mas a regra “tratar os iguais igualmente”. Pode parecer que, determinando que o rico desembolse mais dinheiro do que o pobre, o princípio estaria operando a máxima de que se deve tratar desigualmente os desiguais. Mas a fundamentação teórica do princípio, a teoria do sacrifício, mostra-nos que a capacidade contributiva é o critério pelo qual os iguais são tratados igualmente, na medida em que o rico, mesmo desembolsando mais dinheiro do que o pobre, tem o mesmo sacrifício do que este⁴¹.

316

Nas considerações feitas por Taboada reconhece-se no princípio da capacidade contributiva a concretização da equidade tributária, um dos fundamentos basilares da justiça fiscal. Da noção de capacidade contributiva surgem as críticas à adoção de impostos indiretos pela Administração Pública, que ocasionam os indesejáveis efeitos regressivos – situação na qual as pessoas mais pobres arcam com uma carga tributária superior à dos mais ricos. Por sua vez, um tributo é regressivo “quando guarda uma relação inversa com o nível de renda do contribuinte. Na medida em que sua renda aumenta, ele recolhe relativamente menos. Portanto, prejudicam os contribuintes menos abastados”⁴². Exemplificando as críticas sobre os impostos indiretos e a regressividade, têm-se as palavras de Godoi:

O peso maior dado à tributação indireta provoca a inevitável regressividade do sistema fiscal brasileiro (os contribuintes com menor rendimento arcam com ônus proporcionalmente maiores do que os ônus impostos aos contribuintes com maior rendimento). Esses efeitos poderiam ser minorados pela seletividade⁴³.

O imposto indireto traz a vantagem de facilitar a arrecadação dos tributos pelo ente estatal (aumenta a eficiência arrecadatória do Estado, pela qual o Poder Público utiliza menos recursos e obtém maiores receitas), entretanto sobrecarrega

⁴¹ TABOADA, Carlos Palao. Isonomia e capacidade contributiva. *Revista de Direito Tributário II*, 4, São Paulo, 1978, p. 131.

⁴² MARIA, Elizabeth de Jesus; LUCHIEZI JUNIOR, Álvaro. *Tributação no Brasil: em busca da justiça fiscal*. Brasília: Sindifiscoconacional, 2010, p. 127.

⁴³ GODOI, Marciano Seabra de. Tributo e solidariedade social. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (Org.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 162.

aqueles que possuem menor poder aquisitivo. Em outros termos, a tributação indireta não leva em consideração a capacidade contributiva do consumidor de determinado produto ou serviço, tributando todos sem distinção; ao aplicar a tributação nesses termos, promove-se uma igualdade meramente formal. Essa igualdade formal macula a noção de equidade, uma vez que os contribuintes mais pobres acabam dispendendo uma parcela maior de sua renda para pagar os impostos se comparados aos contribuintes mais ricos. Esse raciocínio fundamenta-se na seguinte lógica: se os produtos ou serviços custam o mesmo para todos, os mais pobres gastarão proporcionalmente maior parte de suas rendas do que os mais ricos para adquirir o mesmo bem. Constatada essa situação, fica evidente a violação ao princípio da capacidade contributiva, pois, na prática, os impostos indiretos acabam prejudicando os mais pobres, já que tendem a consumir uma parcela maior de suas rendas.

A regressividade característica da tributação indireta afeta diretamente os indivíduos de baixa renda, pois acabam pagando maior imposto. Ao adquirir o mesmo produto, a incidência é igual tanto para o consumidor de baixa renda como para o de alta renda. O primeiro, contudo, possui poder de compra menor, mas paga a mesma quantidade de imposto do segundo⁴⁴.

Reconhecida como injusta a conjuntura acima narrada, parte da doutrina propõe a imposição de tributos diretos com a aplicação de critérios como a proporcionalidade, a progressividade ou a seletividade. Os defensores da aplicação da técnica da proporcionalidade advogam que a tributação será justa se todos os contribuintes forem submetidos a idênticos sacrifícios fiscais, o que seria atingido com a aplicação de um percentual fixo sobre as respectivas bases tributáveis. Em simples palavras: sendo aplicado o mesmo percentual fixo a todos os contribuintes, seria atingida a justiça, pois, proporcionalmente, todos haveriam contribuído de forma igual, ou seja, os mais pobres contribuirão menos, na exata proporção de seus respectivos patrimônios, enquanto a contribuição (em valores absolutos) crescerá na medida em que cresce o poder econômico do contribuinte.

O tributo proporcional é aquele que não altera a estrutura da distribuição de renda. Ele incide proporcionalmente ao nível da renda. Os diferentes estratos de renda suportam o ônus tributário de maneira idêntica⁴⁵.

⁴⁴ MARIA, Elizabeth de Jesus; LUCHIEZI JUNIOR, Álvaro. *Tributação no Brasil: em busca da justiça fiscal*. Brasília: Sindifisco, 2010, p. 125.

⁴⁵ MARIA, Elizabeth de Jesus; LUCHIEZI JUNIOR, Álvaro, op. cit., p. 127.

Nos impostos sobre o consumo, a capacidade contributiva é atendida pela técnica da seletividade, tendo-se sempre em conta a repercussão do ônus econômico do tributo ao consumidor final (contribuinte de fato) e levando-se em conta a essencialidade dos produtos⁴⁶.

A técnica da proporcionalidade, apesar de atraente à primeira vista, leva à prática de uma isonomia meramente formal ao aplicar uma tributação baseada num mesmo percentual fixo sobre todos os contribuintes, mas que desconsidera aspectos relevantes como a utilidade marginal. Apontando essa situação, Musgrave chega à conclusão de que os impostos com alíquotas progressivas satisfazem melhor a teoria da igualdade de sacrifícios do que os impostos com alíquotas fixas, senão veja:

O caso do sacrifício proporcional é mais difícil. Sente-se uma certa tentação em concluir que a estrutura das taxas deve ser progressiva, desde que a utilidade marginal da renda decline. Se a utilidade marginal for constante, o igual sacrifício proporcional deixa clara a necessidade de uma taxa proporcional de impostos. Se a curva agora inclinar-se para baixo, enquanto os pagamentos de impostos permanecerem inalterados, haverá a impressão de que o contribuinte de alta renda cederá uma fração menor de sua utilidade total do que o contribuinte de renda baixa. Assim, a curva de taxas progressivas parece fazer-se necessária⁴⁷.

318

Deve-se observar que, ao longo do processo de evolução do tributo, a progressividade se tornou o meio indispensável a uma melhor distribuição do sacrifício fiscal. Por isso, sempre despertou reações antagônicas, mas acabou por prevalecer como o mecanismo necessário à manutenção da justiça fiscal. No mesmo sentido, observa Sacchetto:

Foi a mudança de perspectiva – no fim do século XIX – da concepção do tributo como preço dos serviços prestados pelo Estado para o da solidariedade que justificou a passagem do tributo proporcional ao progressivo. A mera proporcionalidade do imposto não parecia mais satisfatória para manter a equidade fiscal, porque ela não conseguia garantir a igualdade de sacrifícios entre os cidadãos⁴⁸.

⁴⁶ OLIVEIRA, José Marcos Domingues. *Capacidade contributiva: conteúdo e eficácia do princípio*. Rio de Janeiro: Renovar, 1988, p. 49.

⁴⁷ MUSGRAVE, Richard A. *Teoria das finanças públicas*. São Paulo: Atlas 1973, v. 1, p. 35.

⁴⁸ SACCHETTO, Cláudio. O dever de solidariedade no direito tributário: o ordenamento italiano. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (Org.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 26.

Os cânones da justiça fiscal a partir do binômio equidade-eficiência

Não haveria, portanto, via mais importante que a da progressividade para manter a coesão decorrente da participação de todos no processo social. Esses são os alicerces da grande sociedade solidária. Por seu turno, discorrendo sobre a progressividade, Livingston aponta:

Nos últimos anos, tem crescido o esforço para explicar ou racionalizar a progressividade com fundamento numa teoria social ou política mais abrangente. Este esforço, que surge sob o rótulo de “solidariedade” na Europa, diz respeito à tributação progressiva ou “segundo a capacidade contributiva” como um dentre os deveres que os indivíduos têm uns em relação aos outros em sociedade e, portanto, como parte vital da estrutura social como um todo mais do que uma regra tributária isolada⁴⁹.

A progressividade, portanto, apresenta-se como a técnica mais apropriada, mas não a única, para fazer valer a capacidade contributiva, promovendo a redistribuição de rendas do abastados para os mais pobres. Na acepção moderna, a obrigação tributária decorre do dever de solidariedade entre os membros da sociedade, segundo o qual a progressividade seria uma das formas de concretização da justiça fiscal, determinando que os contribuintes mais abastados devem contribuir com maiores quantias para o benefício de todos.

Nessa linha de raciocínio, o tributo progressivo atua assegurando a justiça fiscal. Os maiores ônus da tributação incidem sobre os indivíduos em melhores condições de suportá-la, ou seja, aqueles que têm maior renda. [...] O escalonamento da tributação pelas diferentes e crescentes faixas de renda viabiliza a distribuição de riqueza de uma determinada classe social e atende melhor ao princípio da justiça tributária⁵⁰.

O segundo aspecto a ser considerado na justiça fiscal consiste na correta aplicação da receita obtida através dos tributos, que impõe o dever estatal de usar devidamente a renda obtida conforme as necessidades coletivas. Em outras palavras, impedir que os recursos obtidos através da tributação sejam desviados para fins diversos das reais necessidades e funções estatais. Assim, será considerada justa a tributação que suprir as necessidades estatais e que for devidamente aplicada na manutenção e finalidades do Estado, isto é, quando a arrecadação for revertida em benefício da própria população.

⁴⁹ LIVINGSTON, Michael A. Progressividade e *solidarietät*: uma perspectiva norte-americana. In: *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 190.

⁵⁰ MARIA, Elizabeth de Jesus; LUCHIEZI JUNIOR, Álvaro. *Tributação no Brasil*: em busca da justiça fiscal. Brasília: Sindifisconacional, 2010, p. 127.

Por esse prisma, a justiça fiscal confunde-se com o princípio da eficiência, ou seja, será justa a tributação que garantir mais recursos ao Estado, infligindo menores sacrifícios aos cidadãos. Apesar de soar utópica e até mesmo contraditória a afirmação acima, esse é o objetivo tencionado pelo princípio da eficiência. Tal princípio propõe que o Estado, ao tributar, minimize seus gastos procedimentais e maximize a arrecadação; em outras palavras, o Estado deve buscar arrecadar o máximo com o mínimo de custos e sacrifício dos contribuintes. A efetivação do princípio da eficiência perpassa pela adoção de procedimentos administrativos mais simples, céleres e eficientes, diminuindo a burocracia estatal e dificultando a possibilidade de sonegação. Smith, ao estudar a Administração Tributária, propôs que fossem adotados os princípios da oportunidade da cobrança de impostos e da economicidade da atividade arrecadatória, senão veja:

Segundo o princípio da oportunidade, todo imposto deve ser recolhido no momento e da maneira que, com maior probabilidade, forem mais convenientes para o contribuinte. Segundo o princípio da economicidade, todo imposto deve ser planejado de tal modo que retire e conserve fora do bolso das pessoas o mínimo possível, além da soma que ele carrega para os cofres do Estado⁵¹.

320

Assim sendo, tem-se que o segundo aspecto aventado consiste em garantir que o valor arrecadado através dos tributos seja efetivamente aplicado nas funções estatais. Por fim, a justiça tributária importa ainda na adequada redistribuição de renda entre os cidadãos, ou seja, a tributação tem entre suas funções a de diminuir as desigualdades sociais. Demonstrando com clareza as diferentes funções dos tributos, Schoueri:

No Estado Social, o tributo, além da função arrecadadora possui outras utilidades, dentre as quais as funções distributiva, alocativa (indutora) e estabilizadora, afetando o comportamento e influenciando no equilíbrio do mercado⁵².

Nesse sentido, Maria e Luchiezi Junior discorrem sobre o tributo enquanto mecanismo de distribuição de renda:

O sistema tributário pode e deve ser utilizado como instrumento de distribuição de renda, redução da pobreza e redistribuição de riqueza pois, afinal, os recursos arrecadados da sociedade, via tributos, reverterem

⁵¹ SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. São Paulo: Nova Cultural, 1988, p. 100.

⁵² SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 41.

Os cânones da justiça fiscal a partir do binômio equidade-eficiência

em seu próprio benefício. Isso se faz via gastos sociais e também via tributação, cobrando mais impostos de quem tem mais capacidade contributiva e aliviando o peso dos mais pobres⁵³.

Ao Estado cabe promover e implementar direitos sociais, atuando diretamente na efetivação de direitos e garantias dos cidadãos. “Isto significa – a partir de uma perspectiva do Estado social – que a tributação não deve ser vista como mera técnica arrecadatória ou de proteção ao patrimônio; mas também da perspectiva da viabilização da dimensão social do ser humano”⁵⁴. Nesse sentido, a redistribuição de renda promovida através da tributação constitui-se em um importante instrumento de promoção social e de diminuição das diferenças existentes.

A efetivação do terceiro aspecto da justiça ora ressaltado configura a materialização do princípio da diferença proposto por Rawls, no qual se admite a diferença entre os indivíduos desde que essa diferença traga benefícios a toda a sociedade, principalmente aos mais pobres. Tal desafio se concretizaria por meio da adequada redistribuição de renda entre os cidadãos.

A lição acima demonstra que, em um Estado Fiscal, a noção de justiça, necessariamente, importará na implementação da justiça tributária, uma vez que o principal mecanismo de diminuição das diferenças sociais é a realização de políticas públicas implementadas através dos tributos. À vista do que foi demonstrado, pode-se afirmar que haverá justiça fiscal quando presente o binômio equidade-eficiência tributária, ou seja, será justa a tributação que promover o tratamento equânime dos cidadãos contribuintes e a máxima eficiência arrecadatória. O tratamento equânime não consiste em prever uma isonomia formal entre os cidadãos, mas sim em promover uma igualdade material dos contribuintes, o que deve ser feito através do princípio da capacidade contributiva, como bem demonstrou Taboada em seu magistério.

A seu turno, a máxima eficiência arrecadatória também não se restringe a promover a maior arrecadação possível. A eficiência consiste em possibilitar o máximo de ganho ao Estado com o mínimo sacrifício dos contribuintes, ou seja, será eficiente a arrecadação que iniba a possibilidade de sonegação ao mesmo tempo em que não sacrifique demasiadamente o cidadão. Uma tributação inadequada e excessiva de caráter confiscatório, ainda que aumentasse a arrecadação

⁵³ MARIA, Elizabeth de Jesus; LUCHIEZI JUNIOR, Álvaro. *Tributação no Brasil: em busca da justiça fiscal*. Brasília: Sindifisconacional, 2010, p. 126.

⁵⁴ GRECO, Marco Aurélio. Solidariedade social e tributação. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (Org.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 179.

do ente estatal, seria ilegítima por violar o pressuposto da eficiência, maculando assim o ideal de justiça fiscal. Portanto, tem-se que será justa a tributação que promova ao mesmo tempo a eficiência arrecadatória do Estado e uma divisão equânime do tributo entre os cidadãos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente trabalho foi possível verificar que a noção do Estado fiscal democrático de direito está relacionada, de forma intrínseca, à ideia de justiça fiscal. Com isso, é possível vislumbrar que a concepção de solidariedade e justiça, efetivada por meio da imposição de tributos aos membros do corpo social, constituiu-se em um traço importante da coesão social. No exame detalhado do instituto da justiça, foi evidenciada a inexistência de um conceito único e verdadeiro de justiça concreta que suplantaria as demais concepções. Assim é que a compreensão do que é ou não justo é mutável e decorre de valores inerentes a cada sociedade.

Dentre as teorias de justiça expostas, entendeu-se como a mais adequada aquela formulada por Rawls, que reconhece as diferenças existentes e inevitáveis dentro de uma sociedade, mas ao mesmo tempo aponta direitos e garantias fundamentais que não podem ser suprimidos. A teoria de Rawls destaca-se por não dissociar-se da realidade e, ainda, por apresentar sólidos parâmetros para que uma sociedade possa ou não ser considerada justa.

322

Demonstrada a evolução histórica dos diferentes modelos de Estado, tornou-se possível chegar ao estereótipo do Estado fiscal moderno, que tem como um dos seus fundamentos principais as formas de financiamento para as quais concorre o cidadão-contribuinte. Sem dúvida, a participação de todos por intermédio do tributo é condição *sine que non* para a sua efetivação. Portanto, a compreensão do Estado fiscal e a realização de suas funções essenciais passam necessariamente pela correta assimilação do dever cívico de pagar tributos. Ao explorar a matéria, a necessidade de analisar a justiça fiscal por três diferentes prismas se impôs como necessária à melhor compreensão do fenômeno. Assim, foi possível elencar os cânones da justiça fiscal como sendo a arrecadação justa dos tributos, a correta aplicação da receita e a adequada redistribuição de renda. De fato, esses seriam os pressupostos que permitiriam a obtenção de um patamar ótimo de justiça fiscal. De maneira incontestável, pode-se afirmar que o binômio equidade-eficiência seria a pedra angular que permitiria, de forma justa, a participação de todos na ação coletiva do Estado fiscal.

REFERÊNCIAS

DONZELOT, Jacques. *L'invention du social*. Paris: Éditions du Seuil, 1994.

FALCÃO, Maurin Almeida. Os efeitos da mudança social sobre o binômio tributação e democracia na sociedade pós-Revolução Industrial. *Direito, Estado e Sociedade*, 43, Rio de Janeiro, p. 93-118, 2013.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 32, n. 1: 297-324, jan./jun. 2016

- GIANNETTI, Leonardo Varella. *O dever fundamental de pagar tributos e suas possíveis consequências práticas*. Belo Horizonte, 2011. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_GiannettiLV_1.pdf>. Acesso em: 14 out. 2015.
- GODOI, Marciano Seabra de. *Justiça, igualdade e direito tributário*. São Paulo: Dialética, 1999.
- GODOI, Marciano Seabra de. Tributo e solidariedade social. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra (Org.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.
- GRECO, Marco Aurélio. Solidariedade social e tributação. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra (Org.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.
- HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Trad. Willian Rehg. Cambridge: MIT Press, 1996.
- KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- LEROY, Marc. *L'impôt, l'État et la société: la sociologie fiscale de la démocratie interventionniste*. Paris: Economica, 2010.
- LIVINGSTON, Michael A. Progressividade e *solidarietà*: uma perspectiva norte-americana. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra (Org.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.
- MARIA, Elizabeth de Jesus; LUCHIEZI JUNIOR, Álvaro. *Tributação no Brasil: em busca da justiça fiscal*. Brasília: Sindifisconacional, 2010.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. Teoria da imposição tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MUSGRAVE, Richard A. *Teoria das finanças públicas*. São Paulo: Atlas, 1973.
- NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 2004.
- OLIVEIRA, José Marcos Domingues. *Capacidade contributiva: conteúdo e eficácia do princípio*. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PIKETTY, Thomas. *L'économie des inégalités*. 6. ed. Paris: La Découverte, 2008.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ROSANVALLON, Pierre. *La société des égaux*. Paris: Éditions du Seuil, 2011.
- SACCHETTO, Cláudio. O dever de solidariedade no direito tributário: o ordenamento italiano. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (Org.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SCHUMPETER, Joseph A. The crisis of the Tax State. In: *The economics and sociology of capitalism*. Princeton: Princeton University Press, 1991.
- SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

TABOADA, Carlos Palao. Isonomia e capacidade contributiva. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, II, 4, 1978, p. 129-31.

TORRES, Ricardo Lobo. Existe um princípio estrutural da solidariedade? In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra (Org.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.

TRÉMOULINAS, Alexis. *Comprendre la fiscalité*. Paris: Bréal, 2011.

YAMASHITA, Douglas. Princípio da solidariedade em direito tributário. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra (Org.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.

Data de recebimento: 04/01/2016

Data de aprovação: 09/03/2016

PLANEJAMENTO URBANO E PARTICIPAÇÃO SOCIAL: O PROCESSO DE REVISÃO DO PLANO DIRETOR ESTRATÉGICO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

URBAN PLANNING AND SOCIAL PARTICIPATION: THE REVIEW PROCESS OF SÃO PAULO CITY'S MASTER PLAN

Beatriz Kira*

RESUMO

Este artigo procura contribuir para o debate acerca da relação entre direito e políticas públicas e para a construção de abordagens e ferramentas de pesquisa adequadas às especificidades do objeto em estudo. A análise concreta será feita à luz de uma política pública específica: o planejamento urbano do Município de São Paulo, tendo como pano de fundo o recente processo participativo de revisão do Plano Diretor Estratégico (PDE) paulistano, no qual a população foi chamada a contribuir em todas as fases de elaboração. Buscou-se, aqui, identificar o papel desempenhado pelo Direito nesta política pública e os avanços e retrocessos trazidos pela experiência do PDE de São Paulo.

Palavras-chave: políticas públicas; planejamento urbano; direito à cidade; participação social; plano diretor.

ABSTRACT

This article aims at contributing to the debate about the relationship between law and public policies and at building approaches and appropriate research tools to the specific characteristics of the object under study. The detailed analysis will be made in light of a specific policy: São Paulo's city planning policy – having as background the recent participatory process of reviewing the São Paulo City's Master Plan (PDE), in which the population

* Advogada. Bacharela em Direito pela Universidade de São Paulo (FDUSP). É gerente executiva da Rede de Pesquisa Empírica em Direito (REED) e pesquisadora do InternetLab, centro de pesquisa em Direito e tecnologia. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito e Desenvolvimento; Direito Econômico; Direito e Políticas Públicas; Direito e Internet; e Regulação. Trabalha com a questão da pesquisa empírica vinculada ao campo jurídico, com um interesse particular por questões metodológicas e epistemológicas. E-mail: beatrizkira@gmail.com.

was called upon to contribute in all stages of its development. We attempted here to identify the role of the law in this public policy and the advances and setbacks brought by the experience of the PDE.

Keywords: public policies; urban planning; right to the city; social participation; city master plan.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho nasceu de um interesse pelo estudo e compreensão das políticas públicas a partir de uma perspectiva jurídica. Busca, assim, identificar o papel desempenhado pelas estruturas jurídicas no campo transversal das políticas públicas. Uma das hipóteses exploradas é a de que uma vez que a efetivação de direitos econômicos e sociais previstos constitucionalmente dependem da efetividade das políticas públicas que os implementam, a compreensão e o aperfeiçoamento das engrenagens jurídicas que compõem essas políticas passam a ser tão ou mais relevantes do que o estudo teórico e abstrato dos dispositivos constitucionais¹.

Apesar disso, nota-se que as capacidades estatais de planejar, implementar e operar políticas públicas são pouco exploradas pelos acadêmicos e, ainda em menor grau, pelos juristas. Com isso, perde-se a oportunidade de desenvolver um conhecimento que lhes é próprio e de contribuir para o debate de políticas públicas de maneira substantiva. A ausência dos juristas no debate de políticas públicas, nesse sentido, tende a prejudicar a eficácia e a efetividade dos direitos assegurados pela Constituição e pelas leis brasileiras, uma vez que seria razoável admitir que a contribuição do direito na concepção, implementação e avaliação das políticas públicas pode ser considerada condição de efetividade dos direitos que elas procuram realizar ou materializar².

Este artigo procura contribuir para o debate acerca da relação entre direito e políticas públicas e para a construção de abordagens e ferramentas de pesquisa adequadas às especificidades do objeto em estudo. Para tanto, serão utilizadas as categorias analíticas propostas por Coutinho³, nas quais são identificados quatro papéis e tarefas para o direito e seus operadores no que diz respeito às políticas públicas: (i) apontar fins e situar as políticas no ordenamento; (ii) oferecer meios; (iii) estruturar arranjos institucionais; e (iv) criar condições de participação.

A análise concreta será feita à luz de uma política pública específica: a política urbana do Município de São Paulo. A escolha justifica-se pelo recente

¹ COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. In: E. Marques, & C. A. Faria, *A política pública como campo multidisciplinar*. São Paulo: Editora Unesp, 2013, p. 181-200.

² COUTINHO, Diogo R., op. cit., p. 189

³ COUTINHO, Diogo R., op. cit.

processo participativo de revisão do Plano Diretor Estratégico (PDE) paulistano, no qual a população foi chamada a contribuir em todas as fases de elaboração da lei. Normativamente, a justificativa para esse processo está na Lei n. 10.257/2001 – o Estatuto da Cidade –, que estabelece em seu art. 40, § 4º, I, a obrigação tanto do Executivo quanto do Legislativo Municipal de promover audiências públicas e debates com a população e associações representativas dos vários segmentos da comunidade, seja no processo de elaboração do plano diretor, seja no processo de sua implementação⁴.

Pesquisa preliminar indicou que o formato adotado pela Prefeitura e pela Câmara Municipal de São Paulo foi, em certa medida, inédito, pois abriu canais de participação social até então inexistentes no Município, com o uso de ferramentas digitais e plataformas *online* de interação entre o poder público e a população⁵, o que despertou o interesse por um estudo mais aprofundado. A cidade de São Paulo foi o local de desenvolvimento de uma política pública inovadora que não pode prescindir do Direito, o que justificou a escolha deste estudo de caso.

O trabalho se desenvolve ao longo de quatro seções, além desta introdução e das considerações finais. Na próxima seção, é apresentada a questão central e as perguntas secundárias que guiaram o estudo, bem como uma breve descrição da metodologia desta pesquisa. Na terceira seção, há uma abordagem teórica acerca da existência de mecanismos de participação em políticas públicas e potenciais resultados em termos de legitimidade e efetividade. A quarta seção introduz o tema da participação social e a gestão democrática das cidades, apresentando a origem do arcabouço normativo que estabelece a relação entre esses conceitos e discorrendo brevemente sobre a democratização da política urbana. O estudo de caso do processo participativo de revisão do Plano Diretor de São Paulo é feito na quinta seção, em que são apresentados os principais desafios e avanços institucionais desta experiência. A última seção é dedicada às considerações finais, nas quais há uma tentativa de estabelecer uma relação entre direito, participação e política urbana.

327

NOTAS METODOLÓGICAS

A pesquisa foi delimitada para responder a uma questão central: que relação podemos estabelecer entre política urbana e participação social a partir da análise de um caso específico de política pública? Essa pergunta desdobra-se em uma

⁴ SAULE JR., Nelson. Estatuto da cidade e o Plano Diretor – possibilidades de uma nova ordem legal urbana justa e democrática. In: OSORIO, L. M. *Estatuto da cidade e reforma urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras*. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 90.

⁵ <<http://gestaourbana.prefeitura.sp.gov.br/novo-plano-diretor-estrategico/>>. Acesso em: 23/03/2016.

série de outras: (i) como se deu o processo participativo de revisão do PDE de São Paulo? (ii) quem foram os atores envolvidos? (iii) houve avanços ou retrocessos em relação a outras experiências legislativas em São Paulo? (iv) quais os aprendizados institucionais? (v) qual o papel desempenhado pelo Direito nesse processo? (vi) quais os avanços institucionais do processo participativo de revisão do PDE de São Paulo?

Para a análise concreta do PDE de São Paulo, foi escolhido o método do estudo de caso. Essa abordagem metodológica implica a realização de um estudo *em profundidade* de um único caso⁶. O trabalho apresenta-se, assim, como um estudo completo do processo participativo do PDE, no sentido de proximidade com o objeto de estudo, isto é, de um olhar de perto do universo em análise em relação ao problema de pesquisa⁷. Com isso, é possível não apenas identificar as especificidades do objeto em questão, como também usá-lo como “via de acesso a outros fenômenos ou a outros aspectos da realidade”⁸. Em outras palavras, a análise do PDE serve como experiência emblemática, que ajuda a compreender de forma mais ampla a relação entre Direito, políticas públicas e participação social.

Além da revisão bibliográfica sobre o papel do Direito no planejamento urbano, realizamos coleta de dados por diferentes estratégias. Primeiramente, foram analisados os documentos produzidos pela Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano (SMDU) da Prefeitura de São Paulo, responsável pela revisão no Poder Executivo, e pela Câmara Municipal de São Paulo, que conduziu o processo no âmbito do Poder Legislativo. A maior parte do material estava disponível para acesso *online*, mas alguns documentos precisaram ser requisitados por meio eletrônico (e-mail) junto a agentes públicos. A análise de documentos⁹ foi relevante para a pesquisa principalmente por se tratar de um esforço de reconstrução de um evento ocorrido no passado¹⁰. O material analisado contribuiu para a sistematização cronológica das etapas da revisão do PDE e para a identificação de atores-chave em cada uma delas.

Para complementar a pesquisa empírica, além da análise documental, foram realizadas também entrevistas com atores envolvidos no processo de revisão do PDE. Três tipos de argumentos apontados por Poupart¹¹ justificaram a escolha

⁶ PIRES, Alvaro P. Amostragem e pesquisa qualitativa. In: POUPART et al. *A pesquisa qualitativa: enfoques metodológicos e epistemológicos*. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 181.

⁷ PIRES, Alvaro P., op. cit., p. 183.

⁸ PIRES, Alvaro P., op. cit., p. 181.

⁹ Adotamos aqui a definição de Cellard (2010), segundo a qual documento seria “todo texto escrito, manuscrito ou impresso, registrado em papel”, considerando as fontes primárias ou secundárias exploradas no contexto da pesquisa (p. 297).

¹⁰ CELLARD, André. A análise documental. In: POUPART et al. *A pesquisa qualitativa: enfoques metodológicos e epistemológicos*, Petrópolis: Vozes, 2010, p. 295.

¹¹ POUPART, Jean A. Entrevista de tipo qualitativo. In: POUPART et al. *A pesquisa qualitativa: enfoques metodológicos e epistemológicos*, Petrópolis: Vozes, 2010, p. 216.

da entrevista qualitativa como técnica de pesquisa do presente estudo. O primeiro deles é de ordem epistemológica e defende que a exata compreensão das condutas sociais só é possível por meio da exploração em profundidade da perspectiva dos atores sociais, apreendida por meio das entrevistas. O segundo argumento é de ordem ética e política, segundo o qual a entrevista seria necessária para compreender internamente os dilemas e questões enfrentados pelos atores sociais. Por fim, há os argumentos metodológicos, que apresentam a entrevista como ferramenta capaz de elucidar as realidades sociais e, principalmente, viabilizar o acesso às experiências dos atores envolvidos.

Optou-se aqui pela forma *semiestruturada* de entrevista, isto é, um modelo intermediário entre um extremo, a *entrevista não dirigida*, na qual é conferido ao entrevistado grau máximo de liberdade para o tratamento do assunto, restringindo a atuação do entrevistador à facilitação da fala¹²; e, no outro extremo, a *entrevista estruturada*, ou questionário, na qual “a escolha das questões abordadas, bem como o próprio conteúdo de suas respostas já é fortemente estruturado”¹³. Na forma intermediária, o entrevistador faz uso de um roteiro *semiestruturado* com questões derivadas de um conhecimento anterior do campo, e, ao mesmo tempo, atribui ao entrevistado liberdade para abordar os assuntos da forma que julgar mais adequada¹⁴.

Em razão da limitação de tempo da pesquisa e da escassez de recursos humanos e financeiros, optou-se não pela realização de entrevistas com *todos* os envolvidos, mas pela priorização daqueles atores considerados *centrais* em cada uma das etapas, centralidade esta apontada pela análise dos documentos do processo legislativo. Ao todo, foram realizadas três entrevistas. A primeira delas, focada na fase do processo de revisão ocorrida no âmbito da Câmara Municipal de São Paulo, foi realizada com José Carlos Gomes Alves (Entrevistado 1), assessor técnico que atuou no processo de revisão do PDE na Comissão de Política Urbana, Metropolitana e Meio Ambiente da Câmara Municipal de São Paulo (CPUMMA), ao lado do vereador Nabil Bonduki (PT-SP), então relator do projeto.

A relevância do vereador Nabil Bonduki para a compreensão da revisão do PDE é digna de nota, não apenas por ter sido indicado relator do PDE, mas também por seu histórico de atuação na legislação urbana¹⁵. A intenção inicial era a

¹² POUPART, Jean A., Entrevista de tipo qualitativo. In: POUPART et al. *A pesquisa qualitativa: enfoques metodológicos e epistemológicos*, Petrópolis: Vozes, 2010, p. 224.

¹³ POUPART, Jean A., op. cit., p. 225.

¹⁴ POUPART, Jean A., op. cit.

¹⁵ Atual Secretário Municipal de Cultura de São Paulo, Nabil Bonduki é professor da Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo (FAU-USP) e foi superintendente

realização de entrevista semiestruturada com este ator, o que não foi possível concretizar por conta de sua agenda política atribulada. No entanto, Bonduki participou do debate “Participação como estratégia no novo plano diretor de São Paulo”, organizado pelo grupo “Direito e Políticas Públicas” da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD-USP), evento gravado¹⁶ que foi utilizado como fonte desta pesquisa.

A segunda entrevista foi realizada com Eduardo Cesar Leão Marques (Entrevistado 2), professor do Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo (FFLCH-USP) e pesquisador do Centro de Estudos da Metrópole (CEM) do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebrap). Como será explicado adiante, o CEM foi contratado pela Câmara para subsidiar o processo participativo e a formulação do Substitutivo pela CPUMMA, projeto que foi coordenado por Eduardo Marques. O entrevistado, assim, forneceu importantes contribuições acadêmicas acerca dos avanços e desafios de um processo participativo com a amplitude da revisão do PDE.

O terceiro entrevistado foi Weber Sutti (Entrevistado 3), então chefe de gabinete da SMDU, secretaria que conduziu o processo participativo de elaboração da primeira minuta do projeto de lei enviado para a Câmara. Sutti foi um dos principais articuladores da revisão do PDE, no âmbito do Executivo, e um dos idealizadores do portal *Gestão Urbana*, uma inovação institucional para participação *online*, que será mais bem explicada adiante.

Assim, a partir do relato dos entrevistados foi possível conhecer a perspectiva dos atores sociais envolvidos em todo o histórico participativo da revisão, partindo de sua concepção original, até a sanção da Lei Municipal n. 16.050/2014 pelo prefeito Fernando Haddad (PT-SP). Importante ressaltar que, como advertido por Poupart¹⁷, buscou-se evitar o “risco grande de confundir as interpretações que os atores dão da realidade com a realidade tal e qual”, de modo que as informações fornecidas pelos entrevistados foram analisadas em conjunto com as demais fontes de pesquisa.

de habitação popular da prefeitura de São Paulo (1989-1992) no governo de Luiza Erundina (PSB-SP). Em seu primeiro mandato como vereador (2001-2004), foi autor do substitutivo do plano diretor estratégico de 2002, na gestão Marta Suplicy (PMDB-SP), e dos planos regionais das 31 subprefeituras de São Paulo. A experiência de Bonduki com planos diretores inclui também a prestação de consultoria para municípios como Franca, Ipatinga, Taboão da Serra, Nova Iguaçu, Salvador, além do Distrito Federal. Disponível em: <http://www1.camara.sp.gov.br/vereador_joomla2.asp?vereador=48>. Acesso em: 16/10/2015.

¹⁶ Vídeo disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=nSVSNASdhjk&app=desktop>>. Acesso em: 16/10/2015.

¹⁷ POUPART, Jean A., op. cit., p. 215.

PARTICIPAÇÃO SOCIAL: ENTRE EFETIVIDADE E LEGITIMIDADE

A Constituição Federal de 1988 restaurou o Estado democrático de direito no Brasil e estabeleceu objetivos econômicos e sociais a serem implementados por meio de políticas públicas. Ao mesmo tempo, introduziu uma série de mecanismos para viabilizar o envolvimento dos atores políticos, econômicos e sociais no processo de formulação e gestão de políticas públicas, definindo um ambiente político-institucional rico em instituições representativas, participativas e de controle, favoráveis à inclusão popular¹⁸. Como apontam Santos e Avritzer, “a Constituição foi capaz de incorporar novos elementos culturais, surgidos na sociedade, na institucionalidade emergente, abrindo espaço para a prática da democracia participativa”¹⁹.

A inclusão de uma pluralidade de atores no processo de tomada de decisão política, no entanto, não é trivial. No Brasil, a discussão acerca de como processos participativos poderiam contribuir para a formulação de políticas públicas ganhou relevância especialmente ao longo da última década, período no qual o Estado brasileiro vivenciou uma retomada de ativismo na implementação de políticas públicas de caráter desenvolvimentista, simultaneamente à intensificação do processo de incorporação de mecanismos constitucionais de participação social nas políticas públicas²⁰.

No nível local, Farah observa que a abertura à participação social na formulação, implementação e controle das políticas sociais “assinala uma inflexão importante com relação ao padrão de ação do Estado no campo social no país”²¹. Isto é, a autora identifica que há uma ruptura com o padrão de articulação entre Estado e sociedade típico do período não democrático, caracterizado pelo clientelismo, pelo corporativismo e pelo insulamento burocrático²², possibilita que a sociedade cobre resultados com bases na ação estatal, contribuindo para a redução

¹⁸ PIRES, R. R.; GOMIDE, A. D. Capacidades estatais e democracia: a abordagem dos arranjos institucionais para análise de políticas públicas. In: R. R. PIRES; A. D. GOMIDE, *Capacidades estatais e democracia: arranjos institucionais de políticas públicas*. Brasília: IPEA, 2014 e Avritzer, L. *Participatory Institutions in Democratic Brazil*. Baltimore: John Hopkins University Press, 2009.

¹⁹ SANTOS, B. de S.; AVRITZER, L. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, B. de S. (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 65.

²⁰ PIRES, Roberto R.; AMARAL, Lucas A.; SANTOS, José C. Planejamento governamental e participação social: encontros e desencontros na experiência brasileira recente. In: J. C. CARDOSO JR.; R. COUTINHO. *Planejamento estratégico governamental em contexto democrático: lições da América Latina – 2013*. Brasília: ENAP, 2014.

²¹ FARAH, M. F. dos S. Parcerias, novos arranjos institucionais e políticas públicas no nível local de governo. *RAP – Revista de Administração Pública*, v. 35, n. 1, 2001, p. 141.

²² NUNES, E. *A gramática política do Brasil: clientelismo e insulamento burocrático*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

de um déficit de *accountability*²³ nas políticas públicas. Esse processo relaciona-se com a emergência de novos arranjos institucionais locais, capazes de articular demandas de diversos atores e estabelecer parcerias entre a sociedade civil e o Estado. Com isso, a autora aponta para um processo de enraizamento das políticas públicas, para além da esfera estatal, contribuindo para o fortalecimento de ações a longo prazo e, conseqüentemente, para ganhos de eficiência e efetividade dessas políticas²⁴.

No nível federal, uma recente tentativa de implementação da Política Nacional de Participação Social (PNPS) e do Sistema Nacional de Participação Social (SNPS) se deu pela Presidência da República por meio do Decreto n. 8.243/2014, que buscou aprimorar e articular os espaços de diálogo entre Estado e sociedade, (conselhos de políticas públicas, comissão, conferência, ouvidoria, mesa de diálogo, fórum interconselhos, audiência pública, consulta pública e ambiente virtual de participação) já em funcionamento nos órgãos do Poder Executivo federal²⁵. Para além da discussão formal acerca da constitucionalidade do instrumento regulatório utilizado pelo Poder Executivo Federal, o decreto gerou polêmica entre parlamentares e membros da sociedade civil em razão de seu conteúdo.

Alguns setores se mostraram contrários ao decreto por considerar que a participação social não é útil para consolidar a democracia, ou para qualificar políticas públicas. Já os defensores do decreto defendiam que a participação é capaz de fortalecer a democracia, na medida em que aproxima a sociedade do Estado e pode ainda influir de forma positiva na gestão governamental, ao informar de forma qualificada os tomadores de decisão do impacto das políticas públicas²⁶.

Essa polarização reflete um tema clássico da ciência política: qual a relação entre a legitimidade atribuída por mecanismos de participação e a efetividade das políticas governamentais? Na literatura, alguns autores defendem que instituições

²³ Termo em língua inglesa, que, por falta de correspondência adequada, será usado no idioma original. Guillermo O'Donnell (1998) distingue dois tipos de *accountability*: *accountability* vertical e *accountability* horizontal. Segundo o autor, o *accountability* vertical assegura que países são democráticos, “no sentido específico de que os cidadãos podem exercer seu direito de participar da escolha de quem vai governá-los por um determinado período e podem expressar livremente suas opiniões e reivindicações”, enquanto o *accountability* horizontal relaciona-se à “existência de agências estatais que têm o direito e o poder legal e que estão de fato dispostas e capacitadas para realizar ações, que vão desde a supervisão de rotina a sanções legais ou até o *impeachment* contra ações ou omissões de outros agentes ou agências do Estado que possam ser qualificadas como delituosas” (p. 30, p. 40). Neste artigo, *accountability* é utilizado em sentido mais semelhante à definição de *accountability* horizontal, para designar a existência de mecanismos de transparência, supervisão e responsabilização do administrador público.

²⁴ FARAH, M. F. dos S., op. cit., p. 141-142.

²⁵ ALENCAR, J.; COELHO, U. O decreto sobre a participação social no governo federal e a “polêmica bendita”. *Boletim de Análise Político-Institucional/Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*, n. 6. Brasília: Ipea, 2014.

²⁶ ALENCAR, J.; COELHO, U., op. cit., p. 25-26.

democráticas seriam entraves à realização de políticas desenvolvimentistas como consequência da necessidade de acomodar diversos interesses de elites políticas e econômicas e do excesso de demandas sobre o sistema político, decorrente da inclusão de novos atores nos processos decisórios. Nesse sentido, sistemas políticos não democráticos e com pouca abertura às representações sociais teriam maior sucesso na implementação de um projeto de desenvolvimento²⁷.

Por outro lado, há quem entenda que não há contradições entre a promoção de políticas desenvolvimentistas e a ampliação dos canais de participação na tomada de decisões. Segundo essa linha, a ampliação da pluralidade nos processos decisórios torna a atuação governamental mais efetiva e responsiva, uma vez que possibilita a obtenção de mais e mais precisas informações acerca dos problemas a serem enfrentados, além de atribuir maior legitimidade às decisões²⁸.

Edigheji sugere que capacidades transformadoras do Estado têm relação com a capacidade interna de suas instituições e com as relações sinérgicas que estabelecem com a sociedade²⁹. Isto é, países onde os governos envolvem os cidadãos na produção e distribuição de serviços públicos apresentam maior probabilidade de crescimento igualitário (crescimento econômico combinado com distribuição de renda e riqueza) do que países onde não há essa relação. Isso porque a participação cívica na concepção e implementação de políticas públicas permite ao Estado melhor avaliar as necessidades da sociedade, de modo a canalizar recursos para atendê-las³⁰.

Sobre essa relação, um relatório do Banco Mundial (1997) aponta para evidências empíricas de que os programas do governo funcionam melhor quando buscam a participação de potenciais usuários. Países bem-sucedidos na elaboração de políticas econômicas e sociais têm incorporado processos consultivos, que fornecem oportunidades para que atores sociais contribuam na implementação e monitoramento das políticas públicas.

Ademais, sinergias entre o Estado e a sociedade parecem contribuir para a qualidade da política. Isso ocorre porque as negociações e renegociações de política entre atores sociais e agentes públicos fomentam uma cultura de *learning-by-doing*, que, por sua vez, melhora a qualidade da política econômica. Ou seja,

²⁷ PIRES, R. R.; GOMIDE, A. D. Capacidades estatais e democracia: a abordagem dos arranjos institucionais para análise de políticas públicas. In: R. R. PIRES; A. D. GOMIDE. *Capacidades estatais e democracia: arranjos institucionais de políticas públicas*. Brasília: IPEA, 2014, p. 9-11.

²⁸ PIRES, R. R.; GOMIDE, A. D., op. cit., p. 9-11.

²⁹ EDIGHEJI, O. E. *The State, State-Society Relations and Developing Countries' Economic Performance*. Tese (Doutorado em Direito) – Norwegian University of Science and Technology, Faculty of Social Sciences and Technology Management, Department of Sociology and Political Science – Trondheim, 2007.

³⁰ EDIGHEJI, op. cit., p. 64

há indícios de que a participação da sociedade civil reduz lacunas de informação e custos de transação, contribui para implementação mais fácil de políticas públicas, bem como reforça sua credibilidade e legitimidade³¹.

A relação entre legitimidade e efetividade no cenário brasileiro foi estudada no âmbito da pesquisa *Estado, democracia e desenvolvimento no Brasil contemporâneo: arranjos institucionais de políticas críticas ao desenvolvimento*. Realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e por pesquisadores de várias universidades brasileiras, a pesquisa buscava analisar os arranjos político-institucionais de políticas públicas recentes voltadas à promoção do desenvolvimento socioeconômico do Brasil, por meio do estudo de casos³².

Em síntese, duas hipóteses acerca da interação entre a promoção de medidas de caráter desenvolvimentista e a inclusão de atores políticos e sociais foram testadas: (i) a ampliação da participação leva a ineficiências e impasses, caracterizando-se como obstáculo à realização das políticas de desenvolvimento; ou (ii) a inclusão de novos atores implica maior responsividade do governo e contribui para o aumento da eficiência e da qualidade das políticas de desenvolvimento³³.

A análise comparativa dos casos estudados indicou que a existência de instâncias de participação e controle social, bem como de canais de comunicação com o Congresso Nacional, é relevante na promoção de inovações ao longo da execução das políticas públicas. Ou seja, o nível de abertura de uma política pública tende a afetar positivamente sua capacidade de inovação, uma vez que a inclusão de atores e de interesses possibilita a transformação de conflitos e divergências em revisões e aprimoramentos, tornando-a mais adequada aos desafios de implementação e, conseqüentemente, mais efetiva³⁴.

Em outras palavras, a pesquisa indica que no contexto político-institucional brasileiro, a existência de mecanismos de participação e controle social das políticas públicas, além de promover maior transparência e responsividade, ao incluir novos atores e interesses, viabilizou revisões e aprimoramentos das políticas ao longo de seus processos de implementação, que contribuíram para níveis mais altos de execução e inovação³⁵. A pesquisa parece indicar, portanto, que a presença de mecanismos de participação e legitimidade aumenta a efetividade das políticas públicas, não havendo relação de incompatibilidade entre elas.

Não obstante, outras pesquisas apontam para a existência de desencontros entre a operação dos canais de participação e a construção de um projeto de desenvolvimento compartilhado entre o governo e a sociedade. Isso por que, por

³¹ EDIGHEJI, op. cit.

³² PIRES, R. R.; GOMIDE, A. D., op. cit.

³³ PIRES, R. R.; GOMIDE, A. D., op. cit.

³⁴ PIRES, R. R.; GOMIDE, A. D., op. cit.

³⁵ PIRES, R. R.; GOMIDE, A. D., op. cit., p. 56.

um lado, as arenas de participação são, muitas vezes, adstritas à função de acompanhamento da atividade governamental, com baixa capacidade propositiva e reflexiva. Por outro lado, em razão da forma dispersa e desarticulada pela qual os mecanismos de participação têm sido implementados³⁶.

À luz desse referencial teórico, este trabalho se propõe a estudar mecanismos de participação em políticas de planejamento urbano. Importante ressaltar que não há aqui a pretensão de mensurar a efetividade, ou mesmo a legitimidade da política pública escolhida como estudo de caso. Não apenas faltam dados empíricos que sustentem análises como essas, como também foge ao escopo da pesquisa, que adota uma perspectiva descritiva do processo participativo de revisão do PDE. Os referenciais desta seção são, não obstante, muito pertinentes para situar a pesquisa em um quadro teórico mais abrangente, assim como para enfatizar que o estudo da participação social é um elemento relevante para o estudo de políticas públicas.

GESTÃO DEMOCRÁTICA DAS CIDADES

Especificamente em relação à participação social em políticas urbanas, é antiga a demanda de setores populares por maior democratização dos processos de decisão que afetam as cidades. Como explica Rolnik, a luta pelo direito à cidade, que ganhou destaque no Brasil principalmente a partir da década de 1980, tem suas raízes na contraposição a um modelo de urbanização excludente e espoliativo, construído ao longo de décadas de urbanização acelerada³⁷.

A Assembleia Nacional Constituinte no Brasil foi convocada pelo presidente José Sarney logo após a redemocratização em 1985. O regimento interno da Constituinte de 1987/1988 permitia a apresentação de emendas populares³⁸, possibilitando que a população apresentasse projetos de normas constitucionais – um mecanismo de iniciativa popular de lei aplicado ao processo constituinte. Eram necessárias no mínimo 30 mil assinaturas por emenda, que se constituíra no principal instrumento de interferência dos cidadãos no estabelecimento de novas normas constitucionais e de mediação entre os espaços de formação da

³⁶ PIRES, Roberto R.; AMARAL, Lucas A.; SANTOS, José C., op. cit.

³⁷ ROLNIK, R. Dez anos do estatuto da cidade: das lutas pela reforma urbana às cidades da copa do Mundo. In: RIBEIRO, Ana Clara T.; VAZ, Lilian V.; SILVA, Maria Lais P. (Org.). *Leituras da cidade*. Rio de Janeiro: ANPUR: Letra Capital, 2011.

³⁸ “Art. 24. Fica assegurada, no prazo estabelecido no § 1º do art. anterior, a apresentação de proposta de emenda ao Projeto de Constituição, desde que subscrita por 30.000 (trinta mil) ou mais eleitores brasileiros, em listas organizadas por, no mínimo, 3 (três) entidades associativas, legalmente constituídas, que se responsabilizarão pela idoneidade das assinaturas, obedecidas as seguintes condições [...]”. Resolução n. 2, de 1982, da Assembleia Nacional Constituinte (Dispõe sobre o Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte).

vontade coletiva³⁹. Dezenas de emendas foram apresentadas, entre elas a Emenda Popular pela Reforma Urbana proposta à Comissão de Sistematização da Assembleia Nacional Constituinte⁴⁰.

A Emenda Popular pela Reforma Urbana foi articulada pelo Movimento Nacional pela Reforma Urbana (MNRU), que congregava diferentes atores sociais urbanos (como sindicato dos arquitetos e dos engenheiros, entidades de assessoria a movimentos populares, entidades dos movimentos populares, além de alas progressistas da Igreja)⁴¹. Esta emenda foi responsável pela criação do capítulo da política urbana da Constituição de 1988 – arts. 182 e 183⁴² –, incluindo a previsão da função social da propriedade e da cidade⁴³.

A Emenda Popular buscou introduzir diversos instrumentos para o exercício da gestão urbana democrática, alguns de iniciativa popular e outros para a ratificação pública de propostas feitas pelo governo⁴⁴. Para De Grazia, a gestão democrática assumiu caráter principiológico, expressando que “o controle social e a participação da população organizada são condições básicas para a conquista de direitos, de novas políticas públicas que incorporem os excluídos e de novas referências para as cidades”⁴⁵.

Logo após a Assembleia Nacional Constituinte, o MNRU se transformou em Fórum Nacional de Reforma Urbana (FNRU), uma coalizão de organizações que reunia movimentos populares, organizações não governamentais, associações de classe e instituições acadêmicas e de pesquisa. Apesar da vitória conquistada pelos movimentos sociais com a aprovação do capítulo da política urbana na Constituição de 1988, a aplicabilidade dos arts. 182 e 183 dependia ainda de sua posterior regulamentação⁴⁶.

336

³⁹ VITALE, D. *Democracia semidireta no Brasil pós-1988: a experiência do orçamento participativo*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004, p. 111.

⁴⁰ WHITAKER, F. et al. *Cidadão constituinte: a saga das emendas populares*. São Paulo: Paz e Terra, 1989.

⁴¹ CIDADE – Centro de Assessoria e Estudos Urbanos. *Gestão Democrática das Cidades*. In: OSÓRIO, L. M. *Estatuto da cidade e reforma urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras*. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 272.

⁴² MARICATO, E.; SANTOS JUNIOR, O. A. dos. “Construindo a Política Urbana: participação democrática e o direito à cidade.” In: RIBEIRO, L. C. de Q.; SANTOS JUNIOR, O. A. dos. (Org.). *As metrópoles e a questão social brasileira*. Rio de Janeiro: Revan; FASE, 2007.

⁴³ GRAZIA, Grazia de. *Estatuto da cidade: uma longa história com vitórias e derrotas*. In: OSÓRIO, Leticia, M. *Estatuto da cidade e reforma urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras*. Porto Alegre: Safe, 2002, p. 15.

⁴⁴ AVRITZER, L. O Estatuto da Cidade e a democratização das políticas urbanas no Brasil. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 91, 2010, p. 208.

⁴⁵ GRAZIA, op. cit. p. 17.

⁴⁶ CIDADE, op. cit., p. 273.

Nos anos posteriores à promulgação da Constituição de 1988, surgiram 16 projetos de lei para regulamentar o capítulo sobre a política urbana, entre eles o Projeto de Lei de n. 181/1990, proposto pelo senador Pompeu de Sousa (PMDB)⁴⁷. Este PL tornou-se altamente polêmico. Por um lado, desagradava setores conservadores, por reinserir na agenda política parte da agenda do movimento da reforma urbana já tratada durante a Constituinte. Por outro lado, os setores da sociedade civil (especialmente o FNRU) não estavam satisfeitos com algumas das formulações do PL, principalmente em relação ao enfraquecimento das formas democráticas de gestão das cidades, uma vez que projeto apresentava uma visão restritiva da participação popular⁴⁸.

A participação popular direta na gestão urbana, no entanto, era considerada pelos movimentos sociais como condição para que “fosse alterado o padrão clientelista e excludente das políticas sociais e promovido um novo padrão de intervenção nas cidades”⁴⁹, por isso não houve recuo do FNRU em relação a esse ponto. Assim, como relata Avritzer:

O último desafio do FNRU foi como reinserir a participação democrática na versão final do projeto de lei. Dois parlamentares do PT pediram para que o FNRU interviesse sobre essa questão e, depois disso, uma nova emenda ao projeto de lei foi aprovada, requerendo audiências públicas na elaboração de Planos Diretores Municipais (Arruda, 2001). Assim, a agenda participativa da sociedade civil concentrou-se, na parte final do processo, na capacidade de ratificação em audiências públicas da proposta de Plano Diretor apresentada pelas administrações locais. Essa demanda, tornada suprapartidária, virou o ponto central da agenda democratizante do movimento pela reforma urbana no Brasil⁵⁰.

337

No dia 10 de julho de 2001, após mais de uma década de tramitação e negociação, foi aprovada a Lei Federal n. 10.257/2001 – o Estatuto da Cidade, marco regulatório da política urbana, formulado a partir da necessidade de se criar um instrumento que assegurasse o conteúdo da política urbana previsto constitucionalmente. O Estatuto da Cidade, assim, passou a oferecer suporte jurídico ainda mais inequívoco para o enfrentamento das graves questões urbanas, sociais e ambientais que afetam a vida nas cidades⁵¹.

⁴⁷ AVRITZER, op. cit.

⁴⁸ AVRITZER, op. cit., p. 209-210.

⁴⁹ SANTOS, M. R. M. dos S. Apontamentos para uma agenda de democratização da política municipal de desenvolvimento urbano. In: SANTOS JUNIOR, O. A. dos; CHRISTOVÃO, A. C.; NOVAES, P. R. (Org.). *Políticas públicas e direito à cidade: programa interdisciplinar de formação de agentes sociais e conselheiros municipais*. Rio de Janeiro: Letra Capital; Observatório das Metrôpoles, 2011, p. 257.

⁵⁰ AVRITZER, op. cit., p. 211.

⁵¹ FERNANDES, E. Um novo Estatuto para as cidades brasileiras. In: OSORIO, L. M. *Estatuto da cidade e reforma urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras*. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 7.

O Estatuto da Cidade firmou o espaço da competência jurídica e da ação política do Município – estabelecidos pela Constituição de 1988 –, reconhecendo o papel fundamental do poder local na formulação de diretrizes de planejamento urbano e na condução do processo de gestão das cidades⁵². Ademais, a nova lei consolidou o princípio constitucional da participação social na política urbana ao estabelecer a necessidade dos municípios promoverem a devida “integração entre planejamento, legislação e gestão urbana, de forma a democratizar o processo de tomada de decisões e assim legitimar plenamente uma nova ordem jurídico-urbanística de natureza social”⁵³. O capítulo da Gestão Democrática, portanto, garante instrumentos para a participação do cidadão no sentido de dar transparência aos atos públicos e fortalece os setores organizados na participação dos destinos das políticas públicas⁵⁴.

O reconhecimento pelos municípios de processos e mecanismos jurídico-políticos adequados que garantam a participação efetiva dos cidadãos e associações representativas no processo de formulação e implementação do planejamento urbano e das políticas públicas – através de audiências, consultas, conselhos, estudos de impactos de vizinhança, iniciativa popular na propositura de leis e sobretudo através das práticas do orçamento participativo – é tido pelo Estatuto da Cidade como sendo essencial para a promoção da gestão democrática das cidades⁵⁵.

Plano diretor

O Plano Diretor, previsto no art. 182, CF/88⁵⁶, é instrumento básico da política urbana do Município e tem como objetivo ordenar o desenvolvimento

⁵² FERNANDES, op. cit., p. 7-8.

⁵³ FERNANDES, op. cit., p. 10.

⁵⁴ O art. 43 do Estatuto da Cidade dispõe sobre os instrumentos que devem ser utilizados para garantir a gestão democrática da cidade: órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal; debates, audiências e consultas públicas; conferências sobre assuntos de interesse.

⁵⁵ FERNANDES, op. cit., p. 11.

⁵⁶ Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. (Regulamento)

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

e a expansão urbana, de acordo com as funções sociais da cidade (Silva, 2012, p. 97). O Estatuto da Cidade ampliou o rol das situações nas quais é necessária a existência de um plano diretor (Marrara, 2014, p. 124). O texto constitucional exigia a edição de planos diretores em duas hipóteses: 1) municípios com mais de 20 mil habitantes e; 2) municípios que pretendam usar os mecanismos de parcelamento e edificação compulsórios. A lei ordinária ampliou a obrigatoriedade também para cidades 3) integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas; 4) integrantes de áreas de especial interesse turístico; 5) inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional; e 6) incluídas no cadastro nacional de municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos⁵⁷.

De acordo com as diretrizes expressas no Estatuto da Cidade, os planos diretores devem contar, necessariamente, com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos econômicos e sociais, não apenas durante o processo de elaboração e votação, mas, sobretudo, na implementação e gestão das decisões do plano. A participação da sociedade civil desempenha um duplo papel. Por um lado, possibilita a inclusão de atores historicamente alienados no debate democrático. Por outro, traz à superfície conflitos de interesses inerentes à vida urbana e oferece a eles um tratamento democrático⁵⁸.

I – parcelamento ou edificação compulsórios;

II – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

⁵⁷ Art. 41. O plano diretor é obrigatório para cidades:

I – com mais de vinte mil habitantes;

II – integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas;

III – onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4º do art. 182 da Constituição Federal;

IV – integrantes de áreas de especial interesse turístico;

V – inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional;

VI – incluídas no cadastro nacional de Municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos. (Incluído pela Lei n. 12.608, de 2012)” – Estatuto da Cidade

⁵⁸ MARICATO, E.; SANTOS JUNIOR, O. A. dos. “Construindo a Política Urbana: participação democrática e o direito à cidade.” In: RIBEIRO, L. C. de Q.; SANTOS JUNIOR, O. A. dos (Org.). *As metrópoles e a questão social brasileira*. Rio de Janeiro: Revan; FASE, 2007.

Assim, mais do que um documento técnico, normalmente hermético ou genérico, distante dos conflitos reais que caracterizam a cidade, o Plano passa a ser um espaço de debate dos cidadãos e de definição de opções, conscientes e negociadas, por uma estratégia de intervenção no território⁵⁹.

Segundo Avritzer, o papel do plano diretor é o de reforçar o aspecto democratizante e regulador urbano em diversas correlações de força entre governo, sociedade civil e interesses privados⁶⁰. O plano se consolida, dessa forma, como tradução do planejamento participativo, compreendido como um processo resultante de práticas de cidadania voltadas para eliminar as desigualdades sociais e os obstáculos para efetivação do direito à cidade⁶¹.

ESTUDO DE CASO: O PLANO DIRETOR ESTRATÉGICO DE SÃO PAULO

O presente trabalho pretende contribuir para o debate da seção anterior a partir da análise do processo participativo de elaboração da nova política urbana do Município de São Paulo. Para tanto, será analisado o processo de revisão do Plano Diretor Estratégico (PDE) paulistano, que não apenas ocorreu por meio de um amplo processo participativo, como também buscou implementar instrumentos para a atuação democrática e efetiva da sociedade civil na gestão da cidade.

340

Já em 1967, as Leis Orgânicas dos municípios do Estado de São Paulo determinavam a obrigatoriedade da elaboração de planos urbanos, então chamados de Planos Diretores de Desenvolvimento Integrado⁶². A gestão da prefeita Luíza Erundina (1989-1992) elaborou uma proposta de Plano Diretor Municipal que, no entanto, não foi aprovada pela Câmara Municipal⁶³. Em 2001, a gestão de Marta Suplicy (2001-2005) assumiu a prefeitura e colocou como uma de suas prioridades de governo a elaboração de um Plano Diretor Municipal para a cidade. Em 2002, foi aprovada a Lei Municipal n. 13.430/2002 – primeiro PDE paulistano e um dos primeiros planos do Brasil a atender as diretrizes estabelecidas no Estatuto da Cidade⁶⁴.

⁵⁹ ROLNIK, R. Estatuto da cidade – instrumento para as cidades que sonham crescer em justiça e beleza. In: N. SAULE JR.; R. ROLNIK (Eds.). *Estatuto da cidade: novos horizontes para a reforma urbana*, Caderno Pólis, n. 4, p. 5-9. São Paulo: Pólis, 2001, p. 7.

⁶⁰ AVRITZER, op. cit., p. 218.

⁶¹ SAULE JR., N. Estatuto da cidade e o Plano Diretor – possibilidades de uma nova ordem legal urbana justa e democrática. In: OSORIO, L. M. *Estatuto da cidade e reforma urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras*. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 89.

⁶² HOYLER, T.; GODOY, S. R. *Conteúdos políticos do plano diretor: por quê, onde, como e que diferença faz?* IV Seminário Discente da Pós-graduação em Ciência Política da USP, 2014.

⁶³ AVRITZER, op. cit., p. 214-215.

⁶⁴ BONDUKI, N. O modelo de desenvolvimento urbano de São Paulo precisa ser revertido. *Estudos Avançados*, v. 25, n. 71, p. 23-36, 2011.

O início do processo de revisão do PDE de São Paulo

Em 2013, após 11 anos de vigência da Lei Municipal n. 13.430/2002, o Município de São Paulo iniciou o processo de revisão de seu plano. As entrevistas realizadas apontaram para dois conjuntos de razões que levaram ao início do processo de revisão do PDE: um de cunho predominantemente político, e outro de cunho predominantemente jurídico.

O PDE é entendido como “normas aplicáveis ao particular na produção da cidade”, e, ao mesmo tempo, como um balizador do investimento público (Entrevistado 1). Esse conjunto é pensado e dosado para um horizonte de 5 anos, de acordo com a conjuntura política, social e econômica do momento. Do ponto de vista político, passados 10 anos de vigência da lei de 2002, era claro para a Administração Pública municipal que uma série de instrumentos presentes no PDE precisava ser revista. A cidade e o país passaram por mudanças que exigiam a inclusão de novos objetivos, sobretudo no que se refere às questões ambientais e relacionadas com mudanças climáticas.

Como aponta Bonduki, o crescimento econômico e o maior acesso da população aos bens de consumo (como automóveis), assim como a excepcional elevação do crédito habitacional, agravaram o quadro urbano de São Paulo em relação ao cenário de 2002⁶⁵. Ao mesmo tempo, o orçamento do Município mais do que dobrou, evidenciando um aumento da capacidade de investimento do poder público, que goza de melhores condições para atuar no planejamento urbano. Assim, a revisão justificou-se também pela necessidade de fortalecer os processos de planejamento e gestão urbana no Município de São Paulo frente às transformações econômicas, sociais, demográficas e ambientais, entre outras, em curso na cidade (Prefeitura de São Paulo, 2013).

Ademais, a pressão política e social pela revisão da Lei de Zoneamento, que só poderia ocorrer após a alteração do PDE (Entrevistado 1), pode ser apontada como outro fator relevante. O prefeito Fernando Haddad (PT-SP) assumiu a prefeitura em 2013, com o compromisso de rever todo o marco regulatório urbano – uma de suas promessas de campanha –, o que dependia da revisão do PDE (Entrevistado 3).

Do ponto de vista jurídico, por previsão legal, o PDE de 2002 deveria ter sido revisto em 2006⁶⁶. Naquele ano, a gestão do então prefeito da cidade de São Paulo, Gilberto Kassab (PSD-SP), que assumiu após a renúncia de José Serra

⁶⁵ BONDUKI, op. cit., p. 35.

⁶⁶ “Art. 293. O Executivo deverá encaminhar à Câmara Municipal o projeto de revisão do Plano Diretor Estratégico em 2006, adequando as ações estratégicas nele previstas e acrescentando áreas passíveis de aplicação dos instrumentos previstos na Lei Federal n. 10.257/2001 – Estatuto da Cidade” Lei Municipal n. 13.430/2002 (antigo PDE de SP).

(PSDB-SP), iniciou a elaboração de um novo texto de lei, que resultou no PL n. 671/2007, enviado à Câmara Municipal de São Paulo.

Essa revisão, no entanto, foi contestada judicialmente pela sociedade civil, em um movimento que uniu entidades de diversos segmentos sociais, entre as quais o Movimento Defenda São Paulo, o Instituto Polis, o Centro Gaspar Garcia de Direitos Humanos, a Casa da Cidade, a União dos Movimentos de Moradia da Grande São Paulo e Interior, na *Frente de Defesa do Plano Diretor*. A Frente alegava a não observância dos princípios urbanísticos da gestão democrática da cidade e da participação popular no processo de revisão, e requeria a invalidação do PL, com a realização de novo processo⁶⁷.

A gestão Kassab passou o restante do primeiro mandato (2006-2008) e todo o segundo mandato (2009-2012) buscando dar continuidade ao processo paralisado pelo Judiciário, a despeito das críticas elaboradas pela sociedade (Entrevistado 3). O PL n. 671/2007 chegou a ser enviado para Câmara, mas, em virtude da falta de consenso político em torno do texto, não houve votação (Entrevistado 1). Ao assumir a Prefeitura em 2013, Haddad enviou à Câmara um pedido de arquivamento da proposta em tramitação, para que sua gestão pudesse encaminhar um novo projeto. Em 11 de abril de 2013, a Câmara aprovou o pedido do prefeito e arquivou a proposta.

342 Primeiro round: o Executivo

O processo de revisão ocorreu em duas grandes fases, a primeira junto ao Poder Executivo, entre abril e setembro de 2013⁶⁸, e a segunda junto ao Poder Legislativo, iniciada em setembro de 2013 e encerrada com a sanção do prefeito Fernando Haddad em 31 de julho de 2014⁶⁹. Ambas as fases foram marcadas pela presença de mecanismos de incentivo à participação mais ampliada e à criação espaços de debate para que diversos segmentos e/ou grupos sociais de interesse da sociedade pudessem contribuir com seus posicionamentos, interesses e propostas. Para tanto, duas estratégias sustentaram, de forma articulada e complementar, a revisão participativa: a realização de atividades participativas presenciais; e a implementação de uma plataforma participativa digital.

A elaboração da primeira minuta do projeto de lei coube à Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano (SMDU), que planejou e deu início a um abrangente processo participativo. A escolha da metodologia de implementação do

⁶⁷ Ação Civil Pública n. 053.08.111161-0, 5ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Comarca de São Paulo.

⁶⁸ <http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/desenvolvimento_urbano/legislacao/plano_diretor/index.php?p=146180>. Acesso em: 23/03/2016.

⁶⁹ <<http://www.camara.sp.gov.br/planodiretor/>>. Acesso em: 23/03/2016.

processo foi, desde o início, conflituosa. A forma tradicional, defendida por setores técnicos e burocráticos da prefeitura, era por meio da contratação de uma empresa, que ficaria responsável por acompanhar as audiências públicas e sistematizar as informações. A diretoria da SMDU, entretanto, considerava esse formato “quadrado”, e manifestou interesse em “criar uma coisa nova” (Entrevistado 3).

A SMDU optou por conduzir o processo diretamente, dividindo-o em quatro etapas de trabalho: (i) avaliação temática do PDE vigente; (ii) oficinas públicas para levantamento de propostas, realizadas em todas as subprefeituras; (iii) sistematização das propostas recebidas; e (iv) devolutiva e discussões públicas da minuta do projeto de lei (Prefeitura de São Paulo, 2014). Paralelamente, foi lançada uma plataforma participativa digital, disponibilizada no endereço <www.gestaourbana.sp.gov.br>.

Na primeira etapa, foram realizadas audiências públicas temáticas com base no PDE de 2002. Nelas, de acordo com entrevistados da SMDU, o clima era de disputa pelo espaço e pelas pautas, com participantes muito preocupados em marcar posições e defender bandeiras, e pouco dispostos a dialogar. Com base em falhas de metodologia identificadas nessa etapa, que resultou em espaço precário para a construção coletiva de soluções para a cidade, uma nova metodologia foi desenvolvida dentro da Secretaria. Foram criadas *oficinas participativas*, que aconteceram em cada uma das 31 subprefeituras de São Paulo ao longo da segunda etapa do processo (Prefeitura de São Paulo, 2014).

Nas oficinas, após a apresentação da proposta de PDE pela SMDU, os participantes eram divididos em grupos de 30 pessoas e, em seguida, subdivididos em grupos menores, de 5 pessoas. Cada grupo menor, a partir da apresentação feita, de mapas e fichas temáticos, deveria debater entre si e construir conjuntamente quatro propostas. As propostas de cada grupo eram, então, apresentadas para o conjunto de 30 pessoas, que deveria eleger as cinco mais representativas do grupo maior. Essa metodologia foi considerada bem-sucedida não apenas por priorizar o diálogo entre os participantes, mas também por forçar a priorização das demandas (Entrevistado 3).

Nessa segunda etapa, também foi lançado o formulário *online* de sugestões no *Gestão Urbana*. Uma preocupação da SMDU em relação a esse formato, segundo entrevistados, era mostrar para os participantes que o formulário fazia parte de um processo participativo comprometido e, com isso, incentivar contribuições de qualidade. A SMDU entendeu o formulário como um pacto: se a contribuição recebida mostrasse o compromisso do participante, ela seria analisada e respondida; por outro lado, se fosse ofensiva ou não relacionada ao PDE, seria descartada.

A terceira etapa foi o trabalho de sistematização das contribuições recebidas nas audiências públicas, oficinas participativas e formulários de contribuições

online. Essa sistematização foi considerada uma das maiores dificuldades do processo conduzido pelo Executivo. Isso porque o trabalho foi feito pela própria equipe da SMDU, que, além da revisão do marco regulatório, era também responsável por manter toda uma estrutura burocrática da Secretaria. Nas palavras do então chefe de gabinete da SMDU, “foi um trabalho caseiro, militante, de todo mundo, eu varei várias noites, particularmente” (Entrevistado 3).

Na quarta etapa, foram realizadas oito audiências macrorregionais de devolutivas, que funcionaram no formato tradicional de audiência pública. Havia aqui a preocupação de dar “consequência” à participação, isto é, “mostrar para às pessoas que estava tendo mudanças a partir da participação delas” (Entrevistado 3). A ideia inicial era elaborar uma devolutiva que respondesse individualmente a cada proposta, apontando se ela foi incorporada, incorporada parcialmente, ou não incorporada na minuta final.

No entanto, de um lado, por conta de uma enorme quantidade de informações resultante da abrangência do processo participativo e, de outro, devido às limitações de recursos técnicos e humanos para processar essas informações, a devolutiva do Executivo não foi pormenorizada dessa forma. O relatório da devolutiva apresentava os objetivos do PDE, as principais demandas sociais relacionadas a cada um desses objetivos e respondia a essas demandas em termos de incorporação ou não na minuta. Dessa maneira, o Executivo pretendia oferecer à população uma resposta, ainda que genérica, das propostas apresentadas e mostrar como o PL havia sido estruturado. A partir disso, e da minuta participativa, que será mais bem explorada no próximo item, foi elaborada a minuta de PL do Executivo, que foi enviada para a Câmara Municipal.

Em 1 de novembro de 2011, o Movimento Defesa São Paulo (MDSP) ajuizou ação civil pública com pedido de liminar para suspensão da tramitação do projeto de lei. A parte autora alegava violação pelo Município de São Paulo dos preceitos legais contidos no Estatuto da Cidade e na Lei Municipal n. 13.430/2002 (Plano Diretor Estratégico de 2002), por ausência de publicidade e participação na elaboração da minuta de projeto de lei pelo Executivo⁷⁰. A liminar foi negada pelo juízo de primeira instância, possibilitando o prosseguimento do processo legislativo.

Eu, na minha ingênua concepção, acho que o PDE é um bom pacto, não teve grandes derrotados, então não teve grandes vencedores. Acho que foi um equilíbrio de vários fatores da sociedade, muito bem equilibrado no processo da Câmara, mas que o Defesa se colocou como prejudicado. (Entrevistado 3)

⁷⁰ Ação Civil Pública n. 1009731-87.2013.8.26.0053 – 5ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Comarca de São Paulo.

A plataforma gestão urbana

A página *Gestão Urbana SP* é considerada, pelos envolvidos no processo do PDE e por atores da Prefeitura, um grande avanço institucional. A plataforma foi construída dentro da SMDU, com o auxílio da assessoria de coordenação digital do gabinete, formada por jovens programadores – que, mais tarde, formariam a *startup* “Núcleo Digital”. Segundo os Entrevistados 2 e 3, Vinicius Russo, então assessor de coordenação digital, e Weber Sutti, chefe de gabinete da SMDU, foram os atores-chave, que planejaram juntos soluções para garantir a transparência e acessibilidade das informações. O produto final foi um site em software livre e código aberto que, mesmo após o fim da revisão do PDE, continuou a ser utilizado para outros projetos, como a revisão da Lei de Zoneamento.

A opção pela utilização de dados abertos⁷¹ não foi trivial. A mera existência de canais para a participação não garante qualidade participativa, entendida tanto em termos da capacidade de dialogar com o governo, quanto em termos de representatividade e envolvimento da população. É preciso garantir o acesso efetivo da população a informações estratégicas que orientam a tomada de decisões⁷². Como explica Nelson Saule Junior, o acesso à informação é pressuposto da participação social, uma vez que garante ao cidadão condições para tomar decisões sobre as políticas e medidas que devem ser executadas⁷³. Ou seja, para que haja a participação efetiva do cidadão no planejamento da cidade, é necessário que a população se aproprie do conhecimento inerente à vida urbana.

Assim, não apenas a plataforma operava em software livre, como os dados disponíveis eram salvos em formato aberto, de modo a facilitar o acesso pela população. No caso dos mapas, por exemplo, foi usada a extensão *.kmz*, um formato para leitura na plataforma *Google Earth*. Na prática, isso significa que não é preciso que o usuário domine o uso ou nem mesmo tenha instalado um programa de georreferenciamento para a leitura dos mapas. Qualquer pessoa com acesso à internet e conhecimentos mínimos de navegação seria capaz de abrir os arquivos e ler as imagens.

A plataforma digital *Gestão Urbana* usada para hospedar e divulgar o processo participativo foi uma inovação criada no contexto do PDE, não apenas

⁷¹ Dados abertos podem ser entendidos como “dados que podem ser livremente usados, reutilizados e redistribuídos por qualquer pessoa – sujeitos, no máximo, à exigência de atribuição da fonte e compartilhamento pelas mesmas regras”, segundo definição da Open Knowledge Foundation, *Open Data Handbook*, disponível em: <http://opendatahandbook.org/guide/pt_BR/what-is-open-data/>.

⁷² CIDADE, op. cit., p. 270-271.

⁷³ SAULE JR., op. cit., p. 92.

em relação às outras versões do plano, como também em comparação ao histórico legislativo do Município de São Paulo como um todo. Ao longo das três primeiras etapas, a plataforma digital possibilitava a compreensão da revisão participativa e suas etapas de maneira simples, o acompanhamento das últimas notícias e o acesso à agenda de atividades presenciais e aos documentos úteis para a revisão, como leis e apresentações (Prefeitura de São Paulo, 2014). Nesse sentido, a plataforma tinha um claro objetivo pedagógico e formativo (Entrevistado 3).

Além disso, a plataforma digital disponibilizou três instrumentos relevantes: o Mapeamento Colaborativo, a Ficha de Contribuições e a Minuta Participativa. O Mapeamento Colaborativo possibilitava o apontamento de sugestões e melhorias diretamente sobre espaços específicos da cidade. Já, a Ficha de Contribuições foi usada para o envio de propostas técnicas e permitia, por meio de um preenchimento passo a passo, o envio de contribuição diretamente para a os organizadores da revisão participativa do PDE na SMDU (Prefeitura de São Paulo, 2014).

Por fim, a Minuta Participativa, utilizada na quarta etapa, permitia a comparação do texto proposto com o vigente e permitiu que os cidadãos discutissem e interagissem colaborativamente com o texto da minuta do projeto de lei. No caso do PDE, foram criadas seis categorias de interação com o texto: (i) concordo; (ii) concordo com ressalvas; (iii) proponho acréscimo; (iv) discordo; (v) proponho uma nova redação; e (vi) proponho supressão. Nesse formato, era possível que cada participante escrevesse sua contribuição e lesse as propostas dos demais participantes (Prefeitura de São Paulo, 2014).

A despeito da enorme relevância do *Gestão Urbana* no processo do PDE, sua implementação inicial pela diretoria da SMDU, de acordo com entrevistados, enfrentou resistência dentro da própria Prefeitura, que até então não havia explorado o potencial da internet e das redes sociais como canal de interação com a população (Entrevistado 3). A primeira dificuldade foi obter autorização para hospedar a plataforma dentro do domínio da Prefeitura (prefeitura.sp.gov.br). A alternativa defendida por alguns setores da gestão era a contratação da empresa de publicidade do Município para a criação de um *hotsite*, com final *.com.br*. A diretoria da SMDU, no entanto, acreditava que, por ser uma ferramenta de participação social, a criação da plataforma só faria sentido se fosse como gestaourbana.prefeitura.sp.gov.br (Entrevistado 3) e foi esse o posicionamento adotado.

A criação de uma página na rede social *Facebook* para a SMDU também foi um desafio institucional. Até então, vigorava uma política da Secom contrária à criação desse canal de comunicação pela Prefeitura. A diretoria da SMDU argumentava que só seria possível promover a participação em uma cidade de mais

de 10 milhões de habitantes se o governo fizesse uso das ferramentas utilizadas pela população. Para existir participação, é preciso que as pessoas se apropriem do tema e do debate, e canais efetivos de comunicação com a população para alertar as pessoas sobre a existência e a relevância do processo eram essenciais (Entrevistado 3)⁷⁴.

Segundo *round*: o Legislativo

As quatro etapas ocorridas junto ao Executivo resultaram na sistematização e consolidação de todas as sugestões em um PL apoiado em três grandes estratégias: a estruturação metropolitana; o desenvolvimento de eixos estruturadores; e a redução da vulnerabilidade social e urbana (Prefeitura de São Paulo, 2014). A proposta foi enviada para a Câmara Municipal em 26 de setembro de 2013, quando iniciou-se a segunda fase do processo, desta vez junto ao Legislativo, mas igualmente comprometida com a participação popular no processo de construção do texto substitutivo.

Segundo entrevistados, a ampla abertura à participação social fazia parte de um acordo político firmado com o Executivo, mas era também coerente com a previsão legal do Estatuto da Cidade, que determinava a realização de audiências públicas e de debates com a participação da população⁷⁵. Nesse sentido, “não era uma concessão, era, na realidade, seguindo aquilo que estava prescrito a respeito de como deveria ser feito o processo” (Entrevistado 1).

A Câmara buscou ampliar os canais tradicionais de comunicação com a sociedade, com a disponibilização de três canais para oitiva da população: (i) audiências públicas gravadas; (ii) documentos entregues nas audiências, ou protocolados na Câmara; e (iii) pelo portal eletrônico da Câmara, que possibilitava a introdução de comentários nos artigos projeto de lei⁷⁶.

A proposta foi enviada à Comissão de Política Urbana, Metropolitana e Meio Ambiente (CPUMMA) e o vereador Nabil Bonduki (PT-SP) foi indicado relator, responsável por sistematizar as novas contribuições e apresentar um relatório com um novo texto base do projeto, o Projeto de Lei Substitutivo (PLS) n. 688/2013. A tarefa do relator era, nesse sentido, de mediação. A ele cabia a harmonização de dezenas de interesses distintos, de modo a produzir uma regulamentação da política urbana válida a todos os atores envolvidos⁷⁷.

⁷⁴ A página da SMDU teve sua primeira publicação em 29 de abril de 2013. Hoje, a própria Prefeitura e as demais secretarias já têm páginas institucionais no *Facebook*.

⁷⁵ Art. 39, § 4º, I da Lei n. 10.257/2001, Estatuto da Cidade.

⁷⁶ Câmara Municipal de São Paulo, *Conheça o novo plano diretor estratégico de São Paulo*, dezembro de 2014.

⁷⁷ HOYLER; GODOY, op. cit.

Nós montamos um projeto participativo que conseguiu ser um espaço de debates com a sociedade e também de análise do projeto original para que, a partir de uma análise técnica do debate principal e ouvindo a sociedade, pudesse se aperfeiçoar esse projeto em um substitutivo⁷⁸.

Foram realizadas 45 audiências públicas para debater o PL original, elaborado pelo Executivo, entre audiências públicas temáticas, audiências públicas em cada subprefeitura e audiências públicas macrorregionais⁷⁹. Paralelamente, a relatoria reuniu-se com entidades da sociedade civil, tais como o Secovi-SP (Sindicato das Empresas de Compra, Venda, Locação e Administração de Imóveis Residenciais e Comerciais de São Paulo), o movimento de moradia, grupos de direito à cidade, entre outros atores urbanos relevantes, para ouvir manifestações relacionadas ao PDE (Entrevistado 1).

Todas as contribuições resultantes foram registradas e estão arquivadas na biblioteca da Câmara para consulta. A Câmara contratou o Centro de Estudos da Metrópole (CEM), do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebap), para subsidiar o processo participativo e a formulação do Substitutivo pela CPUMMA⁸⁰. O CEM trabalhou em duas frentes, uma destinada ao acompanhamento das audiências públicas e sistematização das contribuições recebidas, e outra para a elaboração de estudos e pequenas produções de bases de dados para dar suporte à proposta de revisão técnica do plano (Entrevistado 1; Entrevistado 2).

348

Para a primeira frente, o CEM estruturou uma equipe chefiada por Luciana Royer, da Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo (FAU-USP), para acompanhar todas as audiências públicas. Com base na metodologia adotada, desenvolvida pela equipe em parceria com a Câmara, os pesquisadores presentes nas audiências tomaram notas sobre as falas, identificaram o autor de cada contribuição e classificaram as informações em termos geográficos, temáticos e de relevância (Entrevistado 2).

Os entrevistados 1 e 2, que participaram do processo na Câmara, apontaram a falta de delimitação dos temas das contribuições como uma das maiores dificuldades. Isto é, a análise das contribuições recebidas evidenciou que não estava claro para a população qual era o escopo de um plano diretor. Em outras palavras, a população parecia não compreender que tipo de demanda relacionada à cidade era matéria relativa ao PDE.

⁷⁸ BONDUKI, N. *Participação como estratégia no novo Plano Diretor de São Paulo*. Manifestação oral no ciclo de debates “Políticas Públicas e Participação Democrática”, 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=nSVSNASdhjk&app=desktop>>. Acesso em: 16/10/2015.

⁷⁹ Câmara Municipal de São Paulo. *Conheça o novo Plano Diretor Estratégico de São Paulo*, dezembro de 2014.

⁸⁰ Termo de Contrato n. 63/2013, publicado no *Diário Oficial da Cidade de São Paulo* em 14 de dezembro de 2013.

Muitas das demandas levadas às audiências públicas eram questões urbanas relativas a outros tipos de instrumentos que não o PDE. A introdução de ferramentas participativas permitia os mais variados tipos de manifestações, desde contribuições de caráter mais estruturantes de uma forma de pensar a cidade, até demonstrações de interesses bastante pontuais, de alteração do uso e ocupação de determinado setor, quadra ou lote⁸¹. Algumas pessoas compareciam a esses espaços para fazer pedidos pontuais, como tirar a feira da sua rua, ou instalar um ponto de ônibus nas proximidades de sua casa (Entrevistado 2).

O tempo da cidade é muito diferente do tempo do cidadão, das necessidades prementes do cidadão. Ele quer a canalização do córrego, ele quer ser removido. Ele quer uma casa própria. Um morador de classe média quer diminuir o trânsito, quer que o tráfego fique calmo. São demandas diferentes e imediatas. O Plano Diretor trata de um horizonte de tempo de 15, 16 anos, e vem com coisas que é difícil até explicar. (Entrevistado 1)

Podemos apontar duas hipóteses não excludentes que podem explicar essa situação. A primeira diz respeito a uma demanda reprimida por espaços qualificados de participação na política urbana, isto é, de arenas para o debate de problemas pontuais dos cidadãos. A segunda seria um problema de formação da população, que foi chamada para contribuir em um processo participativo sem que os limites da discussão fossem claramente delimitados. Como explica Vitale, a implementação de regimes democráticos participativos deve ser orientada por práticas participativas e deliberativas, ou seja, são necessários tanto a existência de canais para a participação direta dos cidadãos que queiram participar quanto o estabelecimento de um processo deliberativo prévio à tomada de decisões⁸².

É nessa interface entre participação e deliberação, marcada por procedimentos institucionalizados que criem canais para a participação direta dos cidadãos em assembleias face a face, garantindo o debate e a troca de argumentos, que reside a possibilidade de mudança qualitativa na prática democrática⁸³.

A ausência de um processo formativo mais profundo pode ser justificada pelo ritmo intenso da condução do processo como um todo. Uma quantidade muito grande de informações foi produzida e processada em um relativo curto período de tempo, comprometendo a relevância e a qualidade das contribuições. Essa urgência na elaboração e aprovação do PDE era justificada pela vontade do governo de revisar todo o marco regulatório urbano durante aquela gestão. Como esse é um projeto

⁸¹ HOYLER; GODOY, op. cit.

⁸² VITALE, op. cit., p. 5.

⁸³ VITALE, op. cit., p. 5.

que depende da aprovação de muitas leis sucessivas, encabeçadas pelo PDE, era preciso que a revisão começasse no primeiro ano da gestão, do contrário o risco de interrupção do processo no meio era grande (Entrevistado 2; Bonduki, 2015).

Outro desafio da elaboração do PDE, apontado pelos entrevistados, foi o estabelecimento de uma política urbana para um município inserido em uma região metropolitana. A cidade de São Paulo é um município de 1.521,110 km² e população estimada de 11.967.825 habitantes (IBGE, 2015). Já a região metropolitana de São Paulo reúne 39 municípios, ocupando uma área de 8.047 km² e com população estimada de 20.935.204 habitantes (IBGE, 2014).

Por conta do processo de conurbação, os municípios da região metropolitana encontram-se tão próximos uns dos outros que, em muitos casos, não é possível identificar suas fronteiras. Nesse sentido, do ponto de vista do planejamento urbano, pensar em um PDE apenas para o Município de São Paulo é considerado uma abstração. Essa questão decorre em parte da divisão federativa brasileira, na qual os municípios têm autonomia administrativa plena, enquanto as regiões metropolitanas não são reconhecidas como entes federativos.

Após o trabalho de sistematização, o produto final entregue pelo CEM foi um conjunto de relatórios com um panorama da cidade e uma planilha de contribuições agregada por regiões, por temas e pelo conjunto da cidade, resultando em um instrumento completo do material recebido pela Câmara. Além das contribuições da sociedade, a relatoria do PL recebia também emendas e propostas encaminhadas pelos vereadores. Todo esse material foi analisado pela equipe da relatoria, com uma equipe de arquitetos, urbanistas, advogados e cientistas sociais, que buscaram incorporar no texto do PDE as contribuições da população. O resultado desse trabalho foi o texto da emenda substitutivo⁸⁴ da CPUMMA, aprovado na Comissão e enviado ao Plenário para votação (Entrevistado 1).

Nos termos do regimento interno da Câmara Municipal de SP, enquanto um PL está em discussão no plenário, os vereadores podem apresentar emendas, as chamadas emendas de plenário⁸⁵. Essas emendas de plenário podem ser apresentadas, consideradas e votadas em sequência, sem necessidade de publicação, nem de um debate com a sociedade, mecanismo conhecido como “calada da noite”. Não raro, eram votados textos que os próprios vereadores não conheciam.

⁸⁴ “Art. 269. Substitutivo é a proposição apresentada por Vereadores, por Comissão Permanente ou pela Mesa, para substituir outra já existente sobre o mesmo assunto” – Regimento Interno da Câmara Municipal de São Paulo.

⁸⁵ “Art. 271. Emenda é a proposição apresentada por Vereadores, por Comissão Permanente ou pela Mesa, e visa a alterar parte do projeto a que se refere.

Parágrafo único. As emendas só serão admitidas quando constantes do corpo do parecer de Comissão Permanente ou, em Plenário, durante a discussão da matéria, desde que subscritas por 1/3 (um terço) dos membros da Câmara ou, em projetos de autoria da Mesa, pela maioria de seus membros” – Regimento Interno da Câmara Municipal de São Paulo (grifos nossos).

No caso do PDE, isso não ocorreu, pois houve um acordo político firmado entre o prefeito Fernando Haddad (PT-SP), o então presidente da Câmara Zé Américo (PT-SP), o relator Nabil Bonduki (PT-SP) e lideranças de outros partidos para que a discussão do PL n. 688/2013 fosse encerrada dias antes da votação (Entrevistado 1, Entrevistado 3). O Substitutivo da CPUMMA foi aprovado em primeira votação no Plenário em 30 de abril de 2014. De acordo com entrevistados, a relatoria pediu aos vereadores que suas emendas ao PLS aprovado em primeira votação fossem apresentadas antes da abertura para o debate da segunda votação, de modo que as emendas propostas pelos vereadores fossem publicadas no Diário Oficial e no portal da Câmara.

Na prática, essa manobra possibilitou a realização de audiências públicas para debater com a população o conteúdo das emendas e do próprio substitutivo. A partir disso, foi elaborado um novo texto, o segundo substitutivo, incorporando ou não as emendas apresentadas, conforme o nível de consenso existente em relação a elas.

Ainda segundo as regras do Regulamento Interno da Câmara, um texto só se torna Substitutivo se ele for protocolado durante o debate. Assim, no dia 17 de junho de 2014, foi aberta discussão, o relator Nabil Bonduki protocolou o segundo substitutivo e, logo em seguida, o debate foi suspenso. Os vereadores, então, puderam elaborar novas emendas a esse texto até o dia 27 de junho, sexta-feira, quando todas foram publicadas no Diário Oficial e na internet. Durante o final de semana, foi realizada audiência pública para discussão dessas emendas e do segundo substitutivo, de modo que na segunda-feira, data da votação, já houvesse um consenso em relação ao texto final.

Isso permitiu que a gente consolidasse os blocos que seriam “isso tem acordo a gente aprova, isso não tem acordo a gente rejeita”. Isso permitiu que a gente votasse um PL que todo mundo sabia o que estava sendo votado (Entrevistado 3).

Segundo entrevistados, a votação do PDE foi a primeira da Câmara com esse formato. Muitos acreditam que signifique um avanço institucional e que, dificilmente, outro projeto de lei de tamanha relevância será votado de outra maneira. Primeiro, porque o encerramento da discussão antes da votação permite a publicação das emendas e, com isso, confere maior transparência ao processo. Segundo, porque impede que vereadores alterem o projeto de última hora, muitas vezes com o plenário esvaziado.

O PLS n. 688/2013 foi aprovado com 44 votos favoráveis e oito contrários em segunda votação no dia 30 de junho de 2014 e seguiu para a sanção pelo Prefeito. A proposta foi sancionada em 31 de julho de 2014 pelo prefeito Fernando Haddad, resultando na Lei Municipal 16.050/2014, que aprova a Política de Desenvolvimento Urbano e o Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo e revoga a Lei n. 13.430/2002.

O portal na Câmara

No Legislativo, o PDE foi a primeira vez que a Câmara de SP fez uso de uma plataforma *online* para o recebimento de contribuições a um projeto de lei, inspirada em experiências positivas com minutas colaborativas no âmbito do governo federal. Segundo eles, o uso da plataforma trouxe avanços relevantes para o processo legislativo. Além da ampliação da participação, o portal permitiu o registro das contribuições de forma segura e transparente – nele, era possível ler a proposta, identificar o autor, e eventualmente verificar se a demanda foi ou não atendida no texto legal.

Mais ainda, em termos econômicos, a plataforma possibilitou que os custos de participação fossem reduzidos, principalmente em termos de tempo e deslocamento. Pelo portal *online*, qualquer cidadão, de sua própria casa, poderia com um pequeno investimento de tempo enviar uma contribuição ao PDE. Contudo, essa facilidade de acesso comprometeu a profundidade das contribuições em alguns casos, uma vez que elas não necessariamente nasciam em um contexto de debate e de maturação, como o que as audiências públicas propiciavam (Entrevistado 2).

De acordo com os entrevistados 1 e 3, a plataforma *online* tende a ser adotada como ferramenta em outros processos legislativos. De um lado, porque o corpo técnico da Câmara reconheceu a simplicidade da utilização do mecanismo. E, de outro, porque a sociedade notou que esse é um canal possível de diálogo e, em futuras discussões legislativas relevantes, pode cobrar que seja usado (Entrevistado 1).

352

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não buscamos, neste trabalho, especular acerca dos efeitos da participação nos resultados da política urbana. Aferir os efeitos que o processo participativo teve na realidade urbana é uma tarefa em aberto, que seria necessariamente precedida de um estudo aprofundado para o estabelecimento de critérios de mensuração e de extensa coleta de dados. Buscamos aqui apresentar um processo participativo considerado emblemático e identificar o papel desempenhado pelo Direito nesta política pública, bem como os avanços e retrocessos trazidos por esta experiência.

Em relação ao primeiro objetivo, a pesquisa indica que o arcabouço jurídico oferecido pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Cidade e as normas relacionadas à gestão democrática da cidade constantes no próprio plano diretor foram determinantes para a implementação de um processo participativo. Ou seja, na chave analítica proposta por Coutinho, o papel desempenhado pelo Direito na política de planejamento urbano estudada foi o estabelecimento de

uma diretriz programática, de pontos de chegada da política pública, ou seja, a exigência normativa de um processo participativo⁸⁶.

Assim, enxergar o direito como objetivo de políticas públicas sugere, em primeiro lugar, que se reconheça que o arcabouço jurídico tem a característica de formalizar metas e indicar os “pontos de chegada” de tais políticas. O direito, nesse sentido, pode ser entendido como uma diretriz normativa (prescritiva) que delimita, ainda que de forma geral e sem determinação prévia de meios, o que deve ser perseguido em termos de ação governamental. Ele é, nessa acepção, uma bússola cujo norte são os objetivos dados politicamente, de acordo com os limites de uma ordem jurídica⁸⁷.

Não obstante, as entrevistas realizadas apontam que um fator central para a *abrangência* do processo participativo exigido legalmente foi a vontade política dos agentes tomadores de decisão envolvidos, especialmente no âmbito do Executivo. Segundo Avritzer, a implementação de instrumentos de democratização das cidades e de regulação do espaço urbano varia de acordo com o governo, a força da sociedade civil, o partido político no governo e a força dos interesses imobiliários⁸⁸. Ou seja, a gestão democrática das cidades, além das diretrizes normativas, depende de vontade política para ser implementada. É o Executivo que, ao iniciar o processo de elaboração da minuta de PDE, estabelece os canais de participação que serão utilizados pelos cidadãos. E ao Legislativo cabe a decisão política de manter ou não o mesmo grau de abertura ao longo do trâmite do projeto de lei na Câmara.

Em termos de avanços e retrocessos, a pesquisa indica que a revisão do PDE traz um precedente institucional relevante, tanto do ponto de vista do aprimoramento do marco regulatório quanto em relação à capacitação das pessoas para a construção de políticas públicas. O processo, como um todo, teve muitas entradas possíveis para mobilização, para pressão, para reclamação e para sugestão. Há indícios de que “a sociedade evoluiu no conhecimento da cidade, no conhecimento dos seus direitos e nas formas de participação, que foram incrivelmente modificadas a partir da rede, da web” (Entrevistado 1).

Em relação ao conteúdo, a inserção do art. 332 no texto aprovado do PDE é considerada outro avanço⁸⁹. O art. determina a realização de audiências públicas

⁸⁶ COUTINHO, op. cit.

⁸⁷ COUTINHO, op. cit., p. 194.

⁸⁸ AVRITZER, op. cit., p. 217.

⁸⁹ “Art. 332. A Prefeitura realizará audiências públicas por ocasião do processo de licenciamento de empreendimentos e atividades públicas e privadas de impacto urbanístico ou ambiental, para os quais sejam exigidos estudos e relatórios de impacto ambiental ou de vizinhança.

§ 1º Todos os documentos relativos ao tema da audiência pública, tais como estudos, planilhas, planilhas e projetos, serão colocados à disposição de qualquer interessado para exame e

para processos de licenciamento de empreendimentos e atividades públicas e privadas de impacto urbanístico ou ambiental e a disponibilização dos respectivos documentos, inclusive em *meio eletrônico* e em *formato aberto*. É possível que a redação de tal artigo tenha decorrido da experiência positiva com a publicação de dados abertos no processo de revisão do PDE.

Apesar disso, a pesquisa aponta que não é possível afirmar que a elaboração do PDE de forma mais participativa e transparente implique necessariamente uma política urbana mais justa e igualitária. Isso porque a abertura do processo a contribuições de todos os setores da sociedade dá voz a diversos tipos de demandas, incluindo as mais elitistas, mais privatistas e guiadas pelo interesse econômico. Na experiência do PDE, o conflito de interesses de grupos da sociedade civil se somava ainda ao interesse de parte da burocracia de Estado em equacionar as demandas de modo a se produzir um Plano coerente e coeso⁹⁰, o que dificultava ainda mais o processo.

Nesse contexto, a experiência paulistana mostra que o planejamento urbano não é necessariamente forma de eliminação das desigualdades sociais e dos obstáculos para efetivação do direito à cidade⁹¹, mas sim resultado de uma disputa política. Como explica Bonduki, “o plano diretor não é mais uma peça meramente técnica como foi no passado, ele é uma peça técnico-política, porque ele tem que ter elementos técnicos, mas precisa passar por um processo político, ele precisa ser pactuado pela sociedade”⁹².

354

Ademais, é possível afirmar que as formas de participação relacionam-se com o desenho urbano e com as características específicas do território. Como explica Fung, as características de desenho das instituições participativas são escolhas, e não práticas garantidas⁹³. Essas escolhas, conscientes ou não, têm

extração de cópias, inclusive por meio eletrônico e em formato aberto, com antecedência mínima de 10 (dez) dias da realização da respectiva audiência pública.

§ 2º As intervenções realizadas em audiência pública deverão ser registradas para acesso e divulgação públicos em até 20 (vinte) dias da sua realização e deverão constar no respectivo processo administrativo.

§ 3º O Executivo dará ampla publicidade aos resultados advindos das audiências públicas que promoverá, especialmente indicando as medidas adotadas em função das opiniões e manifestações colhidas junto à população.

§ 4º O Executivo poderá complementar as audiências públicas com atividades participativas que ampliem a participação dos munícipes, tais como oficinas, seminários e atividades formativas.” Lei Municipal n. 16.050/2013.

⁹⁰ HOYLER; GODOY, op. cit.

⁹¹ SAULE JR., op. cit, p. 89.

⁹² BONDUKI, op. cit.

⁹³ FUNG, A. Surve y article: Recipes for Public Spheres – Eight Institutional Design Choices and Their Consequences. *Journal of Political Philosophy*, 11(3), 2003, p. 262-265.

significados relevantes para a governança democrática, e entendê-las pode contribuir para a variedade, qualidade e sucesso das instituições, e do processo de deliberação política em geral. Identificar o melhor formato para uma política participativa, portanto, não é tarefa trivial.

Diante de uma exigência legal clara de participação na elaboração do PDE, o desenho e implementação de um processo participativo de ampla abrangência temática e territorial na maior cidade da América Latina foi um desafio para os gestores públicos. O modelo implementado resultou de um aprendizado experimental, com tentativa e erro, e aprimoramento constante. Como apontam Santos e Avritzer, algumas experiências democráticas bem-sucedidas se originaram de contextos sociais nas quais o formato da participação foi sendo adquirido experimentalmente⁹⁴. Uma das teses sustentadas pelos autores, nesse sentido, é de que a ampliação do experimentalismo democrático em todas as direções é necessária para a pluralização cultural, racial e distributiva da democracia⁹⁵.

REFERÊNCIAS

- ALENCAR, J.; COELHO, U. O decreto sobre a participação social no governo federal e a “polêmica bendita”. *Boletim de Análise Político-Institucional/Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*, n. 6, Brasília: Ipea, 2014.
- AVRITZER, L. Instituições participativas e desenho institucional: algumas considerações sobre a variação da participação no Brasil democrático. *Opinião Pública*, (14)1, 43-64, 2008.
- AVRITZER, L. *Participatory institutions in democratic Brazil*. Baltimore: John Hopkins University Press, 2009.
- AVRITZER, L. O Estatuto da Cidade e a democratização das políticas urbanas no Brasil. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 91, 2010.
- AVRITZER, L. A qualidade da democracia e a questão da efetividade da participação: mapeando o debate. In: R. PIRES (Org.). *Efetividade das instituições participativas no Brasil: estratégias de avaliação*. Brasília: IPEA, 2011, p. 13-26.
- BONDUKI, N. O modelo de desenvolvimento urbano de São Paulo precisa ser revertido. *Estudos Avançados*, v. 25, n. 71, p. 23-36, 2011.
- BONDUKI, N. *Participação como estratégia no novo Plano Diretor de São Paulo*. Manifestação oral no ciclo de debates “Políticas Públicas e Participação Democrática”. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=nSVSNASdhjk&app=desktop>>. Acesso em: 16 out. 2015.
- CÂMARA Municipal de São Paulo. *Conheça o novo plano diretor estratégico de São Paulo*, dezembro de 2014.

⁹⁴ SANTOS, B. de S.; AVRITZER, L. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, B. de S. (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

⁹⁵ SANTOS; AVRITZER, op. cit., p. 78.

CELLARD, A. A análise documental. In: POUPART et al. *A pesquisa qualitativa: enfoques metodológicos e epistemológicos*. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 295-316.

CIDADE – Centro de Assessoria e Estudos Urbanos. Gestão Democrática das Cidades. In: OSORIO, L. M. *Estatuto da cidade e reforma urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

COUTINHO, D. R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, E.; FARIA, C. A. *A política pública como campo multidisciplinar*. São Paulo: Editora Unesp, 2013, p. 181-200.

EDIGHEJI, O. E. *The state, state-society relations and developing countries' economic performance*. Tese (Doutorado em Direito) – Norwegian University of Science and Technology, Faculty of Social Sciences and Technology Management, Department of Sociology and Political Science – Trondheim, 2007.

FARAH, M. F. dos S. Parcerias, novos arranjos institucionais e políticas públicas no nível local de governo. *RAP – Revista de Administração Pública*, v. 35, n. 1, p. 119-145, jan./fev. 2001.

FERNANDES, E. Um novo Estatuto para as cidades brasileiras. In: OSORIO, L. M. *Estatuto da cidade e reforma urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

FUNG, A. Survey article: recipes for public spheres – eight institutional design choices and their consequences. *Journal of Political Philosophy*, 11(3), 338-67, 2003.

GRAZIA, Grazia de. Estatuto da cidade: uma longa história com vitórias e derrotas. In: OSÓRIO, Letícia, M. *Estatuto da cidade e reforma urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras*. Porto Alegre: Safe, 2002, p. 15-37.

HOYLER, T.; GODOY, S. R. *Conteúdos políticos do plano diretor: por quê, onde, como e que diferença faz?* IV Seminário Discente da Pós-graduação em Ciência Política da USP, 2014.

MARICATO, E.; SANTOS JUNIOR, O. A. dos. “Construindo a Política Urbana: participação democrática e o direito à cidade.” In: RIBEIRO, L. C. de Q.; SANTOS JUNIOR, O. A. dos (Org.). *As metrópoles e a questão social brasileira*. Rio de Janeiro: Revan; FASE, 2007.

MARICATO, E.; SANTOS JR., O. A. Construindo a política urbana: participação democrática e o direito à cidade. In: RIBEIRO, L. C. Q.; SANTOS JR., O. dos (Org.). *As metrópoles e a questão social brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 165-195.

MARRARA, T. Transporte público e desenvolvimento urbano: aspectos jurídicos da Política Nacional de Mobilidade. *Revista Digital de Direito Administrativo*, 2 (1), 120-136, 2014.

MEIRELLES, H. L. *Direito de construir*. São Paulo: Malheiros, 2013.

NUNES, E. *A gramática política do Brasil: clientelismo e insulamento burocrático*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

O'DONNELL, G. *Accountability* horizontal e novas formas de poliarquias. *Lua Nova*, 44, 2003.

PIRES, A. P. Amostragem e pesquisa qualitativa. In: POUPART et al. *A pesquisa qualitativa: enfoques metodológicos e epistemológicos*. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 154-214.

PIRES, R. et al. *Considerações sobre a integração das instituições participativas ao ciclo de gestão de políticas públicas: subsídios à formulação de um sistema de participação*. Nota técnica n. 3, Brasília: IPEA, 2012.

PIRES, R. R.; VAZ, A. *Participação social como método de governo?* um mapeamento das interfaces socioestatais no governo federal. Texto para discussão 1707. Brasília: IPEA, 2012.

PIRES, R. R. Introdução – Políticas públicas e formas societárias de participação. In: SILVA, E. M.; SOARES, L. B. *Políticas públicas e formas societárias de participação*. Belo Horizonte: UFMG/FAFICH, 2013.

PIRES, R. R.; GOMIDE, A. D. Capacidades estatais e democracia: a abordagem dos arranjos institucionais para análise de políticas públicas. In: PIRES, R. R.; GOMIDE, A. D. *Capacidades estatais e democracia: arranjos institucionais de políticas públicas*. Brasília: IPEA, 2014.

PIRES, R. R.; AMARAL, L. A.; SANTOS, J. C. Planejamento governamental e participação social: encontros e desencontros na experiência brasileira recente. In: CARDOSO JR., J. C.; COUTINHO, R. *Planejamento estratégico governamental em contexto democrático: lições da América Latina – 2013*. Brasília: ENAP, 2014.

POUPART, J. A. Entrevista de tipo qualitativo. In: POUPART et al. *A pesquisa qualitativa: enfoques metodológicos e epistemológicos*. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 215-253.

PREFEITURA de São Paulo (2014). *Exposição de motivos do Projeto de Lei de revisão do Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo (PDE)*, instituído pela Lei Municipal n. 13.430, de 13 de setembro de 2002.

PREFEITURA de São Paulo. *Projeto de lei de revisão do plano diretor estratégico do município de São Paulo (PDE)*, instituído pela Lei Municipal n. 13.430, de 13 de setembro de 2002.

ROLNIK, R. Estatuto da cidade – instrumento para as cidades que sonham crescer em justiça e beleza. In: SAULE JR., N.; ROLNIK, R. (Eds.). *Estatuto da cidade: novos horizontes para a reforma urbana. Caderno Pólis*. São Paulo: Pólis, n. 4, p. 5-9, 2001.

ROLNIK, R. Dez anos do estatuto da cidade: das lutas pela reforma urbana às cidades da copa do Mundo. In: RIBEIRO, Ana Clara T.; VAZ, Lilian V.; SILVA, Maria Lais P. (Org.). *Leituras da cidade*. Rio de Janeiro: ANPUR: Letra Capital, 2011.

SANTOS, B. de S.; AVRITZER, L. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, B. de S. (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SANTOS, M. R. M. dos S. Apontamentos para uma agenda de democratização da política municipal de desenvolvimento urbano. In: SANTOS JUNIOR, O. A. dos; CRISTOVÃO, A. C.; NOVAES, P. R. (Org.). *Políticas públicas e direito à cidade: programa interdisciplinar de formação de agentes sociais e conselheiros municipais*. Rio de Janeiro: Letra Capital; Observatório das Metrôpoles, 2011.

SAULE JR., N.; ROLNIK, R. *Estatuto da cidade: novos horizontes para a reforma urbana*. São Paulo: Cadernos Pólis, 2001.

SAULE JR., N. Estatuto da cidade e o plano diretor – possibilidades de uma nova ordem legal urbana justa e democrática. In: OSORIO, L. M. *Estatuto da cidade e reforma urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

SILVA, F. D.; LOPEZ, F. G.; PIRES, R. R. Introdução: a democracia no desenvolvimento e o desenvolvimento da democracia. In: SILVA, F. D.; LOPEZ, F. G.; PIRES, R. R. *Estado, instituições e democracia: democracia*. Brasília: IPEA, 2010, v. 2.

Beatriz Kira

SILVA, J. A. D. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2012.

VITALE, D. *Democracia semidireta no Brasil pós-1988: a experiência do orçamento participativo*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

WHITAKER, F. et al. *Cidadão constituinte: a saga das emendas populares*. São Paulo: Paz e Terra, 1989.

WORLD BANK. *World Development Report 1997: the State in a Changing World*. New York: Oxford University Press, 1997.

Data de recebimento: 23/03/2016

Data de aprovação: 02/05/2016

PONDERAÇÕES SOBRE A TEORIA DA EDUCAÇÃO MORAL DE ÉMILE DURKHEIM E SEUS LIMITES PARA A EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS

REFLECTIONS ON ÉMILE DURKHEIM'S THEORY ABOUT MORAL EDUCATION AND ITS LIMITS FOR HUMAN RIGHTS EDUCATION

*Olga Jubert Gouveia Krell**

RESUMO

Já no início do século XX, o sociólogo Émile Durkheim defendia que as crianças deveriam passar nas escolas por uma educação moral, que considerava indispensável para a unidade da sociedade francesa e seus valores humanistas. O seu modelo educativo, baseado na disciplina, adesão ao grupo e na autonomia da vontade, é precursor para a educação cívica contemporânea, especialmente a educação em direitos humanos. Nesta visão, a submissão ao grupo social não colide com a autonomia individual, visto que a pessoa jovem deve aderir aos valores comuns por vontade própria, por meio da educação. A teoria durkheimiana pode servir até hoje de inspiração para novos modelos pedagógicos para a formação da cidadania plena de jovens nas escolas brasileiras. A política da educação em direitos humanos (EDH) é exemplo de uma educação moral que ainda pode explorar melhor as bases do pensamento durkheimiano para chegar a uma implementação mais efetiva.

Palavras-chave: Émile Durkheim; Educação moral; Educação em direitos humanos.

ABSTRACT

At the beginning of the 20th century, the sociologist Émile Durkheim argued that children should get a moral education in school which he considered indispensable to the unity of the French society and its humanist values. His educational model, based on discipline, adherence to the group and

* Doutora em Direito pela Faculdade de Direito do Recife (UFPE). Professora Associada de Sociologia do Direito dos Cursos de Graduação e Mestrado da Faculdade de Direito (FDA) da Universidade Federal de Alagoas (UFAL), Maceió. Coordenadora do Núcleo de Pesquisa (NPE) da FDA/UFAL.

autonomy of will, can be regarded as precursor to contemporary civic education, especially human rights education. In this vision, the submission to the social group does not conflict with individual autonomy, because the young person should adhere to common values due to his own will through education. So, his theory might serve even today as inspiration for new pedagogical models to build up full citizenship of young people in Brazilian schools. The policy of human rights education (EDH) is an example of a moral education that can still explore the foundations of Durkheim's thinking to come up with a more effective implementation.

Keywords: Émile Durkheim; Moral education; Education in human rights.

INTRODUÇÃO

Este artigo traz uma reflexão sobre as bases teóricas da educação moral na obra de Émile Durkheim (1858-1917), ao lado de Max Weber talvez o maior clássico da Sociologia, inclusive na área do Direito. O autor francês foi o primeiro estudioso a desenvolver academicamente uma Sociologia da Educação. O seu aporte teórico é utilizado para sublinhar a passagem de uma educação voltada à homogenia de valores para uma educação escolar dirigida à diversidade cultural.

360

Apresenta-se a proposta sociológica durkheimiana, que obriga os membros da coletividade a compartilharem de uma mesma vida moral social, direcionando-os à constante busca pela integração e coesão social em torno daquilo que a própria sociedade elegeu como valores a serem transmitidos às futuras gerações, dentro do contexto histórico de sua época, mediante a educação. A sua perspectiva sociológica sobre a educação inspirou uma linha teórica que desenvolveu uma nova forma de educação moral e cívica; esta pode ser vista como uma forma embrionária ou uma faceta incipiente da educação em direitos humanos. Durkheim considerava essencial o ensino da história francesa enquanto unidade moral a ser comungada por seus compatriotas.

Esse caminho pedagógico foi traçado por ele no início do século XX e tinha como pressuposto uma reforma social, a ser alcançada por meio de uma reforma no ensino. O projeto político de Durkheim era, portanto, coincidente com uma reforma pedagógica que tinha por fim imprimir um caráter moral e cívico ao futuro cidadão, mediante a homogeneização das condutas. Para ele, cada sociedade tem a sua própria moralidade, cabendo à educação transmiti-la. Na atualidade, indaga-se como seria possível pensar na transmissão de um ideal social por similitude às futuras gerações. Parece inviável o objetivo de alcançar um ideal comum, mormente em sociedades plurais cujos valores são distintos e, muitas vezes, diametralmente opostos. Para isso, serão discutidos os ensinamentos clássicos de Durkheim que se fazem presentes na educação contemporânea em direitos humanos.

Ao mesmo tempo, serão debatidos os desafios atuais de uma educação em direitos humanos, inserida em uma pauta inovadora de educação institucional. Tais desafios consistem não apenas na seleção curricular sobre o conteúdo a ser trabalhado em sala de aula, mas também na formulação de propostas metodológicas com foco no ensino e aprendizado e que devem orientar a educação em direitos humanos nos sistemas educativos primário, secundário e da educação superior, a fim de garantir a efetivação social destes. Nessa senda, será apresentada a terceira fase (2015-2019) do Programa Mundial de Educação em Direitos Humanos.

A EDUCAÇÃO EM DURKHEIM: SOCIALIZAÇÃO METÓDICA PARA ALCANÇAR A HOMOGENEIDADE COMPORTAMENTAL

É nas obras *As regras do método sociológico* (1895), *Educação e sociologia* (1922)¹ e *A educação moral* (1925)² que Durkheim desenvolve o seu pensamento a respeito da educação a partir do modelo dos fatos sociais. Para o autor, certos fatos, como as convenções sociais, os costumes, as regras jurídicas, as normas religiosas e morais, são repassados pelo processo social de educação dos indivíduos. Por isso, são considerados *fatos sociais*, isto é, “toda maneira de fazer, fixada ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coação exterior. Ou ainda, que é geral no conjunto de uma dada sociedade, tendo, ao mesmo tempo, uma existência própria, independente das suas manifestações individuais”³.

Esses fatos sociais estão presentes na vida do indivíduo desde a sua infância, a partir de sua socialização na família, escola, igreja. A criança é moldada a obedecer às regras sociais que lhe são impostas. A imposição e obrigação de certos atos começam ao nascer, como comer, beber, dormir nas horas certas, limpeza, obediência. Segundo ele, a educação expressa um esforço permanente e contínuo para impor à criança algumas maneiras que esta não alcançaria espontaneamente. Trata-se, portanto, de incutir o ser social em cada ser humano.

A primeira característica do fato social é a *coação*; somos coagidos, isto é, pressionados a cumpri-los. “Essa coação permanentemente exercida sobre a criança, é a pressão do meio social que tende a moldá-la à sua imagem”⁴. Nesse aspecto, a educação é instrumento socializador que modela e imprime nas crianças

¹ Este livro, editado em 1922, reúne quatro ensaios, que datam de 1902, 1905 e 1911 (2).

² Outra publicação póstuma que reúne textos utilizados pelo autor em aulas ministradas na Sorbonne a partir de 1902/1903.

³ DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 92 e s.

⁴ DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 89. O autor usa a palavra *coação* para assinalar o efeito da pressão social; na área do Direito, o termo normalmente é empregado para expressar o ato de uso da força com o intuito de fazer valer um preceito normativo.

o paradigma de moralidade social ao qual são obrigadas a aderir. Educa-se para garantir o cumprimento dos valores socialmente compartilhados, visando a uniformização da conduta.

A segunda característica do fato social é a *exterioridade*, o que significa que a maioria das regras que disciplinam a conduta humana, como a vida religiosa, moral ou jurídica, já se encontra preestabelecida, antes mesmo o indivíduo ter nascido. E se existiam antes dele, é porque existem fora dele. A terceira característica é a *generalidade*, isto é, trata-se da difusão que o fato tem no interior grupo.

As *regras* sociais (morais, costumeiras, religiosas e jurídicas) também são fatos sociais porque se revestem das características da coação (imposição pela pressão social), exterioridade (anteriores e fora da consciência individual) e generalidade. Uma vez que coube à educação transmiti-las de geração para geração, sua função é reproduzir os valores sociais. Nessa perspectiva, a educação como processo social é responsável por tornar cada indivíduo consciente de seus limites e possibilidades de atuação no âmbito da sociedade, informando-lhe o conjunto de regras que deve internalizar e às quais deve submeter-se, para que se garanta o mínimo de padronização comportamental necessário à organização social.

362

Para Durkheim, a educação consiste em uma “socialização metódica da jovem geração”, que tem “por objecto suscitar e desenvolver na criança um certo número de estados físicos, intelectuais e morais que lhe exige a sociedade política no seu conjunto”⁵. Para tal fim, é preciso inculcar na criança certa homogeneidade comportamental no cumprimento das regras sociais, oferecida pela consciência coletiva, tornando-a apta à convivência com os demais, inserindo-a na vida pública e, assim, otimizando a integração social. Em outras palavras: é por meio da educação que o indivíduo se torna um “ser social”.

OS ELEMENTOS DA MORALIDADE DIRECIONADOS AOS EDUCADORES: DISCIPLINA, ADESÃO AO GRUPO, AUTONOMIA DA VONTADE

Sobre a moral que cada criança deveria internalizar, Durkheim desenvolveu a teoria sobre a educação moral *laica*, com o intuito de estabelecer uma moralidade única a ser compartilhada pelos membros da sociedade francesa ao final do século XIX. Esse período foi marcado por uma série de fatos históricos conturbados que exigia um posicionamento acadêmico sobre a questão. Politicamente, a Terceira República nasceu em 1875, após lutas acirradas entre republicanos e monarquistas. No aspecto econômico predominava a ampliação do

⁵ DURKHEIM, Émile. *Educação e Sociologia*. Lisboa: Edições 70, 2011, p. 53.

capitalismo industrial, além de uma crescente conscientização política das classes operárias sob a influência das teses socialistas formuladas na base do marxismo. Soma-se a esse quadro, o desenvolvimento do espírito *laico*, que se opõe ao domínio da Igreja sobre a educação⁶.

A educação seria o instrumento estratégico para consolidar a nova ordem social na França da Terceira República. Essa transmissão contínua de regras sociais contribuía, segundo ele, para tornar a sociedade coesa, unida em torno dos mesmos ideais morais e cívicos. E isso era necessário, em virtude do período de transição social no qual estava inserida a França. Era importante a construção de uma unidade moral e nacional a ser difundida pelas escolas.

No livro *A educação moral*, Durkheim reúne a definição da educação laica e a classificação dos elementos da moralidade, reconhecendo que os ditames morais variam em cada sociedade. Para ele, é laica “uma educação que abdica de qualquer referência aos princípios sobre os quais repousam as religiões reveladas, que se apoia exclusivamente sobre ideias, sentimentos e práticas que se justificam unicamente pela razão, em uma palavra, uma educação unicamente racionalista”⁷. O cerne dessa obra está em sua constante preocupação em educar e formar moralmente os jovens para os valores de sua sociedade, a partir da determinação das disposições fundamentais do temperamento moral, chamadas de “elementos morais” ou “atitudes que nos inclinam a agir moralmente”, encontradas na observação dos valores morais que se operam ao nosso redor.

Uma Sociologia da Moral, contudo, é mais do que o estudo de ideias morais. Cotterrell enfatiza que Durkheim está interessado em *práticas* sociais que sustentam e desenvolvem a moralidade; estas ele considera “processos voláteis” a partir dos quais “ideias morais são formadas e atos morais são inspirados”⁸.

A partir da observação escolar, o autor entende que há três disposições fundamentais do temperamento moral que o professor deve desenvolver na escola: educar moralmente para a disciplina, para a adesão ao grupo e para o desenvolvimento da autonomia da vontade.

A *disciplina*, embora cause certo constrangimento, ajuda a controlar as ambições desenfreadas e os desejos egoístas e antissociais. Ela imprime na criança o sentido de uma vida coletiva, demonstrando a ela a necessidade de se respeitar o outro, mediante o cumprimento das regras sociais, preparando-a para o convívio com os demais membros. Durkheim sublinha a disciplina como elemento mais importante da moral; seu objetivo é regular a conduta, isto é,

⁶ FILLOUX, Jean-Claude. *Émile Durkheim*. Recife: Massangana, 2010, p. 37.

⁷ DURKHEIM, Émile. *A educação moral*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 19.

⁸ COTTERRELL, Roger. Durkheim on justice, morals and politics. In: COTTERRELL, R. (Ed.). *Durkheim: justice, morality and politics*. Farnham: Ashgate, 2010, p. xi-xxiv.

pressupõe ações repetitivas que garantem certa regularidade comportamental. É acertada a alegação de que “o espírito da disciplina deveria fazer com que as crianças percebessem o *dever*, que é uma das dimensões da moral”⁹.

A *adesão ao grupo* é o segundo elemento da moralidade a ser observado pelo educador. Para Durkheim, aderir ao grupo é aderir à pátria, que, por sua vez, significa aderir aos preceitos gerais da humanidade, cujas características são universalistas e não diferem de região para região no tocante às exigências mais genéricas e abstratas de ideal social humano. Com efeito, a adesão desenvolve o senso de pertencimento à família, ao Estado e, em uma perspectiva de ideal social, pertencimento à humanidade como um todo¹⁰.

Ao mesmo tempo, cabe ao educador incentivar os indivíduos a perseguirem grandes fins morais aos quais possam aderir e servir, ajudando a construir novas ideias de justiça e solidariedade que, cedo ou tarde, suscitarão instituições apropriadas. Sem dúvida, essa vinculação do ser humano ao grupo é de suma importância para que o indivíduo aprenda a respeitar o outro no seio de uma sociedade humanista.

No entanto, atrás da concepção de que é imprescindível que a criança seja ensinada a se submeter à autoridade das regras e ao grupo que as prescreve, há a ideia de que “o consenso social implica em culto à pessoa”. A autonomia da vontade, para Durkheim o terceiro elemento da moralidade, requer que o aluno compreenda pela própria razão “a necessidade de sua adesão aos valores supremos que fundamentam o social”. Em outras palavras, exige-se do futuro cidadão que ele “aprenda a querer a moral por si próprio e que, para tanto, o mestre durkheimiano forneça-lhe a ‘inteligência’ necessária”¹¹.

Na verdade, o mestre francês entendia a pessoa humana como “um dos axiomas fundamentais da nossa moral”, afirmando expressamente que “o mais fundamental é que a pessoa humana é a coisa mais santa por excelência”¹². Nessa passagem, contudo, há uma contradição em relação à sua teoria sociológica geral que, de certa forma, menospreza o ator social individual em prol do ser coletivo. Ao mesmo tempo, ele desenvolve uma doutrina educacional de caráter moral que assegura a primazia ética do indivíduo enquanto pessoa humana. Ensinar o jovem como agir moralmente significa despertá-lo para a necessidade do cumprimento de certas virtudes mediante a adesão à vontade do grupo, desde que o faça com consciência das razões da conduta moral coletiva.

⁹ WEISS, Raquel. A concepção de educação de Durkheim como chave para a passagem entre positivo e normativo. In: MASSELLA, A. B. et al. (Orgs.). *Durkheim: 150 anos*. Belo Horizonte: Argumentvm, 2009, p. 184.

¹⁰ DURKHEIM, Émile. *A educação moral*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 109.

¹¹ FILLOUX, Jean-Claude, op. cit., p. 24.

¹² DURKHEIM, Émile, op. cit., p. 113.

O terceiro elemento é a inteligibilidade da moral, isto é, a *autonomia* que se caracteriza pela aceitação livre e consciente da regra imposta, um ato esclarecido em virtude do uso da razão humana. A autonomia deriva dessa adesão racional ao conteúdo obrigatório das regras morais. Somente quando o ser humano é socializado, tornando-se cômico da necessidade da adesão voluntária às regras impostas pelo grupo, é possível a formação de identidades autônomas¹³.

Na visão durkheimiana, faz parte da natureza aceitar as deliberações normativas impostas pelo social, uma vez que tais deliberações são tomadas em benefício do indivíduo. Pratica-se o ato moral porque ele é um dever e, também, por causa do conteúdo desse ato, que é atraente ao indivíduo em virtude do bem ali implícito. Acatar as regras sociais que emanam do grupo e aceitar a moralidade deste é agir em benefício próprio, já que o indivíduo se realiza quando adere ao social. O *locus* adequado para o desenvolvimento de todas as potencialidades psicoemocionais do indivíduo é o social: somente na sociedade ele se realiza. “Amamos e desejamos a sociedade (...) porque ela nos é interior, porque está em nós, porque é, enfim, um pouco de nós mesmos”¹⁴.

Por isso, “a autonomia do indivíduo implica submissão espontânea e livre aos ditames e regras morais que dão fundamento à vida social”¹⁵. Poder-se-ia pensar equivocadamente que essa autonomia entra em contradição com a autoridade da própria regra. Entretanto, há de se considerar que a autonomia da vontade está expressa em uma vontade racional, daquilo que a razão considera como ato benéfico para o indivíduo. Essa adesão espontânea com base na razão permite o desenvolvimento de um senso moral reflexivo, crítico que não se submete a dogmatismos, subserviência ou fanatismos de qualquer ordem.

Com efeito, o conceito de autonomia, para Durkheim, serve para proclamar a necessidade do sujeito educado de consentir e de “participar deliberadamente do processo de disciplina e de filiação ao grupo”. Porém, “essa autonomia é apenas relativa, posto que o sistema escolar está subordinado às exigências do sistema social e que a única coisa que o sujeito socializado pode fazer é contribuir, através de um engajamento voluntário, para a sobrevivência de sua sociedade”¹⁶.

O que a razão considera benéfico ao grupo é justamente tudo aquilo que o indivíduo adere à autoridade da regra que é criada pelo grupo e para a satisfação do próprio grupo, cujo conteúdo é favorável ao grupo. Reconhece-se na obra de Durkheim uma autoridade que é exterior ao indivíduo – a sociedade –, à qual se

¹³ AUGUSTO, Maria H. Oliva. Indivíduo e moral em Durkheim. In: MASSELLA, A. B. et al. (Orgs.). *Durkheim: 150 anos*. Belo Horizonte: Argvmentvm, 2009, p. 223.

¹⁴ DURKHEIM, *Sociologia e filosofia*. São Paulo: Ícone, 1994, p. 87.

¹⁵ AUGUSTO, Maria H. Oliva, op. cit., p. 223.

¹⁶ FILLOUX, Jean-Claude. *Émile Durkheim*. Recife: Massangana, 2010. p. 33.

obedece de forma consentida. Na verdade, a autonomia ganha contornos específicos em sua obra porque querer livremente, para ele, “não é querer o absurdo”, mas “o que é racional”; em outras palavras, “é querer agir em conformidade com a natureza das coisas”, o que significa submeter-se racionalmente à vontade do grupo que é tido como anterior e superior ao indivíduo¹⁷.

Em toda sua explicação, seja sobre os elementos da moralidade ou da necessidade de implantar uma educação laica nas escolas, sobressai na obra de Durkheim a ideia mestra de sua sociologia: a vontade da sociedade está verticalmente acima das vontades individuais. Nessa linha, educa-se para uma moral do dever, cuja prática é direcionada ao bem, com suporte na racionalidade¹⁸. Neste ponto, a vida moral coincide com a vida social: determinar os objetivos da regra moral é fixar os objetivos de uma sociedade. Por consequência, a moralidade social a ser forjada nas escolas francesas deve se dirigir à formação moral e cívica do cidadão, aos valores historicamente construídos pelo povo francês.

A EDUCAÇÃO MORAL EM DURKHEIM ENQUANTO INSTRUMENTO DE SOCIALIZAÇÃO DIRECIONADO A VALORES SOCIAIS COMUNS

Quando Durkheim desenvolveu a sua teoria sobre a moralidade laica direcionada à educação, ele teve o firme propósito de desenvolver uma moral social que representasse os ideais e a identidade da França no início do século XX. Transmitir a moral social laica aos franceses a partir da educação implicava imprimir nos jovens o caráter nacional de uma nova ordem social. Por meio do ensino da história de seu país, os alunos deveriam desenvolver a consciência de que as criações intelectuais que se deram durante séculos na França são fruto dos avanços da sociedade e reflexo do caráter nacional ou do “espírito francês”.

As ideias morais que representam esse espírito, para Durkheim, estão assentadas em ideais humanistas, abstratos, gerais, de identidade universal, cosmopolita. Ele chega a afirmar que os franceses, quando tentam “fazer uma constituição”, têm a intenção “de construí-la não para uso próprio e exclusivo”, mas querem que “ela sirva para a humanidade inteira”, arrematando: “E por isso que fazemos essas declarações válidas para todo o gênero humano (...)”¹⁹. É óbvio que a Declaração dos Direitos Humanos e do Cidadão, de 1789, também está incluída nesse rol²⁰.

¹⁷ DURKHEIM, Émile. *A educação moral*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 86.

¹⁸ DURKHEIM, Émile. *A educação moral*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 126.

¹⁹ DURKHEIM, Émile. *A educação moral*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 268 e s.

²⁰ Apesar de não citar diretamente a Declaração de 1789 neste contexto, ele se refere aos direitos humanos e à dignidade: “Desse modo, a criança e, mais tarde, o homem compreenderão que os direitos que são reconhecidos atualmente, a liberdade de que desfrutamos, a dignidade moral atribuída a ela, tudo isso é uma obra não de determinados indivíduos, de tal ou qual

A perspectiva sócio-histórica adotada por Durkheim vem sendo retomada por historiadores como Pierre Riché, que a consideram de grande atualidade porque o sociólogo francês formulou, ainda que implicitamente, o princípio de uma educação para os direitos humanos²¹. A educação moral baseada na disciplina, na adesão ao grupo e na autonomia da vontade constitui um arcabouço teórico frutífero para o desenvolvimento de uma educação moral, cívica e cidadã, uma precursora da educação em direitos humanos, difundida nas escolas pelo ensino da história. Nesse sentido, o espírito da disciplina implica o dever da criança de acatar as regras morais e cívicas presentes no grupo. Sem essa disciplina, não é possível internalizar e efetivar, a médio e longo prazo, a regularidade da conduta que prevê a obrigação de se respeitar as regras.

Cabe efetivamente ao professor despertar em seus alunos o respeito a essas ideias morais a partir de seu próprio exemplo, isto é, sua submissão às regras morais cujo poder imperativo se estende a todos os cidadãos. Segundo Durkheim, “é preciso que ele faça com que as crianças compreendam que a regra se impõe a elas como ao professor (...), que a regra o obriga, assim como ela as obriga”²². Somente sob essa condição o professor poderia despertar o respeito pela legalidade e pela lei impessoal, com base na própria impessoalidade. Para o autor, esse sentimento deveria constituir a própria base da consciência pública em uma sociedade democrática.

A adesão do indivíduo aos grupos sociais (família, pátria e humanidade) mediante a educação teria como objetivo promover, por intermédio do Estado, os ideais universalistas da humanidade. Nesse aspecto, a teoria sociológica clássica sobre educação contempla apenas as instituições governamentais como responsáveis pela educação moral direcionada a valores. Como visto, a autonomia deriva da adesão racional à sociedade e às suas regras. Nesse sentido, seu cumprimento induz à prática do bem em virtude do conteúdo ali previsto. Ao considerar a autonomia da vontade a disposição moral por meio da qual o professor orienta crianças a utilizar a razão para o cumprimento das regras, encontra-se nela o paradigma pedagógico que acolhe uma educação em direitos humanos na contemporaneidade.

Entre as orientações metodológicas para a educação em direitos humanos, há referência constante à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, legado imortal da França revolucionária, e dos valores que a ela subjazem, empregando-se o mesmo paradigma pedagógico de Durkheim segundo o qual o ensino

geração, mas desse ser, de um só tempo pessoal e impessoal, que chamamos de França, ou seja, compreenderão que foi a sociedade inteira, desde suas origens mais remotas, que preparou sua emancipação” (DURKHEIM, Émile. *A educação moral*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 267).

²¹ FILLOUX, Jean-Claude, op. cit., p. 37.

²² DURKHEIM, Émile, op. cit., p. 126.

das regras morais deve ser explicado por meio da razão²³. A natureza moral contida nos valores que sustentam a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão está de acordo com os princípios de procedimento racional de uma moral cívica ou ética mínima, tal qual prevista em Durkheim. Com efeito, para o autor “ensinar a moral não é pregá-la, não é inculcá-la, é explicá-la (...). Ensinar as crianças é fazê-las entender as razões de ser dos deveres”²⁴.

Filloux entende que é possível encontrar uma base teórica para a elaboração de uma educação em direitos humanos a partir da atitude pedagógica do professor, colocando os alunos a refletir sobre a racionalidade dos ideais de justiça e respeito aos indivíduos²⁵. De onde se conclui que, nesse peculiar, a teoria educacional clássica subsiste em função da necessidade de direcionar os alunos a uma reflexão racional sobre o porquê de se cumprir os seus deveres.

EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS: DA UNIFORMIZAÇÃO À DIVERSIDADE CULTURAL NO ÂMBITO PEDAGÓGICO

Convém lembrar, neste ponto, que na época de Durkheim, o conteúdo a ser transmitido pela educação perpassava por uma eleição dos valores encontrados na moralidade social e comungados historicamente na sociedade. Para ele, educa-se a criança de acordo com os valores coletivos que representam o conjunto de ideias, sentimentos, isto é, a própria moral do grupo. Nesse aspecto, a sua proposta educacional não pretendeu impor esse ou aquele valor social escolhido aleatoriamente, mas extrair da própria sociedade os valores políticos e morais compartilhados para, a partir daí, socializá-los. Ele afirmava que “a sociedade só poderá viver sob a condição de que exista uma similitude suficiente entre seus membros, ou seja, que todos reproduzam, em diferentes graus, os traços essenciais de um mesmo ideal”²⁶.

Por isso, o projeto acadêmico de Durkheim era também *político*, baseado em uma reforma social a ser implantada mediante uma reforma pedagógica, cuja preocupação maior era ensinar a importância dos valores comuns do grupo, em busca da integração e da coesão. A educação, por sua vez, se destinaria à imperativa padronização e uniformização desses mesmos valores. No entanto, em momento algum ele nega a possibilidade de uma sociedade pluralista; ao contrário, posiciona-se contra uma uniformidade absoluta. Para ele, um “enriquecimento”

368

²³ MEDINA RUBIO, Rogelio. El respeto a los derechos humanos y a educación en los valores de una ciudadanía universal. In: LÓPEZ-BARAJAS, E.; RUIZ CORBELLA, M. (Coords.). *Derechos humanos y educación*. Madrid: UNED, 2009, p. 41.

²⁴ DURKHEIM, Émile, op. cit., p. 124 e s.

²⁵ FILLoux, Jean-Claude. *Epistemología ética y ciencias de la educación*. Córdoba: Encuentro, 2008, p. 136 e s.

²⁶ DURKHEIM, Émile, op. cit., p. 96.

só pode ser alcançado por meio da *diversidade*. Sob esta, contudo, deve existir “certo grau de consenso moral porque se todo mundo fosse totalmente diferente nas suas crenças morais, não existiria uma sociedade”. Para Durkheim, portanto, o pluralismo deveria vir depois do consenso²⁷.

Filloux, comentando essa posição, alega que uma homogeneidade suficiente entre os membros de uma sociedade é condição de sua subsistência, a qual, por sua vez, é perpetuada por uma educação que consiga inculcar na mente dos jovens as relações fundamentais exigidas pela vida em comunidade. Essa homogeneidade, no entanto, seria somente relativa em sociedades caracterizadas pela divisão do trabalho: quanto maior a diferenciação entre vários tipos de ocupação, tanto maior a necessidade de certo nível de heterogeneidade²⁸.

Concomitantemente, a principal preocupação de Durkheim consiste em “justificar (...) a necessidade histórica de um consenso social fundado sobre o reconhecimento dos ‘direitos humanos’”²⁹. Entretanto, em vez de tê-los como um conjunto finito, definidos de uma vez para sempre, o sociólogo francês entendia que, nas sociedades avançadas, os direitos humanos podiam expandir-se e teriam de ser “conquistados dia a dia”³⁰.

A mensagem de Durkheim que continua válida em tempos atuais é a de que a escola deve ser chamada cada vez mais para ensinar as grandes ideias morais e participar da instrução do sentido da solidariedade, da justiça social e do respeito com os outros. Ao mesmo tempo, a coesão social defendida por ele pretendia, na sua época, garantir a unidade, estabilidade e a continuidade de certos valores nas relações sociais. Entretanto, tal percepção não se aplica à contemporaneidade, uma vez que ela abstrai de sua explicação os conflitos humanos inerentes às relações intersubjetivas, desconsiderando a diversidade presente na pós-modernidade.

Vale lembrar que, na atualidade, as ordens sociais são geopoliticamente baseadas na pluralidade de ideias, prevalecendo nelas convicções morais distintas e, muitas vezes, diametralmente opostas, até dentro do mesmo grupo social. Na perspectiva da educação em direitos humanos, os valores compartilhados pela maioria são levados em consideração, desde que se observem, também, as diferenças. A própria sociedade é pensada e explicada em sua pluralidade cultural, econômica, política e jurídica.

²⁷ PICKERING, W.S. F.; WALFORD, Geoffrey. Introduction. In: WALFORD; PICKERING (Eds.). *Durkheim and modern education*. London – New York: Routledge 1998, p. 8 e s.

²⁸ FILLOUX, Jean-Claude. Émile Durkheim (1858-1917). *Prospects: the quarterly review of comparative education*, v. 23, n. 1/2, p. 4, 1993.

²⁹ FILLOUX, Jean-Claude. *Epistemología ética y ciencias de la educación*. Córdoba: Encuentro, 2008, p. 137.

³⁰ GIROLA, Lidia. El individualismo según Durkheim. *Sociológica*, ano 12, n. 14, México: UAM, p. 70 e ss., ago. 2003.

Nesse aspecto, a própria temática da educação em direitos humanos (EDH) sugere uma abordagem em diferentes definições: governamental; não governamental; e institucional. A primeira está focada na organização e no controle do ensino e da publicação dos materiais; a segunda é direcionada à proteção de sujeitos de direitos vulneráveis; já a terceira definição diz respeito aos estudos originários dos profissionais de ensino preocupados com os conteúdos ministrados e as perspectivas metodológicas adotadas nas escolas³¹.

Foi publicada em 2004 a Resolução n. 59-113-A, da Assembleia Geral da ONU, que versa sobre o *Programa Mundial para Educação em Direitos Humanos*. Em 2005, a ONU aprovou o plano de ação do referido programa relativo à sua primeira fase (2005-2009), voltando a atenção para o ensino primário e secundário. A segunda fase (2010-2014) abarcará as instituições de ensino superior, professores, educadores, funcionários públicos e militares. Além disso, a ONU aprovou, em 2011, a *Declaração das Nações Unidas sobre a Educação e Formação em Direitos Humanos* (Resolução A-66-137). É óbvio que os esforços para introduzir a EDH nas escolas primárias não podem ser diminuídos pelo fato de já ter sido iniciada a nova fase.

O foco direcionado à formação dos educadores é fundamental. Não basta a pauta institucional sobre a fixação dos direitos humanos a serem integrados nas matrizes curriculares da escola, mais importante é a orientação metodológica sobre a perspectiva pedagógica mediante a qual eles serão introduzidos e socializados. Sob o prisma escolar existe a preocupação de que a educação em direitos humanos se estenda para além da seleção curricular e abarque as linguagens e práticas didáticas do professor, refletindo-se no seu próprio papel³².

De acordo com as Diretrizes Nacionais da EDH do Governo brasileiro, “a EDH deve acontecer de forma a conceber a possibilidade de interação entre as diferentes áreas do conhecimento e em todas as etapas educativas, comprometendo de forma positiva o currículo e a própria organização da escola”. A importância da EDH é destacada com a constatação de que “essa forma de ensinar estimula o diálogo, podendo preparar o educando para compreender e intervir na realidade”³³.

A construção de propostas pedagógicas nos sistemas educativos serve para otimizar a presença e a vivência dos direitos humanos nas relações de ensino,

³¹ FLOWERS, Nancy. How to define humans rights education. A complex answer to a simple question. In: GEORGI, V.; SEBERICH, M. (Eds.). *International perspectives in human rights education*. Gütersloh: Bertelsmann, 2004, p. 106 e ss.

³² CANDAU, Vera M. Ferrão. Educação em direitos humanos e diferenças culturais: questões e buscas. *Revista Múltiplas Leituras*, v. 2, n. 1, p. 80, jan.-jun. 2009.

³³ BRASIL, Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. *Educação em Direitos Humanos: diretrizes nacionais*. Brasília: Coord, Geral de Educação em SDH/PR, 2013, p. 50.

que devem se fazer presentes em várias fontes da vida escolar e no conjunto de interações que se produzem em sala de aula. Além da presença da EDH em todas as etapas educativas, outro importante aspecto metodológico é o seu caráter *interdisciplinar*.

As Diretrizes Nacionais propõem mudanças no processo educacional de maneira que a inserção de conhecimentos relativos à EDH deve ser articulada: “I – pela transversalidade, por meio de temas relacionados aos Direitos Humanos e tratados interdisciplinarmente; II – como um conteúdo específico de uma das disciplinas já existentes no currículo escolar; III – de maneira mista, ou seja, combinando transversalidade e disciplinaridade”³⁴. Portanto, o sistema educacional deve se adequar a uma visão interdisciplinar que rompa com os paradigmas de um ensino estanque e isolado.

Em 2015, foi aprovada a terceira fase do Programa Mundial para EDH, com um plano de ação que formula estratégias de fortalecimento para a implementação das duas primeiras fases, direcionadas à educação primária, secundária, superior, aos professores, educadores, funcionários públicos, agentes policiais e militares. Prevê-se a ampliação da EDH nos currículos correspondentes, promovendo-se a cultura da paz, a educação cívica e cidadã mundial e o respeito à diversidade³⁵.

Outra estratégia é levar em consideração o ensino e aprendizado a partir de duas abordagens: “Direitos humanos por meio da educação”, que consiste na garantia de que todos os processos educacionais, incluindo currículo, métodos e treinamentos, conduzam à aprendizagem de direitos humanos; e “Direitos humanos na educação”, ou seja, que todos os atores envolvidos no processo educativo bem como o ambiente de aprendizagem atuem em consonância com os direitos humanos³⁶.

O marco teórico mais convincente para uma efetiva EDH parece ser a perspectiva intercultural que promove o reconhecimento da diversidade e perpassa um diálogo contínuo entre diversos grupos culturais. É preciso adotar uma efetiva integração das diferenças, que é direcionada à construção de sociedades plurais. Ainda que alguns países latino-americanos tenham aderido à abordagem intercultural em reformas educacionais, até o presente momento são poucos os conhecimentos sobre os efeitos dessa inserção. AEDH, em uma proposta intercultural, propõe a articulação entre igualdade e diferença dentro da política

³⁴ BRASIL, Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. *Educação em Direitos Humanos: diretrizes nacionais*. Brasília: Coord., Geral de Educação em SDH/PR, 2013, p. 52.

³⁵ Unesco. *Plano de Ação – Programa Mundial para Educação em Direitos Humanos – Terceira Fase*. Brasília, 2015, p. 12.

³⁶ Unesco. *Plano de Ação – Programa Mundial para Educação em Direitos Humanos – Terceira Fase*. Brasília, 2015, p. 13.

educativa. O seu objetivo é que os diferentes sujeitos socioculturais se reconheçam à medida que a igualdade se explicita nas diferenças assumidas³⁷.

A perspectiva intercultural ampara também o empoderamento das minorias, que se definem por suas diferenças, e dos sujeitos de direito historicamente excluídos. Ao mesmo tempo, ela afasta o sectarismo religioso, de orientação sexual e étnica, impondo limites aos preconceitos e estereótipos direcionados às minorias sociais. Trata-se de uma EDH preocupada em dar ênfase a valores distintos, sem que com isso haja uma sobreposição de uns sobre os outros ou desprezo aos valores sociais de diferentes sujeitos dentro da pauta educacional nas instituições de ensino. Nesse aspecto, um dos objetivos da EDH é direcionar a formação de sujeitos de direitos e atores sociais ao reconhecimento do *alter* e deles mesmos, enquanto entes autônomos, a partir do reconhecimento da *diversidade*³⁸.

Tal perspectiva se coaduna com a definição nas Diretrizes Nacionais³⁹ e com os princípios direcionados às atividades da EDH, previstos na terceira fase do plano de ação do Programa Mundial para EDH⁴⁰. Com efeito, as preocupações dos profissionais de ensino se expressam, sobretudo, no desafio educacional de caráter institucional, qual seja preparar os sujeitos de direitos a participarem de uma sociedade democrática, socializando-os para que saibam lidar com as diferenças, desenvolvendo a cultura dos direitos humanos nos diferentes espaços e grupos sociais.

372

Além disso, o ensino nas escolas sugere uma perspectiva democrática que se opõe ao domínio da totalidade única de pensamento, com o rompimento de tendências homogêneas inclinadas a projetos universalistas no tocante aos valores sociais⁴¹. No entanto, manter os aspectos em comum que cada cultura carrega para a construção de sua identidade é algo de que não se pode abrir mão; ao mesmo tempo, é inviável, hoje em dia, exigir a homogeneidade dos padrões de

³⁷ CANDAU, Vera M. Ferrão, op. cit., p. 78 e s.

³⁸ MAGENDZO, Abraham. *Educación em derechos humanos: um desafio para los docentes de hoy*. Santiago: LOM, 2006, p. 33.

³⁹ Nesta linha, o Plano Nacional conceitua a EDH como “processo sistemático e multidimensional que orienta a formação do sujeito de direitos, articulando as seguintes dimensões: a) apreensão de conhecimentos historicamente construídos sobre direitos humanos e a sua relação com os contextos internacional, nacional e local; b) afirmação de valores, atitudes e práticas sociais que expressem a cultura dos direitos humanos em todos os espaços da sociedade; (...)” (grifos nossos). BRASIL, Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. *Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos*. Brasília: SDH/PR, 2006, p. 17.

⁴⁰ Entre os princípios para atividades de EDH, estão “fomentar o respeito e valorizar a diversidade, e se opor à discriminação com base em raça, sexo, gênero, línguas, religião, opinião política, origem nacional, étnica ou social, deficiência ou orientação sexual, entre outras” (grifo nosso). Unesco, op. cit., p. 10.

⁴¹ SACRISTÁN, J. Gimeno. *Políticas de la diversidad en el siglo XXI*. Zaragoza: M. Editores 2001, p. 123 e s.

comportamento sociais. Nesse aspecto, surge o desafio das sociedades plurais de deixar prevalecer a identidade cultural, sem se fechar para o *alter*. Isso porque, “vista isoladamente, cada cultura representa um sistema de tradições e relações sociais harmonizado, assumido e incorporado por seus integrantes, cuja preservação é essencial à vida presente e futura do grupo”. O grande desafio reside, justamente, na harmonização entre o direito à identidade cultural e a “necessidade da convivência, do respeito e do reconhecimento das identidades culturais entre si”⁴².

De qualquer maneira, o papel emancipatório de uma EDH de caráter intercultural e o empoderamento social advindo dela são fundamentais para a formação de sociedades plurais cujos direitos se constroem contínua e diariamente ao sabor das mudanças sociais.

Em suma, consideram-se dois os argumentos necessários para o enfrentamento da educação escolar orientada à diversidade. Primeiro, o argumento político do debate democrático entre instituições de ensino, as organizações governamentais e não governamentais, por intermédio de mecanismos participativos, como a consulta popular. Segundo, uma postura acadêmica que promova uma EDH pautada pela perspectiva da interculturalidade, apta a proporcionar uma convivência minimamente solidária entre indivíduos diferentes.

Compartilha-se com Durkheim a valorização de pressupostos universais da natureza humana as quais estão, em parte, presentes em propostas institucionais de EDH. Há, entretanto, algumas inadequações, ou, melhor, dificuldades de alinhamento teórico entre as duas abordagens educacionais. Com efeito, a educação moral durkheimiana e a EDH apresentam diferenças que refletem a contextualização histórica e social em que essas teorias se desenvolveram: a primeira, inserida na modernidade científica; a segunda, fortemente marcada pelo período pós-moderno. Nesse aspecto, sublinham-se as distinções que seguem.

A educação moral diz respeito à verticalidade e à superioridade da moralidade social, prevendo a incorporação coercitiva de suas regras pelos indivíduos mediante uma educação metódica, a partir da qual são estabelecidos padrões de comportamento relativamente homogêneos. Este pressuposto teórico não se ajusta à abordagem atual defendida pela EDH, cujos princípios norteadores se baseiam no respeito, na alteridade e diversidade, isto é, são lastreados em diferentes padrões comportamentais presentes em diversos subgrupos sociais.

A segunda distinção refere-se à transmissão dos valores morais repassados por uma educação moral que primava por seu caráter de estabilidade e continuidade, para dar espaço a uma EDH caracterizada pela educação contextualizada

⁴² GOERGEN, Pedro. Formação humana em sociedades plurais. *Espaço Pedagógico*, v. 21, n. 1, jan./jun. 2014, p. 30.

e aberta às mudanças sociais nas relações humanas. Nesse sentido, afirma Goergen que os processos de formação educacional tradicionais eram munidos de autoridade e de legitimidade por meio da *permanência* e da *fixidez*. Os objetivos “socialmente referenciados” desses processos “justificavam os procedimentos impositivos usados para transmitir conhecimentos e posturas éticas vinculantes a serem incorporados com resignação e conformismo”; assim, “ordem, disciplina, respeito, obediência eram pressupostos naturais de qualquer relação educacional”. Com isso, torna-se evidente que “uma das principais diferenças entre a formação tradicional e a contemporânea é a reestruturação do processo formativo, agora baseado em nova constelação cultural, destituída das características de estabilidade e permanência e, portanto, mutante”⁴³.

É óbvio que, nas sociedades plurais contemporâneas, os antigos parâmetros educacionais sobre a padronização e a homogeneidade de valores universais devem ceder espaço a novas pautas de entendimento, que incluem, sobretudo, o respeito à diferença. Nesse sentido,

374
formar-se na sociedade plural significa reconquistar a subjetividade; significa gerar em nós a recusa do que nos torna seres produzidos; significa não aceitar o que o sistema quer que sejamos: cabeças bem feitas, adaptadas, monológicas, números e categorias; significa entender que a realidade existente não é tão pétrea quanto parece e que pode ser diferente; significa trocar a aderência pela resistência, o êxito pelo risco; significa ultrapassar os estreitos limites da incorporação de conhecimentos e habilidades exigidos pelo mercado e assumir o risco do pensamento autônomo. Mas, formar-se na sociedade plural significa, sobretudo, dar-se conta da diferença, da alteridade, do outro como nova categoria fundante da epistemologia, da ética e da estética⁴⁴.

Por fim, é de frisar que, no contexto da educação moral durkheimiana, a relação ensino-aprendizagem caracteriza-se por uma “verticalidade monológica”, centrada na figura do professor. Diferentemente, a pedagogia adotada pela EDH prestigia a “horizontalidade dialógica” entre os atores sociais envolvidos no processo educacional⁴⁵. Nas sociedades plurais contemporâneas, é fundamental despertar nos alunos uma compreensão racional de caráter reflexivo sobre os motivos pelos quais se devem respeitar as regras sociais. Por isso, o grande desafio na formação educacional, hoje, reside na observação da diferença e da pluralidade de ideias, sem abrir mão da própria identidade cultural.

⁴³ GOERGEN, Pedro. Formação humana em sociedades plurais. *Espaço Pedagógico*, v. 21, n. 1, Passo Fundo, jan./jun. 2014, p. 28.

⁴⁴ Op. cit., p. 39.

⁴⁵ Op. cit., p. 29.

É preciso que prevaleça o respeito à diversidade, condição sem a qual não haverá a fortificação de uma ordem social protetora e promotora de direitos humanos fundamentais.

CONCLUSÃO

Émile Durkheim debruçou-se sobre a educação como mecanismo institucional adequado para dar continuidade à adaptação dos indivíduos às regras sociais criadas pelo grupo, as quais, segundo ele, moldam coercitivamente o comportamento individual. Esse caráter de submissão irrestrita do indivíduo às normas ditadas pela coletividade expressa no âmbito teórico oposição verticalmente superior da sociedade em relação aos seus membros. Na obra do sociólogo francês, a educação de caráter institucional exerce um importante papel social, considerada condição sem a qual cessa a constante adaptação do indivíduo à realidade social da qual faz parte.

Com efeito, alguns dos ensinamentos educacionais do autor continuam relevantes, inclusive no contexto da educação em direitos humanos. Um bom exemplo é a orientação pedagógica mediante a qual Durkheim sugere aos professores: desenvolver nos discentes, habilidades para o uso da razão no cumprimento daquilo que lhes é ensinado em sala de aula para, assim, evitar dogmatismos, fanatismos ou subserviência doutrinária de qualquer ordem. Portanto, a sua obra sobre a educação moral permanece atual, uma vez que está orientada à prática da educação cívica e voltada à cidadania, inspiradora de uma educação em direitos humanos.

Em sociedades complexas imersas na liquidez social do início do século XXI, exige-se muito mais do que uma socialização para um conteúdo moral que capte apenas a moralidade comum do grupo, a partir de um discurso hegemônico sobre direitos humanos. Espera-se um ensino direcionado à compreensão racional das regras e dos princípios de direitos humanos mediante acolhimento e o reconhecimento dos direitos extensivos a subgrupos específicos que coexistem em sociedades plurais.

Neste contexto, ganha importância a reflexão sobre os procedimentos pedagógicos pelos quais esse conteúdo curricular vinculado à EDH deve ser transmitido nas escolas. Sem dúvida, há necessidade de uma integração e vivência escolar dos direitos humanos ainda mais rica e bem planejada em todas as etapas do processo educativo nas instituições de ensino público e privado do Brasil. Para tanto, deve ser mais bem definido o formato do debate democrático no âmbito nacional sobre a moralidade social que se deseja oferecer a médio e longo prazo às crianças e aos jovens. Quanto mais se socializa para o respeito aos direitos humanos dos distintos subgrupos, menor será a necessidade de acionar o poder estatal para salvaguardá-los.

Por fim, resta constatar que, embora se reconheça nos escritos de Durkheim sobre a educação moral o seu esforço de enfatizar a necessidade de uma educação para valores universais que extrapolem os limites regionais, é preciso destacar também os limites de sua teoria no contexto das sociedades plurais contemporâneas. Com isso, abrem-se várias possibilidades de futuros diálogos acadêmicos que não se esgotam com o presente trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AUGUSTO, Maria Helena Oliva. Indivíduo e moral em Durkheim. In: MASSELLA, Alexandre B. et al. (Orgs.). *Durkheim: 150 anos*. Belo Horizonte: Argvmentvm, 2009, p. 209-230.

BRASIL. Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. *Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos*. Brasília: SDH/PR, MEC, MJ, UNESCO, 2006. Disponível em: <www.dhnet.org.br/dados/pp/edh/br/pnedh2/pnedh_2.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2015.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. *Educação em Direitos Humanos: Diretrizes Nacionais*. Brasília: Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos 2013. Disponível em: <<http://www2.uesb.br/pedh/wp-content/uploads/2014/06/Diretrizes-da-Educa%C3%A7%C3%A3o-em-Direitos-Humanos.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

376

CANDAU, Vera M. Ferrão. Educação em direitos humanos e diferenças culturais: questões e buscas. *Revista Múltiplas Leituras*, v. 2, n. 1, p. 65-82, jan.-jun. 2009.

COTTERRELL, Roger. Durkheim on justice, morals and politics. In: COTTERRELL, R. (Ed.). *Durkheim: Justice, Morality and Politics*. Farnham: Ashgate, 2010, p. xi-xxiv. Queen Mary Univ. of London, School of Law. Legal Studies Research Paper n. 57/2010. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1620127>. Acesso em: 15 set. 2015.

DURKHEIM, Émile. *A educação moral*. Tradução de R. Weiss. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico* (e outros textos). Tradução de C. A. Ribeiro de Moura et al. (Série: Os Pensadores). São Paulo: Abril Cultural, 1978.

DURKHEIM, Émile. *Educação e sociologia*. Tradução de N. G. Lopes. Lisboa: Edições 70, 2011.

DURKHEIM, Émile. *Sociologia e filosofia*. Tradução de P. San Martin. São Paulo: Ícone, 1994.

FILLOUX, Jean-Claude. Émile Durkheim (1858-1917). *Prospects: the quarterly review of comparative education*, vol. 23, n. 1/2, p. 303-320, 1993. Unesco: International Bureau of Education, 2001, p. 4. Disponível em: <<http://fliphtml5.com/ycvr/hzzw/basic>>. Acesso em: 15 out. 2015.

FILLOUX, Jean-Claude. *Émile Durkheim*. Tradução de M. L. Salles Boudet. Recife: Massangana, 2010. Disponível em: <www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me4657.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2015.

FILLOUX, Jean-Claude. *Epistemología ética y ciencias de la educación*. Tradução de S. G. L. de García e Y. D. de Nux. Córdoba: Encuentro Grupo Editor, 2008.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 32, n. 1: 359-378, jan./jun. 2016

Ponderações sobre a teoria da educação moral de Émile Durkheim e seus limites...

FLOWERS, Nancy. How to define humans rights education. A complex answer to a simple question. In: GEORGI, V.; SEBERICH, M. (Eds.). *International perspectives in human rights education*. Gütersloh: Bertelsmann, 2004, p. 105-127.

GIROLA, Lidia. El individualismo según Durkheim. *Sociológica*, ano 12, n. 14, México: UAM, p. 69-88, maio/ago. 2003. Disponível em: <www.revistasociologica.com.mx/pdf/3404.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2015.

GOERGEN, Pedro. Formação humana em sociedades plurais. *Espaço Pedagógico*, v. 21, n. 1, Passo Fundo, p. 23-40, jan./jun. 2014. Disponível em: <www.upf.br/seer/index.php/rep>. Acesso em: 18 abr. 2016.

MAGENDZO, Abraham. *Educación em derechos humanos: um desafio para los docentes de hoy*. Santiago: LOM, 2006.

MEDINA RUBIO, Rogelio. El respeto a los derechos humanos y a educación en los valores de una ciudadanía universal. In: LÓPES-BARAJAS, Emilio; RUIZ CORBELLA, Marta (Coords.). *Derechos humanos y educación*. Madrid: UNED, 2009, p. 29-46.

PICKERING, W. S. F.; WALFORD; Geoffrey. Introduction. In: WALFORD, G.; PICKERING, W. S. F. (Eds.). *Durkheim and modern education*. London – New York: Routledge, 1998, p. 1-18.

SACRISTÁN, J. Gimeno. *Políticas de la diversidad en el siglo XXI*. Zaragoza: M. Editores, 2001.

UNESCO – Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. *Plano de ação – Programa Mundial para Educação em Direitos Humanos – Terceira Fase*. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002329/232922POR.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

WEISS, Raquel. A concepção de educação de Durkheim como chave para a passagem entre positivo e normativo. In: MASSELLA, Alexandre B. et al. (Orgs.). *Durkheim: 150 anos*. Belo Horizonte: Argvmentvm, 2009, p. 169-189.

Data de recebimento: 31/12/2015

Data de aprovação: 25/04/2016

UMA CONSTITUINTE EXCLUSIVA PARA A REFORMA POLÍTICA É JURIDICAMENTE POSSÍVEL?

AN EXCLUSIVE CONSTITUENT ASSEMBLY FOR POLITICAL REFORM IS LEGALLY POSSIBLE?

Vitória Caetano Dreyer Dinu*

RESUMO

Diante dos pleitos por reforma política advindos dos protestos de junho de 2013, busca-se discutir a viabilidade jurídica de uma constituinte temática exclusiva para a reforma política (eleitoral e partidária). Contudo, não se olvida a dimensão política, trazendo à tona as relações entre Direito e Política e suas influências recíprocas. Propõe-se, assim, uma investigação crítica sobre o que se entende por poder constituinte e como se dão as suas manifestações, buscando alternativas teóricas de atuação legítima desse poder, entre elas a proposta de uma constituinte parcial para a reforma política – tida por juridicamente possível ao cabo das reflexões. Mesmo diante dessa constatação, realiza-se uma breve análise da viabilidade/oportunidade política de instauração da referida assembleia. No que tange à metodologia, foram feitos estudos interpretativos e críticos de fontes bibliográficas com o intuito de indicar caminhos para uma verdadeira mudança de paradigma em prol do fortalecimento da democracia brasileira.

Palavras-chaves: Constituinte exclusiva; Reforma política; Poder constituinte originário; Direito e política.

ABSTRACT

Starting from the claims for political reform that rose during the protests of June 2013, we discuss the juridical viability of a thematic exclusive constituent assembly for political reform (concerning election law and political parties). However, we do not forget the political dimension, so we bring up the relations between Law and Politics and their reciprocal

* Mestranda no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, vinculada à linha de pesquisa Jurisdição e Direitos Humanos, com bolsa da CAPES/PROSUP. Pós-graduada em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera/Uniderp. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Advogada. E-mail: vitória_dinu@hotmail.com.

influences. Therefore, we propose a critical investigation about what is meant by constituent power and how it expresses itself, in order to find out theoretical alternatives for the legitimate action of this power, including the proposal of a partial constituent assembly for political reform – considered legally possible by the end of the reflections. Even facing this fact, we carry out a brief analysis about the political viability/opportunity of such assembly's establishment. Regarding methodology, they were made interpretive and critical studies of literature sources, in order to indicate ways for a true paradigm shift in favor of the Brazilian democracy strengthening.

Keywords: Exclusive constituent assembly; Political reform; Original constituent power; Law and politics.

INTRODUÇÃO

O ano de 2013 representou uma mudança na estrutura dos protestos sociais que vinham acontecendo nos últimos anos no Brasil. Mais especificamente, em junho de 2013, eclodiu uma série de manifestações por todo o país – 291 protestos e 1.212 detidos, segundo dados levantados pela organização Article 19¹. Se inicialmente a motivação foi o aumento das tarifas de ônibus, depois os protestos passaram também a abranger a inconformidade com a violenta repressão policial e uma infinidade de pautas difusas. Em breve síntese, a população foi às ruas para demonstrar um mal-estar generalizado com a situação política do país, sem que houvesse foco nas demandas ou o surgimento de quaisquer lideranças, fenômeno novo na história das manifestações populares brasileiras.

Não obstante a fluidez das reivindicações, pode-se dizer que se constatou, como denominador comum das muitas vozes em jogo, uma recusa ou negação ao sistema representativo vigente no país². Tanto que ocorreram vários atos de rechaço à participação de partidos políticos durante os protestos, inclusive àqueles historicamente ligados às lutas sociais³. Evidenciou-se, de forma incontestável, a crise de representatividade por que passa a sociedade brasileira, a qual não mais consegue fazer reverberar seus anseios nos órgãos representativos.

Natural, pois, que tenha ocorrido a intensificação dos pleitos para uma reforma política – aqui entendida como reforma eleitoral e partidária – naquele fatídico mês. Com o intuito de atender a esse pleito, à época das “Jornadas de

¹ ARTICLE 19. Linha do Tempo. In: *Protestos Brasil 2013*. Disponível em: <<http://www.artigo19.org/protestos/metodologia.php>>. Acesso em: 2 jun. 2015.

² AGRA, Walber de Moura. As jornadas de junho de 2013 e o seu devir. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 8, n. 30, p. 671-691, set./dez. 2014, p. 676.

³ ARTICLE 19. *Relatório Completo Protestos no Brasil 2013*, 2013, p. 25. Disponível em: <http://www.artigo19.org/protestos/Protestos_no_Brasil_2013.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2015.

Uma constituinte exclusiva para a reforma política é juridicamente possível?

junho”, o Poder Executivo Federal propôs a convocação de uma Constituinte exclusiva para tratar da matéria, proposta bastante polêmica e que incitou uma série de discussões sobre a sua viabilidade e oportunidade.

Diante desse quadro, mister se faz um aprofundamento sobre as concepções teóricas relativas ao poder constituinte, a fim de verificar, sem recorrer a maniqueísmos ou a simplificações, a viabilidade jurídica de uma constituinte temática exclusiva para a reforma política, tema crucial para entender de que formas o país deve buscar o fortalecimento de suas instituições democráticas. Em síntese, propõe-se uma investigação crítica sobre o que se entende por poder constituinte e como se dão as suas manifestações, bem como as relações entre Direito e Política na democracia brasileira – sem intenções de exaurir a temática, mas de contribuir com o debate.

Para o estudo proposto, no que tange à metodologia, foram feitos estudos e análises interpretativos e críticos de fontes bibliográficas (livros, artigos, revistas e publicações), acerca da temática e problema da pesquisa. Em seguida, foram registradas as ideias advindas das leituras, tendentes à formação do arcabouço teórico necessário à análise de novas possibilidades de emanção do poder constituinte originário, com vistas a indicar caminhos para uma verdadeira mudança de paradigma em prol do fortalecimento da democracia brasileira.

Por fim, o presente trabalho estruturou-se da seguinte forma: de início, busca-se discutir as bases teóricas para a construção da categoria poder constituinte, a fim de entender as possibilidades de atuação legítima desse poder e trazer à tona, ao longo do texto, a ligação entre Política e Direito e suas influências recíprocas. Ao cabo, verificam-se os aportes jurídicos para a convocação de uma Assembleia Constituinte temática exclusiva para a reforma política, sem deixar de expor brevíssimos apontamentos sobre a viabilidade/opportunidade política de instauração da referida Assembleia.

381

CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS SOBRE O PODER CONSTITUINTE

Com o intuito de analisar se, de fato, do ponto de vista jurídico, seria sustentável a convocação de uma Constituinte exclusiva temática para a reforma política (eleitoral e partidária), faz-se necessário compreender as bases teóricas do poder constituinte, essa categoria social cunhada para explicar o surgimento de uma nova ordem jurídica em determinada sociedade. Em breve definição, seria “a força política consciente de si que resolve disciplinar os fundamentos do modo de convivência da comunidade política”⁴.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 231.

Muito embora o poder constituinte exista e se manifeste desde os primórdios das sociedades, já que, onde há sociedade, há direito (*ubi societas ibi jus*), a construção teórica sobre o que funda um ordenamento deu-se no século XVIII, por meio das reflexões do Abade Emmanuel Joseph Sieyès, no contexto da Revolução Francesa. À época, a burguesia precisava encontrar uma justificação para o exercício do poder pelo Terceiro Estado, diferente do fundamento divino evocado pela monarquia absolutista⁵. Sieyès, então, criou a categoria do poder constituinte, cuja titularidade pertenceria à nação.

No desenvolvimento de sua teoria, Sieyès estatuiu a célebre diferenciação entre poder constituinte originário e poderes constituídos, oferecendo, assim, as bases para a ideia de supremacia constitucional. Enquanto aquele determina os contornos da estrutura estatal, distribuindo competências e criando órgãos, os poderes constituídos, por sua vez, ao exercerem suas atribuições, estão juridicamente limitados pelo que determinou a nação.

Questão que se impõe, portanto, é a forma como a nação decidirá sobre a estrutura estatal. Para Sieyès, a solução estaria na teoria da representatividade, por ele cunhada, segundo a qual a titularidade do poder constituinte originário pertence à nação, mas quem toma as decisões são representantes eleitos. Aqui, cabe elucidar uma contradição nessa teoria clássica, identificada por Paulo Bonavides: muito embora o poder constituinte pertencente à nação seja tido por ilimitado⁶, o ato fundamental de elaboração da constituição deveria adotar o sistema representativo⁷. Desde os primórdios da teorização sobre o poder constituinte, portanto, já é possível identificar condicionamentos de cunho político – no caso, a necessidade de representação –, ratificando a estreita ligação entre Direito e Política⁸. Com efeito, a própria ideia de poder constituinte foi criada para conferir legitimidade ao poder, consistindo em verdadeiro mito fundador do Estado.

382

⁵ AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: um atentado ao poder reformador*. Porto Alegre: Fabris Editor, 2000, p. 100.

⁶ Devendo respeitar, em verdade, apenas o direito natural. Segundo Luís Roberto Barroso: “Nessa perspectiva, o poder constituinte é *poder de direito*, fundado não no ordenamento vigente, mas no direito natural, que existe antes da nação” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 132).

⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 155.

⁸ Consoante afirma Wadih Damous, “toda concepção lógico-jurídica é construída a partir de momentos políticos, culturais e históricos”, não tendo sido diferente com o poder constituinte, atrelado inicialmente à ideia de representação. Daí que, exatamente pela historicidade dos conceitos, “não podem ser consideradas como dogmas intocáveis” (DAMOUS, Wadih. *Constituinte parcial é possível e necessária*. In: RIBAS, Luiz Otávio (Org.). *Constituinte exclusiva: um outro sistema é possível*. São Paulo: Expressão Popular, p. 115-119, 2014, p. 115. Disponível em: <<http://www.plebiscitoconstituente.org.br/material/livro-jur%C3%ADdico-outro-sistema-pol%C3%ADtico-%C3%A9-poss%C3%ADvel>>. Acesso em: 3 jun. 2015).

Uma constituinte exclusiva para a reforma política é juridicamente possível?

Note-se que, pela circunstância de o poder constituinte ser um poder de fato – o qual depende, basicamente, de sua eficácia –, muitos positivistas chegam a afirmar que ele não seria uma categoria jurídica merecedora de estudos⁹. Para Kelsen, inclusive, se o Direito é uma ciência inteiramente do dever-ser, não poderia ter como alicerce fenômeno baseado na realidade; tanto que, em vez de fundamentar a constituição no poder constituinte, ele cria a célebre norma fundamental (*Grundnorm*), pressuposto lógico necessário para o fechamento do sistema¹⁰. Basicamente, a norma fundamental reconhece a autoridade do sistema e a imuniza, sendo ato de pura criação do direito.

A grande questão é que, de fato, o poder constituinte apresenta caráter sociológico, é uma realidade viva, política, a qual não pode ser enclausurada. Aproximando-se dessa concepção sobre o poder constituinte, Carl Schmitt tem a ideia de constituição como vontade política, cujo conteúdo baseia-se em uma decisão; daí se falar em decisionismo político. Nas palavras do jurista alemão¹¹:

Poder constituinte é a vontade política cuja força ou autoridade é capaz de adotar a concreta decisão de conjunto sobre modo e forma da própria existência política, determinando, assim, a existência da vontade política como um todo. [...] Uma Constituição não se apoia em uma norma cuja justiça seja fundamento de sua validade. Se apoia em uma decisão política surgida de um Ser político, acerca do modo e forma do próprio Ser¹².

383

Indo mais além nessa concepção realista do que é o poder constituinte e, conseqüentemente, a constituição, não podemos deixar de citar as ideias de Ferdinand Lassale, o qual entendia ser a constituição reflexo dos fatores reais de poder que regem uma determinada sociedade, e não o que está determinado por escrito na constituição dogmática¹³. Como eloquente exemplo, tem-se a Alemanha Nazista, a qual sequer tentou incorporar o poder do *Führer* na constituição ou elaborar uma nova; afinal, esse tipo de legitimação não foi necessário, à época, para o exercício de poder.

Instituídas as bases do que seja o poder constituinte, cumpre listar as suas características, as quais basicamente se mantêm desde os escritos de Sieyès: inicial (consustancia o fundamento de validade de todo o ordenamento; é a origem do ordenamento), autônomo ou incondicionado (apresenta ampla margem de

⁹ AGRA, Walber de Moura, op. cit., 2000, p. 84.

¹⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 211 et seq.

¹¹ SCHIMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2003, p. 93-94.

¹² Tradução livre do original em espanhol.

¹³ LASSALE, Ferdinand. *Que é uma Constituição?* São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933, p. 16-17. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/constituicao.html>>. Acesso em: 23 mar. 2015.

discricionarieidade) e ilimitado (concatenação lógica das características anteriores)¹⁴. No que tange especificamente a esta última característica, será ela destrinchada mais adiante.

Ademais, costuma-se classificar o poder constituinte em formal e material, com algumas diferenças entre os doutrinadores. Sobre o poder constituinte material, consideram-se as forças e fatos políticos que possibilitam a mudança do ordenamento jurídico. Já quanto à concepção formal, Walber de Moura Agra diz ser “o conjunto de leis fundamentais que, gozando de supremacia, rege as demais normas do ordenamento jurídico”¹⁵, enquanto Flávio Pedron¹⁶ conceitua-o como a entidade que formaliza as normas constitucionais, seja mediante outorga, assembleia constituinte, etc.

Ainda no que tange às classificações, o poder constituinte costuma ser dividido em poder constituinte originário, responsável pelo surgimento de uma nova ordem constitucional, e o poder constituinte derivado, o qual, em verdade, está no âmbito dos poderes constituídos, por não desnaturar a essência determinada pelo poder constituinte originário. A modalidade derivada divide-se ainda em duas expressões: poder de reforma; e poder constituinte derivado decorrente. Para Luís Roberto Barroso, o poder de reforma seria:

[...] poder de direito, regido pela constituição e sujeito a limitações de naturezas diversas. Sua função é a de permitir a adaptação do texto constitucional a novos ambientes políticos e sociais, preservando-lhes a força normativa e impedindo que seja derrotado pela realidade. Ao fazê-lo, no entanto, deverá assegurar a continuidade e a identidade da constituição¹⁷.

Essa mudança nas normas constitucionais tanto pode se dar pelo procedimento de reforma estabelecido no texto constitucional (no caso do Brasil, votação nas duas casas, em dois turnos, com apoio de 3/5 dos membros de cada uma)¹⁸, quanto por meio das mutações constitucionais, em que, sem mudança de texto, em virtude da abertura textual e da polissemia dos termos, altera-se a interpretação dos dispositivos.

¹⁴ AGRA, Walber de Moura, op. cit., 2000, p. 91; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 232.

¹⁵ AGRA, Walber de Moura, op. cit., 2000, p. 74.

¹⁶ PEDRON, Flávio Quinaud. Reflexões para uma nova teoria sobre o poder constituinte: a tese do patriotismo constitucional como superação das antigas tradições. *Revista CEJ*, Brasília, ano XIII, n. 44, p. 53-64, jan./mar. 2009, p. 56. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1129/1227>>. Acesso em: 23 nov. 2014.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 169.

¹⁸ O poder de reforma, por não ser soberano, apresenta limites: materiais (representados pelas chamadas cláusulas pétreas – art. 60, § 4º, da CF/88), formais (exigências procedimentais) e circunstanciais (a atual Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio).

Uma constituinte exclusiva para a reforma política é juridicamente possível?

Quanto ao poder constituinte derivado decorrente, este se expressa em Estados federativos. A fim de conferir autonomia político-administrativa aos entes da federação, a constituição autoriza-os a elaborarem suas respectivas constituições estaduais. Esse poder, todavia, é subordinado e condicionado, tanto que as constituições estaduais sujeitam-se ao controle de constitucionalidade.

A respeito da titularidade do poder constituinte, já foi dito que, na concepção de Sieyès, ele pertence à nação. Não obstante, ao longo da história, foram conferidas diversas bases de legitimidade a esse poder, como a divindade, o povo, a classe, etc. Mais recentemente, pode-se dizer que a titularidade deixou a nação, conceito polissêmico e que tende a uma ideia de homogeneidade, e passou para o povo, como um “movimento divergente e plural de conflito e cooperação entre suas partes”¹⁹. Na conceituação de Canotilho:

[...] o povo, nas democracias modernas atuais, concebe-se como uma grandeza pluralística, ou seja, como uma pluralidade de forças culturais, sociais e políticas tais como partidos, grupos, igrejas, associações, personalidades, decisivamente influenciadoras da formação de opiniões, vontades, correntes ou sensibilidades políticas nos momentos pré-constituintes e nos procedimentos constituintes²⁰.

Como alternativa doutrinária para a questão da titularidade do poder constituinte, tem-se a tese do patriotismo constitucional de Jürgen Habermas. Muito embora ainda indique o povo como o ente do qual emana um novo ordenamento jurídico, a inovação está no fato de que o povo deixa de ser um dado extrajurídico, um elemento histórico/cultural, para ser reconhecido como um consenso, um processo hermenêutico circular que se dá pela comunicação dos diversos cidadãos, independentemente de suas raízes culturais. Desse processo, surgiria uma nova identidade coletiva – expressa no termo “patriotismo constitucional” –, baseada na identificação dos cidadãos com a sua ordem político-constitucional²¹. Tem-se, assim, um consenso procedimentalista que permitiria uma contínua prática discursiva de aprendizagem, sendo esta protagonizada pelo povo.

Todavia, a própria concepção de povo como titular do poder constituinte originário já foi criticada por Antonio Negri. Partindo da ideia de que o poder constituinte deve ser, de fato, absoluto e ilimitado, o autor italiano acredita que

385

¹⁹ ARAÚJO, Cícero. O processo constituinte brasileiro, a transição e o Poder constituinte. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, p. 327-380, 2013, p. 376. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452013000100011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 4 jun. 2015.

²⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 69.

²¹ PEDRON, Flávio Quinaud, op. cit., p. 60-63.

a ideia de povo, ligada à de representação, aprisionaria a verdadeira essência do poder constituinte, presente na multidão, seu verdadeiro titular²². Seria preciso, assim, refutar a ideia de unicidade presente tanto no conceito de nação como no próprio conceito de povo²³. Nessa leitura radical, a soberania do povo representaria o poder constituído, o qual tolheria as verdadeiras manifestações do poder constituinte²⁴ presentes na multidão²⁵.

Por fim, cumpre ainda trazer uma particular visão sobre o povo como titular de *poderes constituintes*, apresentada por José Luiz Quadros de Magalhães, em contrariedade a uma percepção una do poder. Para o professor, se o povo é:

[...] um conjunto complexo de classes, grupos, movimentos e pessoas com interesses diversos, presentes em um estado nacional e sujeito às leis deste estado, poderíamos dizer que o poder constituinte, o poder que cria o estado, seus princípios e regras de forma soberana, não é uno, mas sim diverso: são poderes constituintes. Com a ideia de poderes constituintes resgatamos a ideia de poderes horizontais diversos buscando superar as ideias de unicidade, uniformidade e hierarquia presentes nas teorias jurídicas modernas²⁶.

No que se refere aos limites do poder constituinte originário, muitas são as discussões travadas na doutrina. Agra, por exemplo, é contrário à existência de limites jurídicos ao poder constituinte²⁷, no qual é acompanhado por Gilberto Bercovici, para quem as limitações a esse poder não são fruto de concepções jusnaturalistas (como determinados discursos sobre direitos humanos), mas de

²² Apud REIS, Ana Beatriz Oliveira. O poder constituinte e a nova Política Nacional de Participação Social: uma análise do projeto de suspensão do Decreto n. 8.243/2014 a partir das contribuições de Antonio Negri. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 8, n. 30, p. 503-520, set./dez. 2014, p. 518.

²³ Apud GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. As manifestações de junho de 2013 no Brasil: reflexões à luz dos conceitos políticos de movimento, multidão e poder (des)constituinte. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 8, n. 30, p. 693-712, set./dez. 2014, p. 705.

²⁴ Apud BERCOVICI, Gilberto. O Poder constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, p. 305-325, 2013, p. 312. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452013000100010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 26 maio 2015.

²⁵ Por mais que Negri tenha dado ênfase à democracia ao recorrer ao conceito de multidão, suas ideias sofrem críticas por ter desvinculado a soberania do poder constituinte. Para Gilberto Bercovici, o conceito de poder constituinte de Negri chega a ser algo metafísico (Id).

²⁶ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Entendendo o poder constituinte exclusivo. In: RIBAS, Luiz Otávio (Org.). *Constituinte exclusiva: um outro sistema é possível*. São Paulo: ed. Expressão Popular, p. 47-57, 2014, p. 48. Disponível em: <<http://www.plebiscitoconstituinte.org.br/material/livro-jur%C3%ADdico-outro-sistema-pol%C3%ADtico-%C3%A9-poss%C3%ADvel>>. Acesso em: 3 jun. 2015.

²⁷ AGRA, Walber de Moura, op. cit., 2000, p. 93.

Uma constituinte exclusiva para a reforma política é juridicamente possível?

ordem concreta e estrutural²⁸. Em sentido contrário, Barroso acredita que o poder constituinte originário não seria um poder ilimitado ou incondicionado, já que há sim limitações do direito internacional e dos direitos humanos²⁹.

Aderimos a esta segunda linha, mas com temperamentos: o poder constituinte, como força política e social, pode, de fato, romper com o paradigma do Estado Democrático de Direito e impor uma outra forma de organização estatal. Nesse sentido, seria ilimitado. No entanto, não se pode desconsiderar que o poder constituinte não nasce de um vácuo histórico-cultural; está limitado por seu entorno. Dessa forma, é possível conceber limitações à sua atuação, inclusive jurídicas, já que as normas de direito internacional e de direitos humanos não deixam de ser fenômeno jurídico, muito embora se apresentem como *soft law*³⁰.

Acrescentando ainda outro viés a essa discussão, cabe elucidar as ideias de Cícero Araújo, para quem a noção do poder constituinte originário seria essencialmente democrática. Dessa forma, antes de analisar as suas características formais, é preciso verificar se a experiência política que sustenta o poder constituinte reflete valores democráticos. Ou seja, esses valores acabam funcionando como limites ao exercício do poder. Nas palavras do autor: “o Poder Constituinte, ou seus representantes, não está autorizado a fazer qualquer coisa; em particular, não está autorizado a propor ou produzir leis que contradigam os valores em nome dos quais foi reconhecido e invocado como tal”³¹.

A nosso ver, tal limitação só seria concebível como jurídica caso se tenha o paradigma democrático como uma espécie de norma de direito internacional – o que não deixa de ser verdade, ao menos no Ocidente. No mais, como já dito, nada impede que uma força política rompa com esse modelo de Estado, já que, ao cabo, o traço distintivo do poder constituinte originário é a sua eficácia atual³².

Pois bem, se o poder constituinte originário é caracterizado por sua eficácia, significa que, em tese, é concebível pensar em novas formas de manifestação para ele, desde que eficazes e, há quem diga, legítimas (e não necessariamente “legais”, no sentido amplo da palavra). Desta feita, pouco importa se o referido poder é

387

²⁸ BERCOVICI, Gilberto, op. cit., p. 315.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 133.

³⁰ Expressão que passou a descrever a existência de fenômenos jurídicos caracterizados por carecer de força vinculante, embora não carentes de efeitos jurídicos, ou ao menos de certa relevância jurídica (HUERTA, Mauricio Ivándel Toro. El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Cidade do México, v. VI, p. 513-549, 2006, p. 533-534. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoInternacional/6/art/art12.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2015). Para aprofundamento na questão do caráter jurídico do direito internacional, vide AKEHURSS, Michael. *Introdução ao direito internacional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1985, p. 1-13.

³¹ ARAÚJO, Cícero, op. cit., p. 376.

³² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 233.

classificado como limitado ou ilimitado; a verdade é que, por ser uma força política latente, o poder constituinte pode inovar nas formas em que se manifesta. O interessante é que a doutrina, muito embora reconheça que o poder constituinte originário é permanente (não desaparece nos momentos de estabilidade constitucional), acaba conferindo a ele um caráter de excepcionalidade, como se suas manifestações só pudessem ocorrer na criação de um novo Estado, em revoluções (radical ruptura) ou em momentos em que se faça necessária uma assembleia constituinte para a total reforma da constituição. É preciso, pois, romper com esse pensamento racional moderno, de redução de complexidades, para passar a conceber o poder constituinte liberto de concepções fechadas e amarras teóricas. Afinal, é a prática que condiciona a teoria, e não o inverso.

Neste ponto, cabe trazer à tona, novamente, as ideias de Habermas sobre o poder constituinte. Ora, se, para o autor, o poder constituinte é uma prática discursiva de aprendizagem³³ – tanto que, com o passar dos tempos, pode ocorrer mudança de norma sem mudança de texto (mutação constitucional) –, por que a própria noção sobre como se expressa o poder constituinte não pode ser também renovada por uma prática discursiva de aprendizagem? Por que não admitir novos autores, e não apenas os juristas nas cátedras, no discurso sobre como legitimamente pode se manifestar o poder constituinte?

388

Não se deve, portanto, perder de vista a ideia, levantada por Nelson Saldanha, de que o poder constituinte é “transconstitucional, ou seja, que prossegue através das constituições que gera, permanecendo latente, sem se transformar em poder constituído”³⁴. Com tal ensinamento em mente, ao menos é possível abrir o debate para novas formas de emanação do poder constituinte originário, tarefa a que se propõe este trabalho.

CONSTITUINTE EXCLUSIVA COMO EMANAÇÃO DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Para iniciar o debate sobre novas formas de emanação do poder constituinte, é interessante citar, de pronto, um sucinto ensinamento de Paulo Bonavides: “Cumpro, todavia, não confundir o poder constituinte com a sua teoria”³⁵. Muito embora seja sabido que o professor é contrário à possibilidade de que, durante a vigência de uma constituição, seu processo de reforma seja alterado³⁶,

³³ PEDRON, Flávio Quinaud, op. cit., p. 61.

³⁴ Apud BERCOVICI, Gilberto, op. cit., p. 314.

³⁵ BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 147.

³⁶ “A seguir, levanta-se a questão de saber se o poder revisor é competente para modificar o próprio sistema de revisão. Colhe-se a esse respeito uma resposta negativa da maioria dos publicistas, uma vez que consentir na possibilidade dessa alteração seria conferir ao poder

Uma constituinte exclusiva para a reforma política é juridicamente possível?

acreditamos que a citada passagem abre os caminhos para a compreensão de que o poder constituinte é realidade anterior ao direito, a qual existe independentemente de suas teorizações. Ou seja, nada impede que novas formas de manifestação do poder constituinte surjam na realidade política, mesmo que, em um primeiro momento, não sejam decodificadas pela linguagem jurídica existente.

Todavia, como nos adverte os constitucionalistas espanhóis Roberto Pastor e Rubén Dalmau, se existe uma disciplina nas ciências jurídicas que têm problemas com a inovação, esta disciplina é o direito constitucional e o estudo de sua dimensão histórica e política chamada constitucionalismo³⁷. Com efeito, se o constitucionalismo surgiu exatamente para traçar os limites do exercício do poder, ele está intrinsecamente ligado ao valor segurança; assim sendo, será um tanto avesso à transformação.

É preciso, porém, ampliar os horizontes para permitir novos diálogos sobre o poder constituinte, sem estar tão preso às concepções clássicas, por exemplo³⁸. Convém, pois, destacar que, por se estar tratando da realidade brasileira, não se devem esquecer as dificuldades de exercício pleno da soberania por parte do povo e que se está diante de uma sociedade plural e complexa. Com isso, seguem dois alertas.

O primeiro é que é necessário ter cuidado para que o discurso do poder constituinte do povo não seja, em verdade, instrumento de legitimação da dominação. Isso porque, como adverte Walber Agra, por mais que se diga que a titularidade do poder constituinte é do povo, ele, em verdade, pertence a outros atores³⁹. Nesse sentido, Paulo Bonavides nos traz a reflexão sobre o conceito de crise constituinte, situação de “inadequação do sistema político e da ordem jurídica ao atendimento das necessidades básicas da ordem social, as quais permanecem insatisfeitas ou postergadas”⁴⁰. É como se os anseios populares acabassem não tendo total eficácia na ordem constitucional pelo descompasso entre os interesses do povo e o dos titulares do poder. Daí que, ao teorizar sobre

constituinte derivado características que ele não possui de constituinte originário. Dotado de competência ilimitada e soberana, esse último poder é o único com a faculdade legítima de alterar o procedimento reformista” (BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 211).

³⁷ PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal. *Revista General de Derecho Público Comparado*, La Rioja: Universidad Rey Juan Carlos, n. 9, p. 1-24, 2011, p. 1.

³⁸ Interessante crítica sobre a questão foi levantada por Gilberto Bercovici: “É justamente este o problema da visão brasileira sobre poder constituinte. O paradigma francês do século XVIII foi elevado a uma espécie de manual de instruções de como se deve compreender o poder constituinte. A transposição da visão francesa para o Brasil gerou uma discussão doutrinária estéril, sem qualquer vinculação com nossa experiência política e constitucional” (BERCOVICI, Gilberto, op. cit., p. 313-314).

³⁹ AGRA, Walber de Moura, op. cit., 2000, p. 91.

⁴⁰ BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 196.

a temática, os estudiosos devem estar atentos à realidade social brasileira a fim de buscar meios para que haja um verdadeiro empoderamento político por parte dos cidadãos.

O segundo alerta diz respeito ao fato de que, diante da pluralidade e complexidade da sociedade contemporânea, não cabe mais ficar adstrito nem ao conceito de nação do Estado Liberal, nem ao conceito de povo do Estado Social⁴¹. Esse novo quadro com que nos deparamos, portanto, demanda um direito aberto a novas concepções.

Tendo em vista as citadas advertências, passa-se a analisar os argumentos contrários e favoráveis a uma constituinte exclusiva para a reforma política, privilegiando, neste momento, a ótica jurídica⁴².

Uma das críticas que a iniciativa tem recebido alega a impossibilidade jurídica, posto que a proposta não se enquadraria nas hipóteses e nos limites estabelecidos pelo art. 60 da CF/88. Com efeito, apenas o poder constituinte derivado poderia reformar parcialmente a Constituição, e esse poder só pode ser exercido pelos integrantes do legislativo federal, já eleitos. Permitir uma constituinte exclusiva seria possibilitar a existência de um poder constituinte com características tanto da versão originária quanto da derivada. Corroborando essa linha de raciocínio, Luís Roberto Barroso, em entrevista ao site “Migalhas”⁴³, aduz que “a teoria constitucional não conseguiria explicar uma constituinte parcial”, entre outros argumentos, para refutar a proposta.

Todavia, na mesma entrevista, o próprio Barroso admite que “[...] às vezes a realidade derrota a teoria constitucional” e que “isso não seria propriamente um problema”⁴⁴. Eis a pedra de toque da questão: a Política (a realidade) não está oferecendo uma proposta de poder reformador com características de originário; está, sim, sugerindo uma nova forma de emanção do poder constituinte originário, por mais que esta não tenha sido imaginada por muitos juristas.

Para que o poder constituinte tenha legitimidade democrática, primeiramente se faz necessário verificar o “caráter especial da vontade cívica manifestada em momento de grande mobilização popular”, como afirma o próprio

⁴¹ COSTA, Alexandre Bernardino. O desafio do poder constituinte. In: RIBAS, Luiz Otávio (Org.). *Constituinte exclusiva: um outro sistema é possível*. São Paulo: Ed. Expressão Popular, p. 87-93, 2014, p. 91. Disponível em: <<http://www.plebiscitoconstituente.org.br/material/livro-jur%C3%ADdico-outro-sistema-pol%C3%ADtico-%C3%A9-poss%C3%ADvel>>. Acesso em: 3 jun. 2015.

⁴² Todavia, algumas nuances sobre os aspectos políticos podem surgir por ser difícil, nesta temática em especial, “depurar” o jurídico.

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. *Constituinte exclusiva: entrevista*. 13 out. 2011. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ipaYn19QrMw>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Constituinte exclusiva: entrevista*. 13 out. 2011. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ipaYn19QrMw>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

Uma constituinte exclusiva para a reforma política é juridicamente possível?

Barroso⁴⁵. Por conseguinte, nada impede que uma constituinte parcial, encampada pela sociedade de forma ampla, seja viável como manifestação do poder constituinte originário. Por mais que seja alterada apenas parcela do texto constitucional – ou seja, assegurando-se a continuidade e a identidade da constituição, característica do poder reformador⁴⁶ –, estar-se-ia diante de manifestação do poder constituinte originário, já que o poder de reforma “obedecerá sempre a moldes pré-organizados ou pré-estabelecidos e ocorrerá nos limites da ordem jurídica, cujos fundamentos não poderão ser ignorados nem violados pela ação do poder constituinte”⁴⁷. No caso, como a constituinte parcial, de fato, desrespeitaria os moldes de reforma da ordem jurídica de 1988, não há como chamá-la de poder constituinte derivado.

Ora, dizer que a teoria constitucional não vislumbra uma constituinte exclusiva significa negar ao direito a sua capacidade de se adaptar a situações diversas, advindas com o decorrer da história. Ademais, consoante a referida argumentação, a doutrina ganha *status* de verdadeira fonte vinculante do direito, o que não é admitido⁴⁸.

Ratificando o argumento de que uma constituinte parcial seria emanção do poder constituinte originário, observe-se a caracterização desse poder. Para reivindicá-lo, há de se constatar ruptura institucional, também cabendo, contudo, decadência do ordenamento vigente⁴⁹. Inclusive, o surgimento da Constituição de 1988 foi caso de decadência da ordem jurídica de 1967/1969, já que não houve uma abrupta ruptura; pelo contrário, a assembleia constituinte de cujo trabalho resultou a CF/88 foi convocada por meio de emenda à antiga Constituição.

É preciso, pois, que as teorias libertem-se da dicotomia continuidade *versus* ruptura institucional para identificar uma manifestação do poder constituinte originário. Esse dito formalismo, inclusive, ensejou, à época da transição da ditadura para a democracia, a defesa de que a assembleia convocada por emenda constitucional não seria livre, soberana e ilimitada, mas poder constituinte derivado, que deveria apenas fazer uma ampla revisão da Constituição existente, em virtude da continuidade institucional⁵⁰. E o interessante é que, de fato, esse argumento tinha mais facilidade de se assentar, exatamente pela rigidez formal das teorias do poder constituintes aceitas⁵¹. Felizmente, acabou por prevalecer a ideia de que a óbvia decadência do regime de 1964 justificava uma legítima emanção do poder constituinte originário.

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., 2013, p. 144.

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., 2013, p. 169.

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 157.

⁴⁸ DAMOUS, Wadih, op. cit., p. 118-119.

⁴⁹ ARAÚJO, Cícero, op. cit., p. 327.

⁵⁰ ARAÚJO, Cícero, op. cit., p. 330-331.

⁵¹ ARAÚJO, Cícero, op. cit., p. 332-333.

Desta feita, por que não poderíamos admitir que a necessidade de uma constituinte parcial advém da decadência não de todo o regime, mas de parte dele? Afinal, o poder pode se exaurir, e ele mesmo convocar o poder constituinte originário para substituí-lo⁵². Esse processo de exaurimento ocorreu, além do citado caso brasileiro, na elaboração da Constituição Francesa de 1958, que se deu por uma espécie de revisão da Constituição de 1946.

Neste ponto, cumpre destacar que a ideia de uma espécie de revisão constitucional ser efetuada por órgão diverso do poder legislativo, como seria com a constituinte exclusiva, não é algo inédito no constitucionalismo ocidental. O processo de revisão constitucional por qual passou a Constituição francesa de 1946 foi efetuado por outro sujeito político que não o Parlamento, o que terminou dando origem à Constituição de 1958. Além desse episódio, várias outras constituições na história já tiveram ou têm uma previsão nesse sentido, possibilidade classificada por Jorge de Miranda como “Revisão por assembleia *ad hoc*” ou por convenção, eleita especificamente e só para fazer revisão⁵³. É o caso do art. 5º da Constituição Americana, que admite a possibilidade de uma convenção para propor emendas⁵⁴.

No caso brasileiro, de fato, a Constituição não previu uma constituinte exclusiva ou convenção para revê-la⁵⁵. Não obstante, esses exemplos do direito comparado mostram que a existência de uma constituinte parcial não é uma

⁵² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 235.

⁵³ Apud TRINDADE, Fernando A. G. Constituinte exclusiva para a reforma política? *Textos para Discussão 80*, Brasília, Centro de Estudos da Consultoria do Senado, p. 3-15, dez. 2010, p. 5. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/resultadopesquisa?tipo_estudo=textos-para-discussao>. Acesso em: 30 jun. 2015.

⁵⁴ “Artigo V: Sempre que dois terços dos membros de ambas as Câmaras julgarem necessário, o Congresso proporá emendas a esta Constituição, ou, se as legislaturas de dois terços dos Estados o pedirem, convocará uma convenção para propor emendas, que, em um e outro caso, serão válidas para todos os efeitos como parte desta Constituição, se forem ratificadas pelas legislaturas de três quartos dos Estados ou por convenções reunidas para este fim em três quartos deles, propondo uma ou outra dessas maneiras de ratificação. Nenhuma emenda poderá, antes do ano 1808, afetar de qualquer forma as cláusulas primeira e quarta da Seção 9, do Artigo I, e nenhum Estado poderá ser privado, sem seu consentimento, de sua igualdade de sufrágio no Senado”.

⁵⁵ Importante destacar que Fernando Trindade, autor que elucida as experiências das constituintes exclusivas revisionais no direito comparado, diferentemente de nosso posicionamento, acredita que uma constituinte exclusiva para a reforma política seria inconstitucional, exatamente porque o texto de 1988 não prevê essa possibilidade. A única revisão legítima foi a prevista no art. 3º do ADCT (TRINDADE, Fernando A. G. Constituinte exclusiva para a reforma política? *Textos para Discussão 80*, Brasília, Centro de Estudos da Consultoria do Senado, p. 3-15, dez. 2010, p. 5. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/resultadopesquisa?tipo_estudo=textos-para-discussao>. Acesso em: 30 jun. 2015, p. 7-10).

Uma constituinte exclusiva para a reforma política é juridicamente possível?

aberração jurídica, ou algo inimaginável. É apenas uma possibilidade, a qual, por demanda da Política, pode vir a ser compreendida pelos instrumentos jurídicos.

É hora, pois, de libertar-se de concepções fechadas sobre o poder constituinte originário, limitado a momentos de ruptura ou em que se faça necessária uma assembleia constituinte para a total reforma da constituição. Afinal, “a transconstitucionalização pode ocorrer a qualquer momento, desde que obtenha legitimidade popular para dar consecução ao seu trabalho”⁵⁶. Seria possível admitir, assim, um poder constituinte evolutivo, ou um processo constituinte transgeracional, nos dizeres de Vital Moreira, citado por Alexandre Costa⁵⁷.

No que tange a um processo constituinte transgeracional, talvez seja cabível citar a experiência constitucional inglesa. Como sabido, o referido modelo não tem uma constituição escrita, o que não significa que não tenha uma ordem constitucional e documentos relevantes de natureza constitucional, presentes desde 1215, com a Magna Carta⁵⁸. Tem-se, pois, a manifestação de um poder constituinte mais fluido entre as gerações, sem grandes rupturas institucionais, o que corrobora o argumento de que a manifestação do poder constituinte originário não precisa de marcos precisamente delimitados, podendo aparecer na continuidade. Ou seja, a comunidade jurídica ainda teima em querer identificar as manifestações do poder constituinte originário em verdadeiros “atos constituintes”, esquecendo o exemplo inglês, com constituição de natureza histórica e evolutiva. Daí ser plausível, sim, pensar em um poder constituinte originário expresso por meio de uma constituinte parcial, sem a necessidade de quebra de vínculo com a Constituição de 1988.

Ratificando o argumento de que as manifestações do poder constituinte originário não precisam se dar em momentos de ruptura institucional, têm-se os ensinamentos do constitucionalista americano Bruce Ackerman. Como é sabido, os Estados Unidos foram a primeira nação a ter uma constituição escrita, a qual permanece até hoje, com mais de 200 anos. Por mais que, desde então, a mudança na Constituição só tenha se dado, formalmente, pela atuação do poder de reforma, Ackerman defende que, em verdade, durante a história americana, houve momentos tão cruciais de modificação da identidade constitucional, que seria possível falar em “momentos constitucionais”, circunstâncias de manifestação do poder constituinte originário, com grande participação popular, ainda que sob a égide de um mesmo texto.

⁵⁶ AGRA, Walber de Moura, op. cit., 2014, p. 687.

⁵⁷ COSTA, Alexandre Bernardino, op. cit., p. 90.

⁵⁸ Entre os documentos de natureza constitucional presentes na experiência inglesa, destacam-se a Magna Carta (1215), a *Petition of Rights* (1628), a *Bill of Rights* (1689) e o *Act of Statement* (1701), além do *Human Rights Act* (1988) (BARROSO, Luís Roberto, op. cit., 2013, p. 34).

Ou seja, a tese desfaz a crença, herdada da França, de que só se exerce o poder constituinte originário quando se revoga a constituição antiga e se cria novo texto. Ackerman, assim, busca desfazer o “mito bicentenário” de que os Estados Unidos vivem 200 anos de constitucionalismo ininterrupto, a mesma república, enquanto a França, por exemplo, está na quinta república⁵⁹. Conforme explica o autor⁶⁰: “Se vamos fazer justiça às realidades americanas, nós temos de ver que o poder efetivo está organizado em linhas muito diferentes, que tem uma genealogia muito diferente daquela estabelecida quando o texto Constitucional foi posto”⁶¹.

Ackerman, assim, identifica três pontos cruciais na história constitucional americana – a Fundação, a Reconstrução e o *New Deal* –, sugerindo que todos foram momentos de *higher law making processes*⁶² no nome de “Nós, o Povo dos Estados Unidos”⁶³. Ou seja: muito embora não tenha havido a devida reflexão sobre como se deram os processos de revisão constitucional, notadamente a Reconstrução após a guerra civil e o *New Deal*, nesses dois casos, em semelhança à ilegalidade feita pelos Fundadores (que desrespeitaram os termos da Confederação), os novos porta-vozes do “Povo” se recusaram a seguir o caminho constitucional de reforma estabelecido por seus antecessores (material ou processualmente)⁶⁴, e modificaram a direção fundamental do desenvolvimento político⁶⁵.

394

A riqueza da tese explicitada leva a reflexões sobre a atual realidade brasileira. Será que as manifestações de junho de 2013, em prol da reforma política, não poderiam justificar uma modificação da Constituição de 1988 sem o respeito aos procedimentos do art. 60? Com efeito, pode ser um exagero. Para configurar plenamente esse “momento constituinte”, talvez um plebiscito seria a solução (conforme será argumentado adiante). A questão é que, pelos exemplos norte-americanos, não é absurdo pensar em modificações da identidade constitucional sem o devido procedimento de reforma, mas sem abrir mão da legitimidade.

⁵⁹ ACKERMAN, Bruce. *We the People: foundations*. Cambridge-Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1993, p. 34.

⁶⁰ ACKERMAN, Bruce, op. cit., p. 35.

⁶¹ Tradução livre do original em inglês.

⁶² Preferimos manter a expressão em inglês, para não perder o seu sentido original. Em breve explicação, esses “elevados processos de feitura do direito” opõem-se à política cotidiana (*normal politics*), por apresentarem um maior envolvimento popular, conferindo legitimidade às modificações da identidade constitucional. Seriam, pois, os “momentos constituintes”.

⁶³ ACKERMAN, Bruce, op. cit., p. 58.

⁶⁴ Enquanto a Reconstrução, mesmo que por meio de emendas procedimentalmente corretas, modificou a ordem constitucional em sua substância, o *New Deal* alterou o modelo de Estado por meio de legislação infraconstitucional.

⁶⁵ ACKERMAN, Bruce, op. cit., p. 44.

Uma constituinte exclusiva para a reforma política é juridicamente possível?

Após todo o exposto, é claro que a convocação de uma constituinte parcial pode ser considerada “inconstitucional”. Afinal de contas, qualquer processo constituinte é “inconstitucional” sob a ótica da ordem com a qual está rompendo. Eis, portanto, que não é suficiente dizer que a proposta da chamada “micro-constituinte” é inconstitucional, até porque a discussão da forma de convocação do poder constituinte originário não é jurídica, mas política⁶⁶: diversos são os modelos, sem que haja um tido por correto; o que importa, para o paradigma democrático, é o fato de a convocação ser legítima.

Contrapõem-se, por conseguinte, a legalidade *lato sensu* e a legitimidade. Sobre o assunto, Murilo Gasparado aduz que há situações em que as demandas da sociedade não são respondidas de maneira satisfatória pelo sistema, de forma que, para que este não entre em colapso, é necessário migrar do padrão da legalidade para o da legitimidade⁶⁷. Assim, por mais que não existam meios estritamente jurídicos para satisfazer uma demanda, se há legitimidade nela, cabe a modificação. Como o sistema jurídico não tem se mostrado capaz de responder às demandas sociais por reforma política (por mais que sejam previstos meios institucionais de mudança, as emendas constitucionais), caberia, assim, a constituinte exclusiva. Neste ponto, cumpre destacar que o termo “legitimidade”, pela textura aberta da linguagem, pode comportar diversas situações políticas, devendo ser utilizado com cautela para não dar suporte a abusos. Daí a necessidade de a constituinte exclusiva ser radicalmente democrática, a fim de contornar a crise de legitimidade presente no cenário político.

Sobre o fato de não ser possível limitar materialmente o poder constituinte originário (o que ocorreria em uma constituinte exclusiva), neste primeiro momento cumpre destacar que toda e qualquer manifestação deste poder conta com condicionamentos jurídicos pré-constituintes, quais sejam, o ato convocatório, a escolha dos integrantes, do processo de deliberação etc. Ou seja, o poder constituinte fixa, sim, regras para si mesmo, a fim de ordenar os trabalhos, mesmo que não haja sanção para a desobediência dessas normas⁶⁸. Desta feita, é possível concluir que a microconstituinte seria uma espécie de condicionamento pré-constituinte, só que de caráter material, o que não constitui, em si, nenhum óbice⁶⁹.

⁶⁶ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de, op. cit., p. 48.

⁶⁷ GASPARDO, Murilo. Uma Constituinte exclusiva e soberana para reformar o sistema político é juridicamente possível? In: *Instituto Humanitas Unisinos*, 2 set. 2014. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/534873-uma-constituinte-exclusiva-e-soberana-para-reformar-o-sistema-politico-e-juridicamente-possivel>>. Acesso em: 9 jun. 2015.

⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 235. Ademais, claro que, quanto a esses condicionamentos, há o perigo de eles não serem respeitados, posto que o poder originário, em sua manifestação, é livre.

⁶⁹ Em sentido contrário, Gilberto Bercovici: “A única autolimitação do poder constituinte que é compatível com sua condição de soberano é uma autolimitação procedimental, não material” (BERCOVICI, Gilberto, op. cit., p. 308).

Após todas as considerações expostas, dizer, de pronto, que uma assembleia constituinte exclusiva configura, de toda forma, fraude, é ter uma visão maniqueísta, a qual não pondera com as particularidades em jogo. Tanto que, para WalberAgra⁷⁰:

[...] a questão principal para que a constituinte exclusiva sobre a reforma política não seja tipificada como uma fraude à Constituição é fazer com que ela obtenha a maior parcela possível de assentimento popular. Dessa forma, não se pode falar em uma elaboração do poder reformador, mas na cristalização de um poder constituinte com uma missão específica outorgada pelo povo⁷¹.

Por fim, cabe ainda uma última consideração. Conforme já dito anteriormente, o tema é tratado pela doutrina brasileira a partir da transposição da visão europeia, em especial da experiência francesa. Seria interessante, portanto, desviar o olhar do velho continente, para entender as experiências constitucionais latino-americanas, notadamente no que se convencionou chamar de Novo Constitucionalismo Latino-Americano. Isso porque, em parte da América Latina⁷², os avanços democráticos das últimas décadas foram possibilitados por assembleias constituintes⁷³, em um fenômeno que passou a indicar novos caminhos e possibilidades teóricas, inclusive.

396

Na verdade, esse movimento surgiu fora da academia, sendo produto muito mais das reivindicações populares do que de teorizações lógico-formais de juristas. Sua preocupação, por conseguinte, não é tanto a dimensão jurídica da constituição, mas a sua legitimidade democrática⁷⁴, buscando, assim, instrumentos que recomponham a perdida (ou nunca lograda) relação entre soberania e governo⁷⁵.

Diversos são os traços identificados como característicos desse novo momento constitucional⁷⁶, porém o foco aqui se situa no estabelecimento de

⁷⁰ AGRA, Walber de Moura, op. cit., 2014, p. 687.

⁷¹ Em sentido contrário, Paulo Bonavides: “Em verdade, porém, o emprego de tal método viola a Constituição, assim na forma como no espírito, porquanto transgredir as regras estabelecidas de convocação do poder constituinte, havendo nesse caso uma singular modalidade de fraude ao poder constituinte” (BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 212).

⁷² Por exemplo, Colômbia, Bolívia, Equador e Venezuela.

⁷³ DALMAU, Rubén Martínez; SILVA JÚNIOR, Gladstone Leonel da. O novo constitucionalismo latino-americano e as possibilidades da Constituinte no Brasil. In: RIBAS, Luiz Otávio (Org.). *Constituinte exclusiva: um outro sistema é possível*. São Paulo: ed. Expressão Popular, p. 20-26, 2014, p. 20. Disponível em: <<http://www.plebiscitoconstituente.org.br/material/livro-jur%C3%ADdico-outro-sistema-pol%C3%ADtico-%C3%A9-poss%C3%ADvel>>. Acesso em: 3 jun. 2015.

⁷⁴ PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez, op. cit., p. 7.

⁷⁵ PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez, op. cit., p. 21.

⁷⁶ “As atuais constituições da América Latina garantem a proteção do meio ambiente, como assim também o acesso à atenção de saúde, a educação, o alimento, a habitação, o trabalho e o

Uma constituinte exclusiva para a reforma política é juridicamente possível?

mecanismos de controle sobre o poder constituído, notadamente novas formas de participação direta vinculante. Nessa linha, podem-se citar os exemplos da Venezuela e da Bolívia, em que as reformas constitucionais precisam passar por referendo popular⁷⁷. A ideia é que, se a Constituição é a vontade do povo soberano, só este, e não os poderes constituídos, podem modificá-la.

Com isso, não se está propondo aqui que o Brasil adote modelo semelhante, até porque cada experiência constitucional é única. Todavia, não se pode ignorar todo esse fenômeno constitucional que está ocorrendo em nossos vizinhos, por influência de uma colonialidade que ainda teima em persistir. Talvez, os principais aprendizados que o Brasil possa ter com o Novo Constitucionalismo Latino-Americano são a valorização de mecanismos de democracia direta, bem como a constatação de que a efervescência política democrática pode criar novas formas legítimas de emanção do poder constituinte originário. Por que, então, insistir em uma suposta impossibilidade jurídica ou ilegalidade de uma constituinte exclusiva para a reforma política? Eis a pergunta para reflexão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS – DO DIREITO À POLÍTICA

Diante da umbilical ligação entre Direito e Política, mormente quanto à constituição (verdadeira estrutura de acoplamento⁷⁸ entre os referidos sistemas sociais), os assuntos mesclam-se, constituindo tarefa quase impossível falar de aspectos jurídicos sem fazer referência às implicações políticas advindas daqueles. Cumpre, pois, após discorrer sobre a viabilidade jurídica de novas formas de manifestação do poder constituinte originário, lançar algumas notas sobre a oportunidade da constituinte exclusiva como escolha política a ser tomada.

397

vestuário. Algumas incluem garantias de igualdade de gênero e mecanismos de democracia participativa, para além do voto. As constituições criam instituições de referendo e consulta popular, e introduzem o direito de revogação do mandato dos legisladores. Algumas constituições reconhecem direitos de discriminação positiva. Notavelmente, muitas das novas constituições afirmam a existência de um estado ou identidade nacional pluri ou multicultural e proporcionam especial proteção aos grupos indígenas” (GARGARELLA, Roberto. Constitucionalismo latino-americano: a necessidade prioritária de uma reforma política. In: RIBAS, Luiz Otávio (Org.). *Constituinte exclusiva: um outro sistema é possível*. São Paulo: Ed. Expressão Popular, p. 9-19, 2014, p. 15. Disponível em: <<http://www.plebiscitoconstituente.org.br/material/livro-jur%C3%ADdico-outro-sistema-pol%C3%ADtico-%C3%A9-poss%C3%ADvel>>. Acesso em: 3 jun. 2015).

⁷⁷ DALMAU, Rubén Martínez; SILVA JÚNIOR, Gladstone Leonel da, op. cit., p. 22-23.

⁷⁸ Na linguagem de Niklas Luhmann, os sistemas sociais vão se diferenciando com o aumento da complexidade social. E, entre os sistemas, há estruturas de acoplamento, o ponto de ligação que abre o sistema às interferências do entorno, mas também promove a diferenciação dele em relação ao meio (ZYMLER, Benjamin. *Política e direito: uma visão autopoietica*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 30-31). No caso dos sistemas sociais do Direito e da Política, esse mecanismo de acoplamento estrutural seria a Constituição (COSTA, Alexandre Bernardino, op. cit., p. 88).

Uma das indagações que se apresentam é o fato de que, para a implantação de uma constituinte exclusiva para a reforma política no Brasil, seria necessária uma ruptura total com a Constituição de 1988. Afinal, se o que se propõe é o desrespeito ao procedimento de reforma estabelecido no texto constitucional, a nova constituinte teria de ter a legitimidade necessária para escrever uma completa e nova constituição, sob pena de estarmos diante de uma fraude constitucional, ou um golpe.

A nosso ver, a referida leitura do fenômeno está muito presa à noção de que há, necessariamente, uma completa ruptura entre ordens constitucionais, quando isso não se vislumbra na prática. Em verdade, haveria uma continuidade “formal e material” entre o novo texto e seu antecessor⁷⁹. Maior exemplo, já citado, é a Constituição de 1988, cuja assembleia constituinte foi convocada por emenda constitucional. Além disso, a recepção de normas infraconstitucionais do regime anterior e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias mostram que não há um aniquilamento da ordem jurídica pretérita.

Desta feita, não existe necessária contradição entre uma constituinte temática para reforma política e a manutenção do restante do texto constitucional de 1988. Ter-se-ia, apenas, uma continuidade entre os textos, sem silenciar a manifestação pontual do poder constituinte, o qual urge por reforma política. Ademais, se o texto de 1988 ainda encontra ressonância nos valores do povo brasileiro, tendo avançado tanto em matéria de direitos fundamentais e de ordem social, não há razão em modificá-lo, ao menos neste momento histórico.

Questionamento que pode surgir advém do raciocínio oposto: exatamente pelo texto de 1988 apresentar robusta legitimidade como ordem constitucional, por que não respeitar os seus trâmites de modificação e promover a tão desejada reforma política por meio de emenda constitucional? Por que essa matéria específica teria legitimidade para ser tratada em uma assembleia exclusiva?

Para dar resposta a esses questionamentos, deve-se ir do Direito à Política.

Acaso a reforma política seja protagonizada pelos atuais senadores e deputados federais, e não pelo povo como um todo, com amplo debate na sociedade, há o grande risco de se repetir o erro da constituinte formada pelos parlamentares eleitos em 1986: fizeram o desenho institucional sabendo que eles próprios estariam no novo Congresso, de forma que praticamente legislaram em causa própria⁸⁰.

Por mais que se diga que, no caso de uma reforma política via emenda constitucional, os legisladores não estarão atuando em causa própria, já que, em tese, para se beneficiarem, dependeriam ainda da reeleição, é sabido que, por

⁷⁹ PEDRON, Flávio Quinaud, op. cit., p. 55.

⁸⁰ Inclusive, é sabido que a versão inicial da Constituição de 1988 foi generosa por demais para a classe política (AGRA, Walber de Moura, op. cit., p. 76).

Uma constituinte exclusiva para a reforma política é juridicamente possível?

evidente, os políticos beneficiariam a classe política, por dela fazerem parte. Daí a diferença da reforma política para todas as outras reformas de que o Brasil ainda precisa. Simplesmente, no que tange à reforma política, não haveria como garantir qualquer isenção por meio de emenda constitucional, ou ao menos um debate mais plúrimo, o que, em uma constituinte temática exclusiva, seria mais viável⁸¹. Trata-se de uma questão de legitimidade, por mais que, “legalmente” falando, os atuais parlamentares possam fazer uma reforma política por meio do poder constituinte derivado.

Outra questão normalmente invocada em contrariedade à convocação de uma constituinte exclusiva é a possibilidade de que mais matérias, além de questões políticas (eleitorais e partidárias), sejam debatidas e aprovadas na assembleia, ou ainda que cláusulas pétreas sejam violadas. A resposta é, novamente, de cunho político. É preciso destacar, mais uma vez, que o poder constituinte originário não parte de um vácuo histórico-cultural. Se o poder constituinte é aquele eficaz, ele precisa buscar legitimidade no meio social para sê-lo, de forma que, no atual cenário político, provavelmente tais mudanças não previstas não encontrariam ressonância no meio social⁸².

Contudo, é preciso ter cautela. Afinal, não se olvida que uma assembleia constituinte seja um espaço de grande efervescência política, de onde, em tese, podem surgir manobras. Desta feita, para evitar qualquer tipo de oportunismo golpista, além de se fazer necessário um verdadeiro controle social por parte da população, acredita-se ser imprescindível um referendo para legitimar as escolhas tomadas pela assembleia, tema sobre o qual ainda falaremos adiante.

Ainda sobre esse aspecto da limitação temática, há quem diga que, pelo fato de o poder constituinte originário ser ilimitado, não seria possível uma assembleia que fosse obrigada a deliberar apenas sobre um tema. Ora, referida argumentação é um claro exemplo de como a teoria, por vezes, pretende poder sufocar a prática. Será que, pelo fato de alguns doutrinadores dizerem que o poder constituinte originário é ilimitado, ele tem de sê-lo, mesmo que a prática política diga o contrário? Trata-se, no mínimo, de um contrassenso teórico. Ademais, se ele é ilimitado,

⁸¹ Neste ponto, não olvidamos que inclusive as pessoas “independentes” eleitas para a constituinte exclusiva possam atuar em prol dos interesses de classes políticas hegemônicas. A questão é que, ao menos, com a criação de uma arena “neutra”, aumenta-se a possibilidade de discursos menos comprometidos com a perpetuação no poder. A constituinte exclusiva seria o mínimo a se fazer, portanto. Outra medida, sugerida por Wadhi Damous, seria determinar uma extensa quarentena referente a cargos do Poder Legislativo Federal para os integrantes da constituinte exclusiva (DAMOUS, Wadhi, op. cit., p. 116).

⁸² Como assenta Barroso: “Se a teoria democrática do poder constituinte se assenta em sua legitimidade, não há como imaginá-la como um poder ilimitado. O poder constituinte estará sempre condicionado pelos valores sociais e políticos que levaram à sua deflagração e pela ideia de Direito que traz em si” (BARROSO, Luís Roberto, op. cit., 2013, p. 137).

não poderia se autolimitar? Tal como Deus, na perspectiva cristã, o qual, mesmo todo-poderoso, limita o seu poder para possibilitar o livre-arbítrio da humanidade? Ou seja, nada impede que a própria força política que visa uma mudança na ordem constitucional se autolimite, exatamente para obter legitimidade.

Mesmo após todas essas considerações, ainda cabe a indagação se, de fato, a atual conjuntura política seria o melhor momento para uma constituinte exclusiva. Com efeito, não se olvida que, talvez, uma possível expressão do poder constituinte originário cause desestabilização democrática, crises, etc. Até porque, a depender de como se dá a utilização da soberania do povo, pode haver um sério abalo na segurança jurídica e a geração de uma crise institucional. Afora a dificuldade, a ser trabalhada, sobre como se dará o processo eleitoral, a inscrição de candidaturas e o financiamento destas. Não se deixa de admitir, pois, que o cuidado é imprescindível⁸³, até porque a expressão “reforma política” pode ter várias interpretações, mais amplas ou mais restritas.

Não obstante, é preciso libertar-se da falsa sensação de segurança transmitida pelo imobilismo social, bem como parar de temer tanto a multidão. Em vez de tê-la apenas como um fenômeno negativo, uma constante “massa de manobra” nas mãos de lideranças carismáticas, imprevisível e destrutiva, ao modo de Maquiavel⁸⁴, por que não também entender a multidão em uma visão mais positiva, ao modo de Spinoza, para quem o temor da potência da multidão estabelece um limite ao poder soberano?⁸⁵

Propõe-se, assim, dar voz àquele movimento heterogêneo de junho de 2013, dar vez aos anseios da multidão, dando ênfase ao seu aspecto positivo (Spinoza), sem olvidar o seu aspecto negativo (Maquiavel); ou seja, sem idealizações românticas sobre a multidão, embebidas em excesso por utopias. Talvez pelas pautas difusas e pela falta de lideranças (não tomando essas características como fatos positivos ou negativos em si), não saíram projetos concretos para deliberação pelo Congresso à época. Eis, pois, a oportunidade de conferir uma arena para articulação e debate das ideias das “Jornadas de junho”, ao menos no que tange aos anseios por reforma política: a constituinte exclusiva. Dessa forma, o país não estaria ignorando nem o que aconteceu em 2013, nem as manifestações que ocorreram no primeiro semestre de 2015 (muito embora com a presença de fortes impulsos autoritários e antidemocráticos), movimentos os quais, de uma forma geral, demonstram insatisfações em diversos setores sociais.

⁸³ O receio das consequências de uma constituinte exclusiva para a reforma política acaba por ser reflexo da permanente tensão entre constitucionalismo e democracia, entre segurança e risco.

⁸⁴ Apud GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini, op. cit., p. 695.

⁸⁵ Apud GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini, op. cit., p. 695.

Uma constituinte exclusiva para a reforma política é juridicamente possível?

Conforme já indicado, para evitar que se utilizem da multidão como massa de manobra para interesses escusos, imprescindível uma forte participação popular em todo o processo, a qual poderia ser viabilizada, conforme sugestão de Agra⁸⁶, com um plebiscito para convocar a constituinte e, após, referendo para ratificar as deliberações⁸⁷. Tal proposta seria a alternativa para que, mesmo não se respeitando o quórum adequado das emendas, não houvesse fraude à constituição, exatamente por se estar diante de uma legítima manifestação do poder constituinte do povo⁸⁸.

Ademais, como bem indicou Bonavides, a vinculação necessária, simples e estrita, entre poder constituinte originário e sistema representativo criou situações de usurpação da soberania do povo em proveito de constituintes representativas⁸⁹. A fim de minimizar essas distorções da representação, a alternativa seria respeitar as novas arenas de construção democrática, e não se restringir à democracia indireta. Chegou o tempo, pois, de se dar ênfase ao conflito como arena de democracia, e recepcionar as pautas advindas das manifestações populares, em detrimento de uma democracia deliberativa estéril, que busca o consenso sem atentar para a riqueza do dissenso⁹⁰.

Nesse sentido, de grande valor são os instrumentos de democracia participativa, como o plebiscito e o referendo, considerados indispensáveis para a legitimidade de uma constituinte exclusiva no país, caso ela venha a ser implementada⁹¹. Afinal, é preciso possibilitar meios de o povo influenciar mais efetivamente sobre a forma como deve se dar a estruturação política do país.

⁸⁶ AGRA, Walber de Moura, op. cit., 2014, p. 672.

⁸⁷ Desta feita, afasta-se a crítica de que a constituinte exclusiva, necessariamente, seria uma tentativa sub-reptícia de golpe de Estado. Com o devido respeito aos procedimentos democráticos, enfatizando os instrumentos de participação direta (plebiscito e referendo), não há por que insistir nesse medo.

⁸⁸ Por amor ao debate, em sentido contrário, Fernando Trindade: “Conforme entendemos, a maioria dos eleitores, mesmo mediante plebiscito ou referendo, não pode sanar o vício de inconstitucionalidade de uma constituinte revisora, não pode fazer letra morta dos limites à sua reforma, que a própria Constituição impõe no art. 60, § 4º. Recordamos que uma das razões ontológicas para a própria existência das Constituições está na necessidade de se impor limites ao exercício do poder, ainda que respaldado pela maioria do eleitorado” (TRINDADE, Fernando A. G., op. cit., p. 10).

⁸⁹ BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 163.

⁹⁰ Nas palavras de Roberto Gargarella, deve-se pensar a democracia associada a “um processo de discussão coletiva preocupado para que todos, e especialmente aqueles que resultarão mais afetados pelas decisões tomadas, possam intervir e expressar sua opinião sobre o que se está por decidir” (GARGARELLA, Roberto. El derecho frente a la protesta social. *Revista Temas*, Havana, n. 70, p. 22-29, abr./jun. 2012, p. 24). Livre tradução do original em espanhol.

⁹¹ Inclusive, até na França, berço das ideias de Sieyès, para quem a constituição não precisaria ser submetida à ratificação popular, o referendo foi utilizado para a implementação das constituições de 1946 e 1958.

Não obstante, não se deve alimentar a ilusão de que uma reforma política, mesmo com ampla participação popular por meio de instrumentos de democracia direta, causará uma verdadeira revolução no país⁹², posto que não se deve perder de vista a existência do poder constituinte originário material⁹³. Porém também não se deixa de vislumbrar a constituinte exclusiva com um passo importante, uma possibilidade de o Brasil dar mais destaque a formas de participação democrática direta, seguindo o exemplo do Novo Constitucionalismo Latino-Americano, com vistas a fomentar a consciência cidadã. Será possível um círculo de influência recíproca, em que a participação popular fomentará uma nova ordem normativa referente ao sistema eleitoral e partidário, e este promoverá uma maior participação cidadã na Política. Não cabe, pois, às teorizações do Direito impedir esse movimento, desde que sejam mantidas bases de legitimidade (e não de estrita “legalidade”)⁹⁴.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *We the People: Foundations*. Cambridge-Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1993.

AGRA, Walber de Moura. As jornadas de junho de 2013 e o seu devir. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 8, n. 30, p. 671-691, set./dez. 2014.

AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: um atentado ao poder reformador*. Porto Alegre: Fabris Editor, 2000.

402

ARAÚJO, Cícero. O processo constituinte brasileiro, a transição e o Poder constituinte. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, p. 327-380, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452013000100011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 4 jun. 2015.

ARTICLE 19. Linha do Tempo. In: *Protestos Brasil 2013*. Disponível em: <<http://www.artigo19.org/protestos/metodologia.php>>. Acesso em: 2 jun. 2015.

ARTICLE 19. *Relatório Completo Protestos no Brasil 2013*, 2013. Disponível em: <http://www.artigo19.org/protestos/Protestos_no_Brasil_2013.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2015.

⁹² Ainda sobre o tema: “Mas sem uma grande mudança da cultura política, no sentido da formação de uma cultura cívica, republicana, com mais oportunidades para os pobres, a divulgação de boas práticas cidadãs e a punição exemplar de crimes contra a república, por si só a reforma não produzirá milagres” (ZAIDAN FILHO, Michel. Por que uma reforma política no Brasil? entrevista. *Revista Garra*, Recife, ano XIV, n. 171, p. 12-13, abr. 2015, p. 13).

⁹³ Este seria representado pelas instituições sociais, as quais agem difusamente na sociedade, mantendo as relações de poder (GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini, op. cit., p. 700). Ou seja, são as forças que imprimem no país sua real feição, podendo ser identificadas com os fatores reais de poder de Lassale.

⁹⁴ Mais uma vez, por amor ao debate, sugiro a leitura do artigo “Ignorância, ingenuidade ou malícia”, de Daniel Longhi. Por mais que se discorde de muitas colocações, trata-se de texto bastante fundamentado, que apresenta, principalmente, vários efeitos colaterais políticos de uma assembleia constituinte exclusiva para a reforma política. Disponível em: <<http://danielonghi.blogspot.com.br/search?updated-min=2014-01-01T00:00:00-08:00&updated-max=2015-01-01T00:00:00-08:00&max-results=1>>. Acesso em: 3 jun. 2015.

Uma constituinte exclusiva para a reforma política é juridicamente possível?

BARROSO, Luís Roberto. *Constituinte exclusiva*: entrevista. 13 out. 2011. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ipaYn19QrMw>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BERCOVICI, Gilberto. O Poder constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, p. 305-325, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452013000100010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 26 maio 2015.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

COSTA, Alexandre Bernardino. O desafio do poder constituinte. In: RIBAS, Luiz Otávio (Org.). *Constituinte exclusiva: um outro sistema é possível*. São Paulo: Expressão Popular, p. 87-93, 2014. Disponível em: <<http://www.plebiscitoconstituente.org.br/material/livro-jur%C3%ADdico-outro-sistema-pol%C3%ADtico-%C3%A9-poss%C3%ADvel>>. Acesso em: 3 jun. 2015.

DALMAU, Rubén Martínez; SILVA JÚNIOR, Gladstone Leonel da. O novo constitucionalismo latino-americano e as possibilidades da Constituinte no Brasil. In: RIBAS, Luiz Otávio (Org.). *Constituinte exclusiva: um outro sistema é possível*. São Paulo: Expressão Popular, p. 20-26, 2014. Disponível em: <<http://www.plebiscitoconstituente.org.br/material/livro-jur%C3%ADdico-outro-sistema-pol%C3%ADtico-%C3%A9-poss%C3%ADvel>>. Acesso em: 3 jun. 2015.

DAMOUS, Wadîh. Constituinte parcial é possível e necessária. In: RIBAS, Luiz Otávio (Org.). *Constituinte exclusiva: um outro sistema é possível*. São Paulo: Expressão Popular, p. 115-119, 2014. Disponível em: <<http://www.plebiscitoconstituente.org.br/material/livro-jur%C3%ADdico-outro-sistema-pol%C3%ADtico-%C3%A9-poss%C3%ADvel>>. Acesso em: 3 jun. 2015.

GARGARELLA, Roberto. Constitucionalismo Latino-americano: a necessidade prioritária de uma reforma política. In: RIBAS, Luiz Otávio (Org.). *Constituinte exclusiva: um outro sistema é possível*. São Paulo: Expressão Popular, p. 9-19, 2014. Disponível em: <<http://www.plebiscitoconstituente.org.br/material/livro-jur%C3%ADdico-outro-sistema-pol%C3%ADtico-%C3%A9-poss%C3%ADvel>>. Acesso em: 3 jun. 2015.

GARGARELLA, Roberto. El derecho frente a la protesta social. *Revista Temas*, Havana, n. 70, p. 22-29, abr./jun. 2012.

GASPARDO, Murilo. Uma Constituinte exclusiva e soberana para reformar o sistema político é juridicamente possível? In: *Instituto Humanitas Unisinos*, 02 set. 2014. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/534873-uma-constituente-exclusiva-e-soberana-para-reformar-o-sistema-politico-e-juridicamente-possivel>>. Acesso em: 9 jun. 2015.

GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. As manifestações de junho de 2013 no Brasil: reflexões à luz dos conceitos políticos de movimento, multidão e poder (des)constituente. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 8, n. 30, p. 693-712, set./dez. 2014.

HUERTA, Mauricio Ivándel Toro. El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Cidade do México, v. VI, p. 513-549, 2006. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoInternacional/6/art/art12.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2015.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

LASSALE, Ferdinand. *Que é uma Constituição?* São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/constituicao.html>>. Acesso em: 23 mar. 2015.

LONGHI, Daniel. Ignorância, ingenuidade ou malícia. In: *Egocrônicas*. 5 set. 2014. Disponível em: <<http://danielonghi.blogspot.com.br/search?updated-min=2014-01-01T00:00:00-08:00&updated-max=2015-01-01T00:00:00-08:00&max-results=1>>. Acesso em: 3 jun. 2015.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Entendendo o poder constituinte exclusivo. In: RIBAS, Luiz Otávio (Org.). *Constituinte exclusiva: um outro sistema é possível*. São Paulo: Ed. Expressão Popular, p. 47-57, 2014. Disponível em: <<http://www.plebiscito-constituente.org.br/material/livro-jur%C3%ADdico-outro-sistema-pol%C3%ADtico-%C3%A9-poss%C3%ADvel>>. Acesso em: 3 jun. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. El nuevo constitucionalismo latino americano: fundamentos para una construcción doctrinal. *Revista General de Derecho Público Comparado*, La Rioja: Universidad Rey Juan Carlos, n. 9, p. 1-24, 2011.

PEDRON, Flávio Quinaud. Reflexões para uma nova teoria sobre o poder constituinte: a tese do patriotismo constitucional como superação das antigas tradições. *Revista CEJ*, Brasília, ano XIII, n. 44, p. 53-64, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1129/1227>>. Acesso em: 23 nov. 2014.

REIS, Ana Beatriz Oliveira. O poder constituinte e a nova Política Nacional de Participação Social: uma análise do projeto de suspensão do Decreto n. 8.243/2014 a partir das contribuições de Antonio Negri. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 8, n. 30, p. 503-520, set./dez. 2014.

SCHIMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2003.

TRINDADE, Fernando A. G. Constituinte exclusiva para a reforma política? *Textos para Discussão 80*, Brasília, Centro de Estudos da Consultoria do Senado, p. 3-15, dez. 2010. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/resultadopesquisa?tipo_estudo=textos-para-discussao>. Acesso em: 30 jun. 2015.

ZAIDAN FILHO, Michel. Por que uma reforma política no Brasil?: entrevista. *Revista Garra*, Recife, ano XIV, n. 171, p. 12-13, abr. 2015.

ZYMLER, Benjamin. *Política e direito: uma visão autopoietica*. Curitiba: Juruá, 2002.

Data de recebimento: 17/08/2015

Data de aprovação: 04/12/2015

AS SOMBRAS VAZIAS

Vicente Augusto Gabriel Leite Cevolo*

No dia 2-9-1942, Johann Paul Kremer, médico da *Schutzstaffel* (unidade paramilitar consagrada pela sigla SS) em Auschwitz, observa, desconcertado, o aniquilamento de massas humanas nas câmaras de gás, intoxicadas com o agente Zyklon B. Em seu controverso diário, hoje documento com valor historiográfico, podemos ler:

Testemunhei pela primeira vez uma ação especial ao lado de fora às três da manhã. Em comparação, o *Inferno* de Dante parece-me quase uma comédia. Não é à toa que Auschwitz é chamado de o campo do extermínio¹.

Para referir-se à alienação de Auschwitz, Kremer faz uso do substantivo feminino *Vernichtung*, que em língua alemã significa extermínio, extinção, do infinitivo *vernichten* (vt. exterminar; extinguir). É um substantivo ostensivo que no contexto em questão não deixa dúvida quanto ao que pretende denotar. Mas, apesar de sua clareza axiomática, que faz menção ao genocídio hebreu, em prática no então domínio político nacional-socialista, o substantivo “extermínio” parece abrigar um “fundo enigmático”, cujo conteúdo semântico não se encontra apenas coligado à consciência moral do espectador, à escala numérica dos assassinatos ou ao prurido diante do sofrimento alheio.

Evidente que há participação do trauma na composição desse fragmento biográfico.

Por mais cruel que se seja, é pouco provável que alguém consiga permanecer absolutamente indiferente diante da negativa dos soldados às súplicas de misericórdia das vítimas em presença da foice mortífera e da dor aguda. Não é algo trivial. De facto, comparado à brutalidade de um *lager* nazista, realmente o inferno literário dantesco é uma pobre figura de expressão.

* Doutorando em Filosofia pela Universidade de Coimbra. Mestre em Filosofia pela UFSC. Pesquisador visitante no Dipartimento di Lingue, Letterature e Culture Moderne, Università degli Studi di Bologna.

¹ “Male draussen um 3 Uhr früh bei einer Sonderaktion zugegen. Im Vergleich hierzu erscheint mir das Dante’sche Inferno fast wie eine Komödie. Umsonst wird Auschwitz nicht das Lager der *Vernichtung* genannt!” (SS-Doctor Kremer. In: *Death books from Auschwitz: Remnants*, v. I, Appendix, 1995, p. 185, tradução nossa).

Porém, por detrás do assombro literal da testemunha ocular, compreensível sob o ponto de vista psicológico, o adjunto restritivo “extermínio”, utilizado por Kremer para qualificar a palavra “campo”, parece transmitir, sobretudo, seu impacto diante de um evento de proporções “místicas”.

Assim, muito embora o diário esteja escrito em linguagem coloquial, junto a rabiscos banais de agenda, as percepções espontâneas que escapam, aqui e ali, do íntimo de Kremer sugerem que nas “ações especiais”, realizadas pelas unidades da SS, nos campos de concentração e extermínio, eliminava-se algo mais do que honra e corpos físicos. Não obstante, algo símile sente-se no registro cinematográfico feito por Alfred Hitchcock², dias depois da liberação soviética. Aqueles subcorpos fragilizados pelo suplício, silenciosamente capturados pela lente hitchcockiana, nus, em condição de natureza, *pareciam* dar vida a uma estranha “incógnita metafísica” materializada no núcleo da pretensa civilização esclarecida.

Auschwitz não fora um capítulo autorreferente na crônica histórica. Longe de ser um episódio ermo, o extermínio planejado no holocausto deve ser avaliado na qualidade de sintoma com raízes profundas cravadas nas variantes de niilismo circulantes no já distante princípio do século XX.

406

O niilismo é uma noção posta em causa pela literatura russa, particularmente pelas letras de Turgueniev. Niilista era o cético Bazárov, amigo do jovem Pietróvitch, que não se curvava às autoridades “e não admitia artigos de fé como princípios”³. Posteriormente, no final do século XIX, fora conceitualizado nos aforismos nietzschianos, para mais tarde ser reinterpretado por diversas matrizes do pensamento francês (arqueológicas, genealógicas, pós-estruturalistas etc.).

A extensa semiologia associada ao verbete niilismo fez dele uma noção exigente, difícil de ser imediatamente definida. Entretanto, arrisco-me a dizer que uma época niilista é aquela sistematizada por uma semiótica composta desde um conjunto de diferentes teorias do caos. Quer dizer, um período niilista, particularmente o contemporâneo, é aquele maculado pela construção social de sentido fragmentada e, sobretudo, incoerente. Essa construção dá-se se baseando na ausência de alicerces explicativos fiáveis, na multiplicidade de parâmetros de regulação que não alcança a universalidade da regra clara e no reconhecimento público que não conduz à aceitação das desigualdades móveis e que dissolve as hierarquias de ser e poder, gerando, com efeito, uma (des)identidade oscilante, catacrética.

² HITCHCOCK, Alfred; BERSTEIN, Sidney. *German concentration camps factual survey*. United Kingdom, Psychological Warfare Division, SHAEF, 1945.

³ TURGENEV, Ivan Sergeevich. *Padri e figli*. Milano: Fratelli Treves, 1930, p. 87-88.

Essa identidade desconexa, resultante dos mecanismos incoerentes através dos quais o psiquismo consubstancia suas estruturas de sentido, é a distorção que confere uma imagem mínima às dinâmicas confusas que tipificam as versões hodiernas de niilismo.

O filósofo lombardo Umberto Galimberti sustenta que a identidade adulta é o estado anímico no qual sabemos quem somos e tememos perder isto que nos tornamos⁴. Penso que uma construção incoerente de sentido, tal qual se observa nos niilismos novecentistas, engendrou uma identidade coletiva pubescente. Lado avesso da identidade madura, na identidade pubescente não se sabe o que se é e se teme não vir a ser aquilo que se espera tornar. Destarte, trata-se de uma identidade que se constitui na indecisão desbalanceada entre o necessário (dúvida de ser) e o impossível (desejo de ser).

O niilismo, portanto, nomeia a condição em que humano e sociedade, liberados dos paradigmas de equalização, podem finalmente mostrar o que são *in loco*, a saber, miscigenações trágicas, cuja ipseidade distorcida é montada, fração por fração, com peças de sentido híbridas. Tal geografia de esquemas de sentido, díspares entre si, constitui um mapa identitário impreciso, composto por peças emparelhadas, sem encaixe exato. No lugar de uma unidade de percepção, que unificaria as diferentes propostas de sentido, a desidentidade niilista possui como núcleo um “centro ausente”, que faz vibrar, no mesmo espaço, as plurirreferencialidades marginais que não se reconciliam na norma norteadora, as reflexividades que não alcançam a completude da identidade definida e os reconhecimentos que não conduzem à síntese vertical das dissimetrias sociológicas.

O núcleo da identidade niilista, acima ilustrado pela metáfora do “centro ausente”, é uma estrutura que bloqueia toda concepção coerente de sentido. Para operar, o esquema convergente necessita de um diagrama que crie órbitas de retorno corretivo, coagindo as dimensões do sentir, pensar e agir antropológicos, em trajetórias dispersas, a centralizar-se como se fossem circunferências *con-*-cêntricas. Ao se tornarem circunferências coercitivas, as órbitas dispersas redirecionam suas trajetórias como se coagidas por forças centrípetas, fazendo com que suas vibrações, correspondentes às gradações da percepção, cognição e ação, gravitem em torno de “centros presentes”, unidades doadoras, donde recebem sentido.

⁴ “[...] quella fase precaria dell’esistenza che è l’adolescenza, dove l’identità appena abbozzata non si gioca come nell’adulto tra ciò che si è e la paura di perdere ciò che si è, ma nel divario ben più drammatico tra il non sapere chi si è e la paura di non riuscire a essere ciò che si sogna” (GALIMBERTI, Umberto. *L’ospite inquietante: il nichilismo e i giovani*. Milano: Giangiacomo Feltrinelli Editore, 2007, p. 31).

Assim, em vez de apagar as diferenças qualitativas, a construção coerente reconduz as determinações alienadas de si a focos de proporção, para que encontrem sua significância em uma identidade conexas.

Desassociando o conceito de sentido do de identidade, a construção divergente, por sua vez, desfaz as conexões de sentido unificadas pelas unidades doadoras. Trabalha com um diagrama oposto ao anterior. Ao invés de órbitas de retorno corretivas, cria rotas de fuga dispersoras, que liberam os graus de sciência, ciência e agência para que prossigam suas rotas como se fossem circunferências *ex-cêntricas* e desconectadas. Atuando como forças centrífugas, essas circunferências fazem com que os mesmos movimentos das órbitas, antes centralizados à força pelo redemoinho aperceptivo, irradiem para zonas incongruentes, acentuadas pela carência de limites e centros de significação unívoca. Essas externalidades semânticas, sem morfologia definida, são plurívocas e correspondem às interseções caóticas nas quais rivalizam, aleatoriamente, toda a sorte de discursos, perspectivas e interpretações que tonificam o mundo real.

A construção divergente intensifica as diferenças qualitativas, passando a construir seu sentido de modo contingente, lacerado pelas dissimetrias temporais da sociabilidade urbana e ameaçado pelos espaços federalistas, preenchidos pelas tribos idiossincráticas da sociedade civil, com legislação, formas de rotina e organização intelectual própria.

408

Analisada objetivamente, a obstrução dos esquemas coerente-convergentes, que proporcionava um identitário social relativamente coeso, acarretou a expansão incontrolável das idealizações incoerente de sentido, de suas bizarras mutações fenotípicas, fazendo do contemporâneo um Leviatã de identidades desconexas.

Com exórdio na modernidade e desfecho no século passado, tal obstrução, que está por detrás da morte do sujeito epistemológico (Foucault, Barthes) e que dá fôlego à crise categórica de suas instituições, completa o ciclo autofágico de formação da consciência moderna. Por sistema, a consciência moderna — totalidade de regimes formais de pensamento, que constroem a inteligibilidade segundo modelos predominantemente gnosiológicos e reflexivos — forjou o sujeito de cultura. Fê-lo edificando fundamentos para referenciar suas operações, oferecendo respostas aos seus por quês e ofertando a uberdade hermenêutica necessária para o nascimento de valores integrativos após cada metamorfose de juízos e critérios de avaliação.

Ao adentrar a fase da identidade pubescente, a consciência produz vida significativa, negando-se a si mesma ao criar projetos contraditórios que exaurem os mesmos sentidos que ela havia solidificado e integrado à identidade do sujeito. Nesse ciclo, a consciência passa a substanciar-se, destruindo os fundamentos que antes havia edificado, ao mesmo tempo em que se torna incapaz de oferecer novas referências; volatizando as soluções aos por quês, suspendendo suas

respostas; e, como se não bastasse, das metamorfoses transvalorativas já não nascem novas entidades, conceitos e valores positivos, capazes de reconciliar as referências das tessituras discursivas, identificar os produtos da reflexividade humana e sintetizar os reconhecimentos e alternâncias em padrões de normalidade onírica, intelectual e comportamental.

Sem horizontes fundamentais, respostas críveis e valores robustos, na época niilista nada alcança o estatuto de *ser*, restando aos homens vagar em um mundo horizontalizado, tamborilando, em rota de colisão com suas próprias inconsistências.

Suspeito que a figura iconográfica do campo de extermínio representa, como heurística, o ponto de inflexão mais alto no decurso de esvaziamento do sujeito de cultura empobrecido até o nível do corpo biológico infra ou subculturado. Cultura aqui deve ter uma conotação bem precisa, vinculada à definição anterior de nossa natureza interpretante: alcunha o processo de criação dos macro e microesquemas de significância que conferem sentido à vida (ciência, religião, filosofia etc.)⁵.

Essa acepção alargada possibilita-nos entender, então, a expressão “sujeito de cultura” ao pé da letra, sem *déficit* teórico. Quer dizer, como corpo que substantia sua identidade produzindo e anexando cultura a si, isto é, impregnando-se de pontos de vista, inserindo-se em redes explicativas e inventando modelos comunicativos. O que faz do sujeito um artefato ou organismo hiperartificial, cujos olhos são ângulos nocionais, os órgãos são interpretações e a boca é plena de linguagem. No niilismo novecentista, os esquemas de sentido construídos na modernidade, que compõem, como predicados essenciais, o sujeito de cultura, foram exauridos ao limite de só restar a biologia e seus atributos fisiológicos.

Muitas foram as versões de liquidação do sujeito moderno, associadas ou não aos problemas do niilismo e da *Endlösung* (“solução final”). Porventura penso que ninguém as prolongou tanto quanto o dramaturgo irlandês Samuel Beckett.

A “ontologia” beckettiana, dita de deformação do ser, interessa-me exatamente porque assume o limite de esvaziamento do sujeito de cultura — que encontra em Auschwitz seu análogo rarefeito na razão histórica — como ponto de partida para sua meditação. Igual a uma antena sensível, o delírio lúcido dos textos e encenações beckettianas, herdeiro da caligrafia joyciana, traduz a metástase do sujeito cartesiano e de seus sistemas de entendimento, que despontam aos tropeços na *Belle Époque*, destroçados. Além de exprimirem as diferentes tonalidades de niilismo em voga, os experimentos pós-metafísicos de Beckett revelam

⁵ §§ 15-90, Nachgelassene Fragmente (1887-1889). In: NIETZSCHE, Friedrich. *Sämtliche Werke*. Berlin-New York-München, 1988, v. 13, p. 458-460.

os mais diversos ângulos da mencionada involução ou retorno da cultura subjetivo-reflexiva à natureza anônima, por vezes intitulada “desterritorialização”. Indicam que o ser humano, com sua voracidade interpretante, sôfrega, associada à irresistível tendência à aniquilação, ao tentar distender a plasticidade do sentido até fronteiras que nem a dialética transcendental de Kant poderia supor, desabitou-se de si.

Desde o princípio, o teatro e os romances beckettianos propõem anatomias infraculturadas. Em cenários insólitos, inicialmente interagem tipos literários que mais se assemelham a coisidades de gênero neutro, absolutamente não familiares. Sem fantasia e maiores esperanças, parte-se da ruína deixada pelo ciclo autofágico da consciência moderna. A galeria de personagens, em geral, é povoada por decrépitos terminais, em situação de pobreza extrema. Por meio da gradual subtração de suas qualidades e predicados, principalmente escassas, Beckett faz o corpo subculturado, forma sublimada do sujeito de cultura, declinar a um estado de pobreza ainda maior. Theodor Adorno⁶ intitula tal condição limítrofe *grau ontogenético primitivo*.

O grau ontogenético primitivo é o limite do processo de prolongamento das versões de liquidação do sujeito de cultura. Nele se radicaliza o esquema divergente de sentido. Todavia, essa radicalização não suscita uma nova cascata de sentidos incoerentes, a espalhar, tal qual uma explosão fractal, pedagogias político-institucionais e economias egoicas com identidades desconexas. O grau ontogenético primitivo é o momento em que o ciclo niilista da consciência moderna é posto violentamente diante de sua real natureza anticíclica.

Defronte ao espelho de si, a consciência dá-se conta do sempiterno imo arbitrário que sempre habitou as entranhas de sua lógica ora sensata, ora insensata. Diante de seu fracasso, só lhe resta ser anedótica consigo mesma e cruel. Inicia-se então um processo de *extermínio* (eis a conotação essencial da palavra) paulatino do próprio sentido, iluminando, a lamparina, sua verdade pós-apocalíptica, mesclada ao vazio das sombras fenomênicas: a não identidade.

A erradicação das matrizes coerente e incoerente de sentido é consumada esgotando-se o sujeito de cultura que as formula e as anexa para arquitetar sua identidade. Seu objetivo precípuo é desconstruir positivamente a linguagem. Os predicados do sujeito são exauridos, então, obedecendo a um tempo gradativo e a uma ordem simultânea⁷.

⁶ ADORNO, Theodor W. Trying to understand endgame. *New German Critique*, Critical Theory and Modernity, Spring-Summer, 1982, n. 26, p. 134.

⁷ Nesse ponto, a tendência beckettiana é clara: “Percebi que meu próprio percurso estava no empobrecimento, na falta de conhecimento e na extração de elementos; na subtração, mais do que na adição” (KNOWLSON, James. *Damned to fame: the life of Samuel Beckett*. London: Bloomsbury, 1996, p. 352, tradução nossa).

Tudo se inicia pelo agravamento da pobreza física. De uma circunstância de mobilidade parcial, dificultosa, os personagens caminham aos poucos para a imobilidade quase absoluta: os mancos passam a arrastar-se pelo chão; a visão míope de um olho progride a passo e passo à cegueira avançada dos dois olhos; a lesão na medula conduz implacavelmente à paralisia.

Concomitante à penúria física que dizima o corpo, avança em marcha paulatina o empobrecimento cognitivo da mente. No fundo lógico dos parágrafos, as premissas não geram conclusões, e os protótipos de homem, atônitos, perdem-se propondo metáforas mortas, locucionando absurdidades de nexos apenas aparente. Já a pobreza cognitiva, por sua vez, liga-se organicamente ao pauperismo mnemônico. Malone, enquanto espera a morte em seu quarto, confunde-se, sem mais, com as figuras que povoam as falsas narrativas que ele mesmo reconta: é Macmann, mas também pode ser Moll ou qualquer outro⁸. Os prenomes são negados, às vezes inventados, as filiações parentais e linhagens são todas esquecidas⁹. A memória do escritor extingue-se lentamente à medida que a ponta de seu lápis diminui¹⁰.

Até que entre o pauperismo mnemônico, aliado à escassez cognitiva, surge-nos Beckett com um desedificativo espetáculo de indignância moral e práticas gratuitas de crueldade. Nela o choro é simples ato mecânico, desprovido de intencionalidade e sentimento; as masturbações, casuais e sem objeto de desejo, não culminam em gozo opulento¹¹. O filho golpeia fortuitamente o crânio de sua suposta mãe sem necessidade de explicar-se ao leitor ou concatenar o evento ao enredo¹².

Eliminadas as qualidades coadunadas na identidade do sujeito, retorna-se ao tempo primitivo. Porém, um tempo que não quer dizer o cronologicamente *antes*, mas que dá figuração à presentificação intemporal, aorística, que sempre

⁸ “For Sapo, no, I can’t call him that anymore, and I even wonder how I was able to stomach such a name till now. So then for, let me see, for Macmann, that’s not much better but there’s no time to lose, for Macmann might be stark staring naked under this surtout for all anyone would be any the wiser” (BECKETT, Samuel. *Three novels by Samuel Beckett: Molloy, Malone dies and The unnamable*. London, 1958, p. 229).

⁹ “L’homme s’appelle Saposcat. Comme son père. Petit nom? Je ne sais pas. Il n’en aura pas besoin. Ses familiers l’appellent Sapo. Lesquels? Je ne sais pas” (BECKETT, Samuel. *Malone meurt*. Paris: Les Éditions de Minuit, 2012, p. 19).

¹⁰ “For it is evening, even night, one of the darkest I can remember, I have a short memory. My little finger glides before my pencil across the page and gives warning, falling over the edge, that the end of the line is near” (BECKETT, Samuel. *Malone dies*. New York: Grove Press, 1956, p. 14).

¹¹ BECKETT, op. cit., p. 18.

¹² “In any case I didn’t come to listen to her. I got into communication with her by knocking on her skull. One knock meant yes, two no, three I don’t know, four money, five goodbye” (BECKETT, Samuel. *Molloy*. In: MOLLOY, Samuel. *Three novels by Samuel Beckett: Molloy, Malone dies and The unnamable*. London, 1958, p. 14).

fomos. Este tempo atemporal é o da epifania, no qual os labirintos, sem arrefecer, apontam-nos uma disposição existencial única. A epifania do tempo primitivo traz algum esclarecimento sobre o dadaísmo narrativo e cênico que perplexifica o leitor. Descobre-se que as personalidades pueris confundiam-se, que os espaços naturais sumiam e reapareciam, tudo ao bel-prazer dos protagonistas, porque não passavam de ficções inventadas com detritos de linguagem. Eram restos culturais remanescentes de uma civilização já em irreversível ocaso.

O último trâmite, assim, para ultimar o ciclo de esvaziamento do sujeito de cultura consiste em um dúplice artifício. Simultaneamente, contrai-se o real, reduzindo sua prolixidade à ficção linguística de quinta categoria, e se refuta a própria linguagem, ventre do sentido. Para isso, Beckett cria uma gramática minimalista que contesta a propriedade elíptica da linguagem, objetando-a enquanto expressividade analógica de pressupostos abstratos mais essenciais, ou mediação refletora no isomorfismo de estrutura entre sistemas categorias e dinâmicas óticas.

Nesse aspecto, cabe a advertência presente no naturalismo linguístico da polonesa Anna Wierzbicka¹³. Comunicar é fazer-se compreender, traduzindo o que se diz em um léxico partilhado. Ou seja, para que dois sujeitos se comuniquem, o conteúdo semântico da língua particular de cada colocutor, intransponível à partida, deve ser traduzido. Para sê-lo, a carga significativa há de ser decomposta de seus termos originais e recomposta com os termos de uma sintaxe subjacente mínima (primitivos semânticos), inteligível e disponível aos interlocutores. A compreensão ocorre quando se supera a barreira da incomensurabilidade semântica da língua natural, singular, e a mensagem é traduzida no interior de uma língua comum.

Misantropa, a prosa beckettiana não possui subjacência sintático-semasiológica que proporcione a comensurabilidade. Clov, o paralítico cego, e seu criado Hamm não podem comunicar dialogando entre si em *Fim de partida*¹⁴. Ambos são ínsulas incomensuráveis. Cada frase pronunciada nega o sujeito que predica o verbo, a conjunção aditiva não une mais dois períodos oracionais. O ato locucionado comunica a impossibilidade de comunicar. Na fonética, não há especificidade que diferencie os sons; no campo fonológico, não existem sonoridades sintetizadas em padrões; na morfologia, as palavras não têm estrutura interna; na sintaxe, os elementos oracionais não conseguem combinar-se para formar períodos complexos; na estilística, os gêneros mesclam-se para fazer

412

¹³ WIERZBICKA, Anna; GODDARD, Cliff. Semantic primes and cultural scripts in language learning intercultural communication. In: *Applied cultural linguistics*. Amsterdam: John Benjamins, 2007, p. 2-6.

¹⁴ BECKETT, Samuel. Endgame: a play in one act. In: BECKETT, Samuel. *The theatrical notebooks of Samuel Beckett*. London: Faber and Faber, 1992, v. 2, p. 1-42.

vagir o anônimo sem estilo; na pragmática, as ressonâncias perlocucionárias destroem os atos locucionários; não há lembrança para haver filologia. Afinal, todo o material cênico e literário é falacioso.

Mas por qual razão o é?

É retórica porque nunca estivemos nem mesmo em grado de afirmar que são ficções de linguagem. E é retórica *cínica* porque os protagonistas, produtores de ações repetitivas e seriadas, sabem disso. São conscientes de que no mínimo o que são e o que tentam fazer são puro jogo de linguagem, e que, no limite, nem isso podem sustentar. Para dizer que o seu “si” é si mesmo, cada protagonista precisaria de “olhos transcendentés”, isentos de massa ocular, exteriores à instabilidade das ficções¹⁵.

Para afirmar que o Eu (identidade) é um ser real, ou mesmo mera ficção, os personagens deveriam ser capazes de sair deles mesmos, desdobrar-se num duplo para olhar-se, sem que sejam si mesmos. Mas, se não há dimensão acima das ficções, produzidas com sobras de linguagem, eles não podem olhá-las, como olhos fictícios, dizer que são, dizer que existem ou não existem, em suma, proferir qualquer coisa a seu respeito, sem sê-las inteiramente. Seu cinismo é coerente: entende que a explicação da ficcionalidade pressupõe o seu uso, metendo-nos em uma circularidade ontológica e autorreferencial sem saída pela porta dos fundos¹⁶. Sem o duplo extraperspectivo e impossibilitados de sustentar qualquer crença, até mesmo essa crença que os leva a suspeitar, esgotam-se. Esgotados, não podem mais criar sentido.

No grau ontogenético primitivo, os homens completam o ciclo oracular. São colocados nus diante de si, só lhes restando vir a ser o que são. Porém, faz-se necessário precisar que não se trata de um retorno hegeliano; *tornar-se* não diz respeito a um sentido imediato que se revela sentido efetivo reconciliando seus dois modos de *pôr-se*, ou seja, de *pôr-se* a si como diferente de si em seu ser-mesmo e, *pari passu*, de *pôr-se* a si mesmo como idêntico a si em seu ser outro, reconduzindo esquemas de sentido contraditórios à coerência do sujeito pleno¹⁷. Porém, trata-se menos ainda de um retorno deleuziano; *tornar-se* não é ausentar-se enquanto sujeito para reaparecer como abertura rizomática na qual vibram, por todos os lados, inconstantes, esquemas de sentido incoerentes¹⁸. Ambos os modos são fugas da ausência, da desapareição, formas de preenchê-las com sentido.

¹⁵ ROSSET, Clément. *Le reel et son double*. Essai sur l'illusion. Paris: Gallimard, 1993.

¹⁶ “It will be I? It will be the silence, where I am? I don't know, I'll never know: in the silence you don't know. You must go on. I can't go on. I'll go on” (BECKETT, Samuel. *The unnamable*. New York: Grove Press, 1978, p. 103).

¹⁷ HEGEL, G. W. F. *Phänomenologie des Geistes*. In: HEGEL, G. W. F. *Werke in zwanzig Bänden*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1974, p. 579.

¹⁸ DELEUZE, Gilles. *Logique du sens*. Paris: Les Éditions de Minuit, 1969, p. 41 et seq.

À contraluz das propostas anteriores, o exaurimento beckettiano ensina-nos que retornar a si mesmo é mofar, abolorecer sob uma aporia irresolúvel, no centro ausente do anel formado pela necessidade das ficções (eliminando todo sentido) e a impossibilidade da extraperspectividade (permanecendo no hiato identitário).

EPÍLOGO

Devemos entender que, sob o extermínio de Auschwitz, por detrás das experiências de Josef Mengele, abaixo da impoluta parafernália historiográfica que o reduz a problema ídeo-político dos estados totalitários, jaz um subterâneo mais profundo. Subterrâneo intuído pelo pensamento beckettiano, jamais isolado dos factos. No desfecho de *L'innommable* (*O inominável*, 1953), último romance da trilogia pós-guerra, damo-nos conta de que os personagens não falam de nada.

Nunca falaram. Molloy e Malone, “protagonistas” dos dois primeiros romances da trilogia, possuem precisamente a mesma fisionomia: são nulidades, nada. Mas nulidades que comunicam nada porque *nada* mais havia restado no fraturado mundo europeu. Desse modo, não são criações estranhas, frutos da abstração de um autor inconsequente. São ecos lúcidos de uma época *sui generis*, que com suas atrocidades e eliminacionismos dementes escancarou, sem a suavidade dos eufemismos, a face aporética de nossa própria alma.

414

Tanto o “fundo enigmático” que desconcerta o espírito do médico nazista quanto a indigesta “incógnita metafísica”, suscitada pela leitura de Hitchcock, despertam na reflexão uma sombria sensação de incompletude, de alguma coisa que vemos e que não se explica por si só. Digo isso não por ambas serem dramatizações que talvez mascarem o próprio *in persona*. Seguramente há quem as interprete como propaganda sionista. Os negacionismos, por exemplo, de Bardèche, passando por Rassinier até Faurisson, releem o problema do holocausto na condição de pirotecnia que nos desvia do verdadeiro subterrâneo ideológico da *Shoah*¹⁹. Entretanto, o interessante nas indagações é que, ao invés de nos aproximar, afastam-nos do que vemos. Por que ao falarem da coisa, esse falar, ao invés de mostrá-la, afasta-nos dela, fazendo-nos crer que ali há algum pormenor inacessível que vibra secretamente? Por que Auschwitz é tão inexplicável nas ilações positivas que tentam explicá-lo?

As melhores percepções sobre o holocausto insinuam frequentemente algum “insondável” em seus argumentos porque fogem instintivamente do encontro com o nada e a suspeita, intoleráveis, ali ofertados, os mesmos que nos perfuram e que são por nós intuídos da tenra infância à maturidade. Para evitá-las, a

¹⁹ PISANTY, Valentina. *L'irritante questione delle camera a gas*. Logica del negazionismo. Milano: Bompiani, 1998, p. 5-26.

mente torna a nulidade e a suspeita incógnitas. Fazê-lo é o cinismo involuntário mais eficaz para evitar o confronto com sua luminosidade, que nos recorda a presença da arbitrariedade, do desamparo ontológico sem saída e da ausência completa de memória no fim de toda construção humana de sentido.

Prendendo a identidade a decisões de sentido irremediavelmente vinculadas aos cálculos de natureza niilista, aproximamo-nos do nível mais avançado de nulificação jamais alcançado. Os subumanos (*Untermenschen*) de Rudolf Höß e os restos de exumação de Beckett são sombras vazias, espectros que habitam a mesma noite da indiferenciabilidade absoluta. Causam-nos cegueira porque espelham fielmente o que não queremos e não podemos ver: nosso terrível destino de permanecer no deserto do *talvez*:

Deitei sobre ela na sombra, seus olhos se abriram e eu entrei [...]. Jamais conheci silêncio tão grande. É como se a terra estivesse desabitada²⁰

REFERÊNCIAS

- ADORNO, Theodor W. Trying to understand endgame. *New German Critique*, n. 26, Critical Theory and Modernity (Spring-Summer), 1982.
- BECKETT, Samuel. *The unnamable*. New York: Grove Press, 1978.
- BECKETT, Samuel. *Three novels by Samuel Beckett: Molloy, Malone dies and The unnamable*. London, 1958.
- BECKETT, Samuel. *Malone meurt*. Paris: Les Éditions de Minuit, 2012.
- BECKETT, Samuel. *Malone dies*. New York: Grove Press, 1956.
- BECKETT, Samuel. *Krapp's last tape*. Direção de Donald McWhinnie e Patrick Magee. Royal Court Theatre, London, 1958. 1 cassete VHS/NTSC, 44 min.
- BECKETT, Samuel. Endgame: a play in one act. In: BECKETT, Samuel. *The theatrical notebooks of Samuel Beckett*. London: Faber and Faber, 1992. v. 2, p. 1-42.
- DELEUZE, Gilles. *Logique du sens*. Paris: Les Éditions de Minuit, 1969.
- GALIMBERTI, Umberto. *L'ospite inquietante: il nichilismo e i giovani*. Milano: Giangiacomo Feltrinelli Editore, 2007.
- HEGEL, G. W. F. *Werke in zwanzig Bänden*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1974.
- HITCHCOCK, Alfred; BERSTEIN, Sidney. *German concentration camps factual survey*. Produção de Sidney Bernstein, escrito por Richard Crossman e Colin Wills. United Kingdom, Psychological Warfare Division, SHAEF, 1945. 1 cassete VHS/NTSC, 72 min. s/ cor. son.
- KNOWLSON, James. *Damned to fame: the life of Samuel Beckett*. London: Bloomsbury, 1996.

²⁰ BECKETT, Samuel. *Krapp's last tape*. Direção de Donald McWhinnie e Patrick Magee. Royal Court Theatre, London, 1958. 1 cassete VHS/NTSC, 44 min.

Vicente Augusto Gabriel Leite Cevolo

NIETZSCHE, Friedrich. *Sämtliche Werke*. Ed. G. Colli und M. Montinari. Kritische Studienausgabe in 15 Bänden. Berlin-New York-München, 1988.

PISANTY, Valentina. *L'irritante questione delle camera a gas*. Logica del negazionismo. Milano: Bompiani, 1998.

ROSSET, Clément. *Le reel et son double*. Essai sur l'illusion. Paris: Gallimard, 1993.

SS-Doctor Kremer. In: *Death books from Auschwitz: Remnants*, v. I, Appendix, 1995.

TURGENEV, Ivan Sergeevič. *Padri e figli*. Traduzione e prefazione di Federigo Verdinois. Milano: Fratelli Treves, 1930.

WIERZBICKA, Anna; GODDARD, Cliff. Semantic primes and cultural scripts in language learning intercultural communication. In: PALMER, Gary; SHARIFIAN, Farzad (Eds.). *Applied cultural linguistics: implications for second language learning and intercultural communication*. Amsterdam: John Benjamins, 2007.

Autor convidado