Organizadores
Vanessa Alexsandra de Melo Pedroso
Glauco Salomão Leite
Lúcio Grassi de Gouveia

DIREITOS FUNDAMENTAIS: *desafios* à sua concretização

Editora Universitária UFPE

Organizadores
Vanessa Alexsandra de Melo Pedroso
Glauco Salomão Leite
Lúcio Grassi de Gouveia

DIREITOS FUNDAMENTAIS:
Desafios à sua concretização

Editora Universitária UFPE

Recife, 2015.

Créditos

Editora: Editora Universitária

Organização: Vanessa Alexsandra de Melo Pedroso
Glauco Salomão Leite,
Lúcio Grassi de Gouveia

Comissão Editorial: **Presidente**
Maria José de Matos Luna

Titulares
Ana Maria de Barros, Alberto Galvão de Moura Filho, Alice Mirian Happ Botler, Antonio Motta, Helena Lúcia Augusto Chaves, Liana Cristina da Costa Cirne Lins, Ricardo Bastos Cavalcante Prudêncio, Rogélia Herculano Pinto, Rogério Luiz Covaleski, Sônia Souza Melo Cavalcanti de Albuquerque, Vera Lúcia Menezes Lima.

Suplentes
Alexsandro da Silva, Arnaldo Manoel Pereira Carneiro, Edigleide Maria Figueiroa Barretto, Eduardo Antônio Guimarães Tavares, Ester Calland de Souza Rosa, Geraldo Antônio Simões Galindo, Maria do Carmo de Barros Pimentel, Marlos de Barros Pessoa, Raul da Mota Silveira Neto, Silvia Helena Lima Schwamborn, Suzana Cavani Rosas.

Design da capa: Ana Catarina Silva Lemos Paz

Composição do miolo: Ana Catarina Silva Lemos Paz

D598 Direitos fundamentais : desafios à sua concretização [e-book] / organizadores Vanessa Alexsandra de Melo Pedroso, Glauco Salomão Leite, Lúcio Grassi de Gouveia. -- Recife : Editora Universitária da UFPE, 2015.

ISBN 978-85-415-0653-3 (E-Book)

1. Direitos fundamentais. 2. Cidadania. 3.Direito constitucional. I. Pedroso, Vanessa Alexsandra de Melo. II. Leite, Glauco Salomão. III. Gouveia, Lúcio Grassi de. IV. Título.

CDU 342.7

Apresentação

Desde o advento do constitucionalismo moderno, com as revoluções liberais burguesas do século XVIII, buscou-se conter o arbítrio estatal através da adoção de uma carta constitucional, via de regra escrita, e que contemplasse mecanismos de fiscalização recíproca entre os poderes do Estado e um conjunto de direitos fundamentais. A inserção de um catálogo de direitos, vinculados à dignidade da pessoa humana, é um dos mais salientes traços da cultura constitucional.

A sedimentação de direitos em um documento constitucional normalmente é fruto de intensas lutas e reivindicações de setores expressivas da sociedade. Assim, além dos tradicionais direitos individuais, gradualmente os direitos sociais, econômicos, culturais, difusos e coletivos começaram a ser positivados em diversas constituições, como a brasileira.

A Constituição Federal de 1988 é um divisor de águas na história política do país, viabilizando o maior período de estabilidade institucional já experimentado pela nação. Na esteira das constituições contemporâneas, a nossa Carta Política é caracterizada por uma constitucionalização abrangente de direitos. O problema, portanto, não consiste mais no reconhecimento de direitos, mas na sua real concretização. Por esse motivo, ao longo de sua vigência, tem-se buscado construir uma dogmática jurídica que consiga extrair a maior efetividade possível desses direitos, para que ela não seja vista como uma mera "folha de papel", causando uma indesejável frustração constitucional.

Nesse sentido, a presente obra reúne estudos de pesquisadores de várias instituições, preocupados, sobretudo, com a tutela e efetividade dos direitos fundamentais. Diante desse desafio, buscou-se congregar uma plêiade de trabalhos que, sob diferentes perspectivas e matizes teóricos, oferecem à comunidade acadêmica uma relevante contribuição ao debate constitucional.

Desejamos boa leitura a todos.

Os organizadores

Sumário

I. MOVIMENTOS SOCIAIS E CIDADANIA COMO UM DEBATE AINDA PENDENTE

Daniela Madruga Rego Barros Victor Silva
Vanessa Alexsandra de Melo Pedroso 7

II. DOS DIREITOS HUMANOS À CIDADANIA JURÍDICA GLOBAL: Uma história inacabada

Ademario Andrade Tavares 19

III. CIBERDEMOCRACIA E GOVERNO ELETRÔNICO: Rumo à uma Democracia Participativa

Francisco Cristiano Lopes 30

IV. A NEGOCIAÇÃO COLETIVA NO SETOR PÚBLICO E A NECESSIDADE DE SUA REGULAMENTAÇÃO

Fábio Túlio Barroso
Semiramis de Moura Roriz 41

V. CONSTITUCIONALISMO E SEPARAÇÃO DE PODERES: entre Cortes e Parlamentos na proteção dos direitos fundamentais.

Glauco Salomão Leite 55

VI. PROTAGONISMO JUDICIAL E PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: lições a partir da experiência americana.

Glauco Salomão Leite 67

VII. A IMPORTÂNCIA DO SISTEMA DE TROCA AUTOMÁTICA DE INFORMAÇÕES DOS PARAÍSOS FISCAIS EM RELAÇÃO AO NARCOTRÁFICO E O ACESSO À SAÚDE, SEGURANÇA E EDUCAÇÃO: Uma visão sobre países americanos e europeus

Guilherme Augusto Souza Godoy 78

VIII. O BRASIL: ATOS INSTITUCIONAIS, ATOS COMPLEMENTARES E EMENDAS CONSTITUCIONAIS: Uma contribuição histórica ao estudo do Direito Tributário no século XXI

Hélio Sílvio Ourem Campos 87

IX. A EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO SOCIAL: O Direito do Trabalho na Categoria de Direito Humano Fundamental e os rituais de sofrimento dos operadores de telemarketing

Juliana Teixeira Esteves
Larissa Ximenes de Castilho 104

X. O DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA EXECUTIVA EFETIVA NO PROCESSO CIVIL

Leonardo Moreira Santos.
Lúcio Grassi de Gouveia 120

XI. DIREITO PROCESSUAL FUNDAMENTAL E A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL DEMOCRÁTICA: os princípios do devido processo legal, cooperação e contraditório substancial no processo civil brasileiro

Lúcio Grassi de Gouveia
Luciana Dubeux Beltrão Alves *134*

XII. O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO NO TRABALHO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES MODELOS E MANEQUINS

Romulo Nei Barbosa de Freitas Filho
Bruna Roberta Nascimento Rios *140*

XIII. A ABERTURA INTERNACIONAL DO ESTADO E A PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS SOB A ÓTICA DE UM CONSTITUCIONALISMO GLOBAL

Alvaro de Oliveira Azevedo Neto
Thaís Vandresen *153*

XIV. DA DISCRIMINAÇÃO AO EXERCÍCIO DA PROSTITUIÇÃO FEMININA E SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

Evelyn Maria Pereira Cavalcanti
Vanessa Alexsandra de Melo Pedroso *167*

XV. O DIREITO FUNDAMENTAL DE SER FAMÍLIA E A INCIDÊNCIA DA ALIENAÇÃO PARENTAL EM CONTEXTO HOMOAFETIVO

Maria Emília Miranda de Oliveira Queiroz
William Victor Costa Sougey *174*

XVI. DO CONSTITUCIONALISMO AO NEOCONSTITUCIONALISMO: breves ponderações acerca do contexto político-jurídico de transformação, à luz da participação popular, na sua face de direito fundamental

Carlos Jair de Oliveira Jardim *187*

XVII. POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Anizio Pires Gavião Filho
Plauto Faraco de Azevedo
Filipe Soares Denicol *196*

MOVIMENTOS SOCIAIS E CIDADANIA COMO UM DEBATE AINDA PENDENTE

Daniela Madruga Rego Barros Victor Silva[1]
Vanessa Alexsandra de Melo Pedroso[2]

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

São os movimentos sociais sujeitos multiplicadores de práticas plurais a serviço da concretização da cidadania? A referida pergunta norteia a elaboração do presente trabalho que, por sua vez, inicia-se com uma análise da crise estatal e sua correlação com as velhas e as novas formas de organizações sociais. A partir de então, passa-se à compreensão de classe social e democracia como pressupostos para adentrar nas causas do surgimento dos novos movimentos sociais.

Ultrapassada esse momento inicial será, então, abordada a diferença existente entre movimento social e movimento popular, a diferença entre os novos e os tradicionais movimentos sociais no intuito de chegar aos propósitos reais do movimento social, qual seja, a concretização do exercício da cidadania.

Passa-se, então, a uma reflexão sobre o reconhecimento por parte do Estado quanto aos movimentos sociais, demonstrando que a ação destes novos movimentos sociais tem fundamento na perspectiva da satisfação de suas necessidades humanas fundamentais. Serão, discutidas também, a questão da produção jurídica por parte dos novos sujeitos coletivos, bem como, a validade, a legitimidade destas normas.

O presente trabalho parte do pressuposto que diante desta avalanche de novidades teóricas, faz-se, portanto, recomendável uma leitura no agora, sob pena do "novo" transformar-se em "antigo".

2. OS NOVOS *VERSUS* ANTIGOS SUJEITOS COLETIVOS

Note-se que em paralelo às demandas por uma "transferência" do poder do Estado para a sociedade está à chave para uma reconstrução das instituições democráticas, no marco de um novo pacto social que irá além do desenvolvimentismo, do populismo e da tentação autoritária.

Em princípio, faz-se necessário ter em mente a ideia de classe e movimento social. Ora, sabe-se que a constituição de organização social em classes teve o seu declínio com o advento da sociedade pós-industrial, que, por sua vez, trouxe um novo sujeito histórico revolucionário, qual seja, o movimento social.

Tal movimento absorveu os mais variados tipos de "classes", que se fragmentou e se reagrupou, a partir de outras identidades como as de gênero, cor, políticas, cada uma com suas respectivas particularidades.

Dai a possibilidade de afirmar que, de certa forma, a sociedade mundial, sempre, esteve organizada em grupos de pessoas que, por sua vez, se reuniam em razão de um interesse comum. Se não é assim, note-se que as formas de organização e movimentação social estão fundamentadas em classes, partidos, sindicatos entre outros agrupamentos.

---

1 Mestre em Gestão Empresarial pela Faculdade Boa Viagem - Devry Brasil. Possui graduação em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco, graduação em Licenciatura em História pela Universidade Federal de Pernambuco, Pós-graduação lato-sensu em Direito pela Universidade Cândido Mendes e pela Escola Superior de Magistratura de Pernambuco. Atualmente é professora da Faculdade Boa Viagem Devry Brasil e advogada militante nas áreas cível, empresarial e trabalhista. danielamadruga@gmail.com

2 Doutora em Direito penal pela Universidad Complutense de Madrid - Espanha, tendo realizado estágio doutoral na Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bologna - Itália. Atualmente, é pós-doutoranda em Ciências Sociais da rede: Fundación Centro Internacional de Educación y Desarrollo Humano (CINDE) / Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO) / Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e Universidad de Manizales (Colombia). Professora de Direito Penal da Faculdade Boa Viagem - FBV e Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. vanessampedroso@gmail.com

Ora, é fato que a composição social de um movimento é, por certo, sempre especificamente de classe - ainda que não represente uma única classe homogênea podendo chegar a ser um verdadeiro movimento de massas - e, por isso, a denominação de classe social não se afasta do conceito de movimento social.

Desta maneira, pode-se admitir que referidos conceitos, de certa forma, assemelham-se. No entanto, o conceito de movimento social é mais abrangente, ou seja, "incorporou" o de classe.

Atualmente, vivencia-se nos mais diferentes Estados uma crise estatal que termina por patrocinar uma insatisfação dos mais diferentes grupos sociais. Os quais, por sua vez, auxiliados pelos meios de comunicação e pela tecnologia avançada se organizam e movimentam em torno de uma rede que não encontra bandeiras fundamentadas em questões de raça, sexo, economia, religião ou outra qualquer.

A construção e luta dessa "nova" sociedade – dita mundial – não permite bandeiras definidas. Como aduz Camacho (1987, p. 237), o que diferencia os movimentos sociais tradicionais dos chamados "novos" movimentos sociais é, basicamente, o fato de que os antigos movimentos eram classistas, enquanto os novos movimentos sociais são pluriclassistas, fazem parte do povo, pois que reclamam o despertar de uma nova democracia através do desapreço da sociedade pelas instituições representativas que, por sua vez, representam um certo autoritarismo sob a insígnia da reconstituição do Estado.

Para Hartmut Karner (1987, p. 19 s.) as causas do surgimento dos novos movimentos sociais, estão relacionadas, primeiro, há um processo crescente de alienação, que está desencadeando uma perda real de confiança nas organizações políticas tradicionais e segundo, no desejo de "ver" concretizado o sonho de uma sociedade mais livre e humana.

Na visão de Scherer-Warren (1987, p. 39) a identidade destes "novos movimentos sociais"[3] será construída, a partir de dois fatos quais sejam, o primeiro, fundamentado no reconhecimento do povo sobre as condições materiais de exploração do capitalismo contemporâneo, a qual contaminou e disseminou antagonismos no mundo das relações de produção. Já o segundo, é trazido pela internacionalização, expansão de uma cultura crítica construída a partir de uma insatisfação permanente quanto às formas de opressão e autoritarismo do capitalismo contemporâneo.

Desta feita, pode-se afirmar que é a partir dos "Novos Movimentos Sociais" que se tornará possível à institucionalização de outro sentido de cidadania ativa, ou seja, um modelo de cidadania que se contrapõe ao modelo normativo de Estado, bem como, do modelo de capital fundamentado no mercado. Institutos estes, considerados reguladores da condição de cidadania

3 Contudo, sobre a problemática dos "novos movimentos sociais", faz-se necessário definir o que é movimento social, e esta definição foi dada com muita propriedade por Scherer – Warren (1987), que define movimento social como sendo: uma ação grupal para transformação (a práxis) voltada para a realização dos mesmos objetivos (o projeto), sob a orientação mais ou menos consciente, de princípios valorativos comuns (a ideologia) e sob uma organização diretiva mais ou menos definida (a organização e sua direção) (SCHERER – WARREN, 1987, p. 37). No entanto, diante desta definição de movimento social, qual seria, ou melhor, em que consistiria a diferença entre movimentos sociais e movimentos populares? Segundo Daniel Camacho, os movimentos sociais são considerados "como uma dinâmica gerada pela sociedade civil, que se orienta para a defesa de interesses específicos" (CAMACHO, 1987, p. 216). Para Camacho (1987, p. 217) os movimentos sociais não têm que ser necessariamente organizados. Dentre estes movimentos organizados, há vários tipos, mas para o autor, existem apenas dois tipos: os que representam os interesses do povo e os que reúnem setores dominantes do regime capitalista, os quais não têm interesse nem em questionar, muito menos, em transformar as estruturas de dominação, pois seu interesse consiste em questionar, em parte, a ordem social propondo reformas parciais em seu próprio benefício. Os movimentos sociais do primeiro tipo são aqueles conhecidos como movimentos populares.
Ainda referente à visão de Camacho (1987, p. 221) o movimento popular surge, a partir do momento em que passa de uma relação desarticulada entre os diversos movimentos, a uma ação permanente, estruturada e com objetivos políticos. Em síntese, o movimento popular se constitui quando os movimentos sociais populares convergem dinamicamente as suas lutas pela transformação do Estado, pela mudança da ordem social existente, buscando, na maioria das vezes, o equilíbrio do pacto social, pacto este controlado pelo Estado. Segundo Camacho (1987, p. 221) os movimentos populares podem ser classificados em locais (luta por uma floresta), regionais (por uma maior parte no orçamento estadual), classistas (movimento operário), pluriclassistas (movimento estudantil), por demandas específicas (moradia), etc. E estes movimentos, na maioria dos casos, são marcados por descontinuidades, particularidades e desconformidades. Assim sendo, conforme a análise realizada sobre o movimento popular entende-se o mesmo, como uma espécie do gênero movimento social. No entanto, neste artigo será adotada a noção de movimento social que engloba a categoria de movimento popular, ou melhor, não será feita a distinção entre ambos os fenômenos.

ativa no que tange o limite do voto, e, também, passiva, aquela referente a dependência da normatização estatal.

Baseado nesta problemática, Rafael de la Cruz, fez a seguinte indagação: "Em face da tentação tecnocrática que aumenta durante a crise, poderão os novos movimentos sociais constituir uma alternativa de democratização?" (CRUZ, 1987, p. 86).

Como resposta, ele mesmo a proferiu:

> A democracia seria, assim, a forma da relação entre o social e o político que permitiria o equilíbrio mutável entre ambos os processos. A crise do Estado que hoje conhecemos relaciona-se, então, com uma ruptura desse equilíbrio, devido à complexidade da sociedade e à diversificação e ampliação de seus interesses até o ponto em que é ultrapassada a capacidade do Estado para sintetizar e administrar estes interesses. A crise do Estado é, portanto, antes de mais nada, uma crise da democracia. (CRUZ, 1987, p. 87).

Assim, tem-se, então, a noção de que a atual crise estatal vivenciada nos mais diferentes Estados está ligada à quebra, ao desgaste do conceito de democracia e, ainda, à conquista da cidadania. As desigualdades sociais, as discriminações e as exclusões tem sido uma prática comum nos Estados e, os movimentos sociais, tem levantado a bandeira de reinvindicação destes direitos mínimos de cidadania, representando, assim, uma o que se pode reconhecer como contrapartida para se chegar à negociação.

Os novos movimentos sociais apontam para um novo tipo de sujeito coletivo, com intuito de construir uma nova cidadania, uma cidadania mais ativa. Numa sociedade em que ser consumidor é que qualifica a condição de cidadania, diante deste quadro, tem-se necessidade de uma inversão destes valores, através de práticas coletivas que centrem seu foco na conquista dos direitos sociais, não se voltando, apenas, como antigamente, as questões de lutas de classes.

Esses movimentos sociais são os agentes do pluralismo jurídico, instituindo outra qualidade de participação, através da criação de novos direitos, novos espaços, possibilidade de novos sujeitos políticos, novos cidadãos ativos, novas formas de relacionamento com o poder público, materializando assim, a verdadeira democracia direta.

Estas novas práticas sociais coletivas fazem emergir um novo sujeito social, e consequentemente, um novo conceito de cidadania, que passa a ser uma construção, uma busca incessante da ampliação e do aprofundamento desse conceito tão abordado e almejado pelos povos, é dizer, a democracia.

Após esta correlação essencial entre os movimentos sociais e o conceito de cidadania, prossegue-se na discussão sobre os movimentos sociais, componentes subjetivos do paradigma pluralista. Serão adotadas, dentro das mais variadas perspectivas, com maior frequência, o referencial teórico de Wolkmer (2001).

Nesse sentido, note-se que os movimentos sociais possuem diversas denominações: sujeitos históricos, coletivos, populares, sociais, políticos, grupos organizados, no entanto, tem um único objetivo, ser um agente de produção jurídica. Assim, diante desta variedade de nomenclaturas atribuídas aos movimentos sociais, será aproveitada ao máximo a utilização de todas, sem distinção.

Segundo Antonio Carlos Wolkmer (2001), os novos sujeitos históricos são vistos como:

> identidades coletivas conscientes, mais ou menos autônomos, advindos de diversos estratos sociais, com capacidade de auto-organização e autodeterminação, interligadas por formas de vida com interesses e valores comuns, compartilhando conflitos e lutas cotidianas que expressam privações e necessidades por direitos, legitimando-se como força transformadora do poder e instituidora de uma sociedade democrática, descentralizadora, participativa e igualitária. (WOLKMER, 2001, p. 240).

Os movimentos sociais são encarados como "novos sujeitos coletivos de Direito", sem querer fazer alusão à denominação de "sujeito de Direito" do velho paradigma do positivismo jurídico. A palavra, novo, faz referência ao ultrapassado modelo oficial e coletivo, e a pluralidade de sujeitos, está relacionada, a sujeitos que estão reunidos na produção de novos direitos e na construção de uma cidadania.

A experiência histórica brasileira mais recente mostra a apropriação do Direito e de práticas jurídicas pelos movimentos sociais. O Direito que era tido como algo intocável, inacessível às "classes" desfavorecidas, deixou este patamar. Hoje, o Direito coloca-se como algo a ser construído pelo homem, pelas organizações coletivas em uma clara alusão de novos tempos.

Os movimentos sociais, dentro da perspectiva pluralista adotada, ganham um caráter de portador de juridicidade. Perseguindo a mesma visão de Wolkmer (2001, p. 130 s.), os movimentos sociais possuem as seguintes características: a identidade, a autonomia, a participação e o valor cultural do "novo".

A identidade está relacionada à busca de uma "legalidade insurgente" por parte dos novos sujeitos coletivos, numa constante reivindicação pela mudança social, na defesa de interesses e necessidades que surgem a cada dia.

Já no que se refere a autonomia é possível afirmar que esta refere-se à responsabilidade que cada agente coletivo carrega sobre os atos praticados. Com relação à participação, esta consiste na ampliação do espaço público para abarcar estes novos sujeitos coletivos, bem como, sua produção jurídica.

Por último, o valor cultural do novo como retrato da tomada de consciência destes novos sujeitos, que lutam pelo reconhecimento por parte do Estado, de que são partícipes deste.

Ainda com relação à perspectiva do reconhecimento dos novos movimentos sociais pelo Estado, este, segundo Eduardo Viola e Scott Mainwaring (1987)

> pode adotar três posições básicas diferentes frente aos movimentos sociais. Primeiro, pode responder e apoiar relativamente às demandas dos movimentos, sem destruir sua autonomia. Tal possibilidade encoraja a expansão dos movimentos. Segundo, o Estado pode cooptar, marginalizar ou isolar os movimentos, mesmo ao incorporar algumas de suas demandas ao sistema político. Neste cenário, os movimentos tendem a uma história mais cíclica, de surgimento e declínio, conforme as dinâmicas internas e conjunturas particulares. Finalmente, o Estado pode reprimir os movimentos sociais, em cujo caso estes tendem a declinar, ao menos temporariamente (VIOLA; MAINWARING, 1987, p. 116).

O que se presencia hoje, em relação aos movimentos sociais, é no mínimo a marginalização deste movimento por parte do Estado e no máximo, a cooptação da sociedade para atuar junto aos movimentos sociais. Porém, o que se almeja, é uma parceria entre os movimentos sociais e o Estado.

Quando se fala, ainda, nos movimentos sociais como novos sujeitos coletivos, não se pode deixar de relatar, sobre qual o motivo que determinou a ascensão destes grupos sociais no espaço deste novo paradigma jurídico pluralista.

Como já bem mencionado, um dos principais motivos da força e do papel destes novos movimentos sociais, está relacionada à crise político-econômica vivenciada, na falência do Estado como garantidor das normas e da paz social, na insegurança do povo nas instituições tradicionais. Tudo isto, contribuiu no crescimento dos movimentos sociais como uma forma de reorganizar a vida social.

Mas, o aparecimento dos novos sujeitos coletivos não se limita a estes fatores, o que legitima estes grupos são as suas necessidades intrínsecas e extrínsecas. Como bem definiu Wolkmer, necessidade no que se refere ao seu sentido mais amplo consiste "em todo aquele sentimento, intenção ou desejo consciente que envolve exigências valorativas, motivando o comportamento humano para aquisição de bens materiais e imateriais considerados essenciais" (WOLKMER, 2001, p. 242).

Desta forma, dentro das "necessidades humanas fundamentais", estão incluídas, as necessidades existenciais, materiais e culturais. Estas necessidades ganham um patamar devido às condições existenciais em que vive o povo, o sistema capitalista impede a satisfação das necessidades essenciais, impondo falsas necessidades, incorporadas pelo mercado.

Assim, dentro deste processo histórico-social marcado por conflitos, insatisfações de necessidades fundamentais, impõem-se ao novo sujeito coletivo, atuante e livre, à reivindicação de suas vontades individuais e coletivas, em defesa de direitos já adquiridos, direitos tradicionalmente existentes, mas não concretizados e na luta constante pela criação de "novos direitos".

Para João Batista Moreira Pinto,

> se não há fechamento no domínio do social-histórico, a possibilidade de criação de outra instituição jurídica é sempre presente. Os novos movimentos sociais, como espaço coletivo de constituição do novo, têm um papel fundamental na transgressão da ordem instituída e na instituição de uma sociedade mais justa, fraterna e igualitária (PINTO, 1992, p. 87).

Neste sentido, é possível afirmar que os novos movimentos sociais estão lutando, em tempos atuais, pela possibilidade de atuação no espaço público.

É necessário ressaltar neste momento, que estas pequenas reflexões, sobre classe, democracia, têm a finalidade de embasar a discussão maior, que está assentada, na ascensão e proliferação dos novos movimentos sociais, qual seja, aquela fundamentada na ideia que os movimentos sociais estiveram presentes ao longo da história das civilizações, sempre em sociedades nas quais as relações sociais se construíam em ambientes de contradições e conflitos.

É recorrente, nos dias atuais, deparar-se com movimentos sociais que expressam os antagonismos que demarcam os conflitos contemporâneos. Discussão que será retomada mais adiante.

3. AS DINÂMICAS DOS ESPAÇO PLURALISTA E DA PRODUÇÃO JURÍDICA

Dando continuidade a discussão sobre a atuação dos novos sujeitos coletivos, parte-se, agora, para a discussão, de como estes, podem ser a fonte diferenciada de produção jurídica. Como já foi abordado, o Estado não mais detêm a exclusividade da produção jurídica, pois outras instâncias sociais, como os movimentos sociais, adquiriram, ou melhor, estão lutando por adquirir, a legitimidade desta normatividade "marginal".

A fonte jurídica alternativa encontra-se ligada às relações sociais e as necessidades fundamentais almejadas pelos novos grupos sociais, esta produção jurídica ganha uma enorme dimensão, a partir do momento que o Estado torna-se instância parceira da comunidade, num exercício de cidadania individual e coletiva.

A percepção dos movimentos sociais, de que as leis têm história, tem uma cultura criadora, uma cultura que institui lei, pode ser demonstrada através de um depoimento de uma integrante da Organização de Mulheres Agricultoras de Santa Catarina, chamada Clementina, que disse: "Eu gostaria que fosse diferente (...) temos que engolir estas leis, que querem desmanchar os direitos (...) o papel fundamental agora é a organização (...) que as leis passassem por uma discussão nossa (...) precisamos nos organizar e formar leis (...)" (PINTO, 1992, p. 24).

A luta por esses "novos" direitos por parte dos movimentos sociais tem seu foco em duas vertentes. A primeira visa tornar eficazes os direitos já existentes na legislação oficial, visa concretizar os direitos fundamentais sociais, como: o direito à vida, à moradia, à saúde, à educação, à propriedade, à dignidade humana, etc. Na verdade, os novos sujeitos, querem redefinir democraticamente as formas de aplicação do Direito Estatal, através de uma convivência pacífica entre o Estado e a sociedade.

Já a segunda vertente, visa o reconhecimento dos ditos "novos" direitos, que emergem do seio de diversos grupos sociais, que carregam todas as frustrações, os desejos, as angústias destes, e que não se identificam, com o direito dos códigos, estático, burocrático e distante das aspirações da sociedade.

A afirmação desses "novos" direitos de âmbito social, não quer a exclusão do Estado, pelo contrário, o Estado servirá como implementador destes novos direitos extra-estatais, pois, sem esta ponte, não será possível a sua realização dentro dos moldes democráticos.

Contudo, como estas leis criadas pela comunidade, podem ser admitidas como normas, como "novos" direitos? Qual o critério utilizado, para conclusão de que estas leis de convivência têm os requisitos necessários para a formação de uma norma jurídica?

Segundo Anderson Passos (2001), as normas criadas por estes novos sujeitos sociais, possuem todos os requisitos necessários de uma autêntica norma jurídica, quais sejam: vontade, bilateralidade, vinculação, autarquia, heteronomia, inviolabilidade, coercibilidade e eficácia.

Assim, Passos constata que

> São criadas verdadeiras "leis" de convivência representando a vontade destes grupos de forma a conseguir determinados fins (querer). Tais "leis" podem conter variados cunhos ético-morais, sejam eles positivos (bem estar social, convivência pacífica) ou negativos (rebeldia contra o estado, incentivo ao tráfico de drogas). Estes ordenamentos sempre visam adequar a conduta de um indivíduo com a comunidade e com o grupo dominante, de modo a regular as relações intersubjetivas deste para com os outros (vinculante/bilateral). Estas normas são impostas a todos os indivíduos da comunidade, independente da sua aquiescência ou não (autárquico/heterônomo). Tais sistemas possuem aparelhos para garantir o cumprimento da norma ou a sua aplicação (inviolabilidade). A transgressão da norma sempre determina uma sanção (coercibilidade) que na maioria das vezes é retributiva e em alguns casos violenta. Apesar de tudo, estes sistemas são a única fonte normativa que atinge boa parte da população pobre brasileira, sendo instituídos e reconhecidos pelos membros da comunidade (eficácia) (PASSOS, 2001, p. 06).

Devido ao Estado não mais conseguir chegar até o povo, este, viabiliza formas, ou melhor, cria novos direitos, como bem explicitado acima, legitimados pela consensualidade dos grupos sociais emergentes, efetivando assim, suas necessidades.

Esta produção jurídica pluralista, não passa por procedimentos técnico-formais, basta, inicialmente, a aceitação da comunidade e, em um segundo momento, o reconhecimento do Estado. Porém, para a conquista destes "novos" direitos ser completa cumpre-se uma grande dificuldade, pois a lista de direitos é infinita e a cada nova situação histórica aparecem novas necessidades, bem como, novos direitos.

Contudo, a questão da produção jurídica pluralista, não defende que, para ser possível a aplicação de normas extra-estatais, seja assegurada a exclusão das normas estatais. Em hipótese alguma, o pluralismo jurídico deseja destruir com o Estado Democrático de Direito, apenas, devido à ausência ou ineficácia ou incerteza das normas jurídicas estatais, almeja a convivência harmônica entre normas estatais e "não-estatais".

Este desejo de alargamento do poder da sociedade civil é fruto da construção dentro do novo paradigma do pluralismo jurídico, de um espaço público mais descentralizado, e consequentemente, mais democrático, onde novos sujeitos sociais se "legitimam" para criar, produzir e definir princípios jurídicos e éticos que estão em falta no "mercado" jurídico-político de hoje.

4. LEGITIMIDADE E LEGALIDADE DOS MOVIMENTOS SOCIAIS

No entender de João Batista Moreira Pinto (1992, p. 61) os novos movimentos sociais atuam vinculando as necessidades sociais a direitos, e sobrepondo, quando necessário, esses direitos às leis. Segundo o autor, só é possível aos novos movimentos sociais questionarem a legalidade, devido à desvinculação e confronto desta com a legitimidade.

Na visão de Moreira Pinto (1992, p. 61) para os movimentos sociais, a legalidade de um poder-governo não implicará em crença de legitimidade. Para a verificação da legitimidade da lei - esta visualizada como instrumento de manutenção do poder estabelecido - dar-se-á com a

análise da legitimidade do poder atribuído à lei e se esse processo for tido como ilegítimo, a lei decorrente dele será *a priori* também considerada ilegítima. Outro aspecto para a análise da legitimidade da lei será a proximidade, ou não, de seu conteúdo dos "interesses do povo".

No entanto, com relação à legitimidade dos movimentos sociais, cabe uma ressalva. Nem toda prática pluralista, não oficial, deve ser considerada como legítima pelo pluralismo jurídico. O próprio Wolkmer (1995, p. 134 s.) põe em discussão, que não são todos os movimentos sociais que devem ter ou têm legitimidade. Em um dos seus textos, o autor emite suas dúvidas, e conclui, que, nem todo movimento social está legitimado a produzir direitos e nem toda regulação comunitária autônoma e espontânea (não-estatal) é justa, válida e legítima. Portanto, segundo o autor

> A legitimidade dos direitos produzidos pelos agentes coletivos emergentes depende intimamente do "justo", do "ético" e do respeito à vida humana. Neste contexto, as regras ou preceitos normativos com força de lei, produzidos por grupos mal-intencionados, sem uma "causa-justa" ou sem critérios de aceitação ética, não merecem ser considerados como "direitos" (WOLKMER, 1995, p. 135).

A partir desta posição, de que só os movimentos sociais que estão comprometidos com uma sociedade autônoma é que possuem legitimidade, faz-se mister aprofundar a questão, para não confundir as práticas jurídicas do pluralismo jurídico, que se fundamentam em princípios de democracia e de justiça, com práticas perversas, violentas, sem qualquer respeito aos direitos do homem e do homem como ser cidadão.

É com base neste entendimento, que a crítica de Luciano Oliveira, sobre a legitimação desses novos sujeitos coletivos, adquire contornos diferentes, pois, não se está legitimando grupos de esquadrões da morte. Pelo contrário, o pluralismo apenas sabe da existência destes grupos e busca o retorno do equilíbrio entre o Estado e a sociedade. Fato é que estes grupos só existem, porque os direitos humanos e sociais são letra morta e não o inverso.

Ainda, com relação, a estes grupos, ditos por alguns autores alternativos, como parte negativa do paradigma pluralista, não fazem parte da problemática em discussão, esta, apenas tem a finalidade de constatar a existência na sociedade atual, destes grupos organizados, ou não, que criam direitos, e que devem ser, ou não, considerados pelo ordenamento jurídico estatal, não como regra ou sujeito prevalecente, mas, como sujeito real sob pena de se vivenciar micro-revoluções particularizadas no corpo social, ou, até mesmo, uma guerra civil de abrangência nacional.

Ainda concentrando o debate nos princípios fundantes da legitimidade, suscita o questionamento sobre a legitimidade tanto dos movimentos sociais como de suas práticas reivindicatórias. No que se refere aos agentes, tem-se que enfatizar a capacidade de produzir regras de convivência, até então, autônomas, a fim de acolher suas carências mais imediatas e por que não futuras.

Desta forma, os movimentos sociais, como novos sujeitos criadores de novos direitos, possuem uma legitimidade, que é "nova", que não se confunde com o princípio da legalidade; é expressão da vontade e do justo reconhecimento da comunidade.

Um exemplo deste "novo" tipo de legitimidade pode ser resgatado no depoimento de um trabalhador favelado trazido por Pressburger

> lá onde a gente mora, e eu acho que em todas as comunidades, tem também regras de bem viver, que são as nossas leis, senão, ia ser cada um por si e Deus por ninguém. Só que essas leis, ninguém escreveu, não foram publicadas no Diário Oficial, mas que todo mundo acaba conhecendo e respeitando (PRESSBURGER apud OLIVEIRA, 1996, p. 210).

Este depoimento revela a aceitação, a legitimidade que os componentes dos mais diversos grupos sociais, conferem às normas advindas do seu próprio grupo.

Contudo, no entender de Wolkmer (2000), o que justifica a ação destes movimentos sociais, na busca de sua identidade, legitimidade é o rompimento com o Estado. No entanto, a tese abordada neste artigo, discorda com este posicionamento, por encarar o projeto pluralista como fomentador, não da exclusão, mas da inclusão, tanto de "novos" sujeitos como de suas práticas.

Todavia, é fato incontroverso, que nem todo direito produzido pelos movimentos sociais pode ser considerado justo, válido, passível de ser incorporado ao direito legal. Desta forma, o critério mais plausível para a aceitação desses novos direitos, parte do pressuposto do respeito aos direitos humanos, acima de suas pretensões ideológicas e materiais.

Ainda, no que tange ao conceito de legitimidade no ambiente pluralista, este conceito não deve está atrelado, exclusivamente, ao que é legal, jurídico, pois, nem todo direito legal é, verdadeiramente, justo.

Diante desta analogia, a legitimidade que os novos sujeitos sociais desejam, tem um significado mais amplo e complexo, engloba critérios subjetivos, como: consenso, justiça, ética, respeito, solidariedade, etc. Esta nova legitimidade, é identificada pela capacidade de respeitar e promover os direitos que a comunidade está clamando, bem como, por ampliar a atuação, da já conhecida por todos, mas sempre esquecida, cidadania.

No que se referem às normas jurídicas estatais, existe um verdadeiro descrédito por parte dos grupos sociais, por serem estáticas, ineficazes, inatingíveis. Este quadro desencadeou em diversos movimentos sociais, uma repulsa, que teve como resultado a crescente legitimidade das práticas plurais e resgate de sua identidade, enquanto, partícipe da sociedade.

Entretanto, apesar desta proliferação de movimentos sociais advindos de diversos segmentos da sociedade, não significa, a abolição das organizações convencionais existentes no sistema vigente, como os partidos políticos ou os sindicatos. Apesar do modelo em decadência destas entidades, a sociedade tem que reunir o maior número de aliados possíveis para a construção de um "real" Estado de Direito.

A questão da legitimidade dos movimentos sociais, também foi discutida por Joaquim Falcão (1984, p. 101). Segundo o autor, existe uma legitimidade ficticiamente presumida, que estaria planando no campo da aspiração por parte do Estado. E uma legitimidade real, que estaria à procura de uma via de acesso para atuar, e estas vias, por sua vez, seriam abertas, pelos novos sujeitos coletivos que buscam à margem do Estado - embora não necessariamente contra a lei - adentrar na ordem jurídica legal.

Desta forma, a perda de legitimidade da ordem jurídica vigente, devido ao desmantelamento em que o Estado está vivendo, fez surgir o pluralismo jurídico, com seus novos sujeitos e suas novas práticas, fruto do grau de consentimento e aceitação do meio social.

Baseado nestas reflexões, por que a norma produzida pelos novos sujeitos de Direito não têm legitimidade no mundo do Direito "Oficial"? Ou melhor, por que deveriam ter legitimidade?

A legitimidade destes novos sujeitos sociais tem como fundamento, a validade e eficácia de suas normas, que estão diretamente relacionadas à participação e adesão da comunidade.

A norma jurídica estatal só terá validade para os movimentos sociais, quando se afastar do aspecto meramente formal e privilegiar as necessidades e exigências sociais.

João Maurício Adeodato (1992, p. 210 s.) quando se refere à legitimidade da norma, enfatiza a importância da participação da sociedade na elaboração da própria norma jurídica. Para o autor, se a norma deve refletir os clamores do povo, como o povo pode ficar afastado de sua construção? Infelizmente, esta é a realidade, o povo além de não participar, não chega sequer a compreendê-la.

O autor vai mais fundo no que se refere à não participação da sociedade no ordenamento jurídico: "as leis caem de cima, como pacotes, como fatos consumados". (ADEODATO, 1992, p. 210).

Diante do fato do Estado não cumprir com a sua função social, fomentou-se o surgimento de práticas jurídicas alternativas, cuja eficácia de suas normas, apenas está comprometida, pela pequena abrangência, ou seja, por ficarem limitadas aos espaços setorizados da sociedade. A luta, que move estes novos sujeitos sociais, é pelo reconhecimento por parte do Estado, destas normas, e pela concretização das normas já previstas nos textos legais, apesar de no momento, estarem esquecidas.

Assim, a participação da comunidade na produção das leis é fundamental para sua própria eficácia. Pois, quando o cidadão participa de maneira consciente da criação do Direito, torna-se mais fácil a sua aceitação.

Conforme explanado, a legitimidade das normas produzidas pelos novos sujeitos sociais está relacionada a uma nova concepção de valores, como o da alteridade, da solidariedade, da participação, da liberdade, da informalidade, da oralidade, da equidade, e principalmente, da justiça; valores estes, atualmente, desconhecidos ou esquecidos pelo ordenamento jurídico estatal.

Portanto, é inevitável para a efetiva legitimidade do Direito, que este, seja criado através da prévia participação dos cidadãos, de forma geral, livre e democrática, e que a legislação seja produto das reais necessidades e orientadas para o interesse comum.

É na busca por esta nova legitimidade, que os novos sujeitos estão lutando, para superar as limitações da legislação jurídico-formalista. E o Estado tem que reconhecer e se convencer que não está mais dando "conta" das inúmeras demandas da população, a união de forças, nesta atual conjuntura, é a melhor saída.

A cultura jurídica pluralista está aí, é um fato, prima pela democracia, pela participação, pela consensualidade, nada que o Estado não possa realizar. Basta, apenas, vontade política. O pluralismo jurídico, como novo paradigma, veio apenas fazer pressão para que o Estado reconheça que as necessidades da sociedade, são "reais", "justas" e "éticas".

5. OS "NOVOS" MOVIMENTOS SOCIAIS FRENTE AO PLURALISMO JURÍDICO

Por fim, ressalta-se nesta última parte do artigo, a importância dos movimentos sociais, como entes legítimos e capazes de contribuir na construção de um Direito mais democrático, apto a concretizar os anseios do povo. E em um trecho da obra de Wolkmer (1991), ele deixa registrado de forma clara e precisa o significado dos movimentos sociais para a cultura pluralista. Qual seja,

> a razão da importância dos movimentos sociais está no fato de preencherem um determinado espaço, ou seja, o vazio deixado pelo Estado e por outras instituições sociais, incapazes, voluntária ou involuntariamente, de atuar em benefício das reivindicações de seus cidadãos (WOLKMER, 1991, p.46).

Assim, tem-se a dimensão de que esses "novos" sujeitos vieram com a intenção de transformar a estrutura, até então, intocável do Estado. Apesar do Estado, ainda ignorar a presença destes grupos, como geradores de práticas jurídicas alternativas, esta concepção deverá ser reconsiderada, diante da capacidade, que é visível e irreversível, destes grupos elaborarem normas reguladoras de suas atividades e da pressão exercida por eles para que estas normas sejam asseguradas, ou melhor, legalizadas pelo poder jurisdicional estatal.

Os movimentos sociais, como foram analisados, busca o consenso social no seio de suas práticas, a integração de todos os setores: econômico, político, social, cultural, através de instâncias institucionalizadas, ou não, de resolução dos conflitos. Atuam numa postura do tipo participativa, onde integra vários segmentos da sociedade, se amoldando ou não, aos ditames postos pelo Estado.

A prova da atuação destes movimentos populares, produzindo juridicidade ora "benéfica" ora "maléfica", está estampada nos jornais e na vida das próprias comunidades. Como exemplos, tem-se os movimentos dos sem-terra, dos sem-teto, sindicais, dos traficantes de drogas, etc. No entanto, como é de conhecimento geral, não é privilégio dos movimentos sociais a produção de normas que não se adequam ao ideal de justiça. Foi, justamente, em razão desta falta e falha por parte da produção jurídica estatal, que houve o favorecimento do desenvolvimento das práticas plurais.

A contestação destes novos sujeitos coletivos tem como foco, reestruturar o espaço de atuação do Estado, que se mostra desigual, discriminatório, exclusivo, e trazer uma compreensão da ideia de justiça, pautada no social. Mas, sempre mantendo uma relação de cooperação e

respeito entre o político e o social; as práticas cotidianas e as institucionais; a vida pública e a privada, numa comunhão de interesses.

Contudo, resta reafirmar mais uma vez, que o pluralismo jurídico busca a coexistência de manifestações jurídicas plurais dentro do ordenamento jurídico estatal. Cabendo a sociedade "fiscalizar" a atuação do Estado, e este, reconhecer e garantir os direitos insurgentes. A importância da defesa e não da exclusão destas instâncias jurídicas alternativas, hoje, torna-se mais do que urgente, torna-se necessária.

Assim, a importância do pluralismo jurídico, ser aceito como nova prática jurídica está em reconhecer que toda manifestação jurídica pode ser construída por "outros" sujeitos. Contudo, não basta só o reconhecimento do pluralismo, tem que conhecer, para melhor aplicar a sua filosofia, que está ligada a uma justiça mais eficiente e legítima.

A guisa de conclusão deste tópico que duela entre discussões sobre os movimentos sociais e o pluralismo jurídico tem-se que repensar a relação entre o Direito formal do Estado e o Direito "informal" trazido pelos movimentos sociais. Wolkmer (1992, p. 137) aborda em sua discussão teórica, a existência de uma "transição paradigmática", que se refere a três tipos de relações, entre o Direito formal e o Direito informal, quais sejam: por "supremacia de um dos dois", por "complementação" e por "interdependência".

No caso brasileiro, tem-se atualmente, uma situação clara de supremacia do Direito Estatal, na produção e aplicação do Direito legal. No entanto, com o aparecimento destas práticas jurídicas sociais, está sendo inevitável a ocorrência de uma complementação entre estas duas formas de aplicação do Direito, quais sejam, as normas ditas extra-estatais, que, necessariamente, deverão ser integradas ao ordenamento estatal. E este, deverá reconhecer as formas plurais advinda dos mais variados setores da sociedade. Pode-se afirmar que 'estamos diante de uma relação de respeito mútuo entre o Direito Estatal e o Direito conquistado pelo povo'.

6. CONCLUSÃO

Sendo assim, constata-se neste artigo, que o Estado Democrático de Direito, que deveria ser um Estado transformador e garantidor, não está mais conseguindo realizar a verdadeira função social e atender, democraticamente, aos conflitos transindividuais. O Direito proposto hoje, portanto, apresenta-se insuficiente para responder as demandas sociais e é merecido contar com um reforço nesse sentido, até mesmo porque, essas demandas são vivenciadas diretamente pelo povo e nada mais justo que ouvir a opinião do povo que sofre a ausência das garantias mínimas previstas na Constituição Federal, quais sejam, acesso à educação, à saúde, à habitação, à alimentação, ao trabalho, ao lazer, que, uma vez previstas, deveriam ser efetivadas a fim de proporcionar uma qualidade de vida a todos os cidadãos brasileiros.

Pode-se perceber que a democracia não é meramente um discurso, é uma prática. O povo tem o direito de participar e decidir. A democracia neste ponto exige que o sujeito construa a sua cidadania, e é nesta perspectiva que os novos movimentos sociais estão caminhando. Lutando por uma transformação social o que engendrará um novo direito que prima pelo reencontro da lei com a justiça, almenjando uma verdadeira alteridade entre o Direito e a sociedade.

Contudo, este cenário de crescentes formas de "particularização" da justiça é revelador da ineficácia do Direito Estatal. É a prova da existência do Brasil Real *versus* o Brasil Ideal, da Justiça Paralela *versus* a Justiça Institucionalizada que resultou na crise de legitimidade do Direito Estatal. Da aplicação seletiva das leis, resultou uma resposta do povo, qual seja, os novos movimentos sociais.

A partir deste trabalho, foi demonstrado que, a presença na sociedade dos novos movimentos sociais é algo que devemos começar a nos acostumar, numa sociedade que privilegia o consumo destrutivo e supérfluo, ao mesmo tempo em que cria necessidades de consumo, impossibilita que os verdadeiros produtores da riqueza social, dela façam parte. Um dos representantes de nossa cultura já indicava essa situação, o músico Zé Geraldo em sua letra "Cidadão", quando aduz: "Tá vendo aquele edifício moço? Ajudei a levantar (...) Hoje o homem criou asas e na maioria das casas eu também não posso entrar".

Desta feita, a contribuição deste trabalho, consiste em demonstrar à sociedade atual que quem a constrói sequer usufrui de parte de seus feitos. Fato é que a sociedade está a conviver, ou melhor, está imersa em uma ideia de grupos dos sem-trabalho, sem-teto, sem-terra, sem-vergonha, sem-ética.

E o que estes novos movimentos sociais estão a nos mostrar, é que eles vieram para ficar, vieram para "incomodar", vieram para alterar o estado de inércia instalado no atual Estado Democrático de Direito. Foram às ruas, sem bandeiras partidárias, mostrar à sociedade, que o pacto social pode ser reestruturado, e que a "reconquista" de uma verdadeira cidadania é possível e pode ser mais prazerosa que uma "conquista" falaciosa.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício Leitão. *Para uma conceituação do direito alternativo*. In: **Revista de Direito Alternativo**, São Paulo, n.1, p. 157-174, 1992.

CAMACHO, Daniel. *Movimentos sociais: algumas discussões conceituais*. In: WARREN- SCHERER, Ilse; KRISCHKE, Paulo J. (Orgs.). **Uma Revolução no Cotidiano?** Os novos movimentos sociais na América do Sul. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 214-245.

CRUZ, Rafael de la. *Os novos movimentos sociais* : encontros e desencontros com a democracia. In: WARREN- SCHERER, Ilse; KRISCHKE, Paulo J. (Orgs.). **Uma Revolução no Cotidiano?** Os novos movimentos sociais na América do Sul. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 86-101.

FALCÃO, Joaquim de Arruda. *Justiça Social e Justiça Legal: conflitos de propriedade no Recife*. In: FALCÃO, Joaquim Arruda. **Conflito de direito de propriedade**: invasões urbanas. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 79-101.

KARNER, Hartmut. *Movimentos sociais revolução no cotidiano*. In: WARREN- SCHERER, Ilse; KRISCHKE, Paulo J. (Orgs.) **Uma Revolução no Cotidiano?** Os novos movimentos sociais na América do Sul. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 19-34.

OLIVEIRA, José Luciano. *O pluralismo jurídico como signo de uma nova sociedade na América Latina: mitos e realidade*. Texto. Recife. P. 1-27.

PASSOS, Anderson. Direito Alternativo, Realidade ou Ficção. **Jus Navigandi**, Teresina, a . 5, n. 51, out. 2001. http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2077.

PINTO, João Batista Moreira. Direito e Novos Movimentos Sociais. 1992 p. 87.

VIOLA, Eduardo; MAINWARING. *Novos movimentos sociais*: cultura política e democracia: Brasil e Argentina. In: WARREN- SCHERER, Ilse; KRISCHKE, Paulo J. (Orgs.). **Uma revolução no cotidiano?** Os novos movimentos sociais na América do Sul. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 102-187.

WARREN-SCHERER, Ilse. *O caráter dos novos movimentos sociais*. In: WARREN- SCHERER, Ilse; KRISCHKE, Paulo J. (Orgs.). **Uma revolução no cotidiano?** Os novos movimentos sociais na América do Sul. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 35-53.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura do Direito. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

_____. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. 2 ed. São Paulo: Academia, 1995.

_____. *Ideologia, Estado e Direito*. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DOS DIREITOS HUMANOS À CIDADANIA JURÍDICA GLOBAL:

Uma história inacabada

Ademario Andrade Tavares[1]

1. INTRODUÇÃO

Desde os primeiros movimentos de defesa de direitos subjetivos até a perspectiva contemporânea de alargamento da aplicação desta tutela a outros seres[2], avanços e retrocessos marcaram a história dos direitos humanos, forma pela qual se nomeia um conjunto de regras jurídicas básicas que, em suma, se aplica (ou deveria se aplicar) a qualquer ser humano, independentemente de qualquer outra categorização[3].

A lista de documentos legais que marcam a história da humanidade como símbolo de reconhecimento institucional das mudanças ocorridas em todos âmbitos da vida social é enorme. E esta lista seria muito maior se não fosse cerceada pelo desconhecimento da história do direito oriental, uma lacuna ainda aberta na literatura jurídica brasileira, e dos demais países do ocidente. Este longo processo histórico culmina, como será visto mais adiante, com a Declaração Universal de Direitos do Homem, em 1948, pela ONU.

Mas há documentos históricos muito anteriores a este período que indicam a preocupação de proteção de determinados bens jurídicos (aqui entendidos como os valores e instituições sociais consideradas relevantes por determinada comunidade, em certo período de tempo, que merece a proteção pelo *establishment*, ou da ordem social estabelecida)[4]. Relata-se que o início das idéias de proteção jurídica dos indivíduos está diluída em vários momentos da antiguidade, trespassando a Legislação Mosaica (gravada especialmente no texto do Velho Testamento), os Códigos de Hamurabi e Manu, e a Lei das XII Tábuas, até o nascimento e ampliação do cristianismo[5]. Os valores como fraternidade, respeito, caridade, amor, responsabilidade (fortemente enraizado na visão católica da culpa), conciliação, dentre outros, fundamentam a doutrina religiosa que durante séculos pautou (ao menos em um plano ideológico, ou mais precisamente, em um plano de intenções) a vida pessoal, coletiva e institucional da comunidade humana[6]– inclusive nos Estados, nas suas mais variadas formas, a partir deste momento.

---

1 Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Barcelona. Professor de Direitos Humanos da Faculdade ASCES e da Faculdade de Olinda (FOCA). Professor de Direito Constitucional.

2 LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos animais*. 2.ed. Campos do Jordão, Mantiqueira, 2004.

3 "O que se conta, nestas páginas, é a parte mais bela e importante de toda a História: a revelação de que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. É o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais" COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed., São Paulo, Saraiva, 2012, p. 13.

4 SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton e OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado. *Direitos humanos e cidadania*. 2. ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 56.

5 ALTAVILA, Jayme de. *Origem do direito dos povos*. 5 ed, São Paulo, Ícone, 1989.

6 Ressalta-se, uma vez mais, que o parco conhecimento relativo à história do direito no oriente torna falsa a pretensão de universalidade de *uma* história dos direitos humanos; mais correto é falar-se em uma *história ocidental dos direitos humanos*.

2. CONSTRUINDO O UNIVERSALISMO: DIREITOS PARA TODOS SERES HUMANOS

Fábio Konder Comparato afirma ser a invenção da lei escrita o marco histórico que, pela primeira vez, cria uma regra uniforme e que é aplicável a todos, indistintamente[7]; esta ideia de igualdade formal entre os seres humanos evoluiu de forma relativamente lenta. Tome-se, por exemplo, a exclusão de direitos (muitos deles até hoje persistentes) entre patrícios e gentios, nobres e plebeus, letrados e analfabetos, patrões e empregados, homens e mulheres, negros e brancos, índios e brancos, ricos e pobres, homossexuais e heterossexuais, nacionais e estrangeiros... A história da evolução dos direitos humanos se confunde com a história da queda paulatina de cada uma dessas barreiras jurídicas de acesso a direitos (fim dos privilégios da nobreza, durante a revolução francesa; o fim da escravidão dos negros; limites ao poder de explorar ilimitadamente a liberdade de contratar por parte dos burgueses no final do século XIX; o reconhecimento de igualdade de direitos da mulher ao longo do séc. XX; a decisão de 2011 do STF ou de 2015 da Suprema Corte dos Estados Unidos de reconhecer os casais homossexuais o direito ao casamento e de serem reconhecidos como entidade familiar[8], etc.). Ou seja, a evolução dos direitos humanos é, na essência, a evolução do direito de igualdade, ao reconhecer a todos acesso aos mesmos direitos, independentemente das características que os diferenciem[9].

Um notável caso na construção histórica de um sistema jurídico que reconhece direitos universais é o conjunto de fatos que ocorreram durante "Os Debates de Valladollid" (Valladollid, Espanha, 1550-1551), quando o frade Bartolomeu de Las Casas (que havia sido bispo de Chiapas (México), e havia vivido de forma relativamente próxima aos indígenas locais), opondo-se à defesa por parte de Juan Ginés de Sepúlveda (que representava o setor da sociedade espanhola que defendia a ampliação das políticas de expansão colonialista, então conhecidas como "Conquistas" (dentre outros termos aplicáveis à época))[10], defendia a idéia de que os indígenas da América tinham pleno direito a resistir à ocupação e de preservar seu modo de vida[11]. Durante estes debates, Las Casas evocou argumentos filosóficos, políticos e religiosos para afirmar que todos os seres humanos nascem naturalmente iguais e não cabia nem à Coroa Espanhola ou à Igreja Católica subjulgar os povos nativos da América, pois, em suma, "todas as pessoas do mundo são homens" e merecem igual respeito em sua autodeterminação e liberdade. O Estado deveria, segundo sua doutrina, convencê-los a colaborar com os conquistadores – mediante justa recompensa – e a igreja tem o dever de convertê-los, livrando-os dos "falsos Deuses" e ritos que adotavam.

---

7 "Ora, essa convicção de que todos os seres humanos têm direito a ser igualmente respeitados, pelo simples fato de sua humanidade, nasce vinculada a uma instituição social de capital importância: a lei escrita, como regra geral e uniforme, igualmente aplicável a todos os indivíduos que vivem numa sociedade organizada". COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed., São Paulo, Saraiva, 2012, p. 24.

8 STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132. Julgamento em 05 de maio de 2011; Corte Suprema dos Estados Unidos. Caso OBERGEFELL v. HODGES. Julgamento em 26 de junho de 2015. Disponível em http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf. Último acesso em 27/06/2015.

9 As políticas de "ação afirmativa" ou "discriminação positiva" marcam, de maneira favorável, a construção da igualdade real, ou igualdade material, fundamento sobre o qual se lastreia o tratamento diferenciado de grupos sociais que tiveram direitos seus negados ou tolhidos no passado.

10 MAESTRE SÁNCHEZ, Alfonso. "*Todas las gentes del mundo son hombres*". *El gran debate entre Fray Bartolomé de las Casas (1474-1566) y Juan Ginés de Sepúlveda (1490-1573)*. In Anales del Seminario de Historia de la Filosofía, 2004, 21 91-134, ISSN: 0211-2337, pág. 94. Disponível em http://revistas.ucm.es/index.php/ASHF/article/download/ASHF0404110091A/4728. Último acesso em 27/06/2015.

11 "por hablar con tanta vehemencia Fray Bartolomé de las Casas en Valladolid en favor de los indios americanos, su larga y complicada argumentación tuvo también otra utilidad: fortaleció a todos aquellos que en su tiempo, y en los siglos que siguieron, trabajaron con la creencia de que "todas las gentes del mundo son hombres". No bestias, ni esclavos por naturaleza, no como niños con un entendimiento limitado o estático, sino hombres que son capaces de llegar a ser cristianos, que tienen pleno derecho a gozar de sus bienes, su libertad política y su dignidad humana, y que en su creencia deberían ser incorporados a la civilización española y cristiana en vez de ser esclavizados o destruidos". MAESTRE SÁNCHEZ, Alfonso. "*Todas las gentes del mundo son hombres*". *El gran debate entre Fray Bartolomé de las Casas (1474-1566) y Juan Ginés de Sepúlveda (1490-1573)*. In Anales del Seminario de Historia de la Filosofía, 2004, 21 91-134, ISSN: 0211-2337. Disponível em http://revistas.ucm.es/index.php/ASHF/article/download/ASHF0404110091A/4728. Último acesso em 27/06/2015.

Os debates de Valladollid foram convocados pelo rei Carlos I, que suspendeu as Conquistas até que se chegasse a um veredicto acerca dos limites da Coroa e dos Conquistadores na expansão da presença espanhola em terras americanas[12,13]. Seu principal legado foi o reconhecimento de direitos a todas as pessoas com um corte *quase* universal (Las Casas não fez a mesma defesa em relação aos negros) e a formação de uma doutrina que mais tarde fermenta o movimento jusfilosófico conhecido como interculturalismo[14], que orienta uma parte importante dos estudos constitucionais no final do século XX.

O Iluminismo, que fundamentou os conceitos liberais catalisadores das grandes transformações do final do século XVIII, forneceu os subsídios ideológicos da Independência norte-americana e da Revolução Francesa. É durante a marcha de ambas revoluções que se positivam os direitos fundamentais de 1° geração, ou dimensão, os direitos de liberdade e de participação política, por via do texto da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão do Estado da Virgínia (1776) e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão da França (1789)[15,16].

No final do século XIX, a Revolução Industrial mudava radicalmente o planeta. Estas mudanças foram especialmente visíveis nos países pioneiros da industrialização, como a Inglaterra. Tais transformações, apesar de maravilhar o mundo pelos avanços tecnológicos e pela aceleração do comércio internacional, contudo, também surtiram efeitos negativos, como a superexploração da mão de obra barata disponível nas recém inventadas periferias das grandes áreas metropolitanas das capitais industriais (Londres, Boston, Paris, Nova Iorque), e a absoluta inexistência de políticas públicas de proteção aos mais vulneráveis, os hipossuficientes e suas famílias. Nascem, entre o final do século XIX e o início do século XX, os chamados direitos sociais, ou de 2° dimensão. Com os mesmos, valores como o estabelecimento de garantias mínimas ao trabalhador em seu contrato de trabalho, bem como assistência do Estado aos mais pobres em serviços de saúde, educação e assistência social se positivam em diversos documentos jurídicos, em geral internos (de aplicação isolada em cada país que os adotavam). As duas primeiras constituições da história da humanidade que positivam estes valores – e, portanto, os transformam em direitos fundamentais – são a Constituição Mexicana de 1917 (até a presente data vigente) e a Constituição Alemã de 1919 (a famosa Constituição da República de Weimar). No Brasil, estes valores se incorporam positivamente ao texto da Constituição de 1934.

Mas sem dúvida é somente na segunda metade do século XX que acelera e se firma o movimento global de afirmação dos direitos humanos, na forma em que são conhecidos hoje.

O marco indelével na construção de um sistema universal (ou ao menos com esta pretensão) se concretiza com a promulgação, em dezembro de 1948, na sede das Nações Unidas, em Nova Iorque, a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Neste documento se positivam os valores que a maioria dos países naquele momento reconhecem como absolutamente fundamentais para a coletividade (com a ressalva de que foi redigida desde uma perspectiva, em sua essência, ocidental).

---

12 "La radicalización doctrinal de Las Casas y el debate de éste con Juan Ginés de Sepúlveda en la famosa Junta de Valladolid (1550-1551) es lo más sobresaliente de este periodo, llegándose al extremo de que el rey Carlos I de España ordenara el 16 de abril de 1550 la suspensión de todas las conquistas en el Nuevo Mundo hasta que dicha Junta de Valladolid, por él convocada, y compuesta de teólogos y juristas, dictaminase sobre la justicia o injusticia de la colonización americana. A partir de aquí, el problema empieza a perder virulencia y prácticamente desaparece hacia 1573 con la redacción de la "Copulata"". MAESTRE SÁNCHEZ, Alfonso. "*Todas las gentes del mundo son hombres*". *El gran debate entre Fray Bartolomé de las Casas (1474-1566) y Juan Ginés de Sepúlveda (1490-1573)*. In Anales del Seminario de Historia de la Filosofía, 2004, 21 91-134, ISSN: 0211-2337. Disponível em http://revistas.ucm.es/index.php/ASHF/article/download/ ASHF0404110091A/4728. Último acesso em 27/06/2015.

13 ANDRÉS SANTOS, Francisco J. *Los proyectos de recopilación del derecho indiano en época de Felipe IV*. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, 11, 2007, pág. 45-69. Disponível em http://ruc.udc.es/bitstream/2183/2540/1/AD-11-4.pdf. Último acesso em 27/06/2015.

14 Ou multiculturalismo, embora haja autores que, refinando os complexos conceitos aqui envolvidos, os distinguem com acurácia. Neste sentido, GALINDO, Bruno. *Teoria intercultural da constituição*. Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2006, pág. 91 e ss.

15 DIMOULIS, Dimitri. *Teoria penal dos direitos fundamentais*. 2. ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009, pág. 23.

16 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Lisboa, Ed. Livraria Almeidina, 1998, p. 350.

Esta declaração é especialmente importante por marcar o início de uma série de construções normativas internacionais nas quais o centro das preocupações, pela primeira vez na história, está diretamente focada no ser humano. Os acordos e tratados internacionais até aquele momento vigentes tinham como principal objetivo a criação de regras sobre comércio, transporte, territórios e fronteiras, cooperação técnica, forças armadas e finanças internacionais[17]. A partir da Carta de Direitos Humanos, como também é conhecida, vários outros tratados e convenções são aprovados na ONU com a principal preocupação de reconhecer a cada ser humano direitos que permeiam todas dimensões (também conhecidas como gerações) dos direitos fundamentais.

Uma ressalva se faz necessária. Já haviam tratados, acordos e convenções que se preocupavam com o tema da proteção de direitos fundamentais, notadamente os que versavam sobre direito humanitário e cooperação humanitária [18,19]. O direito humanitário, de forma sintética, regula os direitos da população civil, dos prisioneiros de guerra e dos meios de combate, estabelecendo limites ao poderio bélico (especialmente sobre os meios e as armas que se podem empregar)[20] de cada nação para tentar por a salvo, em especial, os cidadãos mais vulneráveis, como crianças, anciãos e enfermos que habitam áreas que estejam vivenciando qualquer tipo de conflito bélico[21]. Neste mesmo sentido, a breve e frustrada experiência da Liga das Nações (1919-1939), tentativa de estabelecer um organismo internacional de promoção da paz, segurança e cooperação internacionais e a Organização Internacional do Trabalho (OIT) (1919-presente).

Mas a declaração de 1948 funda um novo capítulo, tema central deste estudo, que é a construção de uma jurisdição internacional (ou, mais adequadamente, supranacional) de tutela dos Direitos Humanos. Deste sistema, fermenta-se a idéia de cidadania jurídica internacional.

3. "TODOS OS SERES HUMANOS NASCEM LIVRES E IGUAIS EM DIGNIDADE E DIREITOS": CONSTRUINDO A CIDADANIA JURÍDICA INTERNACIONAL

A construção da Declaração de 1948[22] está geneticamente imbricada à formação da ONU. Ambas são frutos diretos do fim da 2° guerra mundial. Após o relativo fracasso da Liga das Nações[23], os fatos ocorridos durante a 2° guerra, em especial o Holocausto, demonstraram a ne-

17 "El viejo Derecho internacional desarrollado a lo largo de los siglos XVIII y XIX y continuado en nuestro siglo XX es, a decir verdad, puro Derecho entre Estados. Pese a algunas peculiaridades aisladas y a los pocos casos en que sufre relajación este principio, sólo reconoce a los Estados como sujetos de Derecho internacional". SCHMITT, Carl. *El concepto de imperio en el derecho internacional*. Traducción de Francisco Javier Conde. In Revista de estudios políticos, ISSN 0048-7694, N° 1, 1941 , págs. 83-102. Disponível em: http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2125484. Último acesso em 27/06/2015.

18 Como o Tratado de Vestfália de 1648 (embora somente com a aplicação tangencial de alguns dispositivos sobre a matéria) e o de Genebra de 1864 (firmado com o fim específico de regulamentar um aspecto do Direito Humanístico, o de assistência aos feridos de guerra).

19 OLIVEIRA, Erival da Silva. *Direitos humanos*. 2. ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p.27.

20 BLUM, Gabriella. *On a Differential Law of War*. Harvard International Law Journal / Vol. 52, number 1, winter 2011. Disponível em: http://www.harvardilj.org/wp-content/uploads/2011/02/HILJ_52-1_Blum.pdf. Último acesso em 25/06/2015.

21 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed., São Paulo, Saraiva, 2011, p. 170-171.

22 Esta é uma história tão recente que nem parece história. Parece notícia. Notícia que, ao passar das horas, se transforma em história. Eric Hobshawm, na apresentação de "Era dos Extremos", descreve quão difícil é para o historiador escrever sobre o tempo em que viveu (ele mesmo um autor nascido no início do século XX, durante o qual viveu toda sua (do autor e do século) densa história), e alerta que "Não é possível escrever a história do século XX como a de qualquer outra época, quando mais não fosse porque ninguém pode escrever sobre seu próprio tempo de vida como pode (e deve) fazer em relação a uma época conhecida apenas de fora (...)" HOBSHAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. Ainda ecoam entre nós vários capítulos desta história, ainda inacabada, da construção de um sistema jurídico efetivo de tutela dos direitos humanos, seja em um plano interno ou internacional.

23 A origem de um sistema internacional de jurisdição é controversa. Uma das teses mais comumente aceitas é que a mesma se origina com o Jay Treaty (Tratado Jay ou Tratado Britânico), de 1794, entre Inglaterra e Estados Unidos, com a finalidade de criar um órgão arbitral entre os dois países quando a negociação não fosse suficiente para dirimir um litígio, durante os anos imediatamente posteriores à independência norte-americana. Um século depois, durante a 1° Conferência de Paz de Haia, em 1899, criou-se uma instituição chamada Corte Permanente de Arbitragem,

cessidade de um sistema supranacional que permitisse a intervenção em qualquer lugar onde houvesse violações sistemáticas dos direitos mais básicos de qualquer ser humano, quer sejam perpetrados diretamente por um Estado ou grupo de Estados, quer sejam produzidos por ação de particulares, com a conivência ou omissão do Estado titular da jurisdição no local da omissão. Neste sentido, Thomas Buergenthal afirma que "Este código tem humanizado o Direito internacional contemporâneo e internacionalizado os direitos humanos, ao reconhecer que os seres humanos têm direitos protegidos pelo Direito internacional e que a denegação desses direitos engaja a responsabilidade internacional dos Estados, independentemente da nacionalidade das vítimas de tais violações"[24]. Ou seja, a violação de um direito humano por ato ou omissão do Estado no qual esteja o cidadão que se sinta lesado – independentemente de sua nacionalidade - enseja a cobrança desta responsabilidade no plano internacional[25], erigindo todos humanos a uma nova condição de cidadãos jurídicos do mundo[26].

Em um primeiro momento após a constituição da ONU, um tribunal *ad hoc*, o Tribunal de Nuremberg (1945-1946), julgou os criminosos de guerra alemães, condenando vários réus à morte, à prisão perpétua e a penas restritivas de liberdade. Era um primeiro modelo de uma jurisdição supranacional em face de indivíduos que, sem embargo das críticas cabíveis à manipulação das regras por parte dos aliados vencedores, em especial os Estados Unidos, buscou a persecução criminal de violações bárbaras aos direitos humanos, tais como genocídio, mutilações, esterilização forçada, segregação familiar, etc., tendo como principais atores cidadãos – réus e vítimas, e não Estados - figurando nos pólos ativo (mesmo que indiretamente) e passivo da relação processual. Neste mesmo formato transcorreu o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente (1946-1948), para julgar os crimes de guerra cometidos pelos japoneses durante a II Guerra Mundial.

Seguiram-se, mais recentemente, o Tribunal Especial para Ruanda (1994) e outro para a antiga Iugoslávia (1993), baseados na experiência de Nuremberg.

Em 1959 cria-se o órgão que irá pautar o modelo de jurisdição internacional para as décadas seguintes: o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) com sede em Estrasburgo, França. A partir do Protocolo 11, de 1998, transforma-se em um órgão permanente e os cidadãos dos estados membros, a partir de então, peticionar diretamente ao TEDH por supostas violações ou ameaças de violação dos direitos tutelados pela Convenção Européia de Direitos Humanos (1950). A Corte é composta por 46 magistrados, um por país membro do Conselho de Europa (diferente da União Européia, que tem 27 membros), e é a mais importante referência institucional do sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos, seja pelo pioneirismo de várias de suas decisões, seja pelo efetivo exercício jurisdicional (em setembro de 2008 a corte decide seu 10.000° caso) e seu impacto na ordem jurídica dos países-membros da Convenção[27].

---

formalmente estabelecida em 1900, e com o início de seus trabalhos em 1902 (em 1913 instalou-se no Palácio da Paz, em Haia, onde até hoje permanece o Tribunal de Justiça Internacional). Como o advento da Liga das Nações (1919-1946), a Corte Arbitral converte-se no Tribunal Permanente de Justiça Internacional, ou Corte Permanente de Justiça Internacional, em 1921 (atividades iniciadas em 1922), com a finalidade de resolver litígios entre Estados. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Sítio institucional. Disponível em http://www.icj-cij.org/court/index.php?p1=1&p2=1. Último acesso em 27/06/2015.

24 BUERGENTHAL, Thomas. Apud PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed., São Paulo, Saraiva, 2011, p. 57.

25 "Hace tiempo ya que los derechos fundamentales han traspasado las fronteras internas de los Estados para convertirse en una pieza clave del orden internacional que debe regir la relación entre todos ellos y a los que, por tanto, están sometidos, hasta el punto de que su vulneración grave y sistemática puede convertirse en título que justifique una intervención de la comunidad internacional, como se ha visto ya, por ejemplo y en su máxima expresión, en Kosovo". ALBERTÍ, Enoch. Prólogo da obra de QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. *El Tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*. Valencia, Ed. Tirant lo Blach, 2003.

26 "(...) o sistema normativo de proteção internacional dos direitos humanos atribui ao indivíduo status de sujeito de direito internacional, conferindo-lhe diretamente direitos e obrigações no plano internacional. Nesse sentido, de objeto das relações internacionais, o indivíduo se converte em sujeito, com capacidade de possuir e exercer direitos e obrigações de cunho internacional". PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed., São Paulo, Saraiva, 2011, p. 59.

27 "La entrada en vigor del Protocolo 11 al CEDH ha supuesto la definitiva jurisdiccionalización del mecanismo de garantía europeo de protección de los derechos fundamentales, a través de la instauración de un Tribunal único y permanente al que los particulares pueden acceder en práctica igualdad de condiciones que los Estados parte cuando alguno de los derechos recogidos en el Convenio les ha sido vulnerado. Tal circunstancia permite afirmar

Em 1998, a partir do chamado Estatuto de Roma, firmado em 17 de julho de 2008 cria-se o Tribunal Penal Internacional (TPI, ou ICC, sua legenda em inglês), que conta, neste momento (julho de 2015) com 139 assinaturas, sendo 123 delas já ratificadas pelos respectivos legislativos. O início efetivo de seus trabalhos se deu em 2002.

O TPI foi criado com o objetivo de processar e julgar pessoas que tenham cometido crimes contra a humanidade. Sua atuação marca um outro momento histórico fundamental na edificação do sistema de direitos humanos: a da responsabilização pessoal (ou seja, da pessoa física, e não do Estado a que pertencia ou governava) que cometa determinados tipos de crime (listados no Estatuto), em especial se o Estado onde as violações ocorreram não seja capaz, materialmente (ou, *ex officio,* se declara), de promover um juízo justo e eficaz. É comum que mesmo após anos da saída do poder, ex-governantes autoritários continuem a exercer fortes poderes junto às instituições públicas e privadas; se constata também que muitos ex-ditadores mantêm guardas pessoais que podem utilizar da violência física para coagir ou eliminar testemunhas, destruir provas, intimidar agentes estatais, etc. Em geral, ambos fatores (influência pessoal e coação física) atuam de forma conjunta em favor da impunidade do(s) agente(s). Cabe também ressaltar que, como muitos destes crimes se realizam baixo o comando de determinado governo, a responsabilidade costuma recair sobre vários agentes (em geral ministros, comandantes das forças armadas, parlamentares, membros do judiciário, empresários, etc.), que mobilizam conjuntamente suas forças pessoais para dificultar a investigação e o juízo de seus atos, tornando, em países de institucionalização democrática baixa (como costumam estar logo após a saída do período ditatorial) praticamente impossível a realização de um juízo justo e eficaz[28].

A criação do TPI marca o reconhecimento internacional da pouca eficácia de um sistema de direitos humanos belo em sua substância (conteúdo material), mas absolutamente inerte se aplicados em um contexto local de falta de garantias (conteúdo formal), especialmente institucionais, da realização da justiça (em geral, por falta de imparcialidade judicial, pela impossibilidade de coleta de provas não manipuladas, inexistência ou impossibilidade de aplicação das regras do devido processo legal, etc.)[29]. Por isso, este Tribunal preconiza a tutela dos Direitos Humanos especialmente por perseguir o valor ético da justiça, ao tentar não permitir que a impunidade – uma das formas mais graves de violação dos direitos humanos – se perpetue[30,31].

Os tipos penais sob a jurisdição do TPI se encontram descritos nos arts. 6º ao 8º (genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra, crime de agressão) do Estatuto. Em todos tipos, um liame central os vincula: o abuso do poder militar, político ou econômico para cometer crimes contra toda uma população, de forma indiscriminada, mormente com uso de meios cruéis, que provoquem grande sofrimento físico ou moral, por minarem a dignidade humana das vítimas. A violência absoluta dos regimes autoritários ou equivalentes que não encontram resistência ao seu poderio só tende a recrudescer seus métodos e ampliar o rol de vítimas com o passar do tempo; quanto mais se encravam em uma sociedade as garras monstruosas da opressão terrorista de Estado, mais difícil será a reparação dos danos provocados (que muitas vezes deixa marcas que por muito tempo repercutirão nas cicatrizes, nos membros amputados, nas covas e nos pesadelos de seus cidadãos). E é justamente por se tratar de uma agressão tão cruel e duradoura que a mesma

---

que este sistema de garantía se erige hoy en el único sistema plenamente jurisdiccional de naturaleza internacional". QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. *El Tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*. Valencia, Ed. Tirant lo Blach, 2003, p. 31.

28 Há excelente filmografia sobre o tema, referenciada ao final deste estudo.

29 "Há responsabilidade primária do Estado com relação ao julgamento de violações de direitos humanos, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária. (...) Em breve síntese, pode-se concluir que são requisitos de admissibilidade da jurisdição internacional a indisposição do Estado-parte (quando, por exemplo, houver demora injustificada ou faltar independência ou imparcialidade no julgamento) ou sua incapacidade em proceder à investigação e ao julgamento do crime (quando houver o colapso total ou substancial do sistema nacional de justiça).". OLIVEIRA, Erival da Silva. *Direitos Humanos*. 2 ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 79 e 81.

30 LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade*. Estudos Avançados da Universidade de São Paulo 16 (45), São Paulo, 2002. Disponível em http://www.scielo.br/pdf/ea/v16n45/v16n45a12.pdf. Último acesso em 25/06/2015.

31 "Afirmando que os crimes de maior gravidade, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto, não devem ficar impunes e que a sua repressão deve ser efetivamente assegurada através da adoção de medidas em nível nacional e do reforço da cooperação internacional;(...)". Item 5 do preâmbulo do Estatuto de Roma (1998).

se configura em uma agressão à toda raça humana, e não apenas às vítimas e suas famílias. Nenhum povo – ou mesmo cidadão – minimamente civilizado pode compactuar, no atual estágio da evolução humana, que um governo ou qualquer outra forma de liderança se aproprie do poder e de todos seus meios para garantir que um pequeno grupo continue a usufruir de privilégios ostentosos, à custa do sofrimento de toda população à mercê deste *establishment*.

4. O BRASIL EM UM CONTEXTO DE JURISDIÇÃO GLOBALIZADA: UMA HISTÓRIA EM CONSTRUÇÃO.

A inserção do Brasil em um marco normativo na qual se reconhece uma cidadania jurídica internacional aos brasileiros se referencia em quatro momentos específicos: (a) a ratificação do Pacto de São José da Costa Rica em 1992 pelo Congresso Nacional e o reconhecimento da jurisdição (b) da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do (c) Tribunal Penal Internacional, em especial por via da (d) Emenda Constitucional 45, em 1998.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, como também é conhecida, foi aprovada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. O Brasil é signatário original do Pacto, que entrou em vigor em 1978. Desde então, foram iniciados dezenas de procedimentos contra o Brasil perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (órgão de investigação e acusação, cuja sede está em Washington D.C., EUA). No período entre 1996 e 2015[32], a Comissão Interamericana de Direitos Humanos admitiu 82 casos contra a República Federativa do Brasil, e em 49 destes casos a Corte Interamericana sentenciou contra o país, com provimento total ou parcial dos pedidos nestes casos. Destes procedimentos, 2 resultaram na assinatura de um Termo de Solução Amistosa, que, a grosso modo, equivale ao Termo de Ajustamento de Conduta que hoje o Ministério Público produz no Brasil[33],[34],.

Aos poucos se difunde a existência e se firma a importância do sistema interamericano no cotidiano jurídico brasileiro. Desde uma postura refratária a tudo que vinha de fora, em um ufanismo desvairado e artificial do *ame-o ou deixe-o* (uma das pautas ideológicas da Ditadura Militar de 1964)[35], se enfrentam sérias dificuldades em convencer novas e velhas gerações de juristas nacionais da necessária abertura para o ordenamento jurídico internacional como um elemento que já é parte do dia a dia das operações jurídicas nacionais. Até bem pouco, confundia-se o

32 O período anterior a este recorte temporal é de pouca relevância para o presente estudo (embora sejam dados absolutamente interessantes desde a perspectiva da dinâmica institucional durante o período da Ditadura Militar na América Latina). Ademais, o Brasil só aceitou a jurisdição da corte em 1998, com reserva temporal. Ou seja, "somente os casos conhecidos a partir da data da ratificação seriam objeto de exame". QUEIROZ, Sheyla Barreto Braga de. *A Corte Interamericana e a proteção de direitos humanos*. In Revista Prima Facie. ano 4, n. 7, jul/dez 2005. Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, UFPB. João Pessoa, 2005. Disponível em http://www.okara.ufpb.br/ojs/ index.php/primafacie/article/view/4559/3430. Último acesso em 27/06/2015.

33 Informe Nº 43/06, Casos 12.426 y 12.427, Niños Castrados de Marañón (injustificada inércia da polícia e da justiça em investigar e punir homicídios de menores); Informe Nº 95/03, Caso 11.289, José Pereira (condição análoga à de escravo). Dados da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/amistosas.asp. Último acesso em 27/06/2015. Nesta estatística estão sendo considerados apenas as Soluções Amistosas registradas e, informes específicos. Também há outras Soluções Amistosas registradas em Informes de Fundo da Comissão.

34 LIMA, Renata Mantovani de; ALVES, Lucélia de Sena. *A efetividade do ativismo jurídico transnacional no sistema interamericano de direitos humanos: uma análise a partir de casos contra o Brasil*. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 10, n. 2, 2013 p. 237-248. Disponível em http://publicacoes.uniceub.br/index.php/rdi/article/view/2558. Último acesso em 27/06/2015.

35 "A época de criação do SIDH coincide com um período autoritário na história da América Latina, configurando-se como iniciativa contraditória diante da reiterada violação de direitos humanos em âmbito nacional. À medida que essas contradições, além de identificadas, tornaram-se bandeiras de movimentos sociais, o fechamento das esferas nacionais e regionais passou a ser problematizado, pondo em jogo a noção de margem, baseado no artigo 68.1 do Pacto de São José da Costa Rica. Isto é, o critério por meio do qual se atribui um espaço exclusivo de atuação dos indivíduos integrantes do Estado, fomentando um processo de codeterminação. Por codeterminação entende-se o processo de densificar o conteúdo normativo da sentença, através da participação dos indivíduos, colaborando tanto na identificação dos mecanismos institucionais necessários a propiciar uma reparação integral, quanto na valoração dos resultados alcançados pelos mecanismos de reparação, ou seja, se a violação de Direitos Humanos foi reparada integralmente". COIMBRA, Elisa Mara. *Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Desafios à implementação das decisões da Corte no Brasil*. Revista Internacional de Direitos Humanos, p. 59, 2014. Disponível em http://surjournal.org/conteudos/getArtigo19.php?artigo=19,artigo_04.htm. Último acesso em 27/06/2015.

estrangeiro com o *internacional*, reforçando as resistências políticas, ideológicas e acadêmicas. É oportuno lembrar que o ordenamento jurídico estrangeiro, como objeto científico, tem relevância apenas tangencial, demarcado no plano do Direito Comparado, em especial para observar com curiosidade científica como outros países tratam, legalmente, de temas semelhantes aos que se enfrentam no cotidiano. Distinta é a ideia de um ordenamento criado por vários países ao mesmo tempo (entre nações = internacional), onde cada um participa com voz e voto na criação desta ordem legal, utilizando de forma compartilhada sua soberania – que há muito não se pode mais considerar absoluta. Não há perda da soberania nacional; há uma nova forma de seu uso, pautado na ideia de interdependência da comunidade global e que o abuso desta soberania pode provocar o isolamento internacional e, por via de consequência, o agravamento de problemas internos. Por óbvio não se pode ingenuamente deixar de considerar a relevância geopolítica de cada um dos atores do processo de criação deste ordenamento jurídico global, com o evidente protagonismo das potências econômicas e bélicas. Mas a interdependência da comunidade global estabelece, contemporaneamente, novas variáveis que vem alterando a composição dos fatores e dos grupos de poder internacional. O Brasil também participa ativamente deste processo de globalização das relações jurídicas.

Pequenos sinais corroboram este diagnóstico: aumento da oferta da disciplina Direitos Humanos nas grades curriculares dos cursos universitários de graduação e pós-graduação; cobrança sistemática do tema nas edições mais recentes do Exame da Ordem dos Advogados do Brasil; aumento das publicações, estudos e eventos sobre o tema; citação cada vez mais frequente das normas do sistema nas decisões de Estado, notadamente das exaradas pelo Poder Judiciário (inclusive exercendo uma nítida função de controle de convencionalidade difusa, ao contrastar o ordenamento jurídico interno com o internacional)[36]... em suma, de forma paulatina sedimenta-se o diálogo entre a ordem jurídica internacional e a cultura jurídica brasileira.

Cada um destes elementos está contribuindo para uma mudança substancial na forma de se ensinar, perceber e praticar o direito no Brasil por via da ideia de uma *cidadania jurídica global*, em uma dupla acepção: a) a de que o ordenamento jurídico nacional sofre não só a influência, mas também, porque não dizer, o direcionamento das regras internacionais das quais o Brasil é subscritor e; b) a de que o cidadão brasileiro, sentindo-se tolhido ou violado em seus direitos mais elementares, inclusive por seu Estado, pode buscar a reparação desta lesão em uma esfera jurisdicional internacional (insistindo-se na ideia de que se trata de um sistema que o Brasil também faz parte, e é um de seus fundadores), o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Assim o fizeram Maria da Penha Maia Fernandes, os familiares de Gomes Lundt (Caso da Guerrilha do Araguaia), os familiares de Damião Ximenes Lopes (Caso Ximenes Lopes vs. Brasil), e dezenas de outros[37].

De cara ao futuro, a História do Direito, como capítulo da história da humanidade, abre uma interessante perspectiva de adoção de padrões mundiais de proteção dos valores mais basilares da sociedade humana, em especial exigindo dos Estados que institucionalmente ainda não criaram mecanismos efetivos de tutela dos interesses contemporaneamente classificados como universais possam construir seu ordenamento interno de forma a conferir uma proteção mais ampla e moderna dos interesses de todos seus cidadãos, bem como ser chamados a esta responsabilidade, quando omissos ou coniventes com estas violações.

REFERÊNCIAS

ALTAVILA, Jayme de. *Origem do direito dos povos*. 5 ed, São Paulo, Ícone, 1989.

36 "Como sustenta Eduardo Ferrer Mac-Gregor, o juiz nacional agora é também juiz interamericano, tendo como mandato exercer o controle de convencionalidade na modalidade difusa. Cortes nacionais exercem o controle da convencionalidade na esfera doméstica, mediante a incorporação da normatividade, principiologia e jurisprudência protetiva internacional em matéria de direitos humanos no contexto latino-americano. Frise-se: quando um Estado ratifica um tratado, todos os órgãos do poder estatal a ele se vinculam, compromentendo-se a cumpri-lo de boa-fé" (PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e constitucionalismo regional transformador: o impacto do sistema interamericano*. Revista dos Tribunais, vol. 952/2015, p. 141 – 164. Fev/2015. DTR\2015\760.

37 LIMA, Renata Mantovani de; ALVES, Lucélia de Sena. *A efetividade do ativismo jurídico transnacional no sistema interamericano de direitos humanos: uma análise a partir de casos contra o Brasil*. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 10, n. 2, 2013 p. 237-248. Disponível em http://publicacoes.uniceub.br/index.php/rdi/article/view/2558. Último acesso em 27/06/2015.

ANDRÉS SANTOS, Francisco J. *Los proyectos de recopilación del derecho indiano en época de Felipe IV*. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, 11, 2007, pág. 45-69. Disponível em http://ruc.udc.es/bitstream/2183/2540/1/AD-11-4.pdf. Último acesso em 27/06/2015.

BLUM, Gabriella. *On a Differential Law of War*. Harvard International Law Journal / Vol. 52, NUMBER 1, WINTER 2011. Disponível em: http://www.harvardilj.org/wp-content/uploads/2011/02/HILJ_52-1_Blum.pdf. Último acesso em 25/06/2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Lisboa, Ed. Livraria Almeidina, 1998, p. 350.

CASTAÑEDA, Felipe. *Conflictos mayores y concepciones de la historia: los casos de Agustín de Hipona, Bartolomé de Las Casas e Immanuel Kant*. In Historia crítica, ISSN 0121-1617, Nº. 27, 2005. Disponível em http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2187051. Último acesso em 27/06/2015.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed., São Paulo, Saraiva, 2012, p. 13.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *História*. Sítio institucional. Disponível em http://www.icj-cij.org/court/index.php?p1=1&p2=1. Último acesso em 26/07/2015.

DIMOULIS, Dimitri. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009, pág. 23.

GALINDO, Bruno. *Teoria intercultural da constituição*. Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2006.

GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 3 ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.

HOBSHAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. São Paulo, Companhia das Letras, 1995.

HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de direito internacional público*. 7. ed., São Paulo, LTr, 2007.

LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos animais*. 2.ed. Campos do Jordão, Mantiqueira, 2004.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade*. Estudos Avançados da Universidade de São Paulo 16 (45), São Paulo, 2002. Disponível em http://www.scielo.br/pdf/ea/v16n45/v16n45a12.pdf. Último acesso em 27/06/2015.

LIMA, Renata Mantovani de; ALVES, Lucélia de Sena. *A efetividade do ativismo jurídico transnacional no sistema interamericano de direitos humanos: uma análise a partir de casos contra o Brasil*. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 10, n. 2, 2013 p. 237-248. Disponível em http://publicacoes.uniceub.br/index.php/rdi/article/view/2558. Último acesso em 27/06/2015.

MAESTRE SÁNCHEZ, Alfonso. "*Todas las gentes del mundo son hombres*". *El gran debate entre Fray Bartolomé de las Casas (1474-1566) y Juan Ginés de Sepúlveda (1490-1573)*. In Anales del Seminario de Historia de la Filosofía, 2004, 21 91-134, ISSN: 0211-2337. Disponível em http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=989373. Último acesso em 27/06/2015.

OLIVEIRA, Erival da Silva. *Direitos humanos*. 2. ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

PIOVESAN, Flávia. *A constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos*. In Revista Jurídica da Faculdade de Direito Dom Bosco. V.2, n°1, Ano II. P. 20-33.

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed., São Paulo, Saraiva, 2011.

_____. *Direitos humanos e constitucionalismo regional transformador: o impacto do sistema interamericano*. Revista dos Tribunais | vol. 952/2015 | p. 141 - 164 | Fev / 2015 | DTR\2015\760.

QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. *El tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*. Valencia : Tirant lo Blanch, 2003.

SCHMITT, Carl. *El concepto de imperio en el derecho internacional*. Traducción de Francisco Javier Conde. In Revista de estudios políticos, ISSN 0048-7694, Nº 1, 1941 , págs. 83-102. Disponível em:http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2125484. Último acesso em 27/06/2015.

SINGH, Jorge Contesse. *Constitucionalismo interamericano: algunas notas sobre las dinámicas de creación e internalización de los derechos humanos*. *In* El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI // coordinado por César Rodríguez Garavito - 1ª ed. - Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton e OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado. *Direitos humanos e cidadania*. 2. ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

TRINDADE, José Damião de Lima. *História social dos direitos humanos*. 3. ed., São Paulo, Ed. Peirópolis, 2011.

Filmografia de Referência

Hotel Ruanda (Hotel Rwanda). Filme. Dir. Terry George. Reino Unido / Itália / África do Sul / Estados Unidos, 2004.

Amistad. Filme. Dir. Steven Spielberg. Estados Unidos, 1997.

O Julgamento de Nuremberg (Nuremberg). Filme. Dir. Yves Simoneau. Estados Unidos / Canadá, 2000.

A Caçada (The Hunting Party). Filme. Dir Richard Shepard. Bósnia-Herzegovina/Croácia/Estados Unidos, 2007.

O Advogado do Terror (Avocat de la Terreur). Documentário. Dir. Barbet Schroeder. França, 2007.

Procedimento Operacional Padrão (Standard Operating Procedure). Documentário. Dir. Errol Morris. Estados Unidos, 2007.

Timor Leste, O Massacre que o Mundo Não Viu. Documentário. Dir. Lucélia Santos, Brasil, 2001.

Uma Mulher contra Hitler (Sophie Scholl - Die Letzten Tage). Filme. Dir. Marc Rothemund. Alemanha, 2005.

Julgamentos de Guerra (Hunt for Justice/ Endgame in Kovoso: The Louise Arbour Story). Filme. Dir. Charles Binamé. EUA, 2005.

Salvador. Filme. Dir. Manuel Huerga. Espanha, 2006.

CIBERDEMOCRACIA E GOVERNO ELETRÔNICO:

Rumo à uma Democracia Participativa

Francisco Cristiano Lopes[1]

1. INTRODUÇÃO

A utilização das Tecnologias da Informação e Comunicação – TICs tem propiciado o desenvolvimento de searas importantes à malha social, como economia, cultura e política, por exemplo. Com o surgimento das TICs, mais destacadamente a internet, muitas são as discussões acerca da revitalização da democracia.

Neste sentido, é possível elencar algumas possibilidades ofertadas quanto à cidadania por meio digital, novas formas de participação social e articulação em rede, os portais de transparência do poder público que alcançam informações de cunho organizacional do Estado para consulta dos cidadãos, proposta de governo eletrônico, bem como demais potencialidades que a Internet e os seus meios podem oferecer.

Entre as diversas teses, estão desde mais palpáveis, porém não suficientemente trabalhadas, como a teoria de um Estado transparente e próximo ao cidadão, até aquelas que geram maiores polêmicas, como a teoria da democracia do *plug and play*, onde

> [...] a esfera política profissional se extinguiria porque o público mesmo controlaria a decisão política válida e legítima no interior do Estado Trata-se do modelo de democracy plug'n play, do voto eletrônico, preferencialmente *on-line*, da conversão do cidadão não apenas em controlador da esfera política, mas em produtor de decisão política sobre os negócios públicos. (GOMES, 2005, p. 219).

É importante ressaltar, que a democratização da informação não se limita apena a rede mundial de computadores, mas a um conjunto sistemático contemporâneo, inclusive o rádio e a televisão. Estas, especializada na informação continua criam, segundo Pierre Levy (2003, p. 135) uma espécie de "caixa de ressonância planetária" geradora de opinião pública.

De fato, "o menor acontecimento é filmado, retransmitido em todos os continentes, comentados por especialistas e políticos, de todas as nacionalidades, que se citam uns aos outros ou se contradizem. A opinião pública torna-se cada vez mais global". (LEVY, 2003, p. 135).

O fenômeno mais notável se dá na produção descentralizada de informações e movimentos sociais, traduzidos nos milhares de *blogs*, *smart mobs* e sistemas de gerenciamento de conteúdos que interligam grupos e trocam informações em todo o planeta, muitas vezes impondo aos meios de comunicação de massa (rádio, TVs e jornais) notícias advindas dos blogs.

Obviamente, que a opinião pública global, não significa um consenso planetário, muito pelo contrário. A opinião pública está, por definição, "dividida entre os 'pró' e os 'contra', os partidários e os oponentes. A sua dinâmica conflitual é que faz dela uma opinião pública viva" (LEVY, 2003, p. 136).

A possibilidade de se internacionalizar a informação e discuti-la, democraticamente, talvez seja a grande novidade trazida pela novas tecnologias de informação e comunicação. Tal novidade reside na possibilidade de se reunirem e se organizarem, em escala planetária e tempo real,

---

1 Advogado. Doutorando em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP).

os movimentos de oposição e organizações ativistas, o que geraria uma "Cidadania Democrática Mundial".

Paulo Márcio Cruz (*online*, 2009, p. 3) entende a

> internacionalização da Democracia e, a partir dela, a internacionalização do Estado a partir de uma nova construção político-jurídica. O Estado Constitucional Moderno construído teoricamente para existir soberano no seu interior e para se relacionar conflitivamente com o seu exterior, deve sair de cena, substituído por um novo Estado que, ao que tudo indica, será o mediador das relações políticas, sociais e econômicas locais e regionais com aquelas globalizadas, ou mundializadas.

Corroborando este pensamento, Alvim Toffler em "A Terceira Onda", separa os sistemas socioeconômicos em três ondas, acreditando na prevalência da terceira: a primeira corresponderia ao setor agropecuário e extrativista, a segunda à indústria, e a terceira aos serviços e informações. "A construção de uma nova civilização sobre os escombros da velha envolve o projeto de novas estruturas políticas mais apropriadas em muitas nações ao mesmo tempo" (TOFFLER, 1992, p. 410; CRUZ, 2009, p. 4).

Assim, a internacionalização da democracia deve ser entendida com um processo de flexibilização e facilitação dos atos organizacionais, ou seja, uma passagem de um internacionalismo pesado, burocrático e organizacional para um comunicacional e facilitador do processo de inclusão e participação cidadã na construção da nova fase da democracia. Na verdade, esta

> espantosa disponibilidade das informações, de toda a espécie, respeitantes à vida política, assim como o frequentar de fóruns de discussão civilizados e bem organizados, tornam o debate político cada vez mais 'transparente' e preparam uma nova era do diálogo político que conduz a democracia a um estágio superior: a ciberdemocracia (LEVY, 2003, p. 123- 124).

A ciberdemocracia encontra-se, no maior acesso à informação governamental e a interação entre o Estado e sociedade civil, através dos meios eletrônicos.

2. A UTOPIA DO MODELO DE DEMOCRACIA DO *PLUG AND PLAY* E NECESSIDADE DO PODER PÚBLICO

O modelo de democracia do *plug and play*, é uma tentativa de se retomar ao antigo ideal de democracia direta, inspirada nos ideais da democracia das cidades-estados da antiga Grécia. Este pensamento acarretaria mudanças significativas no modelo democrático atual. Na *Democracy plug and play* "a esfera civil ocupa o lugar da esfera política na produção da decisão. A ênfase aqui está no fato de que só argumentar não seria suficiente: é preciso deixar que o povo decida. Isto significaria 'um estado governado por plebiscito'" (GOMES, 2004, p. 6). Na democracia do quinto grau o poder representativo é abolido; assim sendo, todas as leis são aprovadas diretamente pelos cidadãos (utilizando os meios tecnológicos ao dispor: internet, caixas de banca automática e outros); deixando o parlamento de existir como órgão legislativo. Neste sentido, prevalece "a idéia de que, com as possibilidades interativas em massa das novas tecnologias da comunicação, a decisão deveria estar assim transferida diretamente para a esfera civil" (SILVA, 2005, p. 457).

O modelo da democracia direta, neste grau já nasce com sérios problemas pragmáticos e teóricos para sua implementação. Moorea (2008) adverte que esta forma de democracia a princípio parece muito atraente, contudo a exacerbação de alguns elementos pode gerar um tipo de autoritarismo sustentado pela demagogia ou populismo político. De fato, a democracia digital direta, além de utópica, propicia perigos como um público mal informado, propenso a um novo tipo de populismo tecnológico ou, ainda, poderia gerar uma "democracia de apertar botão" (SILVA, 2005, p.450-468)

Dalmo Dallari (2001, p. 95) assinala que a ideia de um mundo sem estado, é fruto das correntes anarquistas. Estas defendem que a sociedade está caminhando para a extinção do estado, visto que, existe a crença de que o mesmo é nocivo e desnecessário para a sociedade e que favorece exclusivamente as classes dominantes. Esta corrente tem origem no marxismo e no leninismo.

Para Levy (2003, p. 123-124) "esta corrente anarquista é demasiadamente tosca" e como indica Dallari (2001, p. 95), o mundo sem estados não é plausível, sendo apenas um ideal utópico e sem apoio na realidade.

A passagem de uma democracia representativa para uma democracia mais participativa, por parte do cidadão, a partir dos meios digitais não significa o fim do Estado,

como Poder Público, nem o surgimento de uma nova democracia, ao contrário, com o surgimento da ciberdemocracia, o Estado torna a administração pública mais democrática e transparente para os cidadãos. Estes passam a opinar como chefes de governo diante das escolhas que se podem obter em um exercício cívico. Pode constituir-se sob a forma direta, indireta ou participativa, esta com grande realce na atualidade por corresponder à participação dos cidadãos nos atos de governo.

Atualmente, a democracia prevalente compreende a representativa, na qual o povo escolhe seus representantes para realizarem as escolhas políticas em seu nome, embora seja possível encontrar resquícios de uma participação direta do povo quando realiza iniciativa de um projeto de lei, ou quando é consultado em um plebiscito ou referendo, ou mesmo quando interpõe uma ação popular visando a proteção de alguns interesses públicos. (BONAVIDES, 2003. p. 26-30).

O entendimento clássico de democracia remonta à participação da vontade popular na formação da vontade política (ACIOLI, 2012). Ao distinguir a vontade geral da vontade de todos, por entender que aquela se volta ao interesse comum e estará representada pelas leis, enquanto esta ao interesse privado, correspondendo à soma de vontades particulares. Para o autor, todo governo para ser legítimo precisa fundar-se na soberania do povo, embora para ele a ideia de democracia relacione-se àquela existente na Antiguidade, em que a soberania popular era exercida por intermédio das assembleias de cidadãos (BONAVIDES, 2004. p.265-267).

Todavia, o entendimento atual de democracia expande os limites dessas assembleias, permitindo que a participação do cidadão encontre-se hoje em um novo contexto capaz de alargar seus sentidos, dando-lhes novos significados. Tal contexto é o ambiente criado pelas novas Tecnologias da Informação e sua emergente cultura digital. Uma das possíveis respostas para esses desafios enfrentados pela gestão pública é a governança eletrônica, que através das tecnologias da informação e comunicação, busca a eficiência e melhores resultados, mas também, busca ampliar a democracia, através de instrumentos como a transparência, controle público e participação cidadã.

De fato, o Governo Eletrônico pode ser entendido como um facilitador, passível de promover a intercomunicação entre os atores sociais para desempenhar o seu papel na sociedade, necessitando de parceiros firmes para readequar e criar locais de acesso às informações e com aa criação de espaços virtuais, em escala global, como as cidades

digitais, que renovam as formas de deliberação e do debate público só fazem aperfeiçoar a democracia local.

Não se descarta a possibilidade de um governo democrático planetário, tendo em vista, a mundialização dos vários tipos de democracia. Não a Democracia dos inimigos e da guerra, mas a democracia do novo ambiente mundial. A ciberdemocracia, a democracia econômica, a democracia ecológica devem ser vistas como alternativas de uma Cidadania Democrática Mundial (CRUZ, *online*, 2009, p. 3). Todavia, este desafio abre caminho à "cidade universal da civilização do computador", o que nos conduziria "a uma lei planetária, uma ciberdemocracia altamente participativa ligada ao novo espaço público da rede" (LEVY, 2003, p. 149).

É tendo em mente os novos avanços da emancipação humana que devemos tentar pensar, não 'o fim do Estado', mas 'outro Estado', um que admita plenamente os seus outros, um que emerja da sociedade, embora esteja ao seu serviço, em vez de estar sobranceira a ela, como se transcendência autoritária e burocrática. Podemos apostar que, no futuro, o Estado, que já assumiu tanta forma (teocracia faraônica, império do meio, democracia ateniense, república romana, monarquia europeia, califado, Estado-nação, fascismo, sovietismo, Estado islâmico,

federalismo, Estados Unidos, União Europeia...), continuará a metamorfosear-se(LEVY, 2003, p. 174-175).

O governo democrático global não elimina o Estado e sua soberania. Contudo, cria- se a perspectiva de uma lei mundial. Neste sentido, Pierre Levy (2003, p. 159), ensina que

> uma das grandes mutações e uma das maiores esperanças da ciberdemocracia reside na perspectiva de uma lei, de uma justiça e de um governo planetário capazes de regular a economia mundial, preservar o ecossistema terrestre e garantir a liberdade ao mesmo tempo que se esforça no sentindo de reduzir a miséria e as injustiças.

É notório encontrar nas páginas da rede os embriões do Futuro Governo Mundial, tais como: A Organização das Nações Unidas (ONU), o Fundo Monetário Internacional (FMI), o Banco Mundial (BM), o Tribunal Internacional de Justiça (TIJ), a Organização Mundial de Saúde (OMS), entre outros. Assim, contrapondo a ideia utópica da democracia do *plug and play*, a ciberdemocracia preserva o espaço público a partir da internacionalização da Democracia, que é teorizada com bases em um novo Contrato Social que considere a complexidade e a diversidade da Sociedade Mundializada.

3. O NOVO CONTRATO SOCIAL

O Contrato Social é um acordo feito por membros de uma sociedade, que reconhecem a autoridade de um governante ou de um conjunto de lei. Assim, a lei substitui a dependência pessoal pelo direito e a limitação pelo acordo contratual. "Encoraja as relações entre cidadãos baseadas no respeito pelos compromissos e na consideração dos direitos e da liberdade de cada qual" (LEVY, 2003, p. 174). Neste sentido, Ângela Pompeu (*online*, 2009), escreve que

tal pacto estabelece que acima dos particulares existe uma autoridade que mantém a ordem pública, exercendo um controle em forma de jurisdição, para garantir os direitos dos cidadãos, aplicar sanções e reparar ofensas cometidas, restabelecendo a ordem jurídica violada e promovendo a pacificação social com justiça.

O contrato social surgiu no momento em que o indivíduo sentindo-se sozinho e sem forças para manter-se íntegro frente aos obstáculos criados pela convivência em comunidade, necessitando então unir-se aos demais achando "forma de sociedade que defenda e proteja com toda força comum a pessoa e os bens de cada sócio, e pela qual, unindo-se cada a todos, não obedeça todavia senão a si mesmo, e fique tão livre como antes" (ROUSSEAU, 2002, p. 31).

É importante raciocinar a possibilidade de um novo Contrato social sob a ótica de uma cibersociedade. "Os processos tecnológicos, econômicos, sociais e ecológicos de escala planetária só poderão ser equilibrados por uma lei e uma justiça da mesma escala" (LEVY, 2003, p. 162). Isto implica só uma lei universal pode favorecer o desenvolvimento científico, tecnológico, econômico e democrático mundial, que garanta a todos os seres humanos uma condição mais justa.

Paulo Márcio Cruz e Chofre Sirvent, defendem que é importante estimular o raciocínio de nossos cientistas da Política e do Direito para a possibilidade de um novo Contrato Social (CRUZ; SIRVENT, 2006).

> Os riscos advindos da obsolescência do Contrato Social Moderno são muito graves para se permanecer de braços cruzados. É fundamental encontrar alternativas de sociabilidade que neutralizem e previnam os riscos oriundos da obsolescência do Estado Constitucional Moderno e desbravem o caminho a novas possibilidades democráticas. A tarefa não é fácil: o desequilíbrio social gerado pela crise do Contrato Social Moderno é tão profundo que desequilibra inclusive a resistência aos fatores de crise ou a reivindicação de emancipação que deveria dar sentido à resistência democrática. Boaventura de Souza Santos acrescenta que já não é simples saber, com clareza e

> convicção, em nome do que e de quem resistir, inclusive supondo que se conheça aquilo contra o qual se resiste, o que também não é fácil. (CRUZ; SIRVENT, 2006).

A grande questão é como fazer um Contrato Social no e para o século XXI. Paulo Cruz (*on-line*, 2009, p. 9) leciona que o novo Contrato Social deve por em ação quatro novos pré-contratos sociais, que seriam os pilares de uma Democracia internacionalizada: um pré-Contrato Social para erradicar a pobreza; um pré-Contrato Social Ambiental para preservar o meio ambiente, um pré-Contrato Social Cultural para garantir educação a todos ao longo da vida e um pré-Contrato Social Ético que volte a dar sentido e perspectiva à aventura humana.

Os quatro pré-contratos sociais formariam um Contrato Social global, capaz de prever toda uma série de elementos complexos, próprios do momento atual em que se vive. Além disso, entre os objetivos do novo Contrato Social, podemos destacar:

> em primeiro lugar deve ser um contrato muito mais inclusivo e que abarque não só os homens e os grupos sociais, mas também a natureza. Em segundo lugar, será um contrato mais conflitivo, porque a inclusão deve ser promovida segundo critérios tanto de igualdade como de diferença. Em terceiro lugar, ainda que o objetivo final do contrato seja a construção do espaço-tempo da deliberação democrática, este contrato, diferentemente do contrato social moderno, não pode limitar-se ao espaço-tempo nacional e estatal: deve incluir os espaços-tempo local, regional e global. Por último, o novo contrato não se baseia numa clara distinção entre Estado e Sociedade, entre economia, política e cultura ou entre público e privado: a deliberação democrática, enquanto exigência cosmopolita, não tem sede nem forma institucional específica (CRUZ, 2009, p. 8).

O novo Contrato Social deve colocar o ser humano no foco de todas as ações que estejam ligadas à globalização, ao meio ambiente, à economia, à democracia. Deve ser pautada em parâmetros mais inclusivos e humanos.

4. CIBERDEMOCRACIA / DEMOCRACIA ELETRÔNICA

Com o advento das Tecnologias da Informação e Comunicação, sobretudo com a internet e o desenvolvimento do governo eletrônico, surge à necessidade da criação de novos institutos democráticos e sua adaptação aos novos tempos. Entre os novos conceitos gerados pelo novo espaço virtual, a ciberdemocracia merece destaque e deve ser compreendida em todas as suas dimensões, tanto tecnológicas como sociológicas e políticas. A ciberdemocracia deve ser observada a partir da emergência da internet e da participação direta do cidadão na política mediante o uso das novas tecnologias.

Consequentemente, "podemos dizer que quem não estiver conectado a essa rede mundial fica fora da vida social, econômica, científica, que desenrola em tempo real através dos caminhos da Internet" (ROVER, 2004, p.29).

É importante ressaltar que a falta de acesso à informação impede o pleno exercício da cidadania, pois a cidadania somente pode ser exercida de forma plena se for assegurado ao cidadão o acesso às novas tecnologias e à informação democrática e instantânea que no presente momento somente existe no ciberespaço.

O que nos interessa no que concerne à ciberdemocracia é o fortalecimento da relação entre o Estado e o Cidadão, visto que o princípio basilar da ciberdemocracia está na possibilidade de ampliar, significativamente, a participação popular efetiva nas decisões governamentais (BIGLIAZZI GARCIA, 2008). Um dos desafios impostos ao novo modelo de sociedade é a democratização da informação estar em gerar um processo de aprendizagem coletivo e, com isso, a possibilidade de uma maior participação cidadã nos mecanismos de deliberativos.

> A "ciberdemocracia" poderia ser experimentada e outras formas de participação e mecanismos representativos poderiam ser propostos. Atualmente é muito fácil organizar consultas rápidas à população sobre temas de interesse imediato e que requeiram um pronunciamento de relativa urgência. Plebiscitos e referendos não teriam porque serem casos excepcionais na vida social e política. Ao menos tecnologicamente já não há mais desculpas (CRUZ, 2009, p. 13).

Os extraordinários avanços tecnológicos dos últimos anos veem transformando significativamente o panorama das modernas sociedades democráticas. Estas transformações afetam não somente o modo substancial das relações sociais, mas também o funcionamento das atuais instituições e estruturas políticas. Neste sentido, a ciberdemocracia consiste na criação de processos e mecanismo de discussão, visando o convencimento mutuo, a partir do diálogo entre o Cidadão e o Estado, para se chegar a uma política de decisões, onde a participação popular se torna mais real em termos práticos.

Outro aspecto importante, a se destacar quando o assunto é ciberdemocracia, é a questão do espaço, que não pode mais ser pensado somente em parâmetros locais, mas em âmbito transnacional, mundial. A seara da ciberdemocracia é sempre mais ampla que a da democracia local. Com efeito, a ciberdemocracia é indissociável da nova forma de Estado. A fascinação pela comunicação de massas ameaça, então, triunfar sobre o debate político, o único meio pelo qual se manifesta a liberdade dos cidadãos. A Sociedade passa a ser dominada pelos meios de comunicação e não o contrário, como deveria ser.

Um dos desafios impostos ao novo Estado que surgiria da superação do Estado Constitucional Moderno seria a democratização dos meios de comunicação, que hoje estão a serviço, muitas vezes, de interesses escusos (GUÉHENNO,. 1995, p.114).

Dúvidas não há que a Internet, como sinônimo de um espaço global, com sua imensa oportunidade de ampliar a comunicação e a disponibilidade de informação aprimorou o cenário de interação entre os indivíduos, tornando possível a troca de informações de vários para vários, em que o receptor tem oportunidade de interagir com o conteúdo que recebe (ACIOLI, 2012) .

Todavia, tal interação não se dá apenas entre indivíduos, mas também entre indivíduo e Poder Público, pois o meio eletrônico tem disponibilizado uma nova forma desse atuar, restando observar se há uma preocupação em que essa atuação se concretize baseada em critérios democráticos.

5. CIBERDEMOCRACIA E GOVERNO ELETRÔNICO: RUMO À UMA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

A participação política do cidadão pela internet é um elemento novo e ainda pouco compreendido, mas que neste últimos anos vem causando grandes mudanças nos rumos dos sistemas políticos em todo o mundo, inclusive no Brasil. Para avaliar este impacto surge o conceito de ciberdemocracia, que propõe uma reflexão sobre a participação popular nas tomadas de decisões políticas, permitindo que o cidadão contemporânea acompanhe, de forma veloz e transparente, informações e as mudanças dos processos sócio-políticos de seu município, estado ou pais, por meios dos *websites* e portais governamentais. Destarte, Pierre Lévy (2003, p. 123-124) esta

> espantosa disponibilidade das informações, de toda a espécie, respeitantes à vida política, assim como o frequentar de fóruns de discussão civilizados e bem organizados, tornam o debate político cada vez mais 'transparente' e preparam uma nova era do diálogo político que conduz a democracia a um estágio superior: a ciberdemocracia.

Esta encontra-se, no maior acesso à informação governamental e a interação entre o Estado e sociedade civil, através dos meios eletrônicos. Um dos principais mecanismos relacionados a efetivação desta nova fase da democracia é o governo eletrônico (e-gov). Este é, hodiernamente, compreendido como uma das principais mecanismos de modernização do Estado. Trata-se de uma propensão global, em que os governos tentam concentrar esforços nodesenvolvimento de

políticas e definições padrões, os processos de assimilação de Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC), mudando a maneira com que o governo interage com outros governos, com seus fornecedores e com o cidadão. Para Ruediguer (2002, p. 1) o governo eletrônico é, atualmente,

> um experimento em construção, e sua dimensão política mais avançada – a governança eletrônica – não pode ser considerada um mero produto ofertado ao cliente em formato acabado, mas, considerando-se sua natureza eminentemente política, e, portanto, pública, pode ser percebido como um bem público, passível de acesso e desenvolvido por processos também sociais, o que o leva a constantes transformações.

Menezes e Fonseca (2005, p. 333) ensinam que a noção de governo eletrônico se "constitui no uso, pelos governos, das novas tecnologias da informação e comunicação na prestação de serviços e informações para cidadãos, fornecedores e servidores." É importante ressaltar que o conceito de governo eletrônico "não se limita, unicamente, em automatizar os processos ou disponibilizar serviços públicos através de serviços *online*, mas trata-se um uma mudança do modo com que o governo, através da TIC, atinge os seus objetivos para o cumprimento do papel do estado." (FEITOSA; FREIRE; LOPES, 2009, p. 3228).

Além disso, o governo eletrônico engloba, principalmente, três tipos de transações, que podem ser identificadas como: *Government to Government* (G2G), *Government to Business* (G2B) e *Government to Citizen* (G2C). Neste sentido, escreve Fernandes (2005, p. 1):

> G2G, quando se trata de uma relação intra ou intergovernos; G2B caracterizado por transações entre governos e fornecedores e G2C envolvendo relações entre governos e cidadãos. Estas transações ocorrem não apenas por meio da Internet, mas também por meio de telefonia móvel, televisão digital, *call centers* e outros tipos de aplicações ligadas aos computadores pessoais.

Pinto, neste contexto, nos informa:

> Em relação ao cidadão, estão sendo criados portais na Internet que funcionam como verdadeiros balcões virtuais de informação e de atendimento para a prestação de serviços. Para a gestão interna, está sendo promovida a integração entre os sistemas em rede interna [...]. A integração entre parceiros e fornecedores está sendo desenvolvida [...]. A estrutura relacional a ser constituída entre os principais atores neste processo envolverá governo, cidadãos/clientes e empresas, dentro das diversas possibilidades de transações eletrônicas. (PINTO, 2008, *online*).

Em linhas gerais, pode-se destacar como sendo funções do governo eletrônico (e-gov), segundo Fernandes:

> a) prestação eletrônica de informações e serviços; b) regulamentação das redes de informação, envolvendo principalmente governança, certificação e tributação, c) prestação de contas públicas, transparência e monitoramento da execução orçamentária, d) ensino à distância, alfabetização digital e manutenção de bibliotecas virtuais, e) difusão cultural com ênfase nas identidades locais, fomento e preservação de culturas locais, f) *e- procurement*, isto é, aquisição de bens e serviços por meio da Internet, como licitações públicas eletrônicas, pregões eletrônicos, bolsas de compras públicas virtuais e outros tipos de mercados digitais para os bens adquiridos pelo governo, g) estímulo aos e-negócios, através da criação de ambientes de tran-

> sações seguras, especialmente para pequenas e médias empresas (FERNANDES, 2000, p.1).

O Governo Eletrônico tem privilegiado três frentes fundamentais: a interação com o cidadão, a melhoria da sua própria gestão interna e a integração com parceiros e fornecedores. O governo eletrônico é toda e qualquer interação por meio eletrônico que objetiva, "fornecer e obter informações, prestar serviços, bem como transacionar bens e serviços à distância, entre governo e cidadãos, e entre governo e empresas". (MENEZES, 2005, p. 336). Ao tratar do tema governo eletrônico o que se almeja é a maior participação da sociedade nos processos de produção de decisão política.

Tendo o governo brasileiro adotado, há mais de duas décadas (BRASIL, 1999), diretrizes no intuito de implantar um efetivo uso das novas tecnologias de informação e comunicação por seus órgãos, bem como, posteriormente, fixado como ideias fundamentais de seu e-Gov a participação cidadã, um melhor gerenciamento interno e a integração entre parceiros e fornecedores (BRASIL, 2013), tem-se que o Brasil possui objetivos que se aproximam daqueles elencados pelo Governo Aberto.

> Assim, apesar de denominar sua política como de governo eletrônico, é possível auferir que, se os objetivos definidos são de um governo mais amplo e democrático, as características requeridas para alcançar estes objetivos também devem estar de acordo, ou seja, devem ter proximidade com aquelas típicas do governo aberto. Portanto, não obstante a importante diferenciação entre os dois conceitos de governo, o e-Gov brasileiro pode ser considerado uma mistura de ambos, uma vez que, apesar de muitas vezes apenas instrumentalizar serviços, possui metas típicas de um governo mais "evoluído", o que requer, indubitavelmente, comportamentos nestes moldes. (RAMINELLE, 2015)

O governo eletrônico tem como referência os direitos coletivos, mas, evidentemente, essa visão não abandona a preocupação do governo em atender as necessidades e demandas dos cidadãos individualmente, pois a vincula aos princípios da universalidade, da igualdade e da equidade, na oferta de serviços e informações (BRASIL, 2004, p. 9).

Uma diretriz importante do governo eletrônico é de promover a universalização do acesso aos serviços públicos em termos de cobertura e equanimidade da qualidade oferecida, através dos mandamentos:

> 1. Provimento de serviços deve priorizar os serviços básicos de interesse dos cidadãos que cubram amplas parcelas da população; 2. Os sítios e serviços on-line do Governo Federal devem priorizar a prestação de serviços para as classes C, D, E, sem detrimento da qualidade dos demais serviços já disponíveis na Internet; 3. Os sítios e serviços on-line do Governo Federal devem utilizar tecnologias inclusivas e não excludentes e oferecer garantia de acesso universal, abrangendo portadores de necessidades especiais, cidadãos de baixa escolaridade e usuários de diversas plataformas; 4. Governo eletrônico deve assegurar a impessoalidade no acesso aos serviços públicos como forma de garantia de acesso e rompimento com tradições clientelistas; 5. Os sistemas legados deverão ampliar suas funcionalidades de serviços baseados nas demandas dos cidadãos usuários. (BRASIL, 2004, p. 9).

Certo é que a universalização de serviços para o cidadão é uma condição fundamental para o sucesso desta nova sociedade. Ocorre que para a real operacionalização desta realidade, concorda-se plenamente com as opiniões de Rodrigues, Simão e Andrade (2003, p. 93) que entendem como uma universalização de fato:

> [...] é preciso criar condições para a inclusão de populações de baixa poder aquisitivo nas redes digitais, proporcionando-lhes habilitações básicas para o uso dos computadores e da internet. A partir daí, o cidadão pode melhorar seu nível de conhecimento para tirar proveito do conteúdo que circula na rede.

De modo geral, o Estado-nação, ao redor do planeta, vem buscando uma descentralização administrativa em conjunto com a participação cidadã. Algumas competências são transferidas a governos locais e regionais, e, ao mesmo tempo em que em suas eleições são democratizadas, se busca o fortalecimento de uma capacidade de autonomia na gestão. Com isto, é possibilitada a conjuntura entre o princípio da cidadania política e o de identidade cultural, uma vez que o local é reconhecido como essencial (VILLAR, 2012, p. 201-202).

Desta forma, assim como ocorreram mudanças em outros âmbitos da sociedade, também a expectativa e a relação entre governantes e governados se modificou, não sendo mais suficiente a comunicação unidirecional: necessita-se de um "diálogo de mão dupla" (RAMINELLE, 2015).

Além disso, cumpre destacar o Decreto nº 7.675 de 20 de janeiro de 2012, em seu art. 35, inciso IV, determinou que compete ao Departamento de Governo Eletrônico. Conforme o Decreto nº 7.675/12, é parte da competência do Departamento do Governo Eletrônico da SLTI definir e publicar padrões e melhores práticas de uso da internet, inclusive de redes sociais, mas já existem algumas iniciativas no governo com relação ao comportamento dos órgãos públicos nas redes sociais, como por exemplo:

- **O Manual de Orientação para Atuação em Redes Sociais** lançado pela Secom, em 26 de outubro de 2012, tem como objetivo estipular melhores práticas e guiar os agentes da comunidade Sicom no uso de redes sociais, incluindo a geração de conteúdo, interação com o usuário e atuação em casos de crise;
- **A Portaria Nº 38**, de 11 de junho de 2012, homologa a Norma Complementar nº 15/IN 01/DSIC/GSIPR, que estabelece as Diretrizes para o uso seguro das redes sociais na Administração Pública Federal (APF);
- **A Cartilha de Redação para Web do e-PWG** (Padrões Web em Governo Eletrônico), disponibilizada pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação - SLTI/MP, tem um capítulo voltado para a redação e publicação de conteúdo em mídias sociais;
- **O Manual de Conduta em Mídias Sociais elaborado pela Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária** - Embrapa contém orientações sobre as condutas, comportamentos e atitudes que a empresa espera de seus empregados, bolsistas, estagiários e prestadores de serviços no ambiente digital.

A Política do Governo Eletrônico analisa os efeitos do processo de globalização, ressaltando a necessidade de tomada de decisões rápidas e estratégicas, o aumento da demanda por maior participação dos cidadãos, a importância da eficiência, da transparência e, consequente, da ampliação do controle social sobre o Estado, o que contribuiria para o aperfeiçoamento dos processos decisórios. Conclui que o governo eletrônico pretende se firmar como um agente democrático, estratégico, socialmente justo e ao mesmo tempo eficiente na prestação de serviços ao cidadão.

De fato, os princípios forjados no Portal do Governo Eletrônico do Governo Federal indicam três aspectos a serem analisados nos portais das administrações, a fim de estabelecer o grau de efetividade e cumprimento do modelo estabelecido pelo governo eletrônico federal: 1) Democratizar o acesso à informação; 2) Ampliar as discussões; 3) Dinamizar a prestação de serviços públicos.

Daí a importância de se averiguar como os portais governamentais dos estados brasileiros se apresentam como instituição fomentadora da participação política do cidadão nas tomadas de decisões, considerando contextos sócio-políticos e a realidade de diversas regiões e estados analisados. Além disso, é importante investigar se população possui as condições mínimas de infraestrutura, necessárias a adequada participação que permitam a produção de inovadoras práticas sociais, adiante da impactante Sociedade da Tecnologia da Informação e Comunicação.

6. CONCLUSÃO

A sociedade não é um elemento estático, muito pelo contrário, ela está em uma constante transformação, e como tal, a sociedade contemporânea encontra-se inserida neste processo de mudanças onde as tecnologias da informação e comunicação são as principais responsáveis pelo modelo atual de sociedade, que aqui chamamos de Sociedade da Informação.

Este novo modelo de sociedade desempenha um papel fundamental no desenvolvimento social e econômico onde a informação, deve ser vista como meio de criação de conhecimento e qualidade de vida para os cidadãos. Estes passam a interagir como agente participante e construtor desta nova fase da democracia, que por sua vez, não implica o fim do Estado, como ensinam as correntes anarquistas, mas apenas institui um novo espaço caracterizado pelo acesso amplo a comunicação, fluxos e trocas de experiências e informações, propícias a formação de uma opinião pública, em escalas locais e/ou planetárias.

Após apresentar uma breve abordagem do tema "Governo Eletrônico" percebeu-se que o projeto tem fundamentos, diretrizes e funções louváveis, que tendem a possibilitar a inserção do cidadão nas ferramentas digitais capazes de legitimar as decisões políticas do país.

Com efeito, a internet criou oportunidade para os diversos grupos das sociedades participarem e se inserirem em discussões globais emergentes, o Governo Eletrônico criou diretrizes de participação na democracia digital, mas o povo brasileiro precisa se mobilizar e participar efetivamente exercitando sua cidadania e chamando para si a responsabilidade de criar um mundo melhor, condizente com o Estado Democrático de Direito que vivemos.

REFERÊNCIAS

ACIOLI, Catarine Gonçalves. **O governo eletrônico e a implantação de uma inclusão digital eficiente**: uma via de acesso à democracia participativa no âmbito do Estado Socioambiental. Disponível em: <http://www.esdm.com.br/include%5CdownloadSA.asp?file=downloads%5CCatarine_Gon% E7alves_Acioli_652011152046.pdf.>. Extraído em: 13 mar. 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 26-30.

BIGLIAZZI GARCIA,Thais Helena. **A Democracia na Era do Governo Eletrônico**. Disponível em: <http://www.ciberetica.org.br/trabalhos/anais/27-64-c1-8.pdf>. Acesso em: 03 de julho de 2008.

CRUZ, Paulo Márcio. **Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superação democrática do estado constitucional moderno**. Disponível em:<http://www.conpedi.org/manaus/arquivos-/anais/recife/politica_paulo_marcio_cruz.pdf>.Extraído em: 10 mar. 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O futuro do estado**. São Paulo: Saraiva, 2001.

ELIZALDE, Antonio. **Democracia representativa y democracia participativa. Interações- Revista Internacional de Desenvolvimento Local**. v. 1, nº 02, Mar./2001. Disponível em: <http://www.desenvolvimentolocal.ucdb.br/RevistaInteracoes/n2_elizalde_2001b.pdf>. Acesso em: 10 maio 2015.

FREIRE, Geovana Maria Cartaxo de Arruda; LOPES, Francisco Cristiano. Governo eletrônico: graus de democracia digital no nordeste brasileiro. **Encontro de Iniciação Científica da UFC**, XXVII, 2008, Fortaleza - CE. Disponível em:

<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/29646/public/29646-29662-1-PB.pdf>. Acesso em: 17 out. 2014.

GOMES, Wilson. **Ciberdemocracia**: possibilidades e limites. Conferência Inaugural do II Congresso Ibérico de Comunicação, Covilhã, Portugal (Inédito), 2004.

_____. A democracia digital e o problema da participação civil na decisão política. **Revista Fronteiras** – estudos midiáticos VII(3): set/dez 2005

GUÉHENNO, Jean-Marie. **El fin de la democracia**: la crisis política y las nuevas reglas del juego. 1995, p.114.

LEVY.Pierre. Ciberdemocracia. Lisboa: Instituto Piaget, 2003.

MENEZES, Ana Maria Ferreira; FONSECA, Manoel Justiniano Melo da.**Governo eletrônico:** um novo caminho para a administração pública? **Bahia, Análise & Dados Salvador**. v. 15, n. 2-3, p. set./dez. 2005.

POMPEU, Ângela Vânia: **Governo mundial:** é possível um contrato social tão amplo? Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6244>. Extraído em: 13 mar. 2009.

RAMINELLE, Francielo Puntel. **Do governo eletrônico ao governo aberto: a utilização dos sites de redes sociais pelo E-Gov brasileiro na efetivação da democracia participativa**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=406c841592c4176a>. Acesso em: 10 mar. 2015.

RHEINGOLD, H. **A comunidade virtual**. Lisboa: Gradiva, 1996.

ROUSSEAU, J. J. **Do contrato Social**. Editora Martim Claret, São Paulo, 2002.

ROVER, Aires José (org.). **Direito e Informática**. Barueri: Manole, 2004.

SILVA, Sivaldo Pereira da. Graus de participação democrática no uso da Internet pelos governos das capitais brasileiras. **Opinião Pública**, Campinas, v. XI, n. 2, p. 450-468, out. 2005.

TOFFLER, Alvin. **A terceira onda**. 8 ed. Record: Rio de Janeiro, 1992.

A NEGOCIAÇÃO COLETIVA NO SETOR PÚBLICO E A NECESSIDADE DE SUA REGULAMENTAÇÃO

Fábio Túlio Barroso[1]
Semiramis de Moura Roriz[2]

1. INTRODUÇÃO

O direito sindical para ser plenamente exercido, depende do reconhecimento de garantias mínimas como: a liberdade de organização e filiação, a normatização de mecanismos de solução de conflitos, incluindo a negociação coletiva e o direito de greve, contemplado nos países democráticos como corolário da liberdade sindical.

Observe-se que tais garantias devem ser acessíveis a todos os sujeitos da relação de trabalho, seja da esfera privada ou da esfera pública, em que pese existem, para estes, possíveis restrições previstas nas normas internacionais emanadas pela Organização Internacional do Trabalho - OIT.

Nesse sentido, visando dar efetividade a tais garantias, foram editadas algumas Convenções, dentre elas a de nº 151 que assegura a promoção e a defesa dos interesses dos trabalhadores da função pública, bem como a Convenção nº 154 que trata sobre a negociação coletiva, ambas ratificadas pelo Brasil.

É importante destacar que mesmo antes da ratificação das Convenções nº 151 e 154, respectivamente, o Brasil já reconhecia a liberdade de organização e filiação, a garantia de mecanismos de solução de conflitos, incluindo a negociação coletiva e o direito de greve para os trabalhadores do setor privado no art. 7º, XXVI, 8º e 9º da Constituição da República.

No entanto, a mesma premissa não se aplica para os servidores públicos, classificados como aqueles que detêm uma relação de trabalho com a Administração, onde o poder de império estabelece um regime jurídico estatutário, de natureza administrativa. O art. 37, VI e VII, da Constituição da República garante, sem restrições, o direito de associação sindical para os servidores público civis e, nos termos e limites de lei específica, o direito de greve, sendo omisso quanto a negociação coletiva.

Cabe esclarecer que para os empregados públicos, por força das normas do art. 173, § 1º, II, aplica-se a Consolidação das Leis do Trabalho, não havendo limitação ao exercício tanto da negociação coletiva, tanto da greve, pela regulamentação aos sujeitos privados que se aplica ao caso.

Não obstante, para os militares, não há permissão constitucional para o associativismo sindical, nem tampouco a greve, sob égide da norma do art. 142, § 3º, IV.

Observe-se ademais, que o livre exercício do direito de greve, segundo os ditames da Constituição de 1988, está condicionado à edição de uma lei específica capaz de regulamentar a matéria para os servidores civis estatutários. Contudo, até a presente data não houve a edição de tal norma.

Em 2007 o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712, decidiu, por unanimidade, declarar a omissão legislativa quando ao dever constitucional de editar lei regulamentadora do direito ao exercício de greve no setor público e, por

---

1 Pós-doutor em Direito pela *Universidad de Granada*, Espanha. Doutor em Direito pela *Universidad de Deusto*, Bilbao, Espanha. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Presidente Honorário da Academia Pernambucana de Direito do Trabalho - APDT. Membro do Instituto dos Advogados de Pernambuco – IAP. Professor da UNICAP (graduação e PPGD). Professor da Faculdade de Direito do Recife - FDR, da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE (graduação e PPGD). Professor da FACIPE. Professor da Escola Superior da Magistratura Trabalhista da 6ª Região (Especialização em Direito Judiciário e Magistratura do Trabalho). Líder do Grupo de Pesquisa cadastrado no CNPQ: Efetividade das normas trabalhistas na pós-modernidade. Advogado.

2 Mestranda em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Especialista em Direito Judiciário e Magistratura do Trabalho pela Escola Superior de Magistratura da 6ª Região. Advogada.

maioria, determinou a aplicação, no que couber, da lei de greve vigente no setor privado (Lei nº 7.783/89), suprimindo temporariamente a lacuna e garantindo a efetividade do exercício de tal direito fundamental, constitucionalmente garantido.

No que concerne à negociação coletiva, no entanto, não existe um preceito constitucional que garanta, ainda que de forma parcial, a sua aplicação no setor público.

Contudo, com a ratificação das citadas Convenções, tal cenário começou a ser modificado. Em que pese não haver uma sistematização quanto à regulamentação desta matéria, ao menos formalmente o governo federal se mostrou disposto a efetivar as normas de solução de controvérsias entre a Administração e o os servidores estatutários, por meio das Mesas de Negociações onde o Gestor Público ouve as reivindicações das diversas categorias de servidores públicos e negocia melhorias salariais e nas condições de trabalho.

Assim, esse texto tem como objetivo mostrar a importância da aplicação e regulamentação das normas da Convenção nº 151, propondo-se a analisar a negociação coletiva entre a Administração Pública e os servidores públicos civis, e que, diferentemente do caso do setor privado, não está garantido por nenhuma lei e depende de expressa vontade do gestor público.

2. BREVES ANOTAÇÕES SOBRE OS SERVIDORES PÚBLICOS NO BRASIL

Para a execução dos serviços a administração pública necessita de agentes, ou seja, de recursos humanos que atuem de forma definitiva ou transitória. Assim, para entender o conceito de Servidores Públicos, faz-se necessário tecer alguns comentários acerca dos agentes públicos.

Maria Sylvia Zanela di Pietro classifica as espécies de agentes públicos, basicamente, em três tipos: os agentes políticos, servidores públicos e particulares em colaboração com o poder público (DI PIETRO. 2008. p.352.).

Os Agentes políticos integram os mais elevados escalões na organização Administrativa Pública, possuem independência funcional e regime jurídico próprio.

Os Servidores públicos em sentido amplo (ou agentes administrativos), são:

> subespécies do gênero agentes públicos, sendo uma "categoria que abrange a grande massa de prestadores de serviços à administração e a ela vinculados por relação profissional, em razão da investidura em cargos e funções, a título de emprego e com retribuição pecuniária" (Hely Lopes Meirelles 1990:358). A Constituição Federal de 1988 dedicou a Seção III do Capítulo VII aos servidores públicos civis, separando-os dos militares e instituindo o Regime Jurídico Único para a administração direta, autárquica e fundacional.(PEREIRA. 1998. P.47)

Assim, os agentes administrativos são titulares de cargos, empregos ou funções públicas dos órgãos dependentes, são os que possuem com a administração relação de trabalho de natureza profissional e não eventual. A Constituição da República chama-os de servidores públicos, dividindo-os em dois grandes grupos: civis e militares.

Os Servidores Públicos Civis são subdivididos entre servidores estatutários, empregados públicos e temporários. Já os militares, são os servidores não civis, que "possuem regime próprio, baseado na hierarquia e na disciplina, configurando-se em uma relação de Direito Administrativo" (BARROSO. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11514>).

O servidor público estatutário, para ser nomeado, deve ter sido previamente aprovado em um concurso público de provas ou de provas e títulos, nos termos do art. 37, II da CF. É o cargo público de provimento efetivo, ou seja, é o cargo que possibilita a aquisição de estabilidade no serviço público que é diferente do cargo em comissão que é desprovido de efetividade não gerando estabilidade, porque a nomeação para este cargo depende de confiança da autoridade que tem competência para esta nomeação.

Segundo os ensinamentos de Eliane Gomes de Bastos Cardoso e Nívea Simone de Freitas Pedro (CARDOSO; PEDRO. 2011) os empregados públicos são:

> contratados para emprego público no regime da CLT, mas aplicam-se os princípios do direito público, por exemplo: investidura subordinada à aprovação prévia em concurso público. Trata-se de regime obrigatório nas empresas públicas e sociedade de economia mista.

Seriam Servidores temporários aqueles que são

> contratados tão somente para exercer a função pública, em virtude da necessidade temporária excepcional e de relevante interesse público. Por tanto exercem uma função pública remunerada temporária, apresentando cunho de excepcionalidade, o que autoriza o tratamento secundário.

Ainda para os referidos autores, os colaboradores s**ão** pessoas físicas que, sem perderem a qualidade de particulares e sem manter vínculo de trabalho com a administração pública, executam um trabalho em benefício do interesse público e do particular. Importante destacar que os particulares atuam em nome próprio, limitando-se a administração a fiscalizar o desempenho dessas atividades. Enquanto os chamados agentes delegados, atuam mediante delegação, ocorrem nos casos de concessão e permissão de serviços públicos, são eles: os tradutores, os leiloeiros, os bancários, os titulares de cartórios que atualmente a atividade notarial e de registro, entre outros.

No presente artigo, nos debruçaremos sobre os servidores públicos civis, isto porque o Decreto nº 7.944, de 06 de março de 2013, que promulgou a Convenção nº 151 e a Recomendação nº 159 da OIT, definiu em seu art. 1º que

> I - a expressão "pessoas empregadas pelas autoridades públicas", constante do item 1 do Artigo 1 da Convenção nº 151, abrange tanto os empregados públicos, ingressos na Administração Pública mediante concurso público, regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, quanto os servidores públicos no plano federal, regidos pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e os servidores públicos nos âmbitos estadual e municipal, regidos pela legislação específica de cada um desses entes federativos;

Assim, a Convenção nº 151 da OIT não abrange, pelo disposto no Decreto nº 7.944/2013, os servidores públicos militares e os particulares que atuam em colaboração com o serviço público, logo trataremos apenas dos servidores públicos civis.

3. A NEGOCIAÇÃO COLETIVA NOS SETORES PÚBLICO E PRIVADO: UMA BREVE ANÁLISE NORMATIVA

A Constituição da República de 1988 garante a todos os trabalhadores do setor privado o direito à livre associação profissional ou sindical (art. 8º, *caput*), bem como o direito à negociação coletiva (art. 7º, XIV) e à greve (art. 9), sendo este um recurso extremo, utilizado para salvaguardar a "melhoria de sua condição social", consoante elemento teleológico presente no caput do seu art. 7º.

Para a realização de negociações coletivas, a Carta Magna define como obrigatória a participação do sindicato (art. 8º, VI), pois cabe a esta entidade "a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas" (art. 8º, III) e, caso seja "frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros ou, recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho dirimir o conflito" (art. 114, §1, CF).

Assim, para os profissionais do setor privado, regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, a Constituição determina um regramento meticuloso para solução de conflitos onde o sindicato, ordinariamente (BARROSO, Fábio Túlio. p. 222)[3] será o interlocutor dos trabalhadores perante os empregadores e ou suas associações sindicais, possibilitando a negociação coletiva e, esgotadas as possibilidades de negociação, abre-se a possibilidade do exercício do direito de greve, da arbitragem e do dissídio coletivo, como meios para a solução do conflito.

No entanto, não há, na esfera constitucional, um permissivo ou previsão específica sobre a negociação coletiva, bem como a definição de seus desdobramentos para os servidores civis da esfera pública, em que pese, de forma análoga, existir plena regulamentação na CLT para as relações privadas, consoante normas dos arts. 611 a 625.

No entanto, a Organização Internacional do Trabalho – OIT, estabelecer um parâmetro de aplicação normativa análoga, nos termos do art. 2º da Convenção nº 154 da OIT, ratificada pelo Brasil em 1992 e aprovada pelo Decreto Legislativo nº 22 de 12.05.92 e promulgada pelo Decreto n. 1.256, de 29.9.94:

> a expressão 'negociação coletiva' compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, com fim de:
>
> a) fixar as condições de trabalho e emprego; ou
>
> b) regular as relações entre empregadores e trabalhadores; ou
>
> c) regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores, ou alcançar todos estes objetivos de uma só vez.

Como antes dito, a CLT destina um título específico sobre a elaboração de normas autônomas coletivas por meio do procedimento negocial coletivo, mais especificamente nos artigos 611 a 625. Somando-se a isso, também existe a regulamentação da matéria por meio das Convenções nº 98 e 154, ratificadas e devidamente incorporadas ao nosso ordenamento jurídico mediante os Decretos Legislativos nº 49/1952 e 22/1992 promulgadas pelos Decretos nº 33.196/1953 e 1.256/1994, respectivamente.

A Convenção nº 98 da OIT é tímida quando da tratativa do tema, limitando-se a estabelecer de forma genérica em seu art. 4º que:

> Deverão ser tomadas, se necessário for, medidas apropriadas às condições nacionais, para fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização dos meios de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores com o objetivo de regular, por meio de convenções, os termos e condições de emprego.

---

3 Conforme BARROSO, Fábio Túlio. Manual de Direito Coletivo do Trabalho, LTr, São Paulo, 2010, pág. 222: *Ordinariamente a entidade que possui legitimidade negocial é o sindicato. Supletivamente, em não havendo entidade de base ou ela uma vez provocada, não comparece para negociar, a CLT legitima as federações e as confederações, estabelecendo o critério preferencial e o prazo de oito dias para que cada uma assuma a negociação coletiva, em caso de negativa ou mesmo de inexistência daquela pessoa sindical.*
Possibilidade polêmica é a do seguimento da negociação coletiva até o final pelos trabalhadores interessados, parte final do § 1º do artigo 617 da CLT, quando provocadas todas as entidades sindicais representativas dos interesses dos trabalhadores da empresa, no caso do acordo ou da categoria, no caso da convenção coletiva.
A polêmica se instaura em virtude de o artigo 8º, VI da Constituição determinar a participação obrigatória de sindicato nas negociações coletivas. A interpretação desta norma deverá também ser sistêmica, pois o sindicato é entidade de base e a falta ou a inexistência de sindicato inviabilizaria atingir a teleologia do caput do artigo 7º constitucional, em complemento com o seu inciso XXVI.
Da mesma forma deverá ser entendido que a principal finalidade das normas autônomas coletivas é a de estabelecer condições de trabalho mais favoráveis às mínimas previstas em lei, ou seja, condições in mellius para os trabalhadores que por sua vez, atingem a previsão do artigo 7º da Constituição, em seu caput.

Destarte, tal fato não ocorre com a Convenção nº 154, que foi elaborada especificamente para regulamentar a matéria.

Em que pese à preocupação da Constituição em assegurar o livre exercício do direito sindical para todos os trabalhadores, existem, no referido instrumento legislativo, sérias limitações no tocante aos servidores públicos.

A CLT retirava dos servidores públicos, em seu art. 566 o direito à sindicalização nos seguintes termos: "Não podem sindicalizar-se os servidores do Estado e os das instituições paraestatais".

No entanto, com o advento da Constituição de 1988 houve uma modificação legislativa, passando os servidores públicos civis a gozarem do direito à livre associação sindical, conforme disposto no art. 37, VI, com a não recepção da norma celetista sobre a matéria, inclusive de natureza diversa à que o diploma se propõe a regulamentar, representando tal norma apenas uma exceção ao seu conteúdo normativo, em face do teor do seu art. 7, "c"[4].

Nesse sentido, o direito de sindicalização e greve, a carta maior assegura por meio das normas do art. 37, VI e VII de forma singela o seguinte:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
>
> (...)
>
> VI - é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical;
>
> VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica

Em que pese à previsão normativa, não há até o momento nenhuma lei que regulamente sequer o direito de sindicalização, nem tampouco do exercício do direito de greve, sendo este consectário da liberdade sindical, constatando-se claramente que o Brasil não garante aos servidores públicos civis um tratamento isonômico em face dos demais trabalhadores no que tange aos direitos sindicais, em que pese análoga possibilidade, conforme previsão constitucional.

Não obstante, a organização sindical para os servidores públicos vem ocorrendo de forma quase que natural, dada a própria natureza de direito fundamental presente na norma constitucional.

Sendo assim:

> O reconhecimento político da representatividade do sindicato no serviço público por parte da Administração não é uma faculdade institucional, apesar de a Corte Superior debater o tema, visto que a sindicalização dos servidores é uma norma cogente, doada de eficácia e, se assim não fosse, a Administração estaria insurgindo-se diante do ordenamento jurídico, caindo na ilegalidade e, aí sim, descumprindo o preceito da supremacia do interesse público sobre o particular. (AUGUSTO, 2008, pág. 71)

Além do direito de sindicalização, que não há especificamente uma previsão de normatização neste sentido, ainda não há uma lei específica sobre ao exercício do direito de greve para os servidores públicos estatutários, conforme previsão expressa no art. 37, VII da carta maior, com redação alterada pela emenda constitucional n. 19.

---

4 Art. 7º Os preceitos constantes da presente Consolidação salvo quando for em cada caso, expressamente determinado em contrário, não se aplicam : (...) c) aos funcionários públicos da União, dos Estados e dos Municípios e aos respectivos extranumerários em serviço nas próprias repartições.

A anomia quanto à regulamentação do direito de greve para os servidores públicos foi objeto de discussão judicial, tendo o STF, em 2007, no julgamento dos Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712, firmado entendimento no sentido de que deveria ser utilizada a Lei nº 7.783/89, que regulamente a matéria para o setor privado, no que couber.

Com isso, ainda que momentaneamente, restou suprimida a regulamentação sobre o direito de greve no setor público. Contudo, o direito à negociação coletiva não teve a mesma sorte, pois até a presente data não há regulamentação, ainda que temporária, do instituto.

Diante de tal situação, tem-se uma enorme contradição, visto que o exercício do direito de greve pressupõe que haja um processo negocial coletivo anterior e que este tenha sido frustrado, pois seria ilógica possibilidade de se exercer o direito de greve sem, contudo, se tentar uma autocomposição.

O próprio art. 3º da lei n. 7.783 de 1989, define que "Frustrada a negociação ou verificada a impossibilidade de recursos via arbitral, é facultada a cessação coletiva do trabalho".

Assim, verifica-se claramente que o Brasil não garante aos servidores públicos civis um tratamento isonômico em face dos demais trabalhadores no que tange aos direitos sindicais, pois, até a presente data, não houve a edição de nenhuma norma que garantisse a extensão do direito a negociação coletiva para os servidores públicos civis, mesmo sendo este um pressuposto lógico-normativo para o exercício do direito de greve.

Uma das contradições que serão complementadas a seguir sobre o modelo de sindicalismo no setor público no Brasil.

4. CONTARDIÇÕES DO SISTEMA NEGOCIAL COLETIVO – NORMAS INTERNAS E EXTERNAS

A Convenção nº 151 da OIT, ratificada pelo Brasil em 2010, Decreto Legislativo nº 206, de 7 de abril, por sua vez promulgada pelo Decreto nº 7.944 de 06 de março de 2013, constitui um conjunto de normas que visam garantir e defender os interesses dos servidores públicos civis, tanto municipais quanto estaduais e federais, por meio da liberdade sindical[5] e do processo de negociação coletiva dos servidores públicos[6].

Os artigos 7º e 8º da referida convenção dispõem:

> Art. 7º Devem ser tomadas, quando necessário, medidas adequadas às condições nacionais para encorajar e promover o desenvolvimento e utilização plenos de mecanismos que permitam a negociação das condições de trabalho entre as autoridades públicas interessadas e as organizações de trabalhadores da Administração Pública ou de qualquer outro meio que permita aos representantes dos trabalhadores da Administração Pública participarem na fixação das referidas condições.
>
> Art. 8º solução de conflitos surgidos em razão da fixação das condições de trabalho será buscada de maneira adequada às condições nacionais, por meio da negociação entre as partes interessadas ou por mecanismos que dêem garantias de independência e imparcialidade, tais como a mediação, a conciliação ou a arbitragem, instituídos de modo que inspirem confiança às partes interessadas.

5 Cabe esclarecer, contudo, que para a OIT não há amplo direito de greve como reflexo de liberdade sindical e da negociação coletiva para os servidores públicos estatutários, com adverte MONÍZ-LOPEZ, Carlos. O Direito de greve, Experiências internacionais e doutrina da OIT, LTr, OIT e IBRART, São Paulo, 1986, pág. 26: *Convém recordar, por outro lado, como o fez o Comitê de Liberdade Sindical da OIT em várias ocasiões que "o reconhecimento do princípio de liberdade sindical aos funcionários públicos não implica necessariamente o direito de greve". Tampouco o convenio n. 151 (1978), sobre relações de Trabalho na Administração Pública, contém algum pronunciamento expresso sobre tal matéria.*

6 Cabe registro que o Brasil também recepcionou a Recomendação nº 159 da OIT, que serve como norma auxiliar sobre o exercício da representatividade sindical no setor público. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7944.htm. Acesso em 06.04.2015.

Assim, segundo a norma internacional, a negociação entre os servidores públicos e a Administração Pública devem ser encorajadas e promovidas com o intuito de garantir não apenas uma melhoria nas condições de trabalho, mais a solução ampla de conflitos, visto que serve como instrumento dos mais factíveis, democráticos e avançados para a solução dos conflitos de trabalho.

É importante ressaltar, que esta norma internacional ao ser recepcionada, "passa a ser, em nosso ordenamento, direito fundamental" (LEITE, 2014, p.150), inclusive com aplicação imediata, em face da norma do art. 5º, § 1º da Constituição.

Por sua vez, a Convenção nº 154 da OIT, em seu art. 1º, assim dispõe:

> Art. 1 — 1. A presente Convenção aplica-se a todos os ramos da atividade econômica.
>
> (...)
>
> 3. No que se refere à administração pública, a legislação ou a prática nacionais poderão fixar modalidades particulares de aplicação desta Convenção.

Contudo, como se pode observar, as referidas Convenções não mencionam a forma como se dará essa negociação, mas induzem aos Estados membros signatários a estabelecerem instrumentos de diálogo que concretizem a negociação coletiva de forma institucionalizada, o que não vem ocorrendo aqui no Brasil.

Logo o direito a negociação está sendo garantido formalmente pela Carta Maior, contudo, as condições para o seu exercício não estão dispostas em lei, cabendo, como antedito, ao país que as ratificaram estabelecer mecanismos para que trabalhadores e Administração possam entabular negociações no sentido de fazer valer o diálogo e a necessária forma de solução de conflitos.

Ou seja, não se vislumbra uma vontade política do Estado brasileiro em dar efetividade e levar a cabo os instrumentos de negociação coletiva no setor público de forma sistemática e válida para todos os setores da Administração (BARROSO, 2010. p.75), presente nos instrumentos internacionais que tratam da matéria, que poderia ser definido por meio de ampliação das garantias sociais dos servidores com regulamentação por lei específica, inclusive a mesma que trata do direito de greve, em atividade preambular ao exercicio do direito da autotutela, visto que tal ampliação do rol de direitos sociais não fere qualquer preceito de ordem constitucional, uma vez que está relacionado com os próprios fundamentos da República presentes no art. 1º da carta maior, uma vez que o tema se insere como direito fundamental, como desdobramento do direito de criar e participar de organizações sindicais, assegurado no art. 23, IV da Declaração Universal dos Direitos Humanos[7].

Como lembrado por Rinaldo Guedes Rapassi (RAPASSI, 2005. pág. 84), o Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT já deliberou em seu verbete n. 893:

> Todos os trabalhadores da administração pública, que não estão a serviço da administração do Estado, deveriam gozar do direito de negociação coletiva e dever-se-ia dar prioridade a esse direito como meio de resolver os conflitos que possam surgir na definição das condições de emprego da administração pública.

7 Art. 23
(...)
IV) Todo o homem tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.

Em igual sentido, Rapassi ratifica que:

> Lembramos então, a orientação da OIT contida nos verbetes ns. 531 e 533 do Comitê de Liberdade Sindical de seu conselho de Administração rezam:
>
> 531. O reconhecimento do princípio da liberdade sindical aos funcionários públicos não implica necessariamente o direito de greve.
>
> 533. O Comitê admitiu que o direito de greve pode ser objeto de restrições, inclusive proibições, quando se trate de função pública ou de serviços essenciais, na medida em que a greve possa causar graves prejuízos à coletividade nacional e à condição de que estas restrições sejam acompanhadas de certas garantias compensatórias.

Nota-se que a normativa nacional sobre o sindicalismo brasileiro para o setor público possui grande contradição, pois admite a possibilidade do exercício do direito de greve, com norma constitucional sobre a matéria, art. 37, VII e, contudo, deixa de estabelecer critérios formais de procedimentos prévios como meios de solução do conflito pela negociação coletiva, mesmo ratificando as normas internacionais que tratam desse assunto, as Convenções n. 151 e 154 e sendo utilizada a lei n. 7.783 de 1989 para o exercício do direito de greve.

Originariamente a lei n. 8.212, de 1990, regulamentava nas alíneas "d" e "e" do art. 240 a negociação coletiva, sendo de competência da Justiça do Trabalho o julgamento dos respectivos dissídios. Entretanto, o STF, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 491-I-DF, acabou por impedir a efetividade da norma, ao julgar no sentido de ser incompatível com o regime jurídico estatutário (MORAES, 2012, pág. 62).

Em que pese a não isonomia na aplicação dos direitos sindicais entre os trabalhadores da esfera privada e os servidores públicos, alguns administrativistas defendem a manutenção da ausência de negociação coletiva para tais profissionais, como se tem das lições de Fernanda Marinela.

> O principal papel da sindicalização é sua utilização como instrumento de pressão para as reivindicações sociais e econômicas. Entretanto, a remuneração dos servidores públicos está condicionada à previsão legal, o que impede as negociações econômicas por parte do sindicato. Nesse sentido já sumulou o STF, Súmula nº 679 que diz A fixação de vencimentos dos servidores públicos não pode ser objeto de convenção coletiva. As convenções e acordos são peculiares do setor privado e incompatíveis com o regime funcional público. (MARINELA, 2010, p.177).

José dos Santos Carvalho Filho, sustenta que

> Outro aspecto que merece realce consiste no tipo de atuação do sindicato de servidores públicos. Os sindicatos são entidades que servem como instrumento de pressão para dois tipos de reivindicação em favor dos trabalhadores: uma de caráter social e outra de caráter econômico. No caso dos sindicatos de servidores, entretanto, é necessário o recurso à interpretação sistemática da Constituição. A matéria relativa aos vencimentos dos servidores obedece, como vimos, ao princípio da legalidade, isto é, são fixados e aumentados em função de lei. Esse princípio impede que haja negociação e reivindicação sindical de conteúdo econômico. Por isso mesmo, inviável será a criação de litígio trabalhista a ser decidido em dissídios coletivos, como ocorre na iniciativa privada. A atuação sindical nessa hipótese terá que observar algumas limitações compatíveis com as regras que disciplinam os servidores públicos, restringindo-se as reivindicações às de natureza social. Em abono desse entendimento, de resto inegavel-

> mente congruente com o sistema adotado pela Constituição, segundo o qual a remuneração dos servidores públicos só pode ser fixada ou alterada por lei específica (art. 37, X, CF), o STF decidiu, em caráter sumular, que a fixação de vencimentos dos servidores públicos não pode ser objeto de convenção coletiva. Desse modo, é de inferir-se que os instrumentos negociais de fixação de valores remuneratórios limitam-se à modalidade de salário e são aplicáveis apenas no âmbito das relações de trabalho do setor privado. Convenções e acordos coletivos são, por conseguinte, institutos incompatíveis com o regime funcional do serviço público. (CARVALHO FILHO, 2008, p. 664)

Tal preocupação dos especialistas na seara administrativa está particularmente restrita no fato de que os vencimentos dos servidores públicos são definidos por lei e que não cabe fixação por negociação coletiva, nos termos da súmula nº 679, STF, reduzindo a noção de negociação coletiva ao de convenção coletiva, quando, na realidade, a convenção coletiva somente poderá ser entendida como uma consequência positiva da negociação, o seu resultado positivo e pretendido pelo Estado, ao propiciar que os interlocutores sociais possam dialogar e estabelecer condições específicas de trabalho (BARROSO, Fábio Túlio, 2010, pág. 216).

Por sua vez, o próprio Tribunal Superior do Trabalho continha posicionamento em sua Seção de Dissídios Coletivos, por meio da sua Orientação Jurisprudencial n. 5, com o seguinte teor original:

> Dissídio coletivo contra pessoa jurídica de direito público. Impossibilidade jurídica. Aos servidores públicos não foi assegurado o direito ao reconhecimento de acordos e convenções coletivos de trabalho, pelo que, por conseguinte, também não lhes é facultada a via do dissídio coletivo, à falta de previsão legal.

Todavia, com a ratificação da Convenção n. 151 da OIT pelo país, o TST atualizou a sua jurisprudência no tocante a matéria, admitindo, ainda que para cláusulas sociais e na Administração que contenha empregados, a possibilidade de dissídio coletivo, como se tem do conteúdo da nova redação da Orientação Jurisprudencial n. 05, da seção de dissídios coletivos:

> DISSÍDIO COLETIVO. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. POSSIBILIDADE JURÍDICA. CLÁUSULA DE NATUREZA SOCIAL (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) – Res. 186/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 Em face de pessoa jurídica de direito público que mantenha empregados, cabe dissídio coletivo exclusivamente para apreciação de cláusulas de natureza social. Inteligência da Convenção nº 151 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Decreto Legislativo nº 206/2010.

Naturalmente, que ao admitir a possibilidade de propositura do dissídio coletivo, ainda que para cláusulas de natureza social (LEITE, 2014, pág. 151) [8], tem-se forçosamente e preliminarmente a necessária possibilidade de negociação coletiva, tal e qual acontece nos momentos que antecedem o exercício do direito de greve, que é exercida, no que couber, conforme posicionamento consolidado no STF.

Por sua vez, a OIT vem buscando estreitar o contato entre as partes, evitando-se um conflito maior, como a greve, sendo a negociação o meio de solução de conflitos indicado, como anteriormente informado, tendo como base o art. 3º da lei n. 7.783 de 1989.

8 Cláusulas de natureza social são aquelas que não implicam aumento de despesa e trazem benefícios sociais para os servidores, como por exemplo, a que amplia o prazo de garantia no emprego da servidora celetista gestante para além do fixado em lei. Logo, a partir de uma interpretação restritiva, cláusulas de natureza econômica não poderiam ser objeto de dissídio coletivo ajuizado em face de pessoa jurídica de direito público.

Em que pese ser defendida a regulamentação da negociação coletiva para os servidores públicos, tem-se como premissa que não poderá ser idêntica ao do setor privado, em face das limitações legislativas deste. Isto porque a Administração Pública é regida por leis e qualquer alteração na situação funcional dos seus servidores depende de lei específica para a implementação, não dependendo de mera liberalidade das partes (DA SILVA, 2008, pág.91). Além do mais, a Administração não poderá ser equiparada a uma categoria econômica, precisando de um tratamento próprio, sobretudo no tocante à conclusão positiva dessa negociação coletiva, com a regulamentação da forma de reajustes salariais, naturalmente por lei.

5. DA VIABILIDADE DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA NO SETOR PÚBLICO. NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO DA MATÉRIA

Segundo Sergio Pinto Martins, "*a negociação coletiva é uma forma de ajuste de interesses entre as partes, que acertam os diferentes entendimentos existentes, visando encontrar uma solução capaz de compor suas posições*" (MARTINS, 2006, p.779), possuindo quatro funções distintas, sendo elas a função jurídica, a função política, a função econômica e função social.

A função jurídica abarca, na realidade, três acepções distintas. A vertente normativa, responsável pela criação de normas aplicáveis as partes; a vertente obrigacional, que determina a criação de obrigações e direitos entre as partes e a vertente compositiva, que supera os conflitos, trazendo equilíbrio para as relações.

Ora, pelo disposto até o momento, é possível a aplicação da função jurídica a negociação coletiva no setor público, pois podem ser criadas normas legais entre as partes que prevejam obrigações e direitos recíprocos a fim de superar os conflitos existentes.

Deve-se destacar que existem conflitos no setor público, principalmente ligados às condições de trabalho, que podem ser solucionados diretamente pelas partes, um exemplo disso são as atas das reuniões realizadas nos diversos setores da administração pública. Os empregados e os representantes do ente público discutem os problemas da instituição e resolvem os problemas apontados.

A função política diz respeito ao incentivo ao diálogo, a fim de que as partes resolvam suas divergências.

Conflitos existem em todos os setores, público ou privado, e podem e devem ser solucionados com o diálogo, não havendo qualquer impossibilidade de aplicação de tal função no setor público, ao contrário. Hoje é amplamente utilizada e incentivada como forma de solução de conflitos, devendo o diálogo prevalecer em detrimento do embate.

A função social garante a participação dos trabalhadores nas decisões, sendo plenamente aplicável aos servidores públicos quando as decisões estiverem relacionadas ao serviço público que está sendo prestado.

Por fim, a função econômica, que é a responsável pelo benefício econômico.

Em que pese existir a Súmula 679 do STF impedindo a convenção coletiva quando do aumento dos vencimentos dos servidores, sob o argumento de que os mesmos dependem de lei específica, tal justificativa não impede a aplicação da negociação coletiva.

Ora, por meio da negociação coletiva os representantes dos servidores negociarão a viabilidade de um aumento nos vencimentos com base na Lei Orçamentária, de modo a beneficiar os servidores e não onerar ilegalmente os cofres públicos.

Diante dessa situação, o Governo Federal criou, por meio de Protocolo, a Mesa Nacional de Negociação Permanente (MNNP), para "garantir a democratização das relações de trabalho através de um sistema permanente de negociação coletiva que explicite os conflitos e demandas decorrentes dessas relações na Administração Pública" (MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/ministerio.asp?index=11&ler=t10215>), melhorando as condições dos serviços públicos prestados a população.

A MNNP é composta pela Mesa Central e pelas Mesas Setoriais, ambas de caráter deliberativo, formadas pela bancada governamental e pela bancada sindical, tendo como objetivo:

> A busca de soluções negociadas para interesses manifestados pelos servidores e pela Administração Pública Federal; A elaboração e a regulamentação legal de um sistema de negociação permanente; A discussão e a negociação da pauta unificada de reivindicações dos servidores públicos; O estabelecimento de procedimentos e de normas que visem a melhoria da qualidade dos serviços prestados à população; O debate de temas relacionados à democratização do Estado e à cidadania. (MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/ministerio.asp?index=11&ler=-t10215>Acessado em: 04.04.2015)[9]

Na Mesa Central participam as entidades sindicais o os ministérios, cabendo a ela discutir: política salarial, direitos sindicais, seguridade social, reestruturação do serviço público, plano de cargos e carreiras e o papel do Estado. Já nas Mesas Setoriais participam o Ministério ou órgão específico e as entidades sindicais específicas, de âmbito nacional, sendo institucionalizado por meio precário que tal instrumento se caracteriza como forma metodológica de solução de controvérsias entre os servidores e a Administração[10].

Esse modelo de Mesas de Negociações também é utilizado por outros Entes Administrativos, estaduais e municipais. No Município do Recife, por exemplo, foi criada a Mesa de Negociação Setorial da Secretaria Municipal de Saúde do Recife, a partir da Portaria GAB/SS/PCR nº 193 de 29 de dezembro de 2007. Por meio desse instrumento vem se implementando constantes diálogos, discussões e negociações entre a gestão pública municipal e as entidades sindical representativas dos profissionais de saúde.

Outros exemplos são seguidos pelo estado do Ceará, que por meio do Decreto nº 28.904, de 04 de outubro de 2007, instituiu a Mesa Estadual de Negociação Permanente:

> (...) com a finalidade de estabelecer um canal permanente de negociação entre o Governo do Estado e os Trabalhadores do Serviço Público representados pelas entidades de classe que compõem o Fórum Unificado das Associações e Sindicatos dos Servidores Públicos Estaduais do Ceará (FUASPEC). (ARAÚJO, Ângela Márcia Fernandes, pág. 5)

Em que pese ser um importante passo para a democratização das relações na esfera pública para a negociação coletiva, tais Mesas não possuem uma regulamentação legal uniforme capaz de definir a periodicidade, a composição, os requisitos mínimos de negociação, a duração, a obrigatoriedade, podendo ser facilmente desestruturada pelos Entes Públicos quando da substituição dos governantes pelo processo eleitoral, podendo ser refém do casuísmo político.

Não se pode deixar de ponderar que a criação de tais Mesas é um avanço em face da omissão legislativa sobre o tema e demonstram a importância e a viabilidade da negociação coletiva no serviço público. Contudo, como há previsão no sentido de se regulamentar a matéria, pela recepção das Convenções n. 151 e 154 da OIT, a compreensão é que a delimitação objetiva do procedimento negocial deverá vir por meio de lei, a fim de que os servidores e seus representantes sindicais possam participar, efetivamente, da conformação das normas que regem as

---

9 Regimento Institucional da Mesa Nacional de Negociação Permanente – MNNP em: ttp://www.condsef.org.br/downloads/Regimento_Institucional_MNNP.pdf. Acesso em 06.04.2015.

10 Cláusula Terceira. Constituem objetivos e finalidades da MNNP:
1) Instituir metodologias de tratamento para os conflitos e demandas decorrentes das relações funcionais e de trabalho no âmbito da Administração Pública Federal, direta, autárquica e fundacional, de caráter permanente, buscando alcançar soluções negociadas para os interesses manifestados por cada uma das partes, até que venham a instituir um Sistema de Negociação Permanente; 2) Instituir e promover a regulamentação legal de um Sistema de Negociação Permanente; 3) Negociar a Pauta Unificada de Reivindicações dos Servidores Públicos Federais, protocolada pela Bancada Sindical junto ao Governo Federal; 4) Discutir a estrutura da máquina pública e da gestão administrativa; 5) Estabelecer procedimentos e normas que ensejam melhorias nos níveis de resolutividade e da qualidade dos serviços prestados à população; 6) Tratar de temas gerais e de assuntos de interesse da cidadania, relacionados à democratização do Estado, nos termos estabelecidos no "Protocolo para instituição formal da MNNP" http://www.condsef.org.br/downloads/Regimento_Institucional_MNNP.pdf Acesso em 06.04.2015.

suas vidas funcionais sem que haja qualquer dúvida ou questionamento sobre a legalidade deste assunto, em plena harmonia com as normas internacionais que o país se obrigou a cumprir no seu estuário normativo interno.

6. CONCLUSÃO

No primeiro capítulo foi realizada uma abordagem legislativa sobre a negociação coletiva, comprovando que a esfera privada foi contemplada com normas regulamentadoras em detrimento do setor público.

Não havendo norma regulamentadora sobre a negociação coletiva no setor público , foi proposto no segundo capítulo um estudo sobre a Convenção nº 151 da OIT e a necessidade de regulamentação desta matéria.

No referido capítulo foram analisadas as normas das Convenções da OIT, bem como os argumentos contrários a regulamentação da matéria para os servidores públicos civis, onde foi possível constatar que, na realidade, não há qualquer impedimento legal ou jurisprudencial que impeça a utilização de instrumentos negociais formais entre servidores e Administração.

Ora, se o servidor público pode exercitar o direito de greve, também deve ser garantido o exercício da negociação coletiva, sob pena de aplicação ilógica de normas, em face do preceito contido no art. 3º da lei n. 7.783 de 1989, lei de greve, que determina como requisito para o exercício de tal direito que tenha sido esgotada a tentativa de autocomposição.

Assim, não há, repita-se, justificativa para a não regulamentação da matéria, visto que não implicaria qualquer tipo de prejuízo para o ente público, ao contrário, traria mais segurança e clareza quando as soluções de conflitos e reivindicação das categorias, devendo haver a regulamentação da negociação coletiva, inclusive podendo ocorrer na mesma lei que deverá regular o exercício da greve, em obediência ao teor do art. 37, VII da Constituição, visto que a negociação é uma atividade preambular à autotutela.

Enquanto no âmbito privado o gestor tem liberdade para negociar com as entidades de classe, no âmbito público tal premissa não é verdadeira, pois a administração pública encontra-se vinculada a normas que impedem uma atuação livre do administrador público.

Assim, ente público poderá firmar uma convenção coletiva com o sindicato dos servidores públicos para regular uma situação específica que demande acréscimos financeiros, pois a verba destacada nessa convenção deve conter a devida rubrica orçamentária, ou seja, lei.

No terceiro e último capitulo foi demonstrado que apesar de não haver uma sistematicidade normativa no tocante à negociação coletivo para os servidores públicos civis, algumas esferas da Administração acabaram por instituir meios de diálogos, como as Mesas de Negociação que, embora não possuam regulamentação legal, são criadas como forma de solucionar os conflitos entre a Administração Pública e os Servidores Públicos Civis de maneira que esta possa participar ativamente da produção das normas que regulamentarão as suas vidas profissionais, demonstrando a importância do tema nos dias atuais.

Com isso, foi verificado que é viável e extremamente necessário que haja a efetiva regulamentação da negociação coletiva para o setor público, como previsto na Convenção nº 151 da OIT, de modo a permitir que os servidores possam exercer livremente a atividade sindical, sem contradições ou setorizações na aplicação da norma interna, recepcionando efetivamente as normas internacionais que o país ratificou para esta importante matéria.

REFERÊNCIAS

AUGUSTO, Ilnah Toledo. Sindicalismo no setor público. Trajetórias e Perspectivas, LTr, São Paulo, 2008.

ARAÚJO, Ângela Márcia Fernandes. Mesa estadual de negociação permanente – avanços e desafios na relação governo e servidores. http://www.escoladegoverno.pr.gov.br/arquivos/File/Material %20CONSAD/paineis II congresso consad/painel 42/mesa estadual de negociacao permanente avancos e desafios.pdfAcesso em 06.04.2015.

BARROSO, Fábio Túlio. Estudos sobre o direito sindical, EDUFPE, Recife, 2010.

BARROSO, Fábio Túlio. Manual de Direito Coletivo do Trabalho, LTr, São Paulo, 2010

BARROSO, Fábio Túlio. Servidores públicos da esfera civil e militar: sindicalização e greve. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11514>. Acesso em 23.06.2015.

BRASIL. Constituição Federal da Republica Federativa do Brasil de 1988. Brasília. DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 20.03.2015.

CARDOSO, Eliane Gomes de Bastos; PEDRO, Nívea Simone de Freitas. Servidores Públicos: Um breve estudo. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 92, set 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10324>. Acesso em jun 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 19ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DA SILVA, Antônio Álvares. Greve no serviço público depois da decisão do STF, LTR, São Paulo, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. Direito Administrativo Ed. 21, São Paulo: Atlas, 2008. p.352.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra, LEITE, Laís Durval. A greve do servidor público civil como direito humano fundamental. Em Direito Internacional do trabalho e as Convenções da OIT Comentadas. Organização de ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de e COLNAGO, Lorena de Mello Rezende, LTR, São Paulo, 2014, pág. 150.

RAPASSI, Rinaldo Guedes. Direito de Greve de Servidores Públicos, LTR, São Paulo, 2005, pág. 84.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra, LEITE, Laís Durval. A greve do servidor público civil como direito humano fundamental. Em Direito Internacional do trabalho e as Convenções da OIT Comentadas. Organização de ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de e COLNAGO, Lorena de Mello Rezende, LTR, São Paulo, 2014.

MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. São Paulo: Atlas, 2006.

MARINELA, Fernanda. Servidores Públicos. Niterói: Impetus, 2010.

Ministério do Planejamento. Mesa Nacional de Negociação. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/ministerio.asp?index=11&ler=t10215>. Acesso em 04.04.2015.

MORAES, Márcio André Medeiros. O Direito de Greve no serviço Público, J.M. Livraria e Editora, Curitiba, 2012.

Organização Internacional do Trabalho. Convenção nº 98. Disponível em: < http://www.oitbrasil.org.br/node/465>. Acesso em 20.03.3015.

Organização Internacional do Trabalho. Convenção nº 151. Disponível em: < http://www.oitbrasil.org.br/node/501>. Acesso em 20.03.3015.

Organização Internacional do Trabalho. Convenção nº 154. Disponível em: < http://www.oitbrasil.org.br/node/503>. Acesso em 20.03.3015.

OLIVEIRA, Marcia Maria Gomes. Análise do Processo de Implementação da Mesa de Negociação de Negociação Setorial da Secretária de Saúde do Recife no Período de 2008 a 2010. Disponível em: < http://www.cpqam.fiocruz.br/bibpdf/2011oliveira-mmg.pdf> Acesso em 04.4.2015

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. Reforma Administrativa: o Estado, o serviço público e o servidor. 2 Ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1998. P.47.

CONSTITUCIONALISMO E SEPARAÇÃO DE PODERES:

entre Cortes e Parlamentos na proteção dos direitos fundamentais.

Glauco Salomão Leite[1]

1. INTRODUÇÃO

A doutrina da separação dos poderes é essencial ao modelo liberal-clássico do constitucionalismo do século XVIII. A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a sedimentou em seu artigo 16, ao fixar que: "A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição". Assim, direitos fundamentais e separação dos poderes passariam a integrar a receita moderna de Constituição fruto das revoluções liberais burguesas, como critérios de legitimidade material dos textos constitucionais.

Apesar disso, o modelo concreto de organização dos poderes no Estado e a dinâmica de atuação de seus protagonistas refletem fatores histórico-culturais, muitas vezes não revelados nos documentos constitucionais. A história do constitucionalismo, portanto, é marcada fundamentalmente pela tentativa de estabelecer restrições jurídicas ao exercício do poder pelos órgãos estatais. Sendo assim, apesar das variáveis que estão presentes nos mais diversos ambientes político-institucionais, o constitucionalismo pode ser compreendido como a antítese do governo despótico, do governo do capricho, em vez do direito[2]. Busca-se, portanto, impedir o aparecimento de alguma instância política hegemônica.

Ocorre que as ideias constitucionais precisam ser compreendidas no ambiente histórico em que se desenvolveram, especialmente se o propósito é analisar sua adequação a uma nova realidade. Assim, embora as reivindicações pela limitação do poder estatal, os pressupostos filosófico-políticos de cunho liberal e a preocupação com a proteção de direitos e liberdades individuais sejam um denominador comum nos movimentos constitucionais que ocorreram nos Estados Unidos e na Europa nos séculos XVIII e XIX, o fato é que o discurso a favor da supremacia constitucional não provocou os mesmos resultados nos dois lugares[3]. O estudo da facticidade do constitucionalismo, portanto, indica que a mudança de cenários não é apenas a simples troca de uma cobertura superficial, como se a substância permanecesse inalterada[4]. Com efeito, a defesa judicial da Constituição não foi compreendida como uma consequência natural e decorrente da supremacia constitucional nesses dois marcos do constitucionalismo ocidental moderno. Além disso, a sua própria formação se deu diante de fortes críticas. Daí a importância em resgatar os fundamentos que respaldaram a jurisdição constitucional em sua origem e sua recepção em solo europeu apenas no século XX.

---

1 Doutor em Direito Público pela UFPE. Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP. Professor de Direito Constitucional da UFPB, da Universidade Católica de Pernambuco e da Faculdade Damas de Instrução Cristã. Advogado. Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/PE.

2 MCILWAIN, Charles Howard. *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Traducción de Juan José Solozábal Echavarría. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 37.

3 FIORAVANTI, Maurizio. *Apunti di storia dele constituzioni moderne*: le libertá fundamentali. 2. ed. Torino: Giappichelli, 1995. p. 52 e ss.

4 COSTA, Pietro. *Democrazia politica e Stato constituzionale*. Napole: Editoriale Scientifica, 2006. p. 9.

2. O CONTRIBUTO DA EXPERIÊNCIA AMERICANA: ENTRE A DEFESA DA CONSTITUIÇÃO E A SUPREMACIA JUDICIAL

O constitucionalismo estadunidense propiciou o surgimento de um sistema político republicano pautado na supremacia de uma constituição escrita e rígida, bem como na vinculação dos poderes estatais a essa constituição. Pode-se afirmar que um de seus aspectos mais marcantes desde o início tem sido a competência do Poder Judiciário para fiscalizar os atos dos outros poderes, inclusive do próprio legislador democrático. A inserção da *judicial review* no rol das atribuições inerentes à função jurisdicional confere um inegável poder político às Cortes. Mais interessante ainda é notar que essa prerrogativa nunca esteve prevista textualmente na Constituição de 1787. Coube à Suprema Corte, em 1803, então presidida pelo *Chief Justice* John Marshall, anunciar um modelo de jurisdição constitucional que, mais tarde, seria implementado em vários países no mundo.

As teses defendidas por Marshall, em linhas gerais, reproduzem as ideias expostas ao debate público nos *Federalist Papers* no período de ratificação do texto constitucional aprovado na Convenção da Filadélfia[5]. Os artigos federalistas foram um considerável esforço de James Madison, Alexander Hamilton e John Jay na defesa da forma de Estado e do sistema de governo previstos no projeto constitucional, o que incluía a análise da própria natureza da Constituição, do papel reservado ao Poder Judiciário e sua relação com os outros poderes.[6]

O arcabouço doutrinário em favor do controle judicial de constitucionalidade se comporia de certos elementos compreensíveis diante dos antecedentes históricos da emancipação das ex-colônias e da ulterior aprovação do texto constitucional. Em primeiro lugar, o ponto de partida da argumentação de Hamilton consiste em considerar a Constituição como a expressão autêntica da vontade constituinte do povo. Por essa razão, todos os órgãos estatais, inclusive o Poder Legislativo, estariam subordinados àquela vontade suprema e fundante da ordem política. Nessa linha de pensamento, não existiria princípio mais evidente do que o de reconhecer que qualquer lei que contrariasse a Constituição seria tida como nula (*void*). Isso significa excluir os temas constitucionais das deliberações da política ordinária.

Consequentemente, as Cortes figurariam como *intermediários* entre o povo e seus representantes, mantendo estes últimos nos limites pré-fixados pelas normas constitucionais[7]. O controle jurisdicional do legislador foi visto como necessário perante a supremacia da Constituição, evitando que os representantes transitórios da maioria da coletividade terminassem por confundir sua vontade com aquela consagrada primeiramente no texto constitucional. Por isso, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei pelo Poder Judiciário não deveria ser interpretada como uma invasão no raio de atuação do Poder Legislativo, mas como um mecanismo de contenção dos excessos da atividade legiferante. Em outras palavras, os Tribunais impediriam o advento do absolutismo parlamentário.

Pois bem, mesmo considerando que o controle de constitucionalidade sequer foi previsto expressamente pela Constituição estadunidense, tal lacuna não impediu o seu desenvolvimento, apoiado na primazia da Constituição anunciada pela voz de Hamilton anos atrás e reforçada pelo voto de Marshall. De fato, este igualmente situa a Constituição como lei suprema (*paramount law*) em seu voto, ao dizer:

---

5 Mais especificamente, o Artigo 78, escrito por Alexander Hamilton, é o que apresenta as doutrinas iniciais a favor do controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário. (MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1993. p. 480-481).

6 MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John, *Os artigos federalistas*: 1787-1788, cit.

7 "Não há posição fundada em princípios mais claros que aquela de que todo ato de um poder delegado que contrarie o mandato sob o qual é exercido é nulo. Portanto, nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido. Negar isto seria afirmar que o delegado é maior que o outorgante; que o servidor está acima do senhor; que os representantes do povo são superiores ao próprio povo; que os homens que atuam em virtude de poderes a eles confiados podem fazer não só o que estes autorizam, mas o que proíbem." (MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John, op. cit., p. 480-481).

> Entre essas duas alternativas, não há meio-termo. Ou a Constituição é uma lei superior, suprema, imodificável pelos meios comuns, ou ela está no mesmo nível das leis ordinárias, e, assim como elas, é modificável quando o Legislativo pretender. Se a primeira parte da alternativa for verdadeira, então uma lei que contrarie a Constituição não é direito. Se a última parte for verdadeira, então as Constituições escritas são absurdas tentativas do povo de limitar um poder que, pela sua própria natureza, é ilimitado.[8]

Outrossim, sobressai a tentativa de Hamilton de incluir a prática do controle de constitucionalidade no "poder geral de interpretar as leis", que seria o domínio próprio do Poder Judiciário. Ele considera que a fiscalização judicial das leis seria um problema de resolução de uma antinomia. Assim como um juiz deve dirimir um choque entre uma norma ordinária anterior e outra posterior, determinando qual das duas deve ser aplicada ao caso, também lhe caberia ditar qual norma é aplicável se o conflito envolver um preceito constitucional e um preceito de lei ordinária[9]. O *Chief Justice* John Marshall adota o mesmo raciocínio:

> É enfaticamente o campo e o dever do Poder Judiciário dizer o direito. Aqueles que aplicam a norma a casos concretos devem, por necessidade, esclarecer e interpretar essa norma. Se duas leis conflitam uma com a outra, as Cortes devem decidir pela sua aplicação. Então, se uma lei está em oposição à Constituição, se tanto a lei como a Constituição forem aplicáveis ao caso concreto, logo a Corte deve decidir o caso em conformidade com a lei, contrariando a Constituição, ou conforme à Constituição, contrariando a lei, a Corte deve determinar qual das duas normas preside o caso. Essa é a essência do dever do Judiciário. Se, então, os Tribunais estão a considerar a Constituição, e a Constituição é superior a qualquer ato ordinário do Legislativo, a Constituição, e não esse ato ordinário, deve presidir o caso onde as duas seriam aplicáveis.[10]

O constitucionalista americano Bruce Ackerman destaca que os princípios invocados para respaldar inicialmente o controle de constitucionalidade são compatíveis com o modelo de "democracia dualista" preconizado pelos criadores da Constituição. Esse modelo sugere que, numa democracia, pode haver dois tipos de decisão: uma tomada pelo próprio povo; outra pelo seu

---

8 No original: "*Between these alternatives there is no middle ground. The Constitution is either a superior paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it. If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the Constitution is not law: if the latter part be true, then written constitutions are absurd attempts on the part of the people to limit a power in its own nature illimitable*." (UNITED STATES. Supreme Court of the United States. *Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137; 2 L. Ed. 60 (1803)*. Disponível em: <http://www.constitution.org/ussc/005-137a.htm>. Acesso em: 30 out. 2013 – nossa tradução).

9 "A interpretação das leis é o domínio próprio e particular dos tribunais. Uma Constituição é de fato uma lei fundamental, e como tal deve ser vista pelos juízes. Cabe a eles, portanto, definir seu significado tanto quanto o significado de qualquer ato particular procedente do corpo legislativo. Caso ocorra uma divergência irreconciliável entre ambos, aquele que tem maior obrigatoriedade e validade deve, evidentemente, ser preferido. Em outras palavras, a Constituição deve ser preferida ao estatuto, a intenção do povo à intenção de seus agentes." (MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John, *Os artigos federalistas*: 1787-1788, cit., p. 481).

10 No original: "*It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases must, of necessity, expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each. So if a law be in opposition to the Constitution; if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the Constitution; or conformably to the Constitution, disregarding the law; the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty. If, then, the courts are to regard the Constitution, and the Constitution is superior to any ordinary act of the legislature, the Constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply*". (UNITED STATES. Supreme Court of the United States. *Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137; 2 L. Ed. 60 (1803)*. Disponível em: <http://www.constitution.org/ussc/005-137a.htm>. Acesso em: 30 out. 2013 – nossa tradução).

governo[11]. A primeira ocorre com pouca regularidade, sendo qualitativamente superior às escolhas feitas pelos representantes eleitos. As decisões políticas que resultam na criação de leis constitucionais (*higher lawmaking*) se contrapõem à produção da legislação ordinária (*normal lawmaking*). A Câmara dos Representantes, o Senado e a Presidência apenas representam o povo de formas diferentes. No entanto, nenhuma instituição de política ordinária pode se transubstanciar no próprio povo.[12]

Nessa perspectiva, a *judicial review* exercida pela Suprema Corte não deve ser compreendida como antidemocrática, o que levaria a reconhecer sua "dificuldade contramajoritária"[13]. Em vez de ameaçar a democracia ao frustrar as demandas políticas de uma legislatura ordinária, as Cortes servem ao regime democrático, ao proteger os valores fundantes do pacto constitucional, resultantes de escolhas políticas de uma cidadania robustamente mobilizada. Essa atuação preservacionista da Corte integra um projeto mais amplo que busca separar com clareza a vontade do povo (*the will of We the People*) dos atos dos seus representantes (*the acts of We the Politicians*)[14]. Com esse raciocínio, Bruce Ackerman sustenta que a decisão de Marshall foi um esforço em fixar o controle de constitucionalidade como um desdobramento institucional da teoria da democracia dualista.

Nada obstante, o fortalecimento da Suprema Corte com o controle de constitucionalidade fazia surgir outra indagação importante: quem poderia impedir a Corte de cometer algum abuso ao interpretar o texto constitucional? A resposta, mais uma vez, é exposta por Hamilton, ao revelar certo otimismo por reconhecer que, sem qualquer dúvida, o Judiciário, se comparado aos demais poderes, "é o menos perigoso". É interessante notar que o próprio Hamilton se apoia na posição de Montesquieu para asseverar que o Judiciário é o mais fraco dos três poderes, jamais podendo enfrentar com êxito o poder do Executivo e do Legislativo, e que, por isso, deveria tomar todas as precauções possíveis para defender-se dos ataques desses últimos.[15]

Pois bem, diante desse cenário, os específicos valores atribuídos à Constituição, à lei e ao poder judicial formaram as bases para concretizar a doutrina da separação dos poderes sob a forma dos freios e contrapesos (*checks and balances*), permitindo que os juízes exercessem a fiscalização dos atos legislativos. A *judicial review*, portanto, esteve apoiada basicamente em três premissas: a Constituição como lei fundamental da nação; a maior capacidade institucional para o Judiciário interpretá-la nos casos que lhes forem submetidos; e o caráter definitivo da interpretação judicial, isto é, a supremacia judicial.

O modelo estadunidense tem sido amplamente difundido e vincula a supremacia da Constituição à existência do controle de constitucionalidade dos atos do Legislativo e do Executivo por um Poder Judiciário independente. Em outras palavras, sem revisão judicial das leis não se poderia falar em Constituição como *higher law*. No entanto, esse raciocínio tem sido alvo de críticas. Em primeiro lugar, não obstante a superioridade normativa das Constituições escritas e rígidas se encontrar entre as bases do constitucionalismo, disso não se segue, a partir de uma derivação puramente lógica, que compete a um órgão judicial a sua proteção. A escolha, portanto, da instância responsável pela proteção da Constituição é de natureza política e não uma questão de princípio, conforme destacado por Alexander Bickel[16]. Em segundo lugar, a Constituição não limita apenas as competências dos Poderes Executivo e Legislativo, senão também do Judiciário. Logo, seria muito mais problemático permitir que um órgão judicial determinasse, dando a última palavra, os limites dos demais poderes, pois ele não está sujeito ao crivo eleitoral. Em terceiro lugar, se a defesa judicial da Constituição fosse uma simples questão de princípio, e não fruto de opções

11 ACKERMAN, Bruce. *We the people:* foundations. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991. v. 1, p. 6.

12 ACKERMAN, Bruce, *We the people:* foundations, cit., v. 1, p. 182.

13 BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch*: the Supreme Court at the Bar of Politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962. p. 16.

14 ACKERMAN, Bruce, *We the people:* foundations, cit., v. 1, p. 10.

15 MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John, *Os artigos federalistas*: 1787-1788, p. 479.

16 BICKEL, Alexander, *The least dangerous branch*: the Supreme Court at the Bar of Politics, cit., p. 3.

políticas, não teria sentido todo o debate em torno de sua legitimidade democrática que existe há mais de duzentos anos.

A análise combinada do ambiente político em que se originou solenemente o controle de constitucionalidade das leis com a fundamentação que foi adotada demonstra o evidente antagonismo entre os poderes políticos quererem agir em nome do povo, e legitimados por este nas urnas, e o contrapeso por parte do Judiciário em preservar a pretérita vontade constituinte exposta na carta constitucional. O advento, e posterior expansão da *judicial review*, portanto, esteve apoiado muito mais numa específica escolha política e na maneira como as instituições interagem do que, propriamente, na sua previsão formal na lei constitucional.

3. O PERFIL LEGICÊNTRICO DO CONSTITUCIONALISMO EUROPEU: SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO OU DA LEI?

Assim como ocorreu no movimento americano, foram os condicionamentos sociopolíticos que determinam os papéis desempenhados pela Constituição, pela lei e pela função jurisdicional no constitucionalismo europeu continental de matriz francesa. A ausência de mecanismos de defesa judicial da Constituição pode ser se entendida a partir da conjugação de três elementos: a) o valor atribuído ao parlamento e, consequentemente, ao direito legislado; b) a natureza da função jurisdicional; e, c) o desenho institucional de separação dos poderes.

Em relação à importância dispensada ao órgão legislativo, cumpre destacar um paralelo com a experiência estadunidense. Com efeito, em razão das constantes tensões com a "pátria-mãe", enraizou-se nas ex-colônias que a autoridade para criar leis era a mais poderosa, já que era o principal responsável pela imposição de obrigações aos súditos e, por tal razão, seria considerada a mais temida[17]. Por outro lado, os movimentos revolucionários franceses se voltaram contra o poder absoluto do monarca, tendo como objetivo a derrubada do Antigo Regime. As arbitrariedades cometidas pelo governante e a manutenção de privilégios de uma classe minoritária provocaram o surgimento de uma reação coletiva capitaneada pela burguesia liberal, apoiada em premissas político-filosóficas que arranharam a legitimidade do absolutismo político. Por influxo do racionalismo presente no período, passou-se a questionar essa legitimidade mística do poder, exigindo-se um fundamento racional para a obediência devida à autoridade do monarca, de sorte a evitar que ela derivasse da "graça de Deus", do carisma, da tradição ou de qualquer outra qualidade irracional.[18]

Além disso, a noção de individualismo que movia as doutrinas liberais consistia em conceber os indivíduos como iguais, promovendo uma ruptura com os critérios estamentais e hierarquizantes de concessão de direitos e de participação política. Dessa maneira, visava-se à diluição do poder do monarca, substituindo-o por uma instância que representasse a vontade política da coletividade composta por indivíduos iguais. E essa instância não poderia ser outra senão o Poder Legislativo, que passaria a representar a soberania popular.

Nesse sentido, decisivo para a importância atribuída ao parlamento, e, consequentemente, à lei, foi o uso que se fez da noção de "vontade geral" de Rousseau. Para esse filósofo, na medida que a lei refletia a vontade geral e simbolizava a própria soberania, tal vontade não poderia ser exercida por representantes do povo, ou seja, cuidava-se de uma prerrogativa a ser exercida diretamente pela coletividade, sem qualquer intermediação[19]. Ao final, o conceito de "vontade geral" acabou não apenas se identificando com a vontade dos representantes, mas

17 Os debates na Assembleia da Virgínia, em 1765 mostram a contestação de boa parte dos delegados das colônias contra a tributação tida como autoritária pela Coroa inglesa. Invocaram, assim, como fundamento da ilegitimidade da cobrança a doutrina do "*no taxation without representation*", uma das bandeiras do próprio constitucionalismo britânico (FIORAVANTI, Maurizio, *Apunti di storia dele constituzioni moderne*: le libertá fundamentali, cit., p. 80).

18 GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Reimpr. Madrid: Alianza, 1993. p. 161; LOWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Traducción de Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed., 3. reimpr. Barcelona: Ariel, 1983. p. 150.

19 "Não se pode representar a soberania pela mesma razão que se não pode alienar; *consiste ela essencialmente na vontade geral, e a vontade não se representa; ou é ela mesma, ou outra, e nisso não há meio-termo*; logo os deputados do povo não são, nem podem ser representantes seus [...]. Não sendo a lei senão a mostra da vontade geral, é claro que no Poder Legislativo não pode o povo ser representado." (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 91-92, item XV do Livro III – destaque nosso).

também com a vontade majoritária deles[20]. Consequentemente, a soberania popular se deslocou para a soberania do parlamento eleito.[21]

Levando-se em conta tais fatores, desenvolveu-se aquilo que seria o conceito moderno-iluminista de lei, dominante até os princípios do século XX, ou seja, a lei não era apenas expressão da vontade (*voluntas*), mas também, e principalmente, da razão humana (*ratio*). Como resultado, teve-se a consagração da lei como a forma legítima de manifestação do poder político e a ideia de democracia associada à regra majoritária. Entendida dessa maneira, a lei estava em sintonia com os ideais de liberdade e garantia da época. De um lado, sendo a forma adequada de imposição de obrigações aos indivíduos, a obediência à lei significava ceder apenas diante da própria decisão majoritária, e racional, dos representantes do povo, ou seja, ela não é fruto de uma imposição unilateral, e sim do consentimento individual baseado na razão[22]. Por tudo isso, a lei se converteu no melhor instrumento garantista à disposição dos indivíduos, no Estado de Direito de legalidade.[23]

A credibilidade no regime democrático assentado na regra da maioria e na suposta racionalidade da vontade geral se mostra como o contraponto da desconfiança que recai sobre o Poder Judiciário. A imagem deste permaneceu associada aos privilégios de poucos que marcaram o Antigo Regime, de sorte que a magistratura tornou-se conhecida como a nobreza de toga. É claro que tais circunstâncias se refletem no modelo de atuação do juiz. De fato, a identificação da vontade geral com o Poder Legislativo trouxe como consequência a centralização do poder político nessa instância. Por um lado, isso atendia à necessidade de superar o estado anterior de dispersão e fragmentariedade, em que se encontravam os focos de criação do direito, substituindo-os pela imagem de consenso nacional traduzido nas leis e nos códigos[24]. Por outro, significa a exclusão de outros focos de criação jurídica, como, por exemplo, o Poder Judiciário. Assim, a jurisprudência não poderia ser considerada como direito, mas apenas aplicação do direito legislado.

Tudo isso repercutia na interpretação jurídica, moldada nesse contexto de passivismo judicial em face do direito legislado. A identificação do direito com a lei escrita provoca o culto ao texto legal[25]. Assim, toma a cena o formalismo jurídico de viés positivista-legalista, representado pela Escola da Exegese[26]. Eventuais ambiguidades e imprecisões dos textos legais que implicassem alguma margem de discricionariedade na interpretação seriam sinônimas de arbítrio judicial. Em vez de se falar em *construção* da norma jurídica pelo juiz, fala-se em *declaração* da norma já existente e acabada. Oculta-se o aspecto volitivo na atividade interpretativa, evidenciando apenas o aspecto cognitivo ou de conhecimento da lei. A aplicação judicial do direito se desenvolve, então, por meio de processos silogístico-formais, reduzindo a função jurisdicional a uma atividade mecanicista e neutra.

Nesse contexto, verifica-se uma diferente formatação da doutrina da separação dos poderes em relação à que se originou no constitucionalismo americano. As variáveis principais para o modelo francês consistiram na necessidade de reestruturação política do poder entre Executivo e Legislativo, na concepção desse último como representante da vontade geral da coletividade e na descrença em relação ao Judiciário. Se é certo que a doutrina da separação dos poderes

---

20 BLANCO VALDÉS, Roberto L. *El valor de la Constitución*: separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del estado liberal. Madrid: Alianza, 1998. p. 251.

21 PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo de suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p. 150.

22 OTTO, Ignacio de. *Derecho constitucional*: sistema de fuentes. 4. reimpr. Madrid: Ariel, 1995. p. 132.

23 PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La garantia en el estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997. p. 51.

24 TARELLO, Giavanni. *Storia dela cultura giuridica moderna*: le vie dela civiltá. Bologna: Il Mulino, 1976. p. 22-42; OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. In: *Doxa*: Cuadernos de Filosofia del Derecho, Alicante, Universidad de Alicante, Departamento de Filosofia del Derecho, n. 14, p. 175, 1993.

25 Segundo Cristina Queiroz, foi essa concepção de que todo o direito estaria contido na lei que levou, na França, vários professores a proclamarem que não ensinavam o direito civil, mas sim o Código de Napoleão (QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial*: sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 128-129).

26 BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 88.

tomou a feição de uma técnica para a proteção dos direitos e liberdades individuais, não menos certo é que ela provocou uma certa desarmonia no jogo das funções estatais, ao imunizar o Legislativo de quaisquer contrapesos. A separação dos poderes na Europa continental foi desenvolvida a serviço do corpo legislativo, ou seja, para garantir o império da lei e o monismo do Poder Legislativo.

Mesmo com a teoria do poder constituinte formulada inicialmente em solo europeu e com a promulgação de uma Constituição escrita, o que se verificou na França foi a supremacia do Poder Legislativo. Para ser coerente com aquela doutrina, o natural seria considerar o Legislativo como mais um poder constituído, igualando-o aos demais poderes estatais. Todavia, o constitucionalismo emergente das revoluções liberais perseguia a ideia de um poder constituinte que não deveria se esgotar na elaboração de uma Constituição escrita, senão que deveria se perpetuar na implementação do programa político liberal-burguês. A própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 acaba revelando um sentido diferenciado para o Legislativo. Ela não era uma efetiva limitação jurídica, mas sim a consagração de um conjunto de metas que encontrava no legislador o representante mais legítimo para concretizá-las[27]. Portanto, embora a ideia do constitucionalismo propugne, no plano teórico, a limitação jurídico-constitucional de todos os poderes constituídos, na prática, no caso francês, o Legislativo não se submetia a nenhuma outra instância que fosse capaz de exercer o necessário contrapeso. Daí, como observa José Acosta Sánches, falar-se em um constitucionalismo sem Constituição:

> Na realidade, o conceito específico de Constituição e o genérico de constitucionalismo expressam duas ideias-forças distintas que propugnam fatos diversos: respectivamente, a limitação concreta do legislador para proteger a vontade do povo expressa em uma Lei primeira, e a limitação geral do poder político para proteger a sociedade e o cidadão. O característico da segunda ideia-força, sobretudo até o século XX e na Europa, é que não reclama a primeira, não passa necessariamente por ela: é uma limitação do poder político que não exige a concreta e efetiva limitação jurisdicional do poder legislativo.
>
> Se trata de um constitucionalismo, pois, que se define no paradoxo, é dizer, pela ausência de Norma suprema, ainda que em suas formas mais avançadas se expresse mediante a Constituição escrita (nunca jurisdicionalmente protegida).[28]

É bastante visível o contraste do que a Constituição simbolizava no constitucionalismo americano e no europeu. Enquanto a Suprema Corte deflagrou a *judicial review* em 1803, sob o pressuposto da superioridade normativa do texto constitucional e do dever de defendê-lo, em 1804 surgiu o Código Civil de Napoleão, expressão contundente do legicentrismo, pelo qual o juiz não poderia ir além da letra da lei. Portanto, o discurso da limitação da força normativa da Constituição, a crença de que o parlamento representava uma vontade unificada da maioria da coletividade e a busca por uma maior limitação dos poderes dos juízes formaram o ambiente para a consagração do primado da lei e dos códigos e, consequentemente, de sua idolatria. Esse ideário se expandiu por vários países europeus, influenciando, em maior ou menor medida, a relação entre Constituição, leis e atividade jurisdicional.

---

27 FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución*: de la antigüedad a nuestros días. Traducción de Manuel Martinez Neira. Madrid: Trotta, 2001. p. 114; ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*: ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. 5. ed. Madrid: Trotta, 2003. p. 49.

28 ACOSTA SÁNCHES, José. *Formación de la Constituición e jurisdición constitucional*: fundamentos de la democracia constitucional. Madrid: Tecnos, 1998. p. 171. Em sentido semelhante: FIORAVANTI, Mauricio, *Constitución*: de la antigüedad a nuestros días, cit., p. 113 e ss.; ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*: ley, derechos, justicia, cit., p. 24 e ss.; OTTO, Ignacio de, *Derecho constitucional*: sistema de fuentes, cit., p. 133.

4. A GUINADA PARA O ESTADO CONSTITUCIONAL E A REDEFINIÇÃO NA SEPARAÇÃO DOS PODERES

O fim da Segunda Guerra Mundial propiciou o surgimento de um novo ciclo constitucional na Europa, afastando-se de uma longa tradição centrada no mito da lei. Não sem razão, as atrocidades praticadas nessa quadra da história contra os indivíduos, normalmente pertencentes a minorias étnicas, religiosas ou políticas, foi um dos fatores determinantes para a renovação democrática nesses países, culminando com a promulgação de textos constitucionais impregnados pelo discurso dos direitos fundamentais e vinculados à dignidade humana como vetor axiológico. No entanto, percebeu-se de logo que a mera positivação de direitos fundamentais nos textos jurídicos não seria suficiente para assegurar a sua efetiva proteção contra o arbítrio estatal. Com isso, um dos reflexos institucionais desse constitucionalismo contemporâneo foi a expansão da jurisdição constitucional, notadamente pelos Tribunais Constitucionais.

É certo que as substanciais mudanças na relação entre Constituição-lei-juiz foram uma consequência gradativa da perda de prestígio dos parlamentos, deflagrada, inicialmente, com o advento do Estado Social. Nesse sentido, para atender às múltiplas demandas coletivas em setores sociais até então livres de intervenção estatal, a produção legislativa aumentou consideravelmente, causando uma "hipertrofia legislativa". As codificações passaram a ser substituídas por legislações esparsas, na tentativa de responder às diversas exigências de forma específica e tópica. Consequentemente, o legislador deixou de representar a "vontade geral", supostamente homogênea, para atuar em nome de grupos corporativos, com interesses variados e antagônicos, marca de uma sociedade mais complexa. Tomou-se, portanto, consciência de que, longe de formar parte de um âmbito separado do real, a lei integra os conflitos sociais e que longe de ser expressão pura da vontade geral, ela é produzida por uma maioria contingente, interessada e dispersa[29]. No plano pragmático, os ideais de coerência, racionalidade e completude do direito legislado perderam a força de autoconvencimento que possuíam no Estado de Direito legalitário. Com a demasiada produção legislativa do Estado, configurou-se uma perda qualitativa das leis por força da queda de sua capacidade regulatória generalizante.

Não obstante isso, a queda decisiva dos parlamentos ocorreu com os abusos cometidos pelos regimes totalitários na Europa. Especialmente com o nazismo na Alemanha e o fascismo na Itália, o dogma rousseauniano da infalibilidade das leis caiu por terra, demonstrando que mesmo as instâncias majoritárias de representação política podem estabelecer um regime de opressão. Como captado por Mauro Cappelletti[30], o século XX haveria de ensinar a lição de que as tiranias legislativas e majoritárias podem ser tão violentas quanto a tirania do Executivo. Portanto, desenvolveu-se uma natural desconfiança em torno dos procedimentos democráticos. Os direitos de participação política, eleições periódicas, consultas populares e leis gerais e abstratas não representavam mais a garantia de proteção dos direitos individuais.

Somado a isso, verificou-se a revitalização dos direitos fundamentais, impulsionado por um jusnaturalismo renascido no pós-guerra. Dada a importância que passaram a assumir, os direitos fundamentais não podiam mais contar com a lei como forma privilegiada de implementação e proteção. Na conhecida afirmação de Krüger, antes os direitos fundamentais só valiam no âmbito da lei, hoje as leis só valem no âmbito dos direitos fundamentais[31]. Tais direitos exigiam uma verdadeira Lei Suprema para a sua consagração e esta uma instituição independente para fazer frente à atuação do Legislativo.

Assim, desenhou-se o que se passou a denominar *Estado Constitucional* ou *Democracia Constitucional*, que requer a existência de uma Constituição normativa e rígida, sobrepondo-se ao próprio Poder Legislativo. Dessa maneira, a positivação de direitos fundamentais retira determinados temas da agenda legislativa ordinária. A passagem do Estado de Direito, fundado no primado da lei (e não no da Constituição) ao Estado Constitucional pressupõe a afirmação do caráter normativo das Constituições, que passaram a integrar um plano de juridicidade superior,

---

29 PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *La garantia en el estado constitucional de derecho*, cit., p. 55.

30 CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da "Justiça Constitucional". *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 99, n. 366, p. 136, mar./abr., 2003.

31 LAVILLA, Landelino. Constitucionalidad y legalidad. Jurisdicción constitucional y poder legislativo. In: LÓPEZ PINA, Antonio (Org.). *División de poderes e interpretacion*: hacia una teoria de la práxis constitucional. Madrid: Tecnos, 1987. p. 57.

restando definitivamente superada a imagem débil da juridicidade constitucional característica do período liberal.[32]

A estrutura do modelo do Estado Constitucional implicou a garantia jurisdicional das Constituições, com a criação de mecanismos de jurisdição constitucional, em seus primórdios mais associada ao controle de constitucionalidade de normas e representada na Europa, basicamente, pela figura dos Tribunais Constitucionais. Como se sabe, foi Hans Kelsen o principal idealizador do controle de constitucionalidade das leis no continente europeu, que nasceu efetivamente com a criação do Tribunal Constitucional austríaco na Constituição de 1920. Porém, a Corte foi suprimida em março de 1938, após a invasão da Alemanha sobre a Áustria, apenas sendo restabelecida em outubro de 1945. Portanto, foi a partir do segundo pós-guerra que tomou corpo a adoção da jurisdição constitucional por diversos países: na Alemanha (a partir de 1949), na Itália (a partir de 1948), na República de Chipre (desde 1960), na Turquia (desde 1961), na Iugoslávia (a partir de 1963), na Grécia (desde 1975), em Portugal (desde 1976) e na Espanha (desde 1978).[33]

Percebe-se com isso que o declínio da lei enquanto expressão por excelência do direito vem, na Europa continental do século XX, especialmente a partir da Segunda Grande Guerra, acompanhada pelo reconhecimento da superioridade normativa das Constituições e do fortalecimento dos direitos fundamentais nelas insertos. A soberania do legislador é, assim, deslocada para a supremacia da Constituição. Como dito por Zagrebelsky, a Constituição seria aquilo sobre o que não se vota.[34]

5. CONCLUSÕES

A filosofia política que orientou o constitucionalismo estadunidense forjou um desenho institucional baseado na Constituição como expressão de uma vontade constituinte qualitativamente superior (*constitutional politics*) e um sistema de "freios e contrapesos". O culto ao texto constitucional, a desconfiança em relação às legislaturas ordinárias e as capacidades institucionais do Poder Judiciário permitiram que a este fosse reconhecida a relevante tarefa de exercer a *judicial review,* mesmo sem autorização expressa da própria Constituição. Dessa maneira, sob o argumento de que os poderes Legislativo e Executivo devem manter-se nos limites constitucionais, forjou-se a revisão judicial, transformando a Suprema Corte no intérprete definitivo da lei fundamental.

Inversamente, o constitucionalismo europeu continental refletiu grande confiança na ética das deliberações tomadas pelas assembleias eleitas, assegurando o primado da lei, e não da Constituição. O Estado Legalitário é tributário da equiparação da soberania da nação à soberania parlamentar. Dessa maneira, a sólida tradição a favor da supremacia dos parlamentos, aliada aos receios em relação ao Poder Judiciário, foi decisiva para o papel pouco expressivo dos juízes. Há uma evidente proeminência do Poder Legislativo, situando-o num nível mais elevado do que os demais órgãos estatais, o que torna inviável o desenvolvimento jurisdição constitucional.

Apenas com o final da Segunda Guerra Mundial houve um ambiente favorável para consolidar a jurisdição constitucional, pela criação das Cortes Constitucionais. O fim dos regimes ditatoriais do século XX permitiu o advento de uma experiência constitucional, cujos contornos se aproximam do modelo americano. Assim, o constitucionalismo europeu continental acabou por acolher o reconhecimento do caráter jurídico (e não apenas político) das Constituições, a rigidez constitucional, a fiscalização judicial dos atos dos demais poderes e o reforço na proteção dos direitos fundamentais (agora não mais confiados apenas aos parlamentos), o que representa o sucesso da experiência americana. Além de se verificar uma proliferação dos mecanismos de

32 PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *La garantia en el estado constitucional de derecho*, cit., p. 55; AGUILÓ REGLA, Josep. Sobre la constitución del Estado Constitucional. *Doxa*: Cuadernos de Filosofia del Derecho, Alicante, Universidad de Alicante, Departamento de Filosofia del Derecho, n. 24, p. 450, 2001.

33 Sobre o tema, ver: FAVOREU, Louis. *Los Tribunales constitucionales*. Barcelona: Ariel, 1994; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1994; KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003; FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *La justicia constitucional ante el siglo XXI*: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeu-kelseniano. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004; MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional*: garantia da Constituição e controlo de constitucionalidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. v. 1.

34 ZAGREBELSKY, Gustavo. *Principi e voti*: la Corte Constituzionale e la politica. Torino: Giulio Einaudi, 2005. p. 22.

jurisdição constitucional na Europa, também se constata essa tendência em vários países da América Latina, após a derrubada dos regimes militares, configurando uma "mundialização da justiça constitucional".[35]

Se a mera existência da jurisdição constitucional atrai a pecha da "dificuldade contramajoritária" ou da sua ilegitimidade democrática, em razão de uma possível diminuição dos espaços de deliberação política dos poderes eleitos, tal preocupação pode ser elevada diante de algumas características do constitucionalismo contemporâneo. Em primeiro lugar, a positivação de princípios jurídicos e de preceitos com sentidos imprecisos poderia tornar a jurisdição constitucional uma instância "insuportável", pois, na condição de intérprete final, os juízos valorativos realizados na arena de deliberação política poderiam ser afastados por aqueles feitos arbitrariamente pelos juízes constitucionais. Em outros termos, dada a elasticidade semântica de termos como dignidade humane, igualdade, moralidade, justiça social e liberdade, o juiz constitucional estaria se imiscuindo na esfera dos demais poderes.

Em segundo lugar, as Constituições contemporâneas, diferentemente do modelo sintético do texto estadunidense, são marcadas pela inserção de amplos conteúdos. Além dos direitos e liberdades oponíveis ao Estado, são constitucionalizados direitos a prestações estatais, bem como preceitos sobre tributação, orçamento, políticas públicas, previdência social, dentre outros. O modelo de constitucionalização abrangente pode também repercutir no protagonismo da jurisdição constitucional, aumentando a tensão com os demais órgãos estatais.

Portanto, a realidade atual da justiça constitucional se distancia da proposta do "legislador negativo", pois, não obstante possa fiscalizar a atividade legislativa, inclusive na tutela de direitos fundamentais, seu campo de atuação é tímido, se comparado com as possibilidades trazidas pelo constitucionalismo do pós-guerra.

6. REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *We the people*: foundations. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991. v. 1.

ACOSTA SÁNCHEZ, José. *Formación de la Constituición e jurisdicción constitucional*: fundamentos de la democracia constitucional. Madrid: Tecnos, 1998.

AGUILÓ REGLA, Josep. Sobre la constitución del Estado Constitucional. *Doxa*: Cuadernos de Filosofia del Derecho, Alicante, Universidad de Alicante, Departamento de Filosofia del Derecho, n. 24, p. 429-457, 2001.

BARBERIS, Mauro. *Stato constituzionale*: sul nuovo constituzionalismo. Modena: Mucchi, 2012.

BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch*: the Supreme Court at the Bar of Politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962.

BLANCO VALDÉS, Roberto L. *El valor de la Constitución*: separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del estado liberal. Madrid: Alianza, 1998.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro. O *controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre, RS: Sergio Antonio Fabris, 1999.

35 FERNANDEZ SEGADO, Francisco, *La justicia constitucional ante el siglo XXI*: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeu-kelseniano, cit., p. 6.

_____. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

_____. Necesidad e legitimidad de la justicia constitucional. In.: FAVOREU, Louis et al. *Tribunales constitucionales europeus y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 599-649.

_____. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da "justiça constitucional". *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 99, n. 366, p. 127-150, mar./abr. 2003.

CARDOZO, Benjamin Nathan. *A natureza do processo judicial*. Tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Orgs.). *Constitucionalismo y democracia*. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2001.

FAVOREU, Louis. *Los Tribunales constitucionales*. Barcelona: Ariel, 1994.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La justicia constitucional ante el siglo XXI*: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeu-kelseniano. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. v. 1.

FIORAVANTI, Maurizio. *Apunti di storia dele constituzioni moderne*: le libertá fundamentali. 2. ed. Torino: Giappichelli, 1995.

_____. *Constitución*: de la antigüedad a nuestros días. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1994.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Reimpr. Madrid: Alianza, 1993.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003

LAVILLA, Landelino. Constitucionalidad y legalidad. Jurisdiccion constitucional y poder legislativo. In: LÓPEZ PINA, Antonio (Org.). *División de poderes e interpretacion*: hacia una teoria de la práxis constitucional. Madrid: Tecnos, 1987. p. 53-68.

LOWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Traducción de Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. 3. reimpr. Barcelona: Ariel, 1983.

LUCAS VERDÚ, Pablo. *La Constitución en la encrucijada*: palingenesia iuris politici. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1994.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas*: 1787-1788. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade: sobre o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*, Recife, PE, Universidade Federal de Pernambuco, n. 11, p. 125-156, 2000.

MCILWAIN, Charles Howard. *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Traducción de Juan José Solozábal Echavarría. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

MORAIS, Carlos Blanco. *Justiça constitucional*: garantia da Constituição e controlo de constitucionalidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. v. 1.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. *Doxa*: Cuadernos de Filosofia del Derecho, Alicante, Universidad de Alicante, Departamento de Filosofia del Derecho, n. 14, p. 169-194, 1993.

OTTO, Ignacio de. *Derecho constitucional*: sistema de fuentes. 4. reimpr. Madrid: Ariel, 1995.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La garantia en el estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo de suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

TARELLO, Giavanni. *Storia dela cultura giuridica moderna*: le vie dela civiltá. Bologna: Il Mulino, 1976.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*: ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. 5. ed. Madrid: Trotta, 2003.

_____. *Principi e voti*: la Corte Constituzionale e la politica. Torino: Giulio Einaudi, 2005.

PROTAGONISMO JUDICIAL E PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS:

lições a partir da experiência americana.

Glauco Salomão Leite[1]

1. INTRODUÇÃO

Um denominador comum que tem sido apontado nas democracias contemporâneas é a expansão do poder judicial[2]. Em vários países, os Tribunais assumiram considerável destaque na solução de controvérsias constitucionais sensíveis, envolvendo temas complexos e que dividem a opinião pública. Não raro, são apontadas como causas desse fenômeno o descrédito em relação às instâncias de representação tradicional, uma maior busca pela efetividade de direitos por parte dos cidadãos e o insulamento das Cortes em relação ao jogo político-partidário. Dessa maneira, com a consolidação das democracias constitucionais e a consequente garantia de independência funcional das Cortes, estas se tornaram uma relevante arena de reivindicação de direitos e de disputas entre forças políticas e sociais. Assim, em razão do elevado deslocamento de controvérsias constitucionais do cenário político para o jurisdicional, criou-se um ambiente favorável a uma maior intervenção dos Tribunais nas questões políticas.

Nessa perspectiva de expansionismo judicial, é comum defender a legitimidade do ativismo das Cortes quando estas atuam na proteção de direitos fundamentais, especialmente das minorias. Em outras palavras, quando os poderes políticos se omitem na tutela dos direitos fundamentais, seria justificável o protagonismo judicial voltado para esta finalidade. É de se indagar, portanto, se o ativismo judicial está comprometido com a proteção de direitos e garantias fundamentais.

Assim, o presente trabalho busca analisar a relação entre ativismo judicial e defesa dos direitos das minorias, bem como o possível diálogo que pode se estabelecer entre Cortes e o legislador democrático. Para tanto, será levada em conta a experiência da Suprema Corte norte-americana a partir de casos paradigmáticos. Essa escolha se justifica em razão da larga experiência da *judicial review* em solo americano, bem como do intenso debate doutrinário que se desenvolveu sobre o papel das Cortes numa democracia constitucional.

2. A SUPREMA CORTE E A MITIGAÇÃO DA SUA AUTORIDADE DE INTÉRPRETE FINAL DA CONSTITUIÇÃO.

Sob a batuta de John Marshall no caso *Marburyvs Madison*, a Suprema Corte saiu do ostracismo político e integrou efetivamente o sistema de *checks and balances* mediante o controle de constitucionlidade. Sua fase inicial foi marcada pela afirmação da supremacia judicial e pelo uso da *judicial review* para fortalecer o federalismo nacional[3]. Entre a segunda metade do século XIX e o início do século XX, novas atuações da Corte se destacaram, suscitando questionamentos sobre os limites de seus poderes. Além das críticas que lhes foram direcionadas, no que diz respeito ao método de interpretação constitucional, sobretudo em relação à aplicação da cláusula do devido processo legal assegurado pela XIV Emenda Constitucional, sobressaíram as distintas formas de reação dos atores políticos às decisões ativistas da Corte.

---

1 Doutor em Direito Público pela UFPE. Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP. Professor de Direito Constitucional da UFPB, da Universidade Católica de Pernambuco e da Faculdade Damas de Instrução Cristã. Advogado.

2 VALLINDER, Torbjörn; TATE, C. Neal (Eds.). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.

3 É o que se verifica em *McCulloch vs. Maryland* (1819), quando a Corte reconheceu a constitucionalidade da lei federal que criou o segundo banco dos Estados Unidos e invalidou a lei estadual de Maryland, que permitia a tributação de tal banco.

Uma das mais marcantes decisões na trajetória da Suprema Corte foi proferida no século XIX, em um ambiente político e social impregnado pelo antagonismo entre o Sul escravagista, o Norte industrial e o Oeste agrícola. As fugas de escravos e as tentativas de captura transformavam-se em litígios judiciais. A escravidão, portanto, havia se tornado o principal problema social do momento. Nessa situação, a Suprema Corte foi provocada a se manifestar em uma controvérsia que lhe rendeu severos ataques. Sob a presidência de Roger Taney, ao julgar o caso *Dred Scott vs. Sandford* (1857), a Corte declarou a inconstitucionalidade do *Compromisso de Missouri*, lei federal aprovada em 1821, pela qual se assegurava ao escravo negro a condição de indivíduo livre, na hipótese dele ingressar em território estadual onde não era admitida a escravidão.[4]

Dred Scott era filho de escravo e pertencia ao Sr. Emerson, um médico do Exército. Em razão das constantes viagens de seu proprietário, Dred Scott viveu por alguns anos consecutivos em Estados abolicionistas. Um ano depois de seu retorno para o Estado de Missouri, o Sr. Emerson veio a falecer, o que levou Dred Scott a solicitar à sua viúva o reconhecimento de sua liberdade, sendo-lhe negado o pedido. Auxiliado por advogados contrários à escravidão, Dred Scott requereu judicialmente o reconhecimento de sua emancipação. O júri o considerou livre, mas a Suprema Corte de Missouri reverteu a decisão, que foi confirmada pela Suprema Corte norte-americana.

Em *Dred Scott vs. Sandford*, a Suprema Corte, pela primeira vez, se apresentava como órgão contramajoritário em relação ao Poder Legislativo federal[5]. O *Chief Justice* Taney sustentou que o termo "cidadão", previsto tanto no documento constitucional, quanto na Declaração de Independência, não incluía os negros que haviam sido importados como escravos, porque à época em que tais documentos foram adotados, os escravos não eram considerados cidadãos norte-americanos. Ao contrário, disse Taney, "eram tidos como uma classe subalterna e inferior de seres, que têm sido subjugados pela raça dominante, e com ou sem emancipação, permanecem subordinados a ela"[6]. A partir dessa interpretação histórica, advertiu que não cabia à Corte discutir sobre a justiça ou injustiça dessas regras jurídicas, pois essas escolhas foram realizadas por aqueles que elaboraram a Constituição e que qualquer modificação deveria ser realizada através de reforma constitucional. Considerou, ainda, que o sentido original (e excludente) de "cidadão" continuava atual, o que impedia a Corte de fixar uma interpretação mais liberal para abranger os escravos. Desse modo, concluiu afirmando que "se alguma dessas regras for considerada injusta, existe um modo prescrito na própria Constituição para modificá-la". Dessa maneira, se não são cidadãos dos Estados Unidos, não poderiam reivindicar os direitos, prerrogativas e garantias assegurados constitucionalmente a todos os compatriotas, como o direito ao acesso ao Judiciário federal. Com tal raciocínio, a Suprema Corte negou acesso à jurisdição a Dred Scott, por faltar-lhe o título de cidadão norte-americano.

Observe-se que, a princípio, o argumento baseado na interpretação histórica da Constituição normalmente é visto como favorável à autorrestrição judicial. Nessa perspectiva, a posição defendida pela Corte revelou um certo respeito à vontade constituinte. Em suma, o Tribunal não deveria exercer suas atribuições para fiscalizar as opções morais e políticas do constituinte, e sim para proteger e aplicar o documento constitucional como ele fora elaborado. Por outro lado, não se pode deixar de considerar que, ao invalidar a lei federal contrária à escravidão, a Corte agiu com falta de deferência ao legislador, especialmente cuidando-se de assunto extremamente sensível para o ambiente político da época. Em outras palavras, apesar de se ter adotado um critério de interpretação que acolheu o sentido original de "cidadão" de acordo com a vontade dos "pais fundadores", argumento mais comumente associado à filosofia da autocontenção, chegou-se a um *resultado* ativista por nulificar uma opção política do legislador em tema bastante complexo[7].

---

4 Para mais detalhes sobre esse caso: REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*. New York: Vintage, 2002, p. 44-69.

5 ACOSTA SÁNCHES, José *Formación de la Constituición e jurisdición constitucional*: fundamentos de la democracia constitucional. Madrid: Tecnos, 1998, p. 122.

6 *Dred Scott vs. Sandford*, 60 U.S 393, 1857.

7 Daí a pertinente observação de Carlos Azevedo Campos ao falar em ativismo de *meio* e de *resultado* (*Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 205.)

De outra banda, firme na tese de que a vontade dos "pais fundadores" era de excluir os escravos da classe dos cidadãos americanos e influenciado pelo modelo de federalismo dualista[8], em que a União e os Estados são titulares de competências exclusivas, no âmbito das quais cada um atua com supremacia, Taney defendeu que uma lei federal não poderia determinar o fim da escravidão nos Estado-membros. Ao emancipar os escravos, o *Compromisso de Missouri* violava a cláusula do devido processo legal, que proíbe que qualquer pessoa (os proprietários de escravos) seja privada de sua vida, liberdade e propriedade (os escravos) sem o devido processo legal. Na visão de Taney, um ato do Congresso Nacional que priva um cidadão de sua liberdade ou propriedade, apenas porque ele veio ou trouxe sua propriedade para dentro de um específico território dos Estados Unidos, e que não cometeu nenhuma ofensa a quaisquer leis, não poderia ser digno de se chamar *devido* processo legal.

Segundo William Rehnquist, a decisão de Taney é falha porque desconsiderou o preceito constitucional que confere ao Congresso Nacional poderes para criar leis que também devem regular os Estados-membros. Já que o *Compromisso de Missouri* se enquadrava perfeitamente nessa autoridade legítima do Congresso, sua anulação refletia o sentimento de injustiça que Taney possuía em relação aos sulistas: eles são privados de seus pertences (os escravos) quando se deslocam para outros territórios, ao passo que os indivíduos do Norte não sofrem igual privação. Todavia, afirma Renhquist, a concepção de que uma lei seja injusta, por mais profundo que seja tal sentimento, não deve servir de fundamento para declarar uma lei nula.[9]

É inegável a polêmica instaurada após a referida sentença perante os representantes dos Estados e a própria opinião pública. Ironicamente, essa decisão acabou contribuindo para a escolha de Lincoln como novo presidente dos Estados Unidos. Desenvolveu-se, assim, uma importante reação dos republicanos, que consistiu numa clara tentativa de fixar limites à *judicial review*[10]. Em primeiro lugar, Lincoln observou que a decisão em si é vinculante e obrigatória. Porém, existiria uma distinção quanto ao *peso* da decisão enquanto solução para o caso concreto e sua autoridade perante as ações dos demais poderes estatais. Em segundo lugar, reconheceu que as interpretações da Corte devem prevalecer tanto no caso julgado, quanto como uma política geral para o país, *quando fossem conclusivas*, isto é, não deixassem margem para rediscussões. Em terceiro lugar, considerou que, em certas circunstâncias, a decisão não deve ser considerada conclusiva. Daí, Lincoln apresentou alguns fundamentos que serviram para mitigar a autoridade da decisão do Tribunal: ausência de unanimidade entre os juízes quanto ao mérito do julgado; o erro evidente quanto à interpretação dos fatos tomados como premissa da decisão; a existência de indícios de partidarização da Corte na apreciação da matéria; o conflito entre o teor da decisão e a expectativa pública e as práticas estáveis dos outros poderes estatais ao longo da história. Dessa maneira, afirmar que a decisão da Corte sobre uma questão essencial para a vida pública fixa uma diretriz política nacional irrevogável significaria que "o povo abriu mão de ser seu próprio governante, tendo praticamente transferido o seu governo para as mãos do eminente Tribunal"[11]. Concluiu, então, que as instâncias políticas não deveriam se sentir obrigadas a seguir *toda e qualquer* decisão da Corte, de modo que os legisladores poderiam aprovar nova lei proibindo a escravidão em território estadual. Em 1865, o Congresso Nacional aprovou a XIII Emenda Constitucional, abolindo a escravidão.

É importante observar que, em tal situação, coube ao Congresso Nacional aprovar um estatuto legal (o *Compromisso de Missouri*) responsável pela proteção de direitos individuais, na medida que proibia o regime escravagista. A Suprema Corte, ao revés, figurou precisamente como órgão responsável por um retrocesso, ao afirmar que não poderia adotar uma interpretação "liberal". Na literatura jurídica estadunidense, o caso *Dred Scott vs. Sandford* é considerado um dos mais abomináveis exercícios de ativismo judicial[12]. Além do mais, tratou-se de um ativismo conser-

8 RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o direito constitucional americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992, p. 57.

9 REHNQUIST, William H.. *The Supreme Court*, cit., p. 64.

10 WOLFE, Christopher. *Judicial activism*: bulwark of freedom or precarious security? Lanham, Md.: Rowman & Littlefield, p. 15.

11 Ibidem, p. 15.

12 GREEN, Craig. An intellectual history of judicial activism. *Emory Law Journal*, Atlanta, v. 58, n. 5. p. 1.214.

vador e equivocado, cujo resultado foi a opressão dos afrodescendentes e a concepção pró-escravocrata do documento constitucional, interpretação que só veio a ser superada pela reação parlamentar, mediante alteração do texto constitucional.

3. A ERA *LOCHNER*: ATIVISMO JUDICIAL CONSERVADOR E SUAS REPERCUSSÕES NA ARENA POLÍTICA

A atuação expansiva da Suprema Corte se iniciou com as construções a respeito do direito ao devido processo legal. Embora associada inicialmente a garantias processuais, como a da ampla defesa e do contraditório, o devido processo legal se transformou, pela via da interpretação judicial, em fundamento para tutela de direitos substantivos. Dessa maneira, a Suprema Corte, não raras vezes, anulou estatutos legais por entender que eram "irrazoáveis e arbitrárias" à luz do devido processo legal.

A grande mudança dessa garantia ocorreu em um período marcado pela exacerbação das liberdades econômicas, em especial do direito à propriedade e da liberdade de contratação, tudo em sintonia com os avanços do capitalismo industrial e financeiro. No final do século XIX, o movimento para alargar os direitos de propriedade se tornou a força dominante na Suprema Corte. Entre 1890 e 1937, o Tribunal justificou várias de suas decisões nos vagos contornos do devido processo legal para anular leis federais e estaduais responsáveis pela regulação de setores econômicos. Juízes e legisladores estavam em nítida oposição. Agora, o controle de constitucionalidade se amplia e abarca, indistintamente, leis estaduais e leis federais.

O caso mais emblemático desse período, e bastante controvertido na história da Corte, foi *Lochner vs. New York*, de 1905, em que a Suprema Corte anulou uma lei do Estado de Nova Iorque que regulava a jornada de trabalho dos padeiros, limitando-a a sessenta horas semanais. A Corte entendeu que a liberdade de contratar fazia parte do âmbito de proteção do devido processo legal. Admitiu, ainda, que essa liberdade é passível de restrição com base no poder de polícia do Estado para proteger a saúde ou a moralidade pública. Ainda que se tenha arguido que a legislação protegia exatamente a saúde de uma categoria profissional, haja vista que os padeiros estavam sujeitos a certos riscos devido à sua atividade laboral, a Corte concluiu que não ficou clara a relação entre a jornada de trabalho e a saúde dos padeiros. Sustentou que todos os trabalhos apresentam algum risco para a saúde dos trabalhadores e que a atividade de padeiro não revelava nenhum risco excepcional a justificar a restrição legal. A Corte também rejeitou o argumento de que se estava diante de legislação laboral para proteger os trabalhadores numa situação de barganha desigual com os seus empregadores. Para ela, os padeiros eram livres para rejeitar os empregos que não quisessem.[13]

Percebe-se, então, que os juízes da Corte promoveram uma distorção da garantia do devido processo legal, na medida que impuseram suas doutrinas econômicas fundadas no individualismo do *laissez faire*. A tônica de sua jurisprudência era, portanto, a propriedade privada e a autonomia da vontade dos contratantes. Com o mesmo critério, foi julgado *Adkins vs. Children´s Hospital*, de 1923, em que se invalidou estatuto legal que fixara um salário mínimo para mulheres. De acordo com o Tribunal, os empregadores não poderiam ser forçados pelo Estado a pagar uma remuneração acima do que consideravam adequada pelos serviços que elas prestavam. Na visão do Tribunal, a circunstância de uma classe ocupar uma posição inferior nas relações de trabalho não era suficiente para criar um subsídio mínimo em seu favor e à custa dos empregadores. Se o objetivo do poder de polícia é assegurar um específico interesse coletivo, a lei seria inconstitucional, porque, a rigor, sua finalidade era transferir a propriedade privada de um particular para outro particular, violando a cláusula do devido processo: seria equivalente a retirar de "A" e passar para "B".[14]

O apogeu da oposição judicial ocorreu a após a crise de 1929. Para conter os efeitos do colapso econômico, o presidente Franklin Delano Roosevelt buscou implantar o plano de recuperação econômica conhecido como *New Deal*. A intensa intervenção do Estado em vários setores da economia norte-americana foi objeto de inúmeras disputas judiciais, cujos desfechos vieram de uma Corte formada por juízes simpatizantes do liberalismo econômico. Se, entre 1920 e 1930,

13 SUNSTEIN, Cass R. Lochner´s legacy. *Columbia Law Review*, v. 87, n. 5, p. 877, 1987.

14 Ibidem, p. 876.

foram anuladas dezenove leis federais, entre 1934 e 1936 (fase do *New Deal*), foram invalidadas doze leis federais que compunham o programa de governo.[15]

A atuação da Suprema Corte durante a Era *Lochner* é compreendida como ativista em razão de sua invasão numa área legítima reservada às instâncias políticas. Os poderes Executivo e Legislativo não puderam exercer a primazia na construção de políticas públicas, notadamente em um contexto em que se buscava resgatar o progresso econômico e social. Porém, a manipulação conteudística da cláusula do devido processo legal fez com que o controle de constitucionalidade das leis deixasse de ter limites definidos e definíveis, de modo que a subsistência ou anulação do diploma legal dependeria, em última análise, apenas do arbítrio da própria Corte[16]. Em suma, ela havia se tornado um "ditador econômico" e, ao sufocar as instâncias políticas, evidenciou o temido "governo dos juízes".

Diante dos obstáculos erguidos pelo Tribunal, Franklin Roosevelt, reeleito presidente por larga maioria de votos em 1936, buscou alterar a composição do Tribunal, a fim de formar uma maioria de juízes favoráveis à legislação social e econômica. Articulou uma proposta de "reorganização" da Suprema Corte, de modo que, para cada juiz do Tribunal com mais de setenta anos de idade, e que ainda não tivesse se aposentado, o presidente poderia indicar um juiz adicional. Considerando que, à época, seis dos nove integrantes da Suprema Corte tinham idade superior a setenta anos, ou eles se aposentavam ou, para cada um, seria possível nomear mais um juiz. Essa estratégia política ficou conhecida como *The Court-Packing Plan*, que não chegou a ser aprovada.[17]

A superação das doutrinas defendidas na Era *Lochner* veio com *West Coast Hotel Co. vs. Parrish*, de 1937, ocasião em que Corte, entendendo que a Constituição não incorpora um modelo específico de intervenção estatal na economia, reconheceu a legitimidade de lei que estabelecia um salário mínimo para as mulheres. Mesmo com consideráveis diferenças ideológicas entre si, Hugo L. Black, William O. Douglas, Felix Frankfurter e Robert H. Jackson, todos indicados por Roosevelt, decidiram pela constitucionalidade da lei. Além da deferência às opções políticas das instâncias majoritárias, a Corte ainda afirmou ser necessário aquele tipo de legislação diante da exploração de mulheres no mercado de trabalho, cujos salários, de tão ínfimos, são insuficientes para o custeio de suas necessidades básicas. Em uma passagem expressiva da decisão, a Corte ainda defendeu o direito de a sociedade direcionar a função legislativa para corrigir os abusos advindos de empregadores gananciosos, em favor do interesse público.[18]

A partir desse precedente, a Suprema Corte assumiu uma postura mais deferente às escolhas feitas pelos órgãos representativos no que tange à legislação econômica e social. O ativismo da Era *Lochner* dava lugar à autocontenção. Com a virada jurisprudencial, a Corte prestigiou as políticas legislativas em matéria econômica e social, admitindo que existe em seu favor uma presunção de constitucionalidade mais forte. Isso significava a necessidade de um exercício moderado do controle de constitucionalidade em relação à legislação social.

Ainda que as ações e reações entre os poderes não ocorram sempre de forma imediata, a Era *Lochner* bem destaca a dinâmica entre vários partícipes na intepretação constitucional. O ativismo judicial representou um forte entrave na aprovação de um conjunto de medidas legislativas tidas como socialmente desejáveis e relevantes. Com a tentativa de interferência na composição da Suprema Corte, o que poderia ser questionado com base na necessária independência entre os poderes, presenciou-se uma radical mudança de posição, como um movimento pendular entre ativismo e autorrestrição, que se compreende diante de determinado cenário político-social.

---

15 ACOSTA SÁNCHES, José, *Formación de la Constituición e jurisdición constitucional:* fundamentos de la democracia constitucional, cit., p. 124.

16 CORWIN, Edward Samuel. *A Constituição norte-americana e seu significado atual*. Tradução de Lêda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1986. p. 306.

17 REHNQUIST, William H., *The Supreme Court*, cit., p. 116-135.

18 SUNSTEIN, Cass R., Lochner´s legacy, cit., p. 880.

4. O LEGADO DA CORTE WARREN E DA CORTE BURGER: ATIVISMO JUDICIAL, DIREITOS DAS MINORIAS E DÉFICIT DOS PROCESSOS DEMOCRÁTICOS

Com o fim da Era *Lochner*, a Suprema Corte ingressou em uma nova fase. Diante dos ataques que recebera em virtude do seu protagonismo, o Tribunal se retraiu e passou a exercer a *judicial review* com menos rigor, do que resultou em um maior respeito às decisões políticas tomadas pelos representantes eleitos. A exposição dessas novas doutrinas viria no caso *United States vs. Caroline Products Co.*, de 1938. Na famosa nota de rodapé número 4, o *Justice* Stone firmou dois parâmetros para o exercício do controle de constitucionalidade das leis. Por um lado, as leis sobre matéria econômica e social estariam submetidas a um escrutínio menos rigoroso quanto à sua validade, apenas podendo ser anuladas se a inconstitucionalidade fosse manifesta. Por outro, quando a restrição legislativa atingisse direitos e liberdades individuais, bem como os processos de participação política, a fiscalização judicial deveria ocorrer com mais intensidade, cabendo ao próprio Estado demonstrar a necessidade da medida por ele aprovada[19]. Levantou-se, com isso, uma *suspeição* sobre as leis que restringem os direitos e liberdades individuais, o que demonstra claramente que tais direitos não podem ser vulnerados pela legislação. Os parâmetros lançados nessa nota de rodapé anunciaram a política judicial que seria gradativamente adotada pela Suprema Corte a partir da década de cinquenta.[20]

É precisamente no campo dos direitos individuais, em particular com ampliação dos conteúdos do direito à igual proteção das leis (*equal protection*) e do devido processo substantivo (*substantive due process*), previstos na XIV Emenda, que brotou um novo ciclo de ativismo judicial. A Suprema Corte, sob a presidência de Earl Warren e Warren Burger, foi composta por juízes que manejaram o poder judicial como instrumento de transformação social, convictos de que o Tribunal também deveria desempenhar uma função "educadora" e "moral" na vida política americana[21]. Enquanto as doutrinas sustentadas pela Corte durante a Era *Locher* foram abandonadas, pois se revelaram equivocadas, as principais decisões da nova onda ativista liberal perduram até hoje.

4.1 Discriminação racial nas escolas

Apesar de o Congresso Nacional ter abolido a escravidão, verificou-se grande resistência por parte dos Estados do Sul em reconhecer todos os direitos inerentes à cidadania aos homens negros livres. Em 1896, ao julgar *Plessy v. Ferguson*, a Suprema Corte mostrou como o preconceito racial era patrocinado pelo próprio Estado. Lei do Estado de Louisiana determinava que as companhias ferroviárias providenciassem acomodações iguais, mas separadas, para negros e brancos. Além disso, estabelecia uma penalidade para o passageiro que descumprisse tal regra. Homer Plessy viajava em vagão reservado aos brancos e, ao ser compelido a deixá-lo, alegou que possuía 7/8 de sangue caucasiano e apenas 1/8 de sangue negro (sua bisavó era africana). Diante da resistência, foi preso.

A Corte entendeu que a referida lei era válida em face da cláusula da *equal protection* e afirmou que "uma lei que implica meramente uma distinção legal entre pessoas de raça branca e as de cor [...] não tem a tendência de destruir a igualdade jurídica das duas raças, ou de restabelecer um estado de servidão involuntária". Além disso, observou que leis raciais são "universalmente" reconhecidas como legítimas. Surgia, dessa maneira, a doutrina conhecida como "separados, porém iguais" (*separate but equal*): aos negros é permitido o uso do transporte público, mas em

19 Segundo o *Justice* Stone, deve-se conferir um alcance mais estreito à presunção de constitucionalidade das leis em três casos: a) quando a legislação "parece contrariar uma específica proibição da Constituição, como as das dez primeiras emendas"; b) quando a legislação limita a ação dos "processos políticos dos quais normalmente se pode esperar que ocasionem a revogação de legislação indesejável"; c) quando a legislação for direcionada a "específicas minorias religiosas, nacionais ou raciais" ou a qualquer outra minoria "discreta e isolada".

20 LEWIS, Frederick P. *The context of judicial activism*: the endurance of the Warren Court legacy in a conservative age. Lanham, Md: Rowman & Littlefield, 1999. p. 20.

21 LINDQUIST, Stefanie A.; CROSS, Frank B. *Measuring judicial activism*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 3; RODRIGUES, Lêda Boeachat. *A Corte de Warren (1953-1969)*: revolução constitucional. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. p. 20.

vagões distintos dos brancos. Assim, a Corte anuía com as práticas discriminatórias culturalmente fincadas.[22]

Um dos movimentos a favor da igualdade de direitos e oportunidades foi capitaneado pela *National Association for the Advancement of Colored People* (NAACP), entidade que esteve à frente de várias batalhas judiciais pelo fim da discriminação racial. A judicialização das questões raciais acabou sendo uma estratégia, em razão da falta de força política dos negros para influenciar os órgãos legislativos federal e estaduais. Assim, em 1954, e sob a orientação da NAACP[23], foi levado à Suprema Corte o emblemático caso *Brown vs. Board Education*, em que se discutia a segregação racial nas escolas. Sem que o Congresso Nacional ou o presidente aprovasse qualquer medida para alterar o sistema legal vigente, a Suprema Corte revogou a doutrina *separate but equal*, reconhecendo a igualdade de oportunidades entre negros e brancos. Em seu voto, o *Chief Justice* Warren afirmou que "ao enfrentar este problema, não podemos voltar o relógio para 1868, quando a emenda (a décima quarta) foi adotada, nem para 1896 quando *Plessy v. Ferguson* foi decidido"[24]. Além desse argumento, o Tribunal se valeu de estudos sociais que comprovavam os efeitos psicológicos da segregação nas crianças negras. Segundo esses estudos, a separação denota a inferioridade dos negros e esse sentimento afeta a motivação da criança no processo de aprendizagem. Logo, a segregação racial, especialmente quando institucionalizada em lei, tende a retardar o desenvolvimento intelectual e educacional das crianças negras, privando-as dos benefícios que teriam num sistema educacional integrado.

Dessa maneira, afastando-se de uma interpretação originalista da XIV Emenda, entendeu-se que a cláusula da *equal protection* não aceita a segregação racial nas escolas. A decisão no caso *Brown* teve a importância de qualificar como incompatível com a Constituição a discriminação no ambiente educacional.[25]

Embora a carga simbólica de tal decisão seja evidente, apenas em 1955 a Corte anunciou as diretrizes que deveriam ser adotadas para uma mudança gradual das escolas segregadas, nas quais deixassem de existir distinções fundadas na cor das pessoas. Todo um sistema escolar não poderia reverter suas principais estruturas institucionais da noite para o dia[26]. Essas diretrizes seriam fiscalizadas por juízes locais, mais próximas, portanto, da realidade de cada escola. Em razão disso, os juízes foram levados a interferir nas atribuições de diretores de escolas e de determinadas autoridades locais, o que foi considerado uma inusitada intrusão judicial nas funções administrativas, pois ela aproximou o magistrado dos domínios convencionais dos agentes responsáveis pela administração pública.

Em face das resistências em certos lugares do Sul, a Corte declarou que o prazo de adaptação das escolas tinha se esgotado e, em 1968, no caso *Green vs. County School Board*, deu um passo adiante para anunciar que o acórdão proferido em *Brown vs. Board Education* significava não só a inconstitucionalidade da imposição legal da segregação racial nas escolas, senão tam-

22 *Plessy vs. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

23 Estima-se que a NAACP dispendeu cerca de duzentos mil dólares para levar esse caso à Suprema Corte (RODRIGUES, Lêda Boeachat, *A Corte de Warren (1953-1969)*: revolução constitucional, cit., p. 21).

24 *Brown vs. Board Education*, 347 U.S. 483 (1954).

25 Ao analisar esse caso, Dworkin é contundente quando afirma que "as escolas públicas segregadas não tratam os alunos negros como iguais sob nenhuma interpretação competente dos direitos que a Décima Quarta Emenda apresenta em nome da igualdade racial" (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luis Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 463).

26 "Se as escolas segregadas em junho tentarem reabrir como escolas integradas em setembro, haverá o caos, e a educação de um grupo de alunos, tanto negros quanto brancos, será prejudicada ou destruída. É preciso traçar novas fronteiras de captação de alunos, e pode ser difícil respeitar a tradição de vizinhança, ou mesmo de agrupar a educação por área territorial; os professores e os alunos devem ser redistribuídos, e os custos pessoais de tais decisões variados e difíceis. Os problemas com reações adversas serão bem mais urgentes e ameaçadoras. A segregação racial duradoura é uma parte importante da vida daqueles que desejam mantê-la; o seu sentido de autoidentidade é desafiado por qualquer enfraquecimento substancial da segregação, e estas são as sementes tanto da violência quanto do desespero. Os problemas poderiam ser aplacados, ou mesmo completamente solucionados, por meio de um processo de mudança mais gradual." (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, cit., p. 464).

bém o dever de se tomarem medidas concretas e imediatas, com o objetivo de formar um sistema educacional efetivamente integrado.[27]

Com as decisões da Suprema Corte, que deram vida à cláusula da *equal protection*, seguidas de movimentos sociais mais intensos que, aos poucos, garantiam a dessegregação racial nos parques, piscinas, meios de transporte e restaurantes, o Congresso Nacional decidiu agir, aprovando a Lei de Direitos Civis, em 1964 (*Civil Rights Act*), e a Lei do Direito ao Voto (*The Voting Rights Act*), em 1965. A constitucionalidade desses dois estatutos legais foi, na sequência, confirmada pela Corte[28]. Como observa David Strauss, atualmente a decisão proferida em *Brown vs. Board Education* não apenas é aceita amplamente: é um ícone. Ao concluir que "separados não poderiam ser iguais", a Corte estava dando um passo adiante, agindo não apenas como o intérprete das visões prevalecente na metade do século XX, mas como um Tribunal responsável pela evolução da "Constituição viva".[29]

4.2 O direito ao aborto e a construção do direito à privacidade

Durante sua campanha eleitoral, Richard Nixon prometeu não nomear para a Suprema Corte juízes que viessem a interpretar os preceitos ambíguos da Constituição a partir de suas próprias preferências. Com esse desiderato, indicou como novos integrantes Harry Blackmun, Lewis Powell, William Renhquist e Warren Burger, este na condição de presidente da Corte, no lugar de Earl Warren. O objetivo seria mudar os rumos da política judicial trilhados pela Corte Warren. Todavia, a Suprema Corte não apenas preservou os pilares da jurisprudência liberal desenvolvida sob a batuta de Warren, como protagonizou, em 1973, o julgamento de um dos casos mais controvertidos do direito constitucional: o direito ao aborto. Essa decisão veio na sequência de um alargamento gradual do direito à privacidade enquanto direito fundamental implícito decorrente da garantia do devido processo legal substantivo. Em *Griswold vs Connecticut* (1965), a Suprema Corte invalidou lei estadual que proibia uso de contraceptivos. No caso *Eisenstadt vs. Baird* (1972), refirmando o precedente anterior e com apoio no direito à isonomia, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade de lei do Estado de Massachusetts que vedava a distribuição de contraceptivos a pessoas não casadas.

No famoso caso *Roe vs. Wade*[30], a Suprema Corte decidiu que a gestante tem o direito à autonomia na procriação e que os Estados não podem simplesmente proibir a realização do aborto, em quaisquer circunstâncias. Por outro lado, reconheceu que os Estados possuem o interesse legítimo em disciplinar as práticas abortivas, seja para proteger a saúde da mulher, seja para proteger uma vida em potencial. Por fim, buscando conciliares os interesses contrapostos, fixou detalhados parâmetros que deveriam seguidos pelos Estados: a) até o primeiro trimestre da gravidez, os Estados não têm legitimidade para proibir a decisão da gestante pela sua interrupção; b) no segundo trimestre, os Estados podem regular o aborto para proteger a saúde da mulher: c) a partir do terceiro semestre, com o objetivo de proteger uma vida em potencial, os Estados podem regular e até mesmo proibir o aborto, exceto quando necessário por razões médicas.

Importante destacar que a Corte, ao enfrentar a controvérsia, entendeu que não seria necessário discutir o início da vida. Como existem múltiplas concepções filosóficas, religiosas e mesmo científicas, trata-se de um tema que continuará dividindo as pessoas. Em face de um caso tão polêmico, Dworkin indaga se seria adequado submeter o direito ao aborto a uma Corte ou, ao contrário, se não seria mais democrático que as próprias pessoas façam suas escolhas por meio dos órgãos legislativos estaduais. Ao considerar falacioso que questões dessa natureza seriam mais bem equacionadas nas instâncias legislativas, adverte que permitir que os órgãos legislativos decidam não significa que cada mulher poderá decidir qual solução melhor corresponde aos seus valores e convicções. A rigor, isso significaria que "se o *lobby* antiaborto for suficientemente forte num determinado Estado, as mulheres daquele Estado não terão essa oportunidade, como

27 WOLFE, Christopher, *Judicial activism*: bulwark of freedom or precarious security?, cit., p. 24-25.

28 RODRIGUES, Lêda Boeachat, *A Corte de Warren (1953-1969)*: revolução constitucional, cit., p. 126.

29 STRAUSS, David A. *The living constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 92.

30 *Roe vs. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

não tinham antes do caso *Roe vs. Wade*"[31]. Aponta, ainda, para um problema socioeconômico. É que, se, hipoteticamente, houvesse a revogação da tese prevalecente nesse julgado, as mulheres que possuíssem recursos financeiros poderiam continuar decidindo pela realização do aborto, bastando viajar para outra localidade onde não existisse a proibição legal. Por outro lado, à mulher pobre restaria escolher entre o perigo de um aborto ilegal ou a infelicidade de acompanhar uma criança que ela não pode sustentar nem criar[32]. Conclui Dworkin destacando que os precedentes da Suprema Corte sobre o direito à privacidade só fazem sentido se compreendidos sob o pressuposto de que decisões que afetam o casamento ou a procriação são tão importantes, tão íntimas e pessoais, e tão determinantes para desenvolvimento da personalidade dos indivíduos, e intimamente ligadas a convicções morais e religiosas, também protegidas constitucionalmente, que cada um tem o direito de decidir por si mesmo, em vez de existir uma decisão coletiva vinculante de uma única opção moral.[33]

Mesmo sendo considerada por muitos como o mais proeminente exemplo de um ativismo judicial descabido[34], e mesmo provocando enormes divergências na opinião pública, bem como em setores político-partidários, *Roe vs. Wade* persiste ao longo dos anos. Embora o precedente continue sólido, ele não é irrevogável, mas sua reversão, seja pela própria Suprema Corte, seja pelo Poder Legislativo, exigirá que seus novos autores desfrutem de credibilidade política suficiente para entrar em tema tão delicado, como o tiveram os juízes da Corte Burger.

5. ATIVISMO JUDICIAL PARA PROTEGER DIREITOS FUNDAMENTAIS?

Considerando os precedentes anteriormente discutidos, percebe-se que a Suprema Corte foi rotulada de ativista em relação a vários aspectos de suas decisões. Na literatura, verifica-se forte dissenso sobre o significado de ativismo. Como qualquer outro Tribunal, os pronunciamentos sobre controvérsias sensíveis da Suprema Corte dividiram segmentos da opinião pública e atores políticos, sendo provável que, para os que divergiram de suas conclusões, os juízes estavam agindo de maneira pró-ativa. Nesse cenário, o ativismo judicial é utilizado politicamente para atacar certas decisões da Corte das quais se discorda. Sendo elevado o nível de subjetividade da crítica, o ativismo, assim como a beleza, estaria nos olhos de quem vê.[35]

Contudo, é possível identificar um elemento capaz de conduzir a uma concepção *institucional* de ativismo judicial. Isso significa compreender o ativismo no sistema de divisão das funções estatais. Nesse sentido, um comportamento judicial ativista tende a expandir os poderes judiciais em detrimento de outras autoridades estatais. Em outras palavras, ao pretender decidir uma controvérsia com independência, o Tribunal amplia seu papel institucional frente a outras instâncias de poder, alargando seus poderes decisórios[36].

A compreensão do ativismo e da autorrestrição no esquema estrutural da separação dos poderes apresenta algumas vantagens. Em primeiro lugar, essa perspectiva não está comprometida com nenhuma bandeira ideológica. Uma discussão recorrente costuma atrelar a autocontenção ao conservadorismo, ao passo que os liberais se aproximariam do ativismo. Todavia,

---

31 Segundo o filósofo, não se sabe se, antes da decisão da Corte, foram praticados menos abortos em comparação com o número de gestações, mas é comprovado que número de mortes era muito maior: havia quarenta por cento a mais de mortes relacionadas a abortos. Além disso, observa que uma mulher negra tinha uma probabilidade nove vezes maior do que uma mulher branca de morrer num aborto ilegal (DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*: a leitura moral da Constituição. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 69-70).

32 DWORKIN, Ronald, op. cit., p. 69-70.

33 Ibidem, p. 70.

34 LINDQUIST, Stefanie A.; CROSS, Frank B., *Measuring judicial activism*, cit., p. 6.

35 ROBERTS, Caprice L. In search of judicial activism: dangers in quantifying the qualitative. *Tennessee Law Review*, v. 74, p. 30, 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1003542>. Acesso em: 30 set. 2013.

36 Optando pelo estudo do ativismo judicial sob a perspectiva institucional: YOUNG, Ernest A.. Judicial activism and conservative politics. *University of Colorado Law Review*, v. 73, n. 4, p. 1.145; LINDQUIST, Stefanie A.; CROSS, Frank B. *Measuring judicial activism*. Oxford: Oxford University Press, p. 32 e ss.; CANON, Bradley C. Defining the dimensions of judicial activism. *Judicature*, v. 66, n. 6, Dec./Jan., p. 236-247; MARSHALL, William P. Conservative and the seven sins of judicial activism. *University of Colorado Law Review*, v. 73, p. 101-140, sept. 2002. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=330266>. Acesso em: 30 set. 2013.

como se viu anteriormente, em geral foram os conservadores que se opuseram ao ativismo judicial durante a Corte Warren, conhecida pela sua postura liberal, em especial na proteção dos direitos individuais e das minorias. Ocorre que, na medida em que representantes da linha conservadora foram ganhando espaço dentro da Suprema Corte estadunidense, os progressistas assumiram a autoria dos ataques ao ativismo judicial. Isso demonstra que Cortes progressistas ou conservadoras podem ser responsáveis por julgamentos ativistas. Logo, de acordo com o que aqui se defende, reconhece-se a neutralidade do ativismo judicial, de modo a afastar eventuais disputas políticas e morais em torno do elogio ou ataque a determinadas decisões por razões eminentemente ideológicas.

Nesse sentido, o ativismo judicial não está atrelado à concretização de direitos fundamentais. A tônica do ativismo está na expansão dos poderes do Tribunal, que pode, circunstancialmente, ser utilizada na proteção de direitos. Como se viu, essa expansão tanto serviu para negar direitos fundamentais, como ocorreu em *Dread Scott* e na Era Lochner, quanto para protegê-los, a exemplo do que se constatou em *Brown* e *Roe*.

Além do mais, decisões ativistas não encerram o debate constitucional com outros poderes do Estado ou com segmentos sociais. Diante de entraves que podem existir no ambiente político, especialmente quando não convém aos representantes eleitos enfrentar temas polêmicos, as Cortes podem remover tais obstáculos, pois estão estruturalmente mais aparelhadas para decidir sobre esses assuntos. Todavia, isso não impede, nem exclui a possibilidade de um diálogo institucional com o legislador democrático. Ao contrário, em certos casos, embora a decisão judicial promova uma legítima expansão de direitos, a atuação dos outros poderes continua sem de extrema importância, seja na ampliação da rede proteção jurídica, seja na sua consolidação e implementação.

REFERÊNCIAS

ACOSTA SÁNCHEZ, José. *Formación de la Constituición e jurisdicción constitucional*: fundamentos de la democracia constitucional. Madrid: Tecnos, 1998.

CANON, Bradley C. Defining the dimensions of judicial activism. *Judicature*, v. 66, n. 6, p. 236-247, Dec./Jan., 1983.

CORWIN, Edward Samuel. *A Constituição norte-americana e seu significado atual*. Tradução de Lêda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1986.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*: a leitura moral da Constituição. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luis Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GREEN, Craig. An intellectual history of judicial activism. *Emory Law Journal*, Atlanta, Emory University School of Law, v. 58, n. 5, p. 1.195-1.263, 2009.

LEWIS, Frederick P. *The context of judicial activism*: the endurance of the Warren Court legacy in a conservative age. Lanham, Md: Rowman & Littlefield, 1999.

LINDQUIST, Stefanie A.; CROSS, Frank B. *Measuring judicial activism*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*. New York: Vintage, 2002.

ROBERTS, Caprice L. In search of judicial activism: dangers in quantifying the qualitative. *Tennessee Law Review*, v. 74, p. 1-45, 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1003542>. Acesso em: 30 set. 2013.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o direito constitucional americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1992.

_____. *A Corte de Warren, 1953-1969*: revolução constitucional. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

SUNSTEIN, Cass R. Lochner's legacy. *Columbia Law Review*, v. 87, n. 5, p. 873-919, 1987.

STRAUSS, David A. *The living constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

VALLINDER, Torbjörn; TATE, C. Neal (Eds.). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.

YOUNG, Ernest A. Judicial activism and conservative politics. *University of Colorado Law Review*, v. 73, n. 4, p. 1.139-1.216, 2002. Disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2526&context=faculty_scholarship>. Acesso em: 30 set. 2013.

A IMPORTÂNCIA DO SISTEMA DE TROCA AUTOMÁTICA DE INFORMAÇÕES DOS PARAÍSOS FISCAIS EM RELAÇÃO AO NARCOTRÁFICO E O ACESSO À SAÚDE, SEGURANÇA E EDUCAÇÃO:

Uma visão sobre países americanos e europeus

Guilherme Augusto Souza Godoy[1]

1. INTRODUÇÃO

No livro 'Infrações Econômicas e Financeiras', José Manuel Pires Leal, no artigo 'O tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, e seus proventos', menciona as palavras de Zaluar (1994 e 2004) e Soares (2000), que dizem que "a pobreza e a desigualdade social, são fatores que em determinadas comunidades, com limitadas oportunidades legítimas, tendem a facilitar o surgimento de organizações criminosas e a consolidação da atividade do tráfico de drogas."[2]

Os autores inserem um contraponto proferindo que

> a pobreza e a desigualdade social são variáveis necessárias para compreender as causas e a origem de grupos criminosos que atuam com o tráfico de drogas, em particular ao nível local (revenda e venda direta ao consumidor) as mesmas não se revelam suficientes, em particular quando pretende-se explicar as causas do tráfico transcontinental de drogas.[3]

Além da desigualdade social estar atrelada ao sistema onde as classes mais desfavorecidas, nomeadamente trabalhadores regulares, consequentemente tem impostos descontados de seus rendimentos, enquanto o capital fruto de atividades ilícitas passam pelo processo de lavagem de dinheiro e muitos deles são investidos nos paraísos fiscais, ou seja, não gerando impostos ao país de origem, logo, contribuindo para um maior poder a este pólo da sociedade, mantendo em contraste nítido essa desigualdade que poderia ser diminuída ao haver maior transparência nas *offshores*.

Deixa de gerar renda para o Estado por dois lados, o imposto da venda da droga, que os pequenos traficantes não pagam, em razão da venda ser uma atividade ilegal, portanto, não regulamentada, além do dinheiro dos grandes traficantes que detém grandes fortunas adquiridas de forma ilícita e saem do Estado através do processo de lavagem de dinheiro, ou seja, é um capital que fica fora de circulação, pois é muitas vezes investido em bancos estrangeiros, através do processo explicado no decorrer deste trabalho.

Deixando de gerar essa renda, o Estado deixa de ter um retorno de capital, em forma de tributos, que seriam dedicados parcialmente à manutenção dos serviços básicos oferecidos à sociedade, quais sejam, a saúde, educação e segurança.

---

1 Mestrando em Criminologia pela Escola de Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade do Porto – Portugal. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Federal do Mato Grosso. Especialista em Direito Público pelo Instituto Cuiabano de Educação.

2 LEAL, José Manuel Pires. O tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, e seus proventos. Infrações Econômicas e Financeiras. Estudos de Criminologia e Direito. José Neves Cruz. Carla Cardoso. André Lamas Leite. Rita Faria. Coimbra Editora. 2013.

3 Idem.

O rastro do dinheiro ou *paper trail* é uma importante ferramenta de investigação realizada pela inteligência da polícia, que vem descobrindo ilícitas proveniências de boa parte do dinheiro investido em *off-shore*, após passar pelo processo de branqueamento, tão elevados proventos pressupõem que se questione acerca do percurso que os capitais gerados pela droga tendem a percorrer.

> Esta dimensão – fluxos econômicos e financeiros gerados pelo lucro elevadíssimo produzido pelo tráfico de drogas – constitui a dimensão menos visível do fenômeno do tráfico, todavia constitui-se o objeto central do móbil de quem se envolve nesse fenômeno criminal.

> Faz-se referência ao branqueamento de capitais, caracterizado pela transferência e conversão de valores provenientes da atividade delituosa. Segundo os especialistas, o processo de branqueamento de capitais é composto por três fases: a colocação dos capitais, a sua circulação e consequentemente, enquanto objeto final, a sua integração no sistema legítimo.[4]

Quanto aos riscos inerentes a cada fase do branqueamento o autor, cita o posicionamento de Susana Rodrigues, vejamos:

> Susana Rodrigues (2010: 23), refere que, no que respeita aos riscos inerentes às várias fases de branqueamento, a primeira fase 'é a de maior risco na medida em que é aquela na qual é mais possível detectar a origem ilegal dos capitais', a segunda constitui a fase 'mais complexa e a mais internacional porquanto implica mais operações financeiras e mais circulação dos capitais por diversas instituições e países a fim de assegurar o encobrimento' da sua origem, sendo a terceira fase, 'a mais confundida com o processo legal já que os capitais ilícitos passam a aparentar ter sido obtidos legalmente'.
>
> As autoridades têm detectado, ainda antes da primeira fase do processo de branqueamento, operações de transporte de elevadas somas em dinheiro com destino ao local/país onde as organizações se encontram sedeadas, ou onde os seus líderes se encontram a residir, ou ainda para o país onde se processará o início da fase de colocação desses capitais no sistema legítimo.[5]

Nessa abordagem o autor conclui que a lavagem de dinheiro, em vários casos tem sua fase final com o investimento do montante em *offshores*.

> Na grande maioria dos casos, a investigação criminal consegue identificar contas bancárias e respectivos movimentos estabelecidos entre contas sediadas em diversas entidades bancárias localizadas em vários países, algumas vezes com recursos a *off-shores*, assim como a aplicação de avultadas somas de dinheiro na aquisição de recursos para a prossecução da operação de tráfico (aquisição de viaturas, embarcações, reparação de determinado meio de transporte, pagamento de despesas várias com a operação de transporte da droga, etc).

4 Loc. cit. p. 3.

5 Loc. cit. p. 3.

> Definitivamente, seguir o caminho do dinheiro ou o rasto das lógicas dos proveitos significa, previsivelmente, aproximarmo-nos dos vetores centrais das organizações, pelos da acumulação econômica e da tomada de decisão e como tal, uma oportunidade para alcançar o cerne das organizações – a liderança e o lucro.[6]

2. BREVE HISTÓRICO DA POLÍTICA DE TROCA AUTOMÁTICA DE INFORMAÇÕES

A OCDE apresentou um projeto em 1998, para combater a concorrência fiscal danosa, que aumentou a transparência e melhorou a troca de informações entre as autoridades nacionais. No entanto, em 2001 esta iniciativa é interrompida com a perda de apoio dos Estados Unidos da América.

Em 1989 surgiu um programa denominado *Financial Action Task Force* – FATF, com dois objetivos, quais sejam, *anti money laundering* (AML) e *counter financing terrorism* (CFT), abrangendo 180 jurisdições.

Os membros têm de incorporar as recomendações da FATF (normas, sistema jurídico, sistema financeiro, cooperação internacional, trocas de informação), bem como há avaliações periódicas e já se verificaram 3 rondas de avaliações inter-pares.

Em 2003, na União Européia, foi criada a Diretiva "EU Saving Taxes Directive" – EUSTD, sobre a tributação dos rendimentos da poupança sob a forma de juros.

Tal diretiva foi transposta em Portugal pelo Decreto-Lei n.º 62/2005 de 11 de Março, em vigor desde Julho de 2005.

A diretiva foi alterada pela Diretiva 2004/66/EC de 26 abril de 2004 e a decisão do conselho 2004/587/EC de 19 de Julho de 2004, em 13 de novembro de 2008 foi adotada uma nova proposta de alteração.

Em julho de 2013, a Alemanha, França, Espanha, Itália e Reino Unido, através de um Projeto Piloto, colocam em funcionamento o Sistema Automático de Troca de Informações acerca de juros entre as jurisdições aderentes acerca dos clientes que auferem rendimentos num Estado Membro da União Européia, mas residem noutro. No entanto Áustria, Bélgica, Luxemburgo e quase todos os paraísos fiscais dependentes da soberania dos estados membros resolveram ficar de fora, adotando um sistema de transição que não revela informações sobre os proprietários dos rendimentos – taxa liberatória de tributação.

Tal Diretiva não se aplica a pessoas (incluindo cidadãos da UE) que residam fora da União Européia.

Em 2011 foi criada a Diretiva 2011/16/EU, do conselho de 15 de fevereiro de 2011, transposta para Portugal pelo Decreto-Lei n.º 61/2013 de 10 de maio, relativa à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade, que veio aprofundar a obrigatoriedade de trocas de informações entre os Estados Membros da União Européia, alargando a troca automática de informações aos rendimentos de trabalho e de propriedade (imóveis).

Portugal assinou um novo acordo de troca automática de informações que envolve paraísos fiscais – a partir de 2014, juntamente com 16 Estados-Membros da União Europeia, Islândia, México, África do Sul e 12 jurisdições de sigilo (ilhas na dependência da Coroa Britânica e territórios ultramarinos do Reino Unido, Ilha de Man, Guerney, Jersey, Anguilha, Bermudas, Ilhas Virgens Britanicas, Ilhas Caimão, Gibraltar, Montserrat, Ilhas Turks e Caicos) e ainda o Liechtenstein.

Em 19 de Abril de 2009 os países G20 comprometem-se a aumentar a troca de informações entre os paraísos fiscais e os outros países encorajando a realização de *Tax Information Exchange Agreements* - TIEAs.

Em Setembro de 2009 o Fórum Global em Transparência e Trocas de Informação para Efeitos Fiscais (*Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes* - "Global Forum"), que vinha a trabalhar no tema desde 2000, por impulso do G20, torna-se uma organização internacional em que os membros participam em pé de igualdade. O "Global Forum" inclui

6 Idem.

120 jurisdições, está mandatado para assegurar que todas as jurisdições adiram ao mesmo nível acordado de cooperação internacional em matérias fiscais definido pela OCDE em 2009: Os membros devem realizar TIEAs segundo o standard da OCDE.

São cinco os requerimentos fundamentais: 1. Troca de informações mediante pedido em que "haja evidência de que o pedido é relevante" para a Administração e segundo o enquadramento legal do parceiro do tratado. – Poder dos tribunais domésticos na consideração do que é relevante liquida grande parte das trocas de informação; 2. Inexistência de restrições à troca de informações por via de sigilo bancário ou devido a exigências fiscais de interesse doméstico; 3. Disponibilidade de informação fiável e de poderes para a obter; 4. Respeito pelos direitos dos contribuintes; 5. Estrita confidencialidade na informação trocada.

O Fórum Global passa a fazer revisões para analisar a adaptação do sistema jurídico e a troca de informações na prática.

Em junho de 2012 aconteceu a Convenção em Assistência Mútua Administrativa em Matérias Fiscais (*Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters*), onde 50 países já assinaram, mas não são muitas as jurisdições sigilosas que aderiram à Convenção, Os EUA estão no sistema de troca automática de informação desde julho de 2014, através da Foreign Account Tax Compliance Act – FATCA, abrangendo os fluxos financeiros que desenvolva dos EUA (por exemplo, de países onde há cidadãos dos EUA), com o objetivo de combater a evasão fiscal de cidadãos americanos, abrangendo os dados sobre informações pessoais e bancárias. Os países que não assinarem verá seus fluxos financeiros com os EUA tributados com uma taxa de retenção na fonte de 30%.

A OECD está desenvolvendo um modelo para estabelecer um padrão global uniforme na implementação de um modelo de troca automática de informações, com o objetivo de estabelecer uma plataforma multilateral para troca efetiva padronizada de informações entre todas as jurisdições do mundo.

Apesar destes esforços a situação está longe de estar resolvida: de acordo com dados da Oxford Analytica – OXAM, dois terços do dinheiro "ocultado" em paraísos fiscais estão relacionados com jurisdições da União Europeia. Na reunião do Conselho Europeu de 22 de maio de 2013, dedicado ao combate à fraude e evasão fiscal, foi referido: "(…) centros financeiros *offshore*, com forte sigilo bancário, continuam a dominar o mercado internacional de depósitos transfronteiriços."[7]

3. CONSEQUÊNCIAS DAS INFRAÇÕES ECONÔMICAS E FINACEIRAS, ENVOLVENDO O NARCOTRÁFICO E A RELAÇÃO COM OS PARAÍSOS FISCAIS – PORTUGAL, ESPANHA E DEMAIS MEMBROS DA OCDE

No livro 'How they got away with it', Rita Faria, José Cruz, André Lamas Leite e Pedro Sousa, no artigo 'Economic and Financial Criminality in Portugal', discorrem salientando que "as consequências diretas e indiretas da criminalidade econômica e financeira associadas com a crise financeira tem sido economicamente e socialmente prejudicial para Portugal."[8]

> O aumento da dívida pública é estimada em torno de vários bilhões de euros. Empresas portuguesas agora enfrentam custos mais altos para empréstimos, o que reduz sua competitividade e pode levar a falências e desemprego.
>
> Portugal, atualmente está com a sua maior taxa de desemprego em 30 anos, também está passando por uma grande redução nos custos de oportunidade resultantes do redirecionamento dos recursos públi-

7 CRUZ, José. (2015). Jurisdições de Sigilo [Dispositivo de sala de aula]. Temas Especiais II. Mestrado em Criminologia, Universidade do Porto, Porto, Portugal.

8 FARIA, Rita. José Cruz. André Lamas Leite. Pedro Sousa. Economic and Financial Criminality in Portugal. How they got away with it. White collar criminals and the financial meltdown. Susan Will. Stephen Handelman. David C. Brotherton. Columbia University Press. New York: 2013.

> cos longe de bens e serviços essenciais, como a saúde, educação, o sistema judicial, e as agências de aplicação da lei (tornando a aquisição e alocação de recursos adicionais para combater o crime ainda mais problemático)[9]

Com uma visão sobre a Espanha, Miguel Abel Souto afirma que

> o branqueamento de capitais constitui um 'crime de globalização', cuja importância é fundamental hoje, devido à crise econômica que estamos sofrendo, como as organizações criminosas, impulsionadas principalmente pelo tráfico de drogas e caracterizadas pela crescente natureza transnacional, que com suas atividades ilegais cada vez enfraquecem mais a economia e influenciam no sistema financeiro, finanças públicas ou serviços aduaneiros devido à sua vulnerabilidade.
>
> Ele afirma ainda que há uma ligação evidente entre drogas e lavagem de dinheiro, como a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, de 1988, foi o primeiro documento internacional que forçou punição da lavagem de dinheiro, formulando o protótipo de injusto que serviria de modelo para muitas legislações de 'privação do produto' de narcotráfico.
>
> Na Espanha a primeira punição de branqueamento em 1988 e 1992, se limita aos bens provenientes do tráfico de drogas. Mas a partir do Código Penal de 1995, quando se ampliou o rol de eventos previstos, a pena aos lavadores de dinheiro derivado do narcotráfico se agravou, modelo que foi seguido por alguns outros países, como Costa Rica também localizada no meio das rotas droga.[10]

No entanto o autor afirma que não há qualificação especial na legislação, para o branqueamento de capital, quando oriundo do tráfico de drogas, vejamos:

> Carece de tipificação criminal, o tipo qualificado de lavagem de dinheiro procedente do narcotráfico, uma vez que não se pode presumir que os montantes branqueados que se originam no tráfico de drogas superam os derivados de outros crimes.
>
> Além disso, se o Código Penal de 1995 procurou punir especialmente a lavagem de dinheiro proveniente do narcotráfico, com uma aplicação jurisprudencial decepcionante, apesar da extensão do rol previsto em 1995 e 2003, continua a se concentrar quase exclusivamente em tráfico de drogas, como mostra um estudo de 363 julgamentos entre 1995 e 2010, em que o narcotráfico foi parte do crime precedente à lavagem de dinheiro, em 91% dos casos (337), a perseguição não disminuiu, uma vez que a pesquisa sobre drogas devido à comunicação de operações suspeitas pela Comisión de Prevención de Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, Servicio Ejecutivo – SEPBLAC, aumentaram de 21 em 2010 para 22 em 2011 e 48 em 2012, aos quais adicionou-se dois novos tipos qualificados em 2010, resultando que 'o âmbito de atuação do tipo básico reduziu' 'consideravelmente em favor do agravamento', de modo que o primeiro quase nunca se aplicava, que transforma a regra em 'exceção' me-

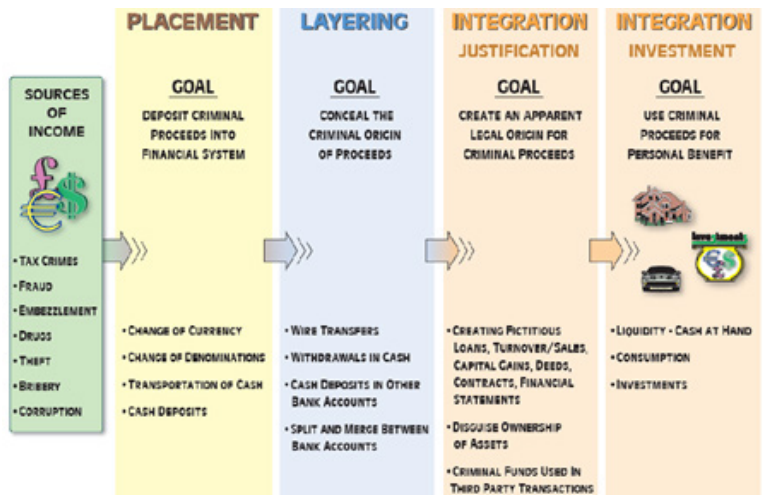
9 Idem.

10 SOUTO, Miguel Abel. Política criminal sobre drogas en la era global y blanqueo de dinero. Revista cuatrimestral europea sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. 2/2014. Academia Edizione e Formazione. Milano, Itália.

diante uma estranha técnica de formulação normativa que diminuiu o uso do tipo básico.[11]

Com a visão exposta sobre Portugal e Espanha, verificamos que a crise existente atualmente nesses países, tem relação direta com as infrações econômicas e financeiras, incluindo com destaque o branqueamento de capital, onde tem grande participação o capital oriundo do tráfico de drogas, que acaba por ser investido em paraísos fiscais, ou seja, além de ser oriundo de uma prática ilegal, ainda é investido em bancos de outros países, não gerando impostos, funcionando como uma economia paralela dentro dos países, contribuindo para a crise.

Em 2009, a OCDE fez um balanço, a respeito do branqueamento de capital nos seus países membros, ilustrando o processo de branqueamento conforme vemos a seguir:



12

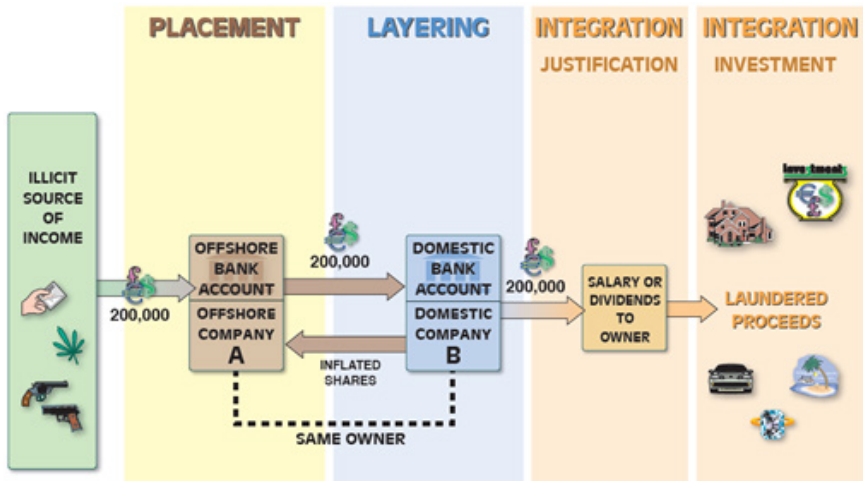
Notavelmente, uma das origens do dinheiro é o narcotráfico, seguindo o passo da localização, com o objetivo de depositar produtos do crime no sistema financeiro, com a troca de moeda e de denominação, transporte e depósito de dinheiro, depois é feita a estratificação, com o objetivo de dissimular a origem criminosa dos recursos, através de transferências bancárias, saques em dinheiro, depósito de dinheiro em outras contas bancárias, dividir e mesclar entre contas bancárias, já na justificação tem o objetivo de criar uma aparente origem legal para os produtos do crime, através de criação de empréstimos fictícios, volume de negócios/vendas, ganho de capital, ações, contratos, demonstrações financeiras, posse dissimulada de bens, fundos criminais usados nas operações de terceiros, finalmente a etapa do investimento, com objetivo de usar produtos do crime em benefícios próprios, para obtenção de dinheiro na mão, consumo e investimentos.

Na fase da estratificação o dinheiro pode ser transferido e dividido com freqüência entre contas bancárias, países, pessoas físicas e/ou jurídicas. O dinheiro também pode ser retirado em dinheiro e depositado em contas bancárias com outros bancos. É comum o uso de contas bancárias em países com leis rigorosas de sigilo bancário e de nomear sociedades *off-shore* como os titulares de contas bancárias.

Vejamos uma demonstração mais específica:

11 Idem.

12 OECD (2009). Money Laundering Awareness Handbook for Tax Examiners and Tax Auditors. Disponível em <http://www.oecd.org>. Acesso em 17.jan.2015.



No caso supra, o criminoso quer lavar uma renda ilícita, que é depositada em uma conta bancária *offshore* controlada por empresa offshore "A", que é de propriedade do criminoso. O criminoso quer ter estes fundos disponíveis para ele em seu país de origem. Os fundos são seguidamente ligados a uma conta bancária doméstica pela empresa "A" para a compra de ações da empresa "B", que também é de propriedade do criminoso. O valor é colocado sobre as ações da empresa "B". A empresa "B" tem agora o dinheiro em sua conta disponível para o criminoso. Estes fundos estão agora lavados e podem ser integrados.

4. TROCA AUTOMÁTICA DE INFORMAÇÕES NO CONTINENTE AMERICANO

A demora do Brasil em ratificar uma convenção internacional que permitirá obter informações e taxar dinheiro de brasileiros escondido em paraísos fiscais é qualificada como 'incompreensível' pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE.

> O Brasil assinou em novembro de 2011 a Convenção de Assistência Mútua em Matéria Tributária, da OCDE. Mas a iniciativa ainda não foi remetida para apreciação do Congresso Nacional – etapa necessária para a Receita Federal acionar a troca automática de informações com fiscos de outros países.
>
> A falta de ratificação 'impede o Brasil de ter informações de paraísos fiscais e o país perde recursos', acrescentou. 'Sem as informações, não dá para cobrar taxa sobre brasileiros que esconderam seu dinheiro ilegalmente em outros países.'[13]

No Brasil o narcotráfico tem muita força e tem relação com o branqueamento de capital e conseqüente investimento nos paraísos fiscais, como demonstrado no esquema gráfico apresentado no item anterior, vejamos no próximo item alguns fatores que demonstram, de certa maneira, essa relação em cada fase do processo, conforme ilustrou-se acima.

Importante destacar um pronunciamento da presidente da Argentina Cristina Kirchner na VII Cúpula das Américas, que destacou que

> Deberían abordar fundamentalmente los países que más consumen, el nudo de la cuestión del narcotráfico, el financiamiento. En dónde se lava el dinero del narcotráfico? En los bancos de los países que producen? O en los bancos de los países desarrollados? No seamos cínicos.[14]

13 MOREIRA, Assis. OCDE cobra país sobre convenção contra evasão fiscal. Valor Econômico. Disponível em <http://www.fazenda.gov.br>. Acesso em 17.jan.2015.

14 KIRCHNER, Cristina Fernandez de. (2015, Abril 11). La Presidenta Cristina Kirchner en la VII Cumbre de las Américas: "Deberían abordar fundamentalmente los países que más consumen, el nudo de la cuestión del narcotráfico, el financiamiento. En dónde se lava el dinero del narcotráfico? En los bancos de los países que producen? O en los bancos

A presidente aborda justamente a questão do capital branqueado, oriundo do tráfico de drogas, investido em paraísos fiscais, fazendo uma crítica ao fato.

5. ESTUDOS QUE DEMONSTRAM O CAMINHO DO DINHEIRO ORIUNDO DO NARCOTRÁFICO

Não é uma tarefa fácil, rastrear a origem ilícita do dinheiro que tem indícios de que seja fruto de branqueamento de capital, quanto menos especificar tal ilicitude, nomeadamente afirmando que a origem foi do narcotráfico.

Alguns resultados já concluídos foram frutos do árduo trabalho do setor de inteligência da polícia, identificando o rastro do dinheiro.

No entanto, como o caminho até o investimento nos bancos em paraísos fiscais é muito comprido, nem sempre consegue-se rastrear até o final do percurso trilhado.

Interessante destacar um estudo realizado pelo Departamento de Roubos da polícia de Miami, "em meados da década de 80, que indica que de 100 notas de um dólar analisados, 99 tinham rastros de cocaína, tal estudo foi feito justamente por ser conhecida tal região, no Estado da Flórida, pela lavagem de dinheiro, assim como em outros estados norte-americanos"[15]

Outro caso importante que envolve dinheiro oriundo do narcotráfico, passando pelo processo de branqueamento, foi denominado de '*the bicycle club*', que como mencionado no artigo de onde se extraiu,

> é um exemplo de um esquema de lavagem de dinheiro, que envolveu um traficante de maconha chamado Ben Kramer, que transferiu seus rendimentos de drogas através de um banco em Liechtenstein para outra instituição *offshore* e, eventualmente, para algo chamado de Parceria LCP (LCP), que, juntamente com outra empresa estabelecida na Califórnia, passando por um clube de jogo conhecido como o *Bicycle Club*. Este clube foi usado para lavagem de dinheiro e acabou por ser apreendido pelas autoridades, contudo não antes que cerca de 10 milhões de dólares de receita de tráfico de maconha tinha sido lavado através da LCP.[16]

Na investigação supra verificou-se que conseguiu ser rastreado o caminho do capital oriundo do tráfico de drogas, conseguindo-se identificar que tal dinheiro fora investido em offshore, tal trabalho comprova o caminho completo identificado pela ilustração supraindicada, oriunda do sítio eletrônico da OCDE.

6. CONCLUSÃO

A política de troca automática de informações com incentivo num aspecto global, está engajada e em crescimento por escala, ou seja, cada passo é dado no ritmo necessário para gradualmente se aproximar do objetivo final, qual seja um maior número de países adeptos, causando maior transparência entre as informações fiscais entre as nações.

Quanto às informações a serem engajadas a esse aspecto fiscal, nomeadamente fala-se sobre o narcotráfico e seu processo de branqueamento, até atingir o investimento em paraísos fiscais, escolheu-se abordar essa vertente por acreditar-se que talvez seja uma das mais importantes dentre as outras origens ilícitas que objetivam tais investimentos.

---

de los países desarrollados? No seamos cínicos". [Facebook status update]. Disponível em < https://www.facebook.com/video.php?v=933707646693771>. Acesso em 14.abr.2015.

15 AGUILERA, Alejandro L. Perdomo. Paraísos fiscais, lavagem de dinheiro e drogas no "novo mundo" da América. Carta Maior. Disponível em <http://www.cartamaior.com.
br> . Acesso em 12.jan.2015.

16 WILLIAMS, Phil. Money Laundering. IASOC Magazine, Vol. 10, No. 4, Summer 1997. Transnational Institute. Disponível em <http://www.tni.org>. Acesso em 10.jan.2015.

No Brasil, como no mundo todo, o consumo ininterrupto e crescente das mais diversas drogas, dá muita força ao narcotráfico, no entanto, várias nações vem alterando suas legislações e repensando a política de drogas referente às drogas leves, pensando nas possibilidades de descriminalização, despenalização ou legalização, pensando no uso, consumo e cultivo. Certamente a *cannabis* tem preferência nesse processo, por ser uma droga que muitos estudos demonstram que tem menos efeitos colaterais, mais usuários e geralmente com uma composição mais natural.

Importante introduzir esse enredo, sem fugir do assunto do presente trabalho, que envolve o cenário do *white collar crime*, para ressaltar a importância do atual contexto complexo da influência dos estupefacientes com a crise de alguns países, a desigualdade social e a desestruturação das necessidades básicas que o Estado disponibiliza à sociedade: saúde, educação e segurança.

REFERÊNCIAS

AGUILERA, Alejandro L. Perdomo. Paraísos fiscais, lavagem de dinheiro e drogas no "novo mundo" da América. Carta Maior. Disponível em <http://www.cartamaior.com.br> . Acesso em 12.jan.2015.

LEAL, José Manuel Pires. O tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, e seus proventos. Infrações Econômicas e Financeiras. Estudos de Criminologia e Direito. José Neves Cruz. Carla Cardoso. André Lamas Leite. Rita Faria. Coimbra Editora. 2013

FARIA, Rita. José Cruz. André Lamas Leite. Pedro Sousa. Economic and Financial Criminality in Portugal. How they got away with it. White collar criminals and the financial meltdown. Susan Will. Stephen Handelman. David C. Brotherton. Columbia University Press. New York: 2013.

CRUZ, José. (2015). Jurisdições de Sigilo [Dispositivo de sala de aula]. Temas Especiais II. Mestrado em Criminologia, Universidade do Porto, Porto, Portugal.

KIRCHNER, Cristina Fernandez de. (2015, Abril 11). La Presidenta Cristina Kirchner en la VII Cumbre de las Américas: "Deberían abordar fundamentalmente los países que más consumen, el nudo de la cuestión del narcotráfico, el financiamiento. En dónde se lava el dinero del narcotráfico? En los bancos de los países que producen? O en los bancos de los países desarrollados? No seamos cínicos". [Facebook status update]. Disponível em <https://www.facebook.com/video.php?v=933707646693771>. Acesso em 14.abr.2015.

MOREIRA, Assis. OCDE cobra país sobre convenção contra evasão fiscal. Valor Econômico. Disponível em <http://www.fazenda.gov.br>. Acesso em 17.jan.2015.

OECD (2009). Money Laundering Awareness Handbook for Tax Examiners and Tax Auditors. Disponível em <http://www.oecd.org>. Acesso em 17.jan.2015.

SOUTO, Miguel Abel. Política criminal sobre drogas en la era global y blanqueo de dinero. Revista cuatrimestral europea sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. 2/2014. Academia Edizione e Formazione. Milano, Itália.

WILLIAMS, Phil. Money Laundering. IASOC Magazine, Vol. 10, No. 4, Summer 1997. Transnational Institute. Disponível em <http://www.tni.org>. Acesso em 10.jan.2015.

O BRASIL: ATOS INSTITUCIONAIS, ATOS COMPLEMENTARES E EMENDAS CONSTITUCIONAIS.

Uma contribuição histórica ao estudo do Direito Tributário no século XXI

Hélio Sílvio Ourem Campos[1]

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, durante o regime da Constituição de 18 de setembro de 1946, foram expedidos quatro (4) Atos Institucionais.

Dou destaque para o Ato Institucional nº 01, de 10.04.1964 (republicado em 11.04.1964, por ter saído com incorreções). Nele, os Comandantes em Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, em nome do que a **Exposição de Motivos** deste Ato chamou de "autêntica revolução", manteve a Constituição de 1946, ampliando os poderes do Presidente da República. Disse, também, que "a revolução não procura legitimar-se através do Congresso. Este é que recebe deste Ato Institucional" a sua legitimidade.

Assim, defendia-se não haver radicalizado, pois se estava resolvendo manter o Congresso Nacional com as reservas de poderes nele (AI-1) fixadas.

A justificativa que se dava era a da "restauração da ordem interna e do prestígio internacional", tomando as "urgentes medidas destinadas a drenar o bolsão comunista."

Enfim: "a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, legitima-se por si mesma."

É o que dizia, na Ementa "À Nação", pois assim começavam os três primeiros Atos Institucionais. Eles *esclareciam* que a *revolução* estava em movimento, ou, como proclamava o Ato Institucional nº 02, de 05.11.65 (também republicado por ter saído com incorreções): "Não se disse que a Revolução foi, mas que é e continuará. Assim, o seu Poder Constituinte não se exauriu (...)".

No Ato nº 02/65, dizia-se no art. 14: "Ficam suspensas as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a do exercício em funções por tempo certo." E, no art. 15: "No interesse de preservar e consolidar a Revolução, o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, poderá suspender os direitos políticos de qualquer cidadão pelo prazo de dez anos e cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais."

Quanto ao Ato Institucional nº 04, de 07.12.1966 (também retificado), já ficou salientado que ele convocou o Congresso Nacional para discutir, votar e promulgar o projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República (art. 1º, "caput" e § 1º).

Veio a Constituição de 1967.

Na Constituição de 24 de janeiro de 1967, computando-se os quatro Atos já existentes, chegou-se aos dezessete (17) Atos Institucionais e quarenta (40) Atos Complementares. Entre os Atos Institucionais, ainda merece destaque o AI-5, de 13.12.1968.

A origem deste Ato deveu-se ao seguinte fato.

---

1 Juiz Federal; Líder de Grupo de Pesquisa - CNPq: "*Política e Tributação: aspectos materiais e processuais*"; Professor da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco; Professor Titular e Membro do Conselho Superior da Universidade Católica de Pernambuco (Graduação e Mestrado); Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco e Doutorado pela Faculdade Clássica de Direito de Lisboa; Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco e pela Faculdade Clássica de Direito de Lisboa - (Equivalência); Ex-Procurador do Estado de Pernambuco; Ex-Procurador do Município do Recife; Ex-Procurador Federal; Pós-doutorado pela Universidade Clássica de Lisboa. E-mail: ouremcampos@jfpe.jus.br / http://www.ourem.web44.net / http://lattes.cnpq.br/1508584545879443

O Deputado MÁRCIO MOREIRA ALVES, protestando, na Câmara dos Deputados, contra a violência policial e o regime militar, sugeriu o boicote ao desfile da Independência, de sete de setembro.

Este discurso provocou uma enorme irritação nas Forças Armadas.

Por isto, o Governo pediu licença ao Congresso para processar o Deputado.

O Congresso negou. Aos doze de dezembro, o Plenário rejeitou a solicitação do Governo.

A reação foi drástica. Expediu-se o AI-5.

O Ato Institucional nº 05/68, além de autorizar os Atos Complementares, no art. 9º, com o objetivo de instrumentalizar a execução das suas medidas e de defender a *revolução* com medidas de estado de sítio (art. 152, § 2º, da Constituição de janeiro de 1967), estabeleceu que o Presidente da República, quando julgasse conveniente, poderia decretar o recesso parlamentar, ficando, neste período, "autorizado a legislar em todas as matérias" (art. 2º, "caput" e § 1º).

Manteve, ainda, a possibilidade de suspensão dos direitos políticos, sem a necessidade de atender às limitações constitucionais (art. 4º); suspendeu as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade (art. 6º); suspendeu o habeas-corpus em casos de crimes políticos (art. 10); excluiu de qualquer apreciação judicial a si próprio (AI-5) e aos Atos Complementares que dele decorressem etc.

Como se vê, a Constituição de janeiro de 1967, acaso tenha sido feita com o objetivo de, gradualmente, normalizar a ordem jurídica no Brasil, não teve o seu objetivo confirmado na prática.

A idéia de elaborá-la, ao que parece, decorreu do fato do grande número de Atos Institucionais e de Emendas Constitucionais editadas após o movimento de 1964.

Sobre isto, disse PAULO BONAVIDES [2]:

> E o caminho escolhido pelos militares não poderia ter sido outro que o da centralização e fortalecimento do Poder Executivo. O período de abril de 64 a dezembro de 66 registra nada menos do que a edição de quatro atos institucionais e quinze emendas constitucionais. Entre essas últimas, estão as que determinavam reformas nos Poderes Legislativo e Judiciário, no sistema financeiro e ainda no campo tributário.

A rigor, como foi possível observar, não se pode dizer, ao certo, se ela foi outorgada ou promulgada, tendo um caráter semi-autoritário.

Afinal, o Congresso foi convocado para se reunir extraordinariamente, discuti-la e votá-la. O rígido calendário, previamente estabelecido, foi cumprido rigorosamente.

Veja-se. O Projeto foi enviado pelo Governo, chegando ao Congresso Nacional em 12.12.1966. A Carta foi promulgada em 24.01.67.

As formalidades foram cumpridas.

PONTES DE MIRANDA[3], ao comentar a Carta de 1967, disse: "Na Constituição de 1967, há mais subservidade do que revolucionariedade." E arremata: "o Ato Institucional de 1964 foi erro grave na história do Brasil e produziu os outros erros, em outros atos institucionais."

Esperava-se que, pelo menos, cessassem os Atos Institucionais. Mas não cessaram.

Daí o caráter também psicológico do AI-5.

Ele liquidou com as esperanças de democratização.

Quanto à Emenda nº 01, de 17 de outubro de 1969, até hoje ainda se discute se foi mesmo uma nova Constituição.

---

2 BONAVIDES, PAULO e ANDRADE, PAES DE. História Constitucional do Brasil 3. ed. Rio de Janeiro. Paz e Terra. 1991, p. 429.

3 MIRANDA, Pontes de. **Comentários** à Constituição **de 1967 – Tomo I**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

Isto acontece, a meu ver, por dois motivos, a saber:

1. em face da procura de legitimidade constitucional do governo à época instituído, que ainda pretendia o reconhecimento da Carta de 1967, que teve origem híbrida;
2. dado às grandes modificações que provocou no regime jurídico constitucional.

Na verdade, uma Junta de Ministros militares a outorgou em 17.10.1969, havendo ela tratado de adaptar os vários Atos Institucionais e Complementares, fortalecendo o Poder Executivo, que, na época, justificava-se com o pretexto de que aquilo era uma tendência universal.

A sociedade protestava como podia, mas a concentração autoritária de poder respondeu com a repressão e com a censura à liberdade de expressão, de reunião, de imprensa etc.

Uma das reações mais marcantes ao autoritarismo ocorreu no Estado de Pernambuco, com o lançamento da Carta do Recife, em 1971, por um grupo progressista do Movimento Democrático Brasileiro (MDB), que tentava fazer oposição ao regime.

Neste documento, pretendia-se uma Assembléia Nacional Constituinte, o que só veio a ocorrer anos depois, em 1986.

No entanto, foi em abril de 1984 que se iniciou, em São Paulo, uma grande campanha de rua exigindo as eleições diretas em todos os níveis. Esta campanha teve o nome "Diretas, já".

O produto da mobilização foi a eleição indireta de TANCREDO NEVES por um Colégio eleitoral, que era repudiado pela opinião pública.

A posse não veio. O Presidente eleito morreu.

Surgiram as divergências de interpretação sobre quem deveria assumir. Se o Presidente da Câmara, Deputado ULYSSES GUIMARÃES, ou o Vice-Presidente eleito, o Senador JOSÉ SARNEY. Tornou-se Presidente o segundo, em 1985.

Ainda sobre a Constituição que antecedeu a de 1988, falava-se que era uma "colcha de retalhos", dado que foi atingida por 27 (vinte e sete) Emendas. A 26ª foi para instalar a Assembléia Constituinte que elaborou a atual Constituição[4]. A 27ª, de 02 de dezembro de 1985, dispôs, sobretudo, quanto à repartição de receitas entre as pessoas políticas que compunham a Federação brasileira (União, Estados-membros, e, também, os Municípios).

Compreendidas no período histórico da Constituição que precedeu a atual no Brasil, destaco duas Emendas, a saber:

1. a Emenda Constitucional nº 08, de 14 de abril de 1977, o chamado "Pacote de Abril", que, entre outros dispositivos, fez surgir a figura dos denominados Senadores "biônicos", pois previa, no § 2º, do art. 41, que o preenchimento de um cargo, entre os três destinados aos Senadores de cada Estado, deveria ser feito mediante eleição indireta, por um Colégio Eleitoral. Este Colégio era composto por membros das Assembléias Legislativas estaduais e de delegados das Câmaras municipais do respectivo Estado a ser representado;
2. a Emenda Constitucional nº 15, de 21 de novembro de 1980, que restabeleceu o sistema de voto direto nas eleições para Governador de Estado e para Senador da República (art. 41, "caput", com a redação da Emenda).

A atual Constituição do Brasil é a de 05 de outubro de 1988, e, considerando as Reformas Administrativa e Previdenciária (Emenda Constitucional nº 19, de 05 de junho de 1998 e Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, respectivamente – duas entre as mais extensas), já atingiu quase 100 (cem) Emendas, computando-se, neste universo, as Emendas Constitucionais nºs. 21 e 22, a mbas de 18 de março de 1999, a de nº 24, de 09 de dezembro de 1999, a de nº 31, de 14 de dezembro de 2000e a de nº 32, de 11 de setembro de 2001, que, embora de menor extensão, tratam, respectivamente, de assuntos importantes, como: o reforço para o custeio da previdência social, mediante a prorrogação da Contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos de natureza financeira (CPMF); a possibilidade de criação

4 A Emenda Constitucional nº 26, de novembro de 1985, convocou a Assembléia Nacional Constituinte (art. 2º), além de conceder anistia a todos os servidores públicos civis da Administração direta e indireta e militares, punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares. Também concedeu anistia aos autores de crimes políticos ou conexos e aos dirigentes e representantes de organizações sindicais e estudantis (art. 4º).

de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal; a criação do Ministério da Defesa, retirando a condição de Ministros dos Comandantes militares (Exército, Marinha e Aeronáutica); sobre a criação de um Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza e confere uma nova regulamentação constitucional para as medidas provisórias brasileiras.

Embora este dispositivo fale em separação de poderes, cabe ressalvar que, no art. 2º, da atual Constituição, figura, entre o que ela chama de princípios fundamentais, a previsão de que: "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário."

Além destas, há a Reforma Tributária, a do Poder Judiciário, a da instituição de um sub-teto para a remuneração dos servidores públicos estaduais, distritais e municipais, etc.

Um verdadeiro *desmonte constitucional*.

De fato, a Constituição de outubro de 1988, em face de não haver partido de um projeto padrão, permitiu o acolhimento de propostas as mais variadas, cabendo às Subcomissões temáticas tentar conferir um mínimo de unidade ao que se fazia. Depois, com a Comissão de Sistematização, lançou-se na difícil tarefa de conferir unidade a algo que efetivamente não possuía, até porque pretendia-se um sistema de governo parlamentar, e foi votado o presidencialismo, inclusive no plebiscito previsto no art. 2º, das Disposições Transitórias.

A cronologia da Assembléia Nacional Constituinte foi a seguinte, segundo o "*Jornal da Constituinte*": (Obs.: (1) em 03.12.1987, foi aprovada mudança no Regimento Interno da Assembléia Nacional Constituinte; (2) a Constituição de 05 de outubro de 1988 originalmente previa a sua promulgação para 15.11.1987; (3) em seguida, vão os principais momentos do processo constituinte brasileiro).

	Mês	**Dia**	**Matéria**
1987	02	01	Instalação
	02	02	O Dr. ULYSSES GUIMARÃES foi eleito Presidente da Comissão Diretora
	02	05	Foi aprovado o Regimento provisório
	03	19	Foi aprovado o Regimento definitivo
	03	24	Foi promulgado o Regimento definitivo
	03	26	Ano
	04	07	Instalação das Subcomissões temáticas
	04	14	Início do prazo de Emendas
	04	19	Fim do prazo de Emendas
	05	25	Encerramento
	04	01	Instalação das Comissões temáticas
	05	27	Início do prazo de Emendas ao Anteprojeto das Subcomissões
	06	01	Fim do prazo de Emendas
	04	09	Início da Comissão de Sistematização
	06	15	Recebimento de 08 Anteprojetos das Comissões
	06	26	1º Anteprojeto da Constituição, com 501 artigos
	06	29	Início do prazo de apresentação de Emendas na Comissão de Sistematização
	07	02	Fim do prazo de apresentação de Emendas na Comissão de Sistematização
	07	09	Término da votação do anteprojeto de Constituição, resultando no Projeto de Constituição da Comissão de Sistematização, com 496 artigos
	07	12	Encaminhamento do Projeto aprovado ao Plenário
	07	14	Início do prazo de discussão do Projeto em Plenário
	07	15	Início do prazo de apresentação de Emendas
	08	13	Fim do prazo de apresentação de Emendas
	08	23	Fim do prazo de discussão do Projeto em Plenário, voltando à Comissão de Sistematização
	08	24	Início do prazo para o Relator apreciar as Emendas
	08	26	O Relator apresenta o substitutivo

	09	05	Fim do prazo de apresentação de Emendas ao Substitutivo e o Relator apresenta o 2º Substitutivo, com 264 artigos
	09	24	Início do prazo na sistematização de votação do Projeto, com 496 arts; Substitutivos: 1º (305 arts.) e o 2º (264 arts.) e das Emendas
	11	18	Término de votação na Comissão de Sistematização
	11	24	O Projeto A, aprovado na Sistematização, é entregue ao Presidente da Assembléia Nacional Constituinte
	11	26	Inicia a discussão e votação pelo Plenário do Projeto A
1988	01	07	Início da apresentação de Emendas ao Projeto A
	01	13	Fim do prazo de apresentação de Emendas
	01	14	Início do prazo para o Relator proferir parecer sobre as Emendas, sem alterar o Projeto
	01	20	Fim do prazo para o Relator proferir parecer sobre as Emendas
	04	21	Instituída a Comissão de Redação, com 19 membros
	06	30	Fim da votação em 1º turno, resultando no Projeto B
	07	05	O Relator entrega a redação final do Projeto B
	09	02	Término da votação, em 2º turno, do Projeto B, que se transforma em Projeto C
	09	15	A Comissão de Redação distribui a redação aprovada do Projeto C
	09	20	Término da apreciação de propostas, resultando no Projeto D, redação final
	09	21	Publicado e distribuído o Projeto D, redação final
	09	22	O Plenário aprova, em turno único, em votação global, a redação final, do Projeto transformado em Constituição
	10	05	Foi promulgada a Constituição (*) O Substitutivo do Relator ao Projeto de Resolução nº 02/1987- Assembléia Nacional Constituinte, que trata do seu Regimento Interno, previa o término dos trabalhos constituintes em 15.11.1987.

Além do mais, vários foram os dispositivos que, embora promulgados, tinham contra si forte oposição, especialmente aqueles que envolviam matéria econômica e financeira.

Apenas para exemplificar o que digo, assinalo a Emenda Constitucional nº 06, de 15 de agosto de 1995, que terminou por fazer uma série de modificações no Texto Constitucional, entre elas:

1. eliminou a figura da empresa brasileira e da empresa brasileira de capital nacional (art. 170, inc. IX e art. 171)[5]. De fato, o que, particularmente, o art. 171 pretendia era que fossem conferidas proteções e benefícios especiais, no campo da defesa nacional e em áreas de especial interesse para o desenvolvimento nacional (tecnologia por exemplo), a empresas que ficassem sobre o **controle efetivo** de pessoas radicadas no Brasil;

5 Diziam os artigos eliminados: "Art. 170. (o "caput" foi mantido) A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IX – tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte." Era o texto do art. 171: "Art. 171. São consideradas: I- empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País; II- empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em carácter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades.
§ 1º. A lei poderá, em relação à empresa brasileira de capital nacional:
I- conceder protecção e benefícios especiais temporários para desenvolver actividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País.
II- estabelecer, sempre que considerar um setor imprescindível ao desenvolvimento tecnológico nacional, entre outras condições e requisitos:
a) a exigência de que o controle referido no inciso II do caput se estenda às atividades tecnológicas das empresas, assim entendido o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para desenvolver ou absorver tecnologia,
b) percentuais de participação, no capital, de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou entidades de direito público interno.
§ 2º. Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional." Todo este artigo 171 foi eliminado do Texto Constitucional pela Emenda nº 06, de 15 de agosto de 1995.

2. interferiu na pesquisa e na lavra de recursos minerais e potenciais de energia hidráulica, pois substituiu do § 1º, do art. 176 a expressão "empresa brasileira de capital nacional" por "empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País";
3. interferiu no monopólio da União sobre o petróleo e o gás natural, pois autorizou a mesma a contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades de pesquisa e lavra das jazidas, refinação e transporte do petróleo etc., conforme dispôs na nova redação do § 1º, do art. 177. Apenas a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados ficaram sob o monopólio da União, sem a possibilidade de a mesma contratar estas atividades com empresas estatais ou privadas; isto por força da exclusão do referenciado §1º.

Com a Emenda nº 07, também de 15 de agosto de 1995, não foi diferente, pois alterou o art. 178, chegando a modificar a regra geral de que a navegação de cabotagem e a interior seriam privativas de embarcações nacionais, porquanto, no Parágrafo Único do mesmo artigo, assinalou: "Na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras." No texto reformado, havia a taxatividade de que a navegação de cabotagem e a interior eram privativas de embarcações nacionais, apenas com a ressalva de casos de necessidade pública, segundo o que dispusesse a lei.

Ainda no campo da ordem econômica, cabe destacar que a Emenda nº 08, de 15 de agosto de 1995, tratou de ampliar as possibilidades de o setor privado vir a explorar os serviços de telecomunicações, pois, entre outras novidades, nada vem dizendo sobre a necessidade de controle acionário estatal.[6] (art. 21, inc. XI e XII, al. "a")

É bem possível que se diga que tudo isto vai no caminho de que o mundo está a exigir que o Estado diminua de tamanho, dado que a burocracia oficial não se apresenta como a base para se construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inc. I, da Constituição do Brasil), o que é um dos objetivos fundamentais da República. Após 1988, caiu o muro de Berlim, e isto simbolicamente permitiria a mais ampla abertura ao capital privado.

Pode ser que nisto haja razão, mas, nos setores onde a lucratividade não se apresente, será necessária a atuação do Estado, sob pena de nem o Estado nem o capital privado virem a atendê-los. Ou, dito de outro modo: quando a atividade for lucrativa, cabe às empresas particulares tirarem o proveito; quando não for, caberá ao Estado arcar com o prejuízo. Parece que esta não pode ser a interpretação a se atribuir ao art. 173, "caput", da Constituição do Brasil[7], que

6 O Texto original tinha a seguinte redação: "Compete à União explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob o controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados, e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado, através da rede pública de telecomunicações explorada pela União e explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações." O atual Texto prevê: "Compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais e explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens;"

7 Constituição do Brasil: "Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos **imperativos da segurança nacional** ou a **relevante interesse coletivo**, conforme definidos em lei.
(Este parágrafo vai com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 05 de junho de 1998) § 1º A lei estabelecerá **o estatuto jurídico** da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:
I- sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;
II- a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;
III- licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;
IV- a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;
V- os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores."

predica que a exploração direta da atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da *segurança nacional* ou ao *relevante interesse coletivo*. Afinal, não pode caber a alguém apenas o que dá prejuízo; não sendo razoável admitir que se retire como compatível com o interesse coletivo esta conseqüência hermenêutica.

Em verdade, no trecho constitucional referente à ordem econômica, foram tais as modificações e a pressa com que elas foram feitas que até se redundou por provocar um artigo que não possui nenhum texto. É, como foi visto, a situação do art. 171, da Constituição do Brasil, que, ao seu lado, tem apenas o seguinte registro: "Revogado pela Emenda Constitucional nº 06, de 15 de agosto de 1995."

Mais (repita-se): as Emendas nºs. 06 e 07, que têm a mesma data (15 de agosto de 1995), aprovaram, cada uma delas, o mesmo artigo constitucional. Acredite se quiser. O art. 246, da Constituição do Brasil foi aprovado duas vezes, e com idêntico teor, tal a desatenção que vem merecendo a Constituição no Brasil. Algo bastante semelhante, mas ainda pior, do que adotar uma Constituição por um dia. No caso, sequer se procurou saber que o artigo já havia sido aprovado.

Dizia o art. 246: "Art. 246. É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995."[8]

Diante deste dispositivo, e analisando um tributo que, no Brasil, é chamado de contribuição social do salário-educação, escrevi um artigo que terminava afirmando:

1. se a Constituição chegou ao exagero de ver aprovado um mesmo artigo duas vezes, também, entre as suas matérias, há aquelas que vêm repetidas em mais de um artigo, como é o caso do princípio da igualdade e da segurança jurídica[9] e a garantia da irretroatividade da lei menos benéfica etc. Ora, se um destes dispositivos vier a ser alterado por Emenda, e os outros não o forem, poderiam estes últimos servir de fundamento de validade para novas medidas provisórias, posteriores a 1995?
2. se um artigo alterado por Emenda tratasse, originalmente, de dois ou mais assuntos, e apenas um houvesse sofrido alteração, estaria o outro impossibilitado de vir a ser regulado por meio de medida provisória, mesmo estando manifestamente presentes os requisitos constitucionais para a sua edição: relevância e urgência (art. 62, da Constituição do Brasil)?[10]

Quanto ao primeiro argumento, é possível que se diga que tanto a isonomia, quanto a segurança jurídica, como também a garantia da irretroatividade da lei menos benéfica, estão, todos eles, sob o manto da intangibilidade constitucional (art. 60, § 4º, da Constituição do Brasil)[11]. No entanto, cabe sopesar que nada é mais fundamental, nos tempos modernos, do que a educação de um povo, e, entre os direitos e garantias individuais, é obrigatória a presença da educação.

---

8 É a nova redação deste artigo, conferida pela Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001: "É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de Emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta Emenda, inclusive."

9 Quanto à redução das desigualdades entre as regiões, pode-se, ao menos, citar-se os arts. 3º, inc. III; 151, inc. I; 165, § 7º e 170, inc. VII.
Sobre o princípio da irretroatividade, é o mesmo que ocorre, conforme se retira dos arts. 5º, "caput" (segurança jurídica); 5º, inc. XXXVI ("a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada"); 150, inc. III, al. "a" ("é vedado às pessoas políticas cobrar tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado").

10 Constituição do Brasil: "Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.
Parágrafo Único. As medidas provisórias perderão eficácia desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes." (Texto originário).

11 Constituição do Brasil: "Art. 60 (...) § 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir I- a forma federativa de Estado; II- o voto direto, secreto, universal e periódico; III- a separação dos Poderes **IV- os direitos e garantias fundamentais."**

Assim, reconhecida esta como um direito de todos e um dever do Estado (arts. 205 e ss.) - o que é fortalecido pelo fato de que o não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou mesmo a sua oferta irregular, detém como conseqüência, prevista na Constituição, a responsabilidade da autoridade competente (art. 208, § 2º) – é preciso que, na interpretação dos seus predicamentos constitucionais, não se esqueça de que a cidadania se constrói com a melhoria da qualidade de ensino e com a universalização do atendimento escolar (ver arts. 205 e ss, da Constituição do Brasil)[12].

Não se pense que a questão que agora apresento só tenha importância teórica. Veja-se.

A contribuição social do salário-educação vem disciplinada no art. 212, § 5º, que foi alterado em 1996, pela Emenda nº 14, de 12 de setembro de 1996, que lhe retirou a expressão: "que dela poderão deduzir a aplicação realizada no ensino fundamental de seus empregados e dependentes", embora a remissão feita à lei disciplinadora pudesse vir a restabelecer a regulamentação neste mesmo sentido.

Vale lembrar que o antecedente histórico mais antigo desta exação brasileira parece ser o "*subsídio literário*", um imposto destinado a financiar a educação, instituído logo após a expulsão dos jesuítas do Brasil, o que implicou no fechamento dos seus colégios e na substituição pelas "*aulas régias*". Foram dois os motivos básicos para esta expulsão, a saber: a) a região das Missões ou a questão dos limites no sul do Brasil; b) o atentado contra o Rei José I, em 1758, em Portugal.

Ora, embora não de maneira especial, é sabido que o art. 149, da vigente Constituição do Brasil[13], trata das contribuições especiais; e, entre elas, estão as sociais.

Abstraindo a existência de outros defeitos apontados nesta contribuição social, cabe perquirir se este pode ser visto como mais um.

Particularmente, isto me faz lembrar um chavão tantas vezes repetido no Brasil: "quando não se quer, qualquer desculpa serve."

Feita esta análise panorâmica da história do Estado e do direito constitucional brasileiro, passo a um maior detalhamento na área fiscal quanto àquilo que de mais importante passou pelo Brasil desde o descobrimento.

Antes disto, vale a referência sobre o que venha a ser "*tributo*" de acordo com o direito positivo nacional.

---

12 Constituição do Brasil. Por exemplo: "Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. § 1º. A parcela da arrecadação de impostos transferida pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ou pelos Estados aos respectivos Municípios, não é considerada, para efeito de cálculo previsto neste artigo, receita do governo que a transferir.§ 2º. Para efeito do cumprimento do disposto no caput deste artigo, serão considerados os sistemas de ensino federal, estadual e municipal e os recursos aplicados na forma do art. 213 **(escolas públicas, comunitárias, confessionais ou filantrópicas)**. § 3º. A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, nos termos do plano nacional de educação. § 4º. Os programas suplementares de alimentação e assistência à saúde previstos no art. 208, VII, serão financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários**. (a L. nº 8.913, de 12 de julho de 1994, dispõe sobre a municipalização da merenda escolar)**. § 5º. O ensino fundamental terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação recolhida, pelas empresas, na forma da lei."

13 Constituição do Brasil: "Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III (exigência de lei complementar para o estabelecimento de normas gerais em matéria de legislação tributária, e 150, I e III (princípio da legalidade estrita ou da tipicidade cerrada e princípios da irretroatividade e anterioridade, com a ressalva de que para as contribuições em favor da seguridade social a anterioridade é nonagesimal), e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo. Parágrafo Único. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social."
Diz o art. 195, § 6º, Constituição do Brasil: "Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (...)
§ 6º. As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art, 150, III, b (princípio da anterioridade, que impede às pessoas políticas cobrar tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;)."

Tal como muitas definições são positivadas, o mesmo ocorre com o "*tributo*".

A própria Constituição da República Federativa do Brasil de outubro de 1988 remete à lei complementar a tarefa de definir "*os tributos e suas espécies*" (art. 146, inc. III, al. "a")[14].

Por sua vez, o Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/25.10.1966) define o que seja o tributo, dizendo no seu art. 3º: "é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada."

Em suma, a idéia do conceito de tributo é pertencente ao direito positivo, não sendo uma questão de lógica jurídica ou universal. Varia com a história.

Dentro desta perspectiva, é que se torna preciso considerar que as contribuições extraídas da história não são antecedentes perfeitos das exações atuais.

De fato, muitas vezes, as comparações, inclusive as históricas, são perigosas.

Etimologicamente, contudo, a expressão *tributo* deriva do latim, *tributum*, particípio passado do verbo *tribuere*, e tem, dentre outras acepções, a de dividir ou repartir entre as tribos. Daí a idéia de carga pública repartida entre as tribos.

No caso do Brasil colônia[15], é fundamental inserir esta noção de acordo com:

1. o direito geral português, que valia para todo o reino;
2. o direito expresso por uma legislação específica, ou colonial geral;
3. o direito especial formulado para o Brasil. Foi o caso das minas e dos índios;
4. o direito emanado pela própria colônia (os forais[16] e os regimentos permitiam aos governadores, limitadamente, complementarem as leis da metrópole. Também as câmaras ou os senados das câmaras das vilas e cidades formulavam leis, pretendendo atender às necessidades da administração municipal);
5. o direito consuetudinário, derivado dos usos e costumes locais, inclusive dos índios autóctones.

Em suma, o direito colonial era diferente daquele em vigor na metrópole.

Mas, creio que já na fase inicial da Colônia, ainda no princípio da exploração do pau-brasil, adveio a cobrança do "*quinto do pau-brasil*", uma espécie de primeira exação fiscal nas terras brasileiras.

Cabe observar que o período do Brasil colônia não conheceu muitos tributos tradicionais em Portugal, como os foros de julgada, a fossadeira, o relego, as portagens, as açougagens, o montado e a coima, etc.[17]

---

14 Constituição de outubro de 1988. "Art. 146. Cabe à lei complementar: (...) III- estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes; (...)".

15 A Capitulação do Mar Oceano, conhecida como o Tratado de Tordesilhas (07.06.1494), determinava que, caso a Espanha descobrisse novas terras a oeste até 20 de junho de 1494, a linha passaria a 250 léguas de Cabo Verde. Caso contrário, tal como ocorreu, passaria a 370 léguas. Contra isto, o Rei FRANCISCO I, da França, contraditava, dizendo que não encontrava, no testamento de Adão, poderes conferidos ao Papa, ALEXANDRE VI, para dividir o mundo entre Portugal e Espanha (Castela, Leão, Aragão e Granada). Este é, provavelmente, o primeiro diploma legal afetando o Brasil. A Bula do Papa JÚLIO II, de 24 de janeiro de 1506, confirmou ao Rei MANUEL I, enquanto grão-mestre da Ordem de Cristo e soberano de Portugal, os direitos sobre o Brasil, conforme o referido Tratado. Esta Bula foi novamente confirmada por outra, do Papa LEÃO X, isto sem que deixassem de existir restrições das demais potências européias.

16 Os forais são, às vezes, considerados autênticos Códigos tributários.

17 A título de esclarecimento: (1) foros de julgada – recaía em terras lavradas, às vezes pagos em pão (trigo); (2) fossadeira – eram pagos pelos que eram obrigados a ir com o rei ao fossado, e, também, era o nome dado à terra que estava obrigada àquele tributo; (3) relego – privilégio que gozavam os servidores de algumas terras para venderem o seu vinho sem concorrência; (4) portagens – correspondia aos direitos de barreira, e era pago por cargas ou passagem. Uma espécie de pedágio; (5) açougagem – pago por ter açougue, não só pela venda de carne, mas também pão, hortaliça, etc.; montado (6) – expressava o tributo pago aos donos dos terrenos que serviam para a engorda

Até o final do regime das Capitanias Hereditárias[18], algo que ocorreu por volta do século XVIII, nos tempos do Marquês de Pombal[19], os tributos ou as rendas eram distribuídos entre o real Erário e o donatário, mais ou menos da seguinte forma:

Para o real Erário:

1. os direitos alfandegários (importação, exportação);
2. 10% do valor das mercadorias naufragadas que viessem às costas brasileiras;
3. o quinto ou vigésimo do ouro, prata, cobre, coral, pérola, chumbo, etc.
4. o dízimo do pescado e dos demais produtos da terra;
5. a sisa (transmissão) por cabeça de índio escravizado.

Para o donatário ou equivalentes:

1. o monopólio das explorações das moedas e quaisquer outros engenhos;
2. a barcagem, ou direitos de passagem nos rios;
3. o quinto ou vigésimo do produto do pau-brasil, das especiarias e das drogas;
4. o quinto do ouro e minerais preciosos, encontrados na Capitania;
5. meio dízimo do pescado, ou, a cada grupo de vinte peixes, um cabia ao donatário, capitão-mor ou governador;
6. a redízima, ou a décima parte da dízima, sobre todas as rendas da coroa.

No período em que vigorou o Governo Geral, dividia-se os tributos em ordinários e extraordinários. Para o real Erário, basicamente os mesmos tributos eram remetidos. Para o Governador-Geral, acrescentava-se os direitos dos escravos.

Os tributos designados de extraordinários, como o próprio nome indica, eram destinados a despesas excepcionais, tais como para fazer frente aos gastos com tropas ou construções de fortalezas ou cidades.

Em termos mais genéricos, costumava-se distribuir os tributos em três classificações:

1. as derramas, que independiam dos rendimentos do contribuinte;
2. as fintas, que obedeciam a uma proporção com a renda do contribuinte;
3. as contribuições, que eram uma espécie de designação subsidiária e de conteúdo variado.

---

dos porcos; (7) coima – pena pecuniária incidente contra o que se apoderava de pequenos valores de propriedade alheia ou ao dono de animais que pastavam indevidamente em propriedade de outrem. Uma forma de multa.

18 Uma espécie de usufruto ou de enfiteuse (direito privado), ou de concessão (direito público). Interessante observar que, nos séculos IX e X, quando os visigodos desceram das Astúrias, ganhando terrenos aos infiéis (árabes e mouros), e, também, nos séculos XII e XIII, quando os monarcas do antigo condado portucalense avançavam para o sul, ao serem conquistadas as terras, e diante do problema de defendê-las, conservava-as com o povoamento e o cultivo. Assim, alguém da confiança do rei era designado governador, encarregando-se da ocupação e da conservação das terras. Nas capitanias, não era diferente, nomeando-se, mediante a carta foral, alguém com objetivo similar.

19 O século XVIII foi o do iluminismo, onde surgiram os "*déspotas esclarecidos*", entre eles CATARINA, da Rússia; FREDERICO, da Prússia; JOSÉ II, da Áustria e o Ministro de JOSÉ I, de Portugal, denominado de SEBASTIÃO JOSÉ DE CARVALHO E MELO, o Conde de Oeiras e Marquês de Pombal. A opinião sobre este importante vulto português vai de críticas que o taxam de tirânico e cruel a elogios que apontam nele o que houve de melhor em Portugal, colocando-o ao lado de VASCO DA GAMA e de LUÍS DE CAMÕES. Com o seu caráter revolucionário, promoveu reformas, entre elas a reconstrução de Lisboa, a quase total extinção das capitanias hereditárias e a expulsão dos jesuítas, que foram obrigados a sair do Brasil, fechando todos os colégios que patrocinavam. Estes colégios foram substituídos pelas "*aulas régias*", que eram financiadas pelo "*subsídio literário*", um tipo de imposto que pretendia financiar a educação, criado pelo Alvará de 23 de novembro de 1772. Incidia sobre cada rês abatida, e sobre a aguardente destilada e a "*carne verde*".

Observação: no século XVIII, a derrama teve uma significação histórica importante para o Brasil, pois dela sobressaía-se a cobrança do quinto do ouro em atraso. Daí a Inconfidência mineira[20], que levava às armas o sentimento de impopularidade do esquema tributário implantado. Aliás, no Brasil, ainda é popular a expressão "*quintos dos infernos*"; o que, por si só, fornece uma imagem simbólica do repúdio.

Durante o chamado domínio holandês, por volta de 1630 a 1654, onde os batavos fixaram-se no então centro econômico do Brasil, Pernambuco, a terra do açúcar (Zuickerland), e de onde surgiu a reflexiva afirmação de que "não existia pecado do lado de baixo do Equador" (GASPAR BARLEAUS, "História dos feitos recentemente praticados durante os oito anos no Brasil"), os holandeses como que fixaram uma espécie de Constituição do Brasil holandês, mediante o Regulamento de 23 de agosto de 1636, havendo, em cada município, o Conselho comunal, que implicava na soma do Conselho dos escabinos (uma espécie de tribunal municipal) mais o escuteto (schout), que era o chefe administrativo municipal.

Era exatamente o escuteto que detinha as funções de promotor de justiça, de chefe de polícia local e também de exator da fazenda. Na verdade, nem sempre a cobrança dos impostos holandeses realizava-se pelo escuteto, sendo passível de ser realizada por arrendatários, especialmente comerciantes judeus.

Já no reinado de D. MARIA I, ou entre o final do século XVIII e o início do século XIX, eclodiram, no Brasil, mais quatro contribuições:

1. direitos que variavam de 10, 20, 24 ou 40% relativos à pólvora de origem estrangeira (Alvará de 13 de julho de 1778);
2. subsídio do açúcar e do algodão (Carta Régia de 19 de maio de 1779);
3. subsídio do tabaco em pó (Alvará de 18 de setembro de 1779);
4. imposto sobre o ouro, sobre botequins e tabernas e sobre a aguardente (Alvará de 18 de março de 1801).

Em seguida, com a vinda ao Brasil da família real portuguesa, advieram transformações principalmente no campo do direito público brasileiro, ficando o Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves um tanto refém dos ingleses.

Era a *sombra da Inglaterra* lançada por sobre o Atlântico. No Brasil, havia, de fato, uma espécie de jurisdição especial para os súditos da majestade britânica, ratificada e destacada no Tratado de Comércio e Navegação de 1810.

Sob esta fisionomia histórica, foram criados novos tributos, ao lado dos já existentes. São exemplos disto:

1. importação (Carta Régia de 28 de janeiro de 1808, a da abertura dos portos às nações amigas);

---

20 A Inconfidência mineira é havida como um dos principais movimentos de emancipação política do Brasil colônia, embora haja sido coordenada pela elite de Minas Gerais sob a influência de ideais iluministas. Em 1789, propunha a Independência em relação a Portugal. Parece que a política pombalina para o Brasil, com a organização das Companhias de Comércio monopolistas, trouxe um peso que se fazia bem sentir na mais importante região aurífera e diamantífera brasileira, que era Minas Gerais. De fato, a "*derrama*" não implicava em um novo tributo, mas na cobrança da diferença em relação ao que deveria ter sido pago e não o foi. Porém, a forma de execução promovida pelas autoridades portuguesas era extremamente violenta, gerando uma revolta contra a situação de dominação. Além disto, o "*Alvará de proibição industrial*", baixado em 1785, por D. MARIA I, a louca, proibia a existência de manufaturas no Brasil; o que dificultou, ainda mais, o nível de vida da população interiorana, que passara a depender das tropas que traziam do litoral os produtos importados por preços muito altos e em uma quantidade precária. A independência das 13 colônias inglesas, na América do Norte, também foi um exemplo estimulador para outros movimentos emancipacionistas na América Ibérica, incluindo o Brasil. Um dos poucos líderes sem posses desta Conjuração foi TIRADENTES - um militar (Alferes) filho de um pequeno proprietário - que, procurando garantir o apoio de outros proprietários rurais, contactou com vários mineradores, entre eles JOAQUIM SILVÉRIO DOS REIS, que, embora a princípio haja aderido ao movimento, pois era também um devedor de impostos, posteriormente, com medo, resolveu delatar a conspiração. Na Quarta audiência de depoimentos, no início de 1790, TIRADENTES assumiu a sua posição de líder. Onze dos acusados foram condenados à morte, mas apenas TIRADENTES foi executado, pois os demais tiveram as penas comutadas para degredo perpétuo por D. MARIA I. O Alferes foi executado aos 21 de abril de 1792, no Rio de Janeiro, sendo esquartejado, distribuindo-se as partes do seu corpo para exposição em Minas Gerais como uma advertência contra novas tentativas de rebelião.

2. direitos de guindaste (Alvará de 25 de abril de 1808);
3. décima dos prédios urbanos, ou 10% sobre os rendimentos líquidos dos imóveis situados no litoral ou em regiões populosas do interior (Alvará de 27 de junho de 1808). Depois, passou a ser chamado de décima urbana, e, em seguida, de imposto sobre prédios urbanos;
4. pensão para a Capela Real (Alvará de 20 de agosto de 1808);
5. contribuição de polícia (Ato de 13 de maio de 1809);
6. imposto de sisa dos bens de raiz (Alvará de 3 de junho de 1809). Depois, passou a chamar-se de imposto sobre a transmissão imobiliária por ato inter-vivos;
7. meia sisa dos escravos, implicando na cobrança de 5% sobre toda a venda de escravo conhecedor de um ofício – ou ladino (Alvará de 3 de junho de 1809);
8. décima das heranças e legados (Alvará de 17 de junho de 1809);
9. imposto do selo sobre o papel (Alvará de 17 de junho de 1809);
10. direitos de entrada de escravos novos (Alvará de 22 de junho de 1810);
11. imposto sobre carruagens, lojas, armazéns ou sobrados e navios (Alvará de 20 de outubro de 1812);
12. imposto sobre a carne verde e as lãs grosseiras produzidas no Brasil;
13. direitos de 10% exigidos sobre os vencimentos dos funcionários da Fazenda e da Justiça, um predecessor do imposto de renda.

Enfim, existiam paralelamente impostos semelhantes cobrados pela Corte, pelas Províncias e pelos municípios.

Obviamente, os tributos não passaram imunes ao movimento de independência e pela Constituição de 25 de março de 1824.

No art. 15, inc. X, ela previa como da atribuição da Assembléia Geral, composta pela Câmara dos Deputados e pela Câmara dos Senadores, fixar anualmente as despesas públicas e repartir a contribuição direta. No art. 36, inc. I, firmava como da competência da Câmara dos Deputados a iniciativa sobre os impostos.

Era o ideal liberal de que toda tributação precisaria passar pela representação. Era o princípio da legalidade.

A Constituição de março de 1824 não continha apenas este princípio, comportando o da capacidade contributiva, o da isonomia, o da irretroatividade, etc.

Outra peculiaridade é a de que, mesmo sendo o Brasil um Estado unitário, existiam, ao lado da central, a receita provincial, e os tributos municipais.

Eram cerca de 151 rubricas, com denominações assistemáticas, além das provinciais e municipais.

Com o Ato Adicional de 1834, tentou-se discriminar melhor as exações, fixando que às Assembléias provinciais cabia legislar sobre a fixação das despesas municipais e os impostos necessários, contanto que estes não prejudicassem as imposições gerais do Estado. E às Câmaras municipais poderiam propor os meios de compor as despesas dos seus municípios (art. 10, § 5º)[21].

A Lei nº 99, de 31 de outubro de 1835 especificou as rendas do Governo central.

A Lei nº 317, de 21 de outubro de 1843 criou novos impostos e aumentou os já existentes.

Era bastante caótico o sistema estabelecido, se é que se achava possível fornecer um sistema tributário equilibrado para o Brasil imperial.

---

21 Acto Addicional, Lei nº 16, de 12 de agosto de 1834 – Faz algumas alterações e adições à Constituição Política do Império, nos termos da Lei de 12 de outubro de 1832. "Art. 10. Compete ás mesmas Assembléas legislar: (...) § 5º. Sobre a fixação das despezas municipaes e provinciaes, e os impostos para ellas necessarios, com tanto que estes não prejudiquem as imposições geraes do Estado. As Camaras poderão propôr os meios de occorer ás despezas dos seus municipios."

Entre outros problemas, a carga tributária era cumulativa e as receitas costumavam ser distribuídas em:

1. receitas gerais (ex.: importação, exportação, sisa dos bens de raiz, loterias, taxas dos escravos, etc);
2. receitas provinciais (ex.: décima dos legados e herança, dízimas dos gêneros – açúcar, café, transmissão sobre a propriedade móvel, meia sisa dos escravos ladinos, décima dos prédios urbanos, etc);
3. receitas municipais (arrecadavam os tributos que a Província respectiva lhes outorgava).

Veio a República, e com ela a Constituição de 24 de fevereiro de 1891, pretendendo firmar um sistema rígido de discriminação de receitas tributárias, distribuído entre a União e os Estados, pois ficavam excluídos os Municípios.

No art. 7º, havia uma competência exclusiva da União (ex.: importação, taxas de selo, ressalvada a estadual, taxas de correios e telégrafos). Vedava-se ao Governo federal criar distinções e preferências com relação aos portos estaduais.

No art. 9º, definia-se os impostos estaduais (ex: exportação, sobre imóveis rurais e urbanos, sobre transmissão de propriedade e sobre indústria e profissões, contribuições referentes aos seus telégrafos e correios).

Foi esta Constituição que fixou a imunidade recíproca, proibindo aos Estados tributarem bens e rendas federais ou serviços a cargo da União, e reciprocamente (art. 10)[22]. Vedava-se, também, à União e aos Estados a prescrição das leis retroativas.

Contudo, no art. 12[23], considerava lícito aos Estados e à União, cumulativamente ou não, criar outras fontes de receitas, desde que não colidisse com as vedações nela fixadas. Esta competência concorrente permaneceu sendo objeto de severas críticas, e serviu de anteparo para a criação do imposto de renda no Brasil pela via subconstitucional.

Finalmente, proibia a criação de imposto de qualquer natureza senão em virtude de lei autorizativa.

Ocorre que a grave crise econômica que abateu o mundo, no final dos anos 20, não deixou de influenciar decisivamente no Brasil. Trouxe a depressão para o setor rural e, por outro lado, fez com que houvesse um estímulo para a fabricação de produtos nacionais.

Em suma, a economia agrícola sentiu-se sufocada, tirando o seu apoio do Governo; o que redundou na chamada "*Revolução de 30*".

No período revolucionário, foram criados:

1. a taxa de educação e saúde, incidente sobre documentos no âmbito federal, estadual ou municipal (Decreto nº 21.335, de 29 de abril de 1932);
2. a contribuição de melhoria (Decreto nº 21.930, de 11 de maio de 1932);
3. o imposto proporcional sobre capitais empregados em hipotecas (Decreto nº 21.949, de 12 de outubro de 1932).

Em 1934, foi determinada uma Reforma no Tesouro Nacional (Decreto nº 24.036, de 26 de março).

Também em 1934, eclodiu uma nova Constituição brasileira, mais precisamente aos 16 de julho.

Uma das suas novidades foi o fato de que manteve, ao lado das receitas federais e estaduais, as municipais.

---

22 Constituição de 24 de fevereiro de 1891. "Art. 10. É prohibido aos Estados tributar bens e rendas federaes ou serviços a cargo da União, e reciprocamente."

23 Constituição de 24 de fevereiro de 1891. "Art. 12. Além das fontes de receita discriminadas nos arts. 7º e 9º, é lícito á União, como aos Estados, cumulativamente ou não, crear outras quaesquer, não contravindo o disposto nos arts. 7º, 9º e 11, n. 1."

Outra foi o fato de vedar a bitributação. Era o texto: "É vedada a bitributação, prevalecendo o imposto decretado pela União quando a competência for concorrente. Sem prejuízo do recurso judicial que couber, incumbe ao Senado Federal, *ex officio* ou mediante provocação de qualquer contribuinte, declarar a existência da bitributação e determinar a qual dos dois tributos cabe a prevalência." (art. 11)

Criou também:

1. o imposto de renda e o de consumo como tributos federais (art. 6º, inc. I, als. "c" e "b");
2. o imposto de vendas e consignações para os Estados (art. 8º, inc. I, al. "e").

Competia privativamente à União (art. 6º), entre outras exações, fixar impostos sobre: importação; consumo de quaisquer mercadorias, exceto os combustíveis de motor à explosão; renda e proventos de qualquer natureza, excetuada a cedular de imóveis, etc.

Competiam privativamente aos Estados fixar impostos sobre: propriedade territorial, exceto a urbana; transmissão de propriedade *causa mortis*; transmissão de propriedade imobiliária inter vivos, inclusive a sua incorporação ao capital da sociedade; vendas e consignações efetuadas por comerciantes e produtores, inclusive as industriais, ficando isenta a primeira operação do pequeno produtor, como tal definido na lei estadual; exportação de mercadorias de sua produção até o máximo de dez por cento ad valorem, vedados quaisquer adicionais; indústria e profissões, etc.

Quanto ao imposto de indústrias e profissões, embora lançado pelo Estado, seria arrecadado por ele e pelos Municípios em partes iguais.

Também previa a competência residual, admitindo a criação de outros impostos, para além do disposto expressamente no Texto Constitucional, cabendo 30% à União e 20% aos Municípios, de onde tinham provindo.

Competia privativamente aos Municípios, além da participação no imposto de indústria e profissões e de vinte por cento sobre a competência residual: imposto de licenças; impostos predial e territorial urbanos, cobrado, o primeiro, sob a forma décima ou de cédula de renda; o imposto sobre diversões públicas; o imposto cedular sobre a renda dos imóveis rurais e as taxas sobre serviços municipais.

Mas o intervalo democrático foi curto, pois em 1937, veio a "*polaca*", que, embora trouxesse pequenas alterações, mantendo o que havia sido previsto em 1934, alinhou consigo uma ditadura.

Entre as mudanças:

1. suspendeu-se o imposto estadual sobre consumo de motor à explosão e o municipal sobre rendas de imóveis rurais. Disto resultou a unificação dos impostos de consumo e de renda, que ficaram com a União;
2. criou-se um adicional ao imposto de renda, motivando-o na proteção à família. Ele incidia sobre pessoas solteiras, viúvas e sobre casais sem filhos (Decreto nº 3.200, de 19 de abril de 1941).

Após, veio a Constituição de 18 de setembro de 1946, que destacou:

1. o aspecto municipalista[24];
2. o desaparecimento das referências à bitributação feitas nas Constituições de 1934 e 1937, entendendo-se que toda ela seria inconstitucional, sem que isto precisasse ser dito;

24 Em 1945, o Tesouro Federal arrecadava 63% dos tributos pagos, enquanto os Municípios não chegavam a receber 7%, cabendo aos Estados por volta dos 30% restantes. Por isto, objetivando melhorar as finanças municipais, tomou-se, entre outras, as seguintes medidas: a) conferiu-se aos Municípios todo o Imposto de Indústria e Profissões (IIP), pois antes só ficavam com 50% dele; b) fixou-se uma quota, dividida em partes iguais, no rateio dos 10% do Imposto de Renda, excluídas as Capitais; c) quando a arrecadação estadual de impostos, salvo o de exportação, excedesse, em Município que não fosse o da Capital, o total das rendas locais de qualquer natureza, o Estado dar-lhe-ia anualmente 30% do excesso arrecadado.

3. o conceito expresso da contribuição de melhoria para a hipótese de valorização do imóvel em conseqüência de obras públicas, não sendo exigível para além da despesa realizada e do acréscimo do valor para cada imóvel beneficiado (art. 30 e Parágrafo Único);
4. as limitações ao poder de tributar foram ampliadas, tornando-se imunes os templos, bens e serviços de partidos políticos, instituições educacionais e assistenciais e o papel destinado exclusivamente a jornais, periódicos e livros (art. 31);
5. os impostos deveriam ser sempre que possível pessoais e graduados pela capacidade econômica do contribuinte (art. 202);
6. a visão de proteger os setores mais pobres, reduzindo a antiga tradição da tributação regressiva, onde se onera mais os que menos têm capacidade de pagar;
7. o instituto do direito anglo-saxão (*grants-in-aid*) que implica na técnica de participação por uma pessoa política de um tributo da competência para a instituição de uma outra pessoa política. Isto foi promovido pela Emenda Constitucional nº 05, de 21 de novembro de 1961, que tinha por epígrafe instituir uma nova discriminação de rendas em favor dos municípios brasileiros.

Exemplificando com a fórmula adotada:

1. tributos da competência da União. Ex.: imposto sobre consumo de mercadorias – do total do volume arrecadado, 10% pertenciam aos municípios, efetuada a distribuição em partes iguais; imposto único sobre combustíveis e lubrificantes minerais do País e energia elétrica – 60%, no mínimo, entregues aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios proporcionalmente à sua superfície, população, consumo e produção; imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza – 15% do total do volume arrecadado pertenciam aos municípios, efetuada a distribuição em partes iguais, etc;
2. tributos da competência dos Estados. Ex.: competência residual – 20% do produto da arrecadação pertenciam à União; participação na arrecadação do imposto único sobre lubrificantes e minerais do País e energia elétrica – 60%, no mínimo, eram entregues aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, etc;
3. tributos dos municípios. Ex.: participação na arrecadação do imposto sobre consumo de mercadorias (10%), do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza (15%), dos impostos concorrentes entre a União e os Estados (40%) e do recebimento do excesso de arrecadação de impostos do Estado (30%)[25].

Em seguida, veio aquele que é considerado o fator inicial mais marcante do atual sistema tributário brasileiro. Refiro-me à Emenda Constitucional nº 18, de 01 de dezembro de 1965, que procurou encontrar uma nova ordem tributária para o Brasil.

Também, vale lembrar a importância da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, que estatui normas gerais de direito financeiro para a elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal**.**

Também no período pós 1964, recebe realce a Emenda Constitucional nº 07, de 22 de maio de 1964[26], que suspendeu, até 31 de dezembro de 1964, a limitação constitucional sobre a exigência de prévia previsão orçamentária para a cobrança dos tributos, também conhecida como princípio da anualidade.

---

25 Vide o art. 29, da Emenda Constitucional nº 05, publicada no Diário Oficial de 22 de novembro de 1961, e revogada pelo art. 25, da Emenda Constitucional nº 18, de 1 de dezembro de 1965: "Art. 29. Além da renda que lhes é atribuída por força dos §§ 2º, 4º e 5º, e dos impostos que, no todo ou em parte, lhe forem transferidos pelo Estado, pertencem aos municípios os impostos: I- sobre propriedade territorial urbana e rural; II- predial; III- sobre transmissão de propriedade imobiliária inter vivos e sua incorporação ao capital de sociedades; IV- de licenças; V- de indústria e profissões; VI- sobre diversões públicas; VII- sobre atos de sua economia ou assuntos de sua competência. Parágrafo Único. O imposto territorial rural não incidirá sobre sítios de área não excedente a vinte hectares, quando os cultive, só ou com sua família, o proprietário."

26 A Emenda Constitucional nº 07, de 22 de maio de 1964, dispunha: "Artigo Único. A vigência do parágrafo 34, do art. 141, da Constituição Federal, na parte em que exige a prévia autorização orçamentária para a cobrança de tributo em cada exercício, fica suspensa até 31 de dezembro de 1964." Era o mencionado § 34, do art. 141: "Art. 141.

Enfim, foi esta a discriminação de competências estatuída pela Emenda Constitucional nº 18/1965[27], em suas linhas mais gerais mantida até hoje no Brasil:

1. tributos da competência da União:

a) impostos: I- impostos sobre o comércio exterior (art. 7º) – importação de produtos estrangeiros e exportação, para o estrangeiro, de produtos nacionais e nacionalizados; II- impostos sobre o patrimônio e a renda (art. 8º) – propriedade territorial rural, renda e proventos de qualquer natureza; III- impostos sobre a produção e a circulação (arts. 11 e 14) – produtos industrializados, operações de crédito, câmbio e seguro e sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários, serviços de transporte e comunicações, salvo os de natureza estritamente municipal; IV- especiais (art. 16) - produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de combustíveis e lubrificantes líquidos ou gasosos, sobre produção, importação, distribuição ou consumo de energia elétrica, sobre produção, circulação ou consumo de minerais do País (art. 16, inc. III), extraordinários (art. 17);

b) taxas (art. 18);

c) contribuições de melhoria (art. 19).

2. tributos da competência dos Estados:

a) impostos: I- sobre o patrimônio e a renda (art. 9º); sobre a transmissão de bens imóveis por natureza ou por acessão física, de direito reais sobre imóveis; II- sobre a produção e a circulação (art. 12) – operações relativas à circulação de mercadorias;

b) taxas;

c) contribuições de melhoria (art. 19).

3. tributos da competência dos municípios:

a) impostos: I. sobre o patrimônio e a renda (art. 10) – sobre a propriedade predial e territorial urbana; II- sobre a produção e a circulação (arts. 13 e 15) – sobre operações relativas à circulação de mercadorias, com base na legislação estadual e por alíquota não superior a 30% (art. 13); sobre serviços de qualquer natureza, não compreendidos na competência tributária da União e dos Estados (art. 15);

b) taxas;

c) contribuições de melhoria (art. 19).

Seguindo estas linhas gerais, veio o Código Tributário Nacional, a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, recepcionado pela Constituição de 1967 e consagrado a título de lei complementar pelo Ato Complementar nº 36, de 13 de março de 1967.

De fato, aos 19 de agosto de 1953, havia sido indicada uma Comissão para elaborá-lo. O seu Anteprojeto foi encaminhado ao Congresso Nacional sob o nº 4.834-54.

Na verdade, com a Constituição de 1967, que, como foi visto, foi elaborada em face da transformação do Congresso Nacional em Poder Constituinte originário, pouco se alterou.

Entretanto, com a Emenda Constitucional nº 01/1969, de larga extensão, ocorreram algumas transformações, mas continuavam mantidas as designações gerais da Emenda Constitucional nº 18/1965.

A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 34. Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça; nenhum será cobrado em cada exercício sem prévia autorização orçamentária, ressalvada, porém, a tarifa aduaneira e o imposto lançado por motivo de guerra."

27 Emenda Constitucional nº 18, publicada no Diário Oficial da União de 06.12.1965. Era o seu art. 1º: "O sistema tributário nacional compõe-se de impostos, taxas e contribuições de melhoria, e é regido pelo disposto nesta Emenda, em leis complementares, em resoluções do Senado Federal, e, nos limites das respectivas competências, em leis federal, estadual ou municipal."

Enfim, a Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988 consagrou um Título para a "*Tributação e o Orçamento*", o Título VI, destinando o Capítulo I para o Sistema Tributário Nacional.

Este Capítulo está dividido em três partes: a) trata dos princípios gerais e das limitações do poder de tributar; b) discrimina as receitas dos impostos pela União, por Estados e o Distrito Federal e pelos Municípios; c) dispõe sobre a repartição das receitas tributárias.

Questões como a da progressividade do IPTU – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana, alterações na legislação do IR – imposto de renda e proventos de qualquer natureza, o planejamento tributário e a denominada norma geral anti-elisiva, a constitucionalidade de novas contribuições (SEBRAE, CPMF, etc.), o sigilo bancário mediante a Lei Complementar nº 105/2001, o caráter nacional/estadual do ICMS, a guerra fiscal e os seus motivos e mecanismos são todos assuntos, entre muitos outros, que precisam ser estudados mediante o conhecimento do Sistema e das suas Normas Gerais, para, só após, investir-se no caso concreto.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 3. ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BRASIL. A Constituição do Brasil 1988 - comparada com a Constituição de 1967. São Paulo: Price *Waterhouse,* 1989.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Lobo Hilton. **Constituições do Brasil (1988, 1969, 1967, 1946, 1937, 1934, 1891, 1824)**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1989.

JOBIM, Nelson. **Lavagem de Dinheiro**. In: Revista Justiça e Cidadania. Ano III, n. 18, Agosto/2.001, p. 30-31.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários** à Constituição **de 1967 – Tomo I**. Rio de Janeiro: *Forense, 1987*.

MIRANDA, Jorge Manuel de. **A transição constitucional brasileira e o anteprojecto da Comissão Afonso Arinos**. Lisboa. In: Revista Jurídica da Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, Nova Série, n. 9-10 (jan.- jun 1987).

OTERO, Paulo Manuel. **O Brasil nas Côrtes Constituintes Portuguesas de 1821-1822**. Lisboa. Separata da Revista "O Direito" – Ano 120º, 1988

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

TEMER, MICHEL. **Elementos de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Revista os Tribunais.

A EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO SOCIAL:

O Direito do Trabalho na Categoria de Direito Humano Fundamental e os rituais de sofrimento dos operadores de telemarketing

Juliana Teixeira Esteves[1]
Larissa Ximenes de Castilho[2]

1. INTRODUÇÃO

Este artigo tem como objeto o trabalho prestado pelos operadores de *telemarketing* ou das centrais de teleatendimento e os impactos psicofísicos da subordinação e do poder disciplinar do empregador sobre estes trabalhadores. Objetiva, a partir de um estudo multidisciplinar, demonstrar a relação de causalidade entre práticas de gestão e o adoecimento psíquico dos operadores. O fato de estas formas de adoecimento se envolverem com a própria natureza do trabalho subordinado – que somente desaparecerá, quando desaparecer esta forma de exploração – não elimina a possibilidade de ele ser ainda mais protegido.

Inicia expondo brevemente as mudanças experimentadas no mundo do trabalho a partir da década de 1970 – especialmente a passagem do modelo taylorista-fordista para o modelo da acumulação flexível – para identificar os fenômenos que favoreceram o surgimento das centrais de teleatendimento no Brasil.

Na segunda parte analisa os fundamentos ideológicos do trabalho na sociedade pós-industrial e traz à tona a experiência dos *call centers*. Apresenta o processo de seleção e admissão dos operadores e destaca a preferência pelos "estranhos", assim compreendidos à luz do pensamento de Zygmunt Bauman. Expõe como a fusão do modelo taylorista-fordista com o toyotista submete os trabalhadores desse setor aos piores aspectos de cada modelo.

A terceira prossegue analisando a jornada de trabalho dos operadores de *telemarketing* e os impactos das técnicas de gestão que utilizam o sofrimento como o incremento da produtividade sobre o psicológico desses trabalhadores.

A quarta parte revela os principais efeitos dessa gestão sobre o âmbito psíquico daqueles trabalhadores; as principais enfermidades que lhes afetam – síndrome Geral de Adaptação, a depressão e a síndrome de *burn out* – os sintomas e tratamentos, além de manifestações somáticas dissociadas de um quadro clínico definido.

A quinta parte trata da relação entre poder diretivo e subordinação, objeto do direito do trabalho, à luz da teoria jurídico-trabalhista clássica. Procura demonstrar a convergência de seus teóricos, no sentido de considerar poder diretivo e subordinação como elementos equivalentes na relação de trabalho.

A sexta parte traz a visão da teoria crítica sobre a refutabilidade da subordinação enquanto objeto do direito do trabalho. Também apresenta o posicionamento dos representantes dessa teoria, à qual se filiam, e a necessidade de repensar o Direito do Trabalho para além da subordinação.

A sétima aborda a cultura e o poder nas organizações à luz da teoria social crítica. Aponta os rituais de sofrimento e o adoecimento psicofísico vivenciados, em virtude das práticas gerencialistas pautadas na lógica utilitarista. Defende a necessidade de proteger ainda mais essa categoria e superar o trabalho subordinado enquanto objeto do direito do trabalho, para ampliar os

---

1 Professora de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito do Recife/UFPE/Brasil, na graduação e pós-graduação – PPGD/UFPE/Brasil, Doutora em neoconstitucionalismo, mestre em ciência política pela Universidade Federal de Pernambuco. Pesquisadora CNPQ do GP 'Direito do trabalho e teoria social crítica' da UFPE/Brasil.

2 Aluna de graduação da Faculdade de Direito da UNINASSAU em Pernambuco.

cânones de proteção, de forma a abarcar todo aquele que viva do trabalho ou de outra forma que lhe permita uma existência digna.

A última parte aponta para uma visão hermenêutica que reúna o Princípio da Proteção Social e o Princípio do Direito do Trabalho na Categoria de Direito Humano Fundamental os quais, por seu turno, devem vincular-se a três correntes interpretativas que procuram tornar efetivos os direitos constitucionais fundamentais dirigidos à dignidade da pessoa humana trabalhadora, para ter-se uma versão diferenciada de acesso à justiça.

O artigo procura, em resumo, desvendar os elementos ideológicos que legitimam esta forma de trabalho, demonstrar os rituais do sofrimento no interior dos *call centers* e a maneira como os operadores de *telemarketing* são física e metafisicamente oprimidos no local de trabalho; reunir as duas principais correntes da chamada teoria social crítica voltada para a compreensão do trabalho humano – as teorias organizacionais e jurídico-trabalhistas críticas.

A partir desta confluência, busca abrir o caminho para uma nova hermenêutica que reconhece o Direito do Trabalho enquanto Direito Humano Fundamental e utiliza-se dos Princípios Constitucionais Processuais e dos Princípios Constitucionais para promover um acesso à justiça que privilegie a dignidade da pessoa humana trabalhadora.

2. O SURGIMENTO DAS CENTRAIS DE ATENDIMENTO

Com a entrada do capital estrangeiro no mercado brasileiro e a difusão das idéias neoliberais pelo mundo, as telecomunicações passaram a ser vistas como importante meio de acumulação de capital, e para tal era preciso retirá-las das mãos do Estado. A reestruturação produtiva impulsionava os grandes grupos e empresas a buscar novas formas de garantir a rentabilidade e o lucro de seus empreendimentos. Além disso, com os avanços tecnológicos, surgiram novos produtos e serviços que poderiam ser executados pelas empresas de telefonia.

Durante toda década de 1990 o Brasil viveu um período de intensas pressões e preparação para a onda de privatizações que ocorreu durante os anos do governo do presidente Fernando Henrique Cardoso. Dentre as estatais que passaram para as mãos do capital privado estavam as do ramo de telecomunicações. A privatização desses serviços alterou também o seu público alvo, que antes era basicamente residencial, abrangendo também os setores financeiros e ainda, a mídia, o transporte aéreo, o turismo, a hotelaria e, em geral, as multinacionais. Também na década de 1990 foi instituído o Código de Defesa do Consumidor brasileiro, pela Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Nesse contexto, as telecomunicações surgiram como um canal direto entre o produtor ou prestador do serviço e o consumidor, por meio do qual se tornou possível efetuar um maior controle de qualidade e fidelizar o cliente.

Surgidas, inicialmente, como canal direto entre consumidores e fornecedores de produtos e serviços, as centrais de teleatendimento evoluíram para a possibilidade de comercializar bens e oferecer serviços via telefone, o que hoje se conhece como *telemarketing*. Aquele em que se realiza o contato telefônico para ofertar bens e serviços é o chamado *telemarketing ativo*. Já o que recebe chamados dos clientes, para múltiplas finalidades, é conhecido como *telemarketing receptivo* – um dos que mais cresce na economia e emprega grandes contingentes de mão-de-obra, principalmente nos países periféricos, nos quais a proteção ao trabalho dessa categoria é incipiente ou nula.

3. OS FUNDAMENTOS IDEOLÓGICOS DO TRABALHO ALIENADO NO CONTEXTO DA SOCIEDADE PÓS-INDUSTRIAL. A EXPERIÊNCIA DOS *CALL CENTERS*

3.1 A Prevalência dos "Estranhos" no Universo dos Call Centers.

Quando se liga para uma central de teleatendimento pouco se sabe sobre quem irá atender além do timbre da sua voz, seu nome e que as informações do cliente estão em sua frente, na tela de um computador. Não é possível saber se quem está do outro lado da linha é gordo ou magro, alto ou baixo, bonito ou feio, não importando qual a cor de seus olhos, de seus cabelos ou a sua idade. O que há entre o cliente e o atendente são apenas a sua voz e a linha telefônica – suas ferramentas de trabalho – através das quais se comunicam. Não há contato visual ou físico

entre o cliente e eles, essa é a chave para compreender quem são e porque são selecionados para ocupar esses postos de trabalho.

Afirma Zygmunt Bauman que toda sociedade produz os seus *estranhos*, à sua maneira e de forma inimitável, e que estes *estranhos* **são as pessoas que não se encaixam em determinado mapa cognitivo, moral ou estético do mundo líquido moderno**[3]. A produção de excluídos se dá a partir da imposição de padrões globais, que não consideram as condições físicas, psicológicas ou culturais dos indivíduos e que são substituídos tão rapidamente quanto foram instituídos. Aos que conseguem se adaptar aos parâmetros sociais globais estão reservados os postos de trabalho com melhores condições e aos *estranhos* resta procurar a sua inserção no mercado nos postos restantes, mesmo que as condições destes não sejam tão boas.

Nas centrais de teleatendimento é possível encontrar jovens com pouca ou nenhuma experiência de trabalho anterior, negros, obesos, homossexuais, transexuais, travestis, mães solteiras, arrimos de família, pessoas que encontraram alguma dificuldade de inserção em outros postos de trabalho por não se adequarem a determinado arquétipo da sociedade do consumo. A partir daí verifica-se que os padrões para o ingresso no trabalho de teleoperador são menos rígidos do que os de ocupações em que há contato direto com o público. Na verdade, é preferível contratar o indivíduo que não corresponda às preferências do mercado de trabalho, desprovido de recursos, fora dos padrões predefinidos. Estes últimos são mais dóceis, disciplinados, produtivos, e, portanto mais vantajosos para a empresa contratante.

O fator determinante para a contratação dos *estranhos* é a ampla possibilidade de transformar a mente do trabalhador para a produtividade e fidelidade à empresa através de uma aparente inclusão social pelo trabalho. Durante o processo seletivo se destacam aqueles que apresentam maior tendência à submissão ao regime da empresa e à exploração de seu trabalho até o limite de suas forças físicas e psíquicas. Depreende-se que as razões para empregar os *excluídos* **são de ordem prática, surgem do desejo de submeter o ser humano ao trabalho para incrementar o lucro, a produtividade do empregador e não de sua benevolência ou filantropia.**

3.2 A fusão entre elementos Tayloristas e Toyotistas na Organização do Trabalho nas Centrais de Teleatendimento

Em múltiplos aspectos da rotina de trabalho do operador de *call center* **é possível perceber a presença de elementos da Administração Científica, desenvolvida por Frederick Taylor. Essa forma de gestão do trabalho tem como principal objetivo aumentar a produtividade e diminuir os custos de produção através da prescrição, padronização e controle dos movimentos do trabalhador.**

O primeiro ponto em que se verifica a *taylorização* do trabalho nas CTA's diz respeito à separação entre quem elabora e quem executa as tarefas. As tarefas diárias são idealizadas pelas gerências e repassadas pelos supervisores aos operadores de cada equipe. O empregado não possui autonomia para escolher as ferramentas e maneiras de executar suas atividades Tampouco, pode estabelecer suas próprias metas diárias.

As ferramentas de trabalho também são padronizadas, assim como o modo de execução dos serviços. A fala é padronizada através do *script*, um documento que prescreve informações e procedimentos a serem adotados pelo operador durante o atendimento, estabelecendo inclusive as palavras que devem ser ditas de forma estrita durante a ligação. Essa padronização permite uniformizar a execução dos serviços e facilitar a detecção dos mais lentos e menos interessantes ao ritmo dos *call centers*.

Além de padronizado, o trabalho nas centrais de teleatendimento também é setorizado. Cada nível possui atribuições bem definidas e só pode atuar dentro de seus limites, observando a tarefa que lhe foi prescrita e o *script* que possui. Quando o operador transfere o cliente para outro nível, encerra-se a sua relação com aquele atendimento e não há mais como saber se a ligação

---

3 O conceito de mundo líquido moderno também é emprestado de Bauman (2007, p.7). Ele afirma que a fase líquida da modernidade é "uma condição em que as organizações sociais (estruturas que limitam as escolhas individuais, instituições que asseguram a repetição de rotinas, padrões de comportamento aceitável) não podem mais manter sua forma por muito tempo (nem se espera que o façam), pois se decompõem e se dissolvem mais rápido que o tempo que leva para moldá-las e, uma vez reorganizadas, para que se estabeleçam.". (BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.).

realmente foi transferida, se o problema foi resolvido ou não. Frequentemente a conclusão do trabalho não é vista por quem lhe deu início. Além disso, o trabalho é repetitivo e constantemente monitorado pelo supervisor e exige equilíbrio emocional para lidar com a forte pressão inerente a essas atividades.

Para ser considerado um bom operador, o empregado deve estar atento aos seguintes pontos: aderência, Tempo Médio de Atendimento (TMA) e Absenteísmo. A palavra aderência, quando aplicada a esse contexto, está relacionada ao estrito cumprimento da escala de trabalho pelo empregado. Diz-se que o operador tem boa aderência quando ele evita ou não tem atrasos e utiliza racionalmente as pausas contratuais e pessoais dentro de seu expediente. O tempo médio de atendimento corresponde ao período que o operador dispõe para manter o cliente na linha e buscar a solução para o seu problema, que a princípio varia entre 30 e 270 segundos, podendo aumentar conforme o produto, serviço ou nível hierárquico de atendimento. Pode se dizer que o absenteísmo é o contrário da aderência, pois ele corresponde ao não comparecimento ao trabalho, aos atrasos, ao descumprimento de sua escala.

Estar fora dos padrões estabelecidos para aderência, tempo médio de atendimento e absenteísmo pode acarretar punições ao empregado, que variam conforme a incidência de sua conduta, acarretando na maioria das vezes a demissão do empregado. Questão importante está ligada ao alto número de dispensas por justa causa nas centrais de telemarketing, que encontram fundamento em escalas de condutas reprováveis e suas respectivas sanções, recentemente trazidas a público por operação do Ministério do Trabalho e Emprego e pela imprensa.

Além de uma forte presença de elementos tayloristas, é possível perceber também a presença de idéias toyotistas na organização do trabalho das centrais de teleatendimento, a exemplo do uso das novas tecnologias da informação, a busca da qualidade total no atendimento e da eliminação dos erros através dos cortes de pessoal, a presença da terceirização e da precarização do trabalho e a necessidade de manter os empregados envolvidos afetivamente com a empresa. Por meio desta fusão, na composição da ideologia organizacional destas, a exploração do trabalhador é levada a níveis extraordinários. Além do controle do corpo e dos movimentos do operador – registros de todos os seus movimentos pelo supervisor e pelos curtos intervalos intrajornada – a sua mente é domesticada para o trabalho, através da manipulação de sua subjetividade por parte dos gestores, para garantir o envolvimento e altas taxas de produtividade e ultrapassar as metas e maximizar o lucro.

4. JORNADA DE TRABALHO DOS OPERADORES DE *TELEMARKETING*. A GESTÃO E O ADOECIMENTO PSÍQUICO NO ÂMBITO DAS CENTRAIS DE TELEATENDIMENTO

4.1 A Jornada de Trabalho dos Operadores de Telemarketing

As centrais de teleatendimento exigem uma grande flexibilidade de horários. Os empregados operam em tempo integral, todos os dias da semana, podendo ainda variar de jornada configurando turno de revezamento. A jornada, na maior parte dos *call centers*, é de trinta e seis horas semanais, o que corresponde a seis horas diárias, com repouso semanal remunerado de um dia. Também lhe são assegurados os intervalos intrajornada, que podem ser de natureza legal – quando prescritos em lei – ou pessoais, para satisfação de necessidades fisiológicas, sem previsão expressa em norma jurídica. [4]

As "pausas pessoais" devem ser concedidas ao operador a qualquer momento do trabalho, sem duração determinada e sem qualquer repercussão em suas avaliações ou em sua remuneração[5]. Como sua duração não foi delimitada pela norma jurídica, o bom senso dos ope-

4 A Norma Regulamentadora nº17 do Ministério do Trabalho impõe a concessão de três pausas: uma para repouso e alimentação, com duração de 20 minutos e outras duas com duração de dez minutos cada, para prevenir qualquer tipo de sobrecarga ao trabalhador. Estas últimas devem ser concedidas após os primeiros 60 minutos de trabalho e antes dos 60 últimos. A curta duração desses intervalos pode acarretar sérias consequências à saúde do trabalhador, no âmbito psíquico e físico.

5 Vide tópico. 5.7 da Norma Regulamentadora nº 17 do Ministério do Trabalho.

radores e supervisores é que regula por quanto tempo o trabalho pode ser interrompido por essas razões. No momento de sua concessão e fruição aparecem as questões polêmicas - o excesso de vigilância e sua relação com o assédio moral comuns nos *call centers*.

Apesar de a jornada de trabalho ser mais curta, questiona-se a intensidade do trabalho. O fluxo intenso de informação, em virtude da média diária de chamados atendidos, pode variar conforme o período do mês; o estresse presente na relação com o cliente no telemarketing ativo ou passivo; a organização *taylorizada* do trabalho exerce intensa pressão sobre o trabalhador. Quem trabalha seis horas nessas pode ter maior cansaço físico e psicológico do que outro que exerça atividade diversa – com jornada de oito horas.

4.2 A Gestão e o Adoecimento Psíquico no Âmbito das Centrais de Teleatendimento.

4.2.1 Sofrimento e Produtividade

Não é possível localizar o sofrimento com um olhar superficial, considerando que sua grande maioria apresenta boa infraestrutura e também uma duração reduzida das jornadas de trabalho. É sobre esse sofrimento invisível que se debruça o presente tópico, tendo como principal norte os estudos sobre psicopatologia do trabalho desenvolvidos por Christophe Dejours. Quando admitidas em um novo emprego as pessoas carregam consigo expectativas de reconhecimento e realização financeira, pessoal e social. Além disso, quando está em contato com o objeto de seu trabalho, o empregado também busca um sentido para aquela atividade: a que se destina? Para aonde vai? Quem se beneficiará dela?

Quando o trabalho é prescrito, monitorado, controlado eletrônica e pessoalmente por terceiro, não permitindo ao trabalhador nenhuma autonomia sobre o modo de execução de seus serviços, é difícil encontrar algum sentido. Se o que distingue o homem do animal é a sua capacidade de idealizar para depois materializar o seu trabalho, quando a tarefa lhe é imposta por outrem, sua condição humana lhe é temporariamente furtada e o empregado se torna parte de uma engrenagem, que se movimenta segundo uma cadência determinada, para alcançar as metas diárias de trabalho e lucro. Segundo Dejours (1992), o sofrimento neste tipo de trabalho começa com a insatisfação pela ausência desse sentido.[6]

Quando se sente ameaçado, o trabalhador desenvolve as estratégias de defesa contra as práticas doentias da gestão do trabalho. A cada situação surgem estratégias diferentes, mas há algumas bastante comuns: a) colocar o telefone no mudo quando é destratado pelo cliente, para ganhar alguns segundos e extravasar a raiva; b) *derrubar* ligações, quando o fluxo está muito intenso; c) utilizar o momento das pausas pessoais para fugir do trabalho; d) apresentar atestados médicos com frequência, etc. Há os que se utilizam de pequenos truques, para fugir do padrão e trabalhar mais rapidamente, para defender-se produzindo. Estes são os que mais interessam às empresas, pois, ainda que de maneira inconsciente, quanto mais rápido mais trabalham. Para que sejam bem sucedidos nessas tentativas de burlar a organização do trabalho, deve haver o envolvimento dos colegas de equipe, o que significa dizer que as estratégias de defesa são necessariamente coletivas.

---

6 Dentro das centrais de teleatendimento há diversas formas de manter a aderência e a produtividade do operador, mas a principal delas é a criação do sofrimento. As práticas gerenciais oprimem os trabalhadores, de modo que estes sejam levados a produzir cada vez mais para evitar o sofrimento. Acontece que a cada meta superada, uma ainda mais alta é estabelecida e novas formas de opressão, de intensidade crescente, são praticadas contra o trabalhador dessas centrais. Como principais fatores criadores de sofrimento no âmbito das aludidas centrais, destacam-se o monitoramento excessivo do trabalho, a tensão entre cliente e operador, a má relação com os supervisores, a manipulação do medo da demissão, a pressão para o cumprimento de metas abusivas, a restrição às pausas pessoais, o cerco moral e a intervenção dos gestores no tempo fora do trabalho, que condiciona a vida pessoal do trabalhador às necessidades produtivas da empresa. Importa dizer que dentro dos *contact centers* o sofrimento é institucionalizado, encarado como uma técnica de gestão, dirigida ao desenvolvimento de estratégias de defesa por parte do trabalhador que impliquem em dois principais efeitos: a) maior produtividade por grande parte dos empregados; b) identificação dos inadequados, que devem ser removidos de seus postos o quanto antes. O sofrimento, no âmbito das centrais de *telemarketing* é deliberadamente pensado e criado com vistas às estratégias de defesa que serão desenvolvidas pelos seus operadores.

Trata-se de um trabalho que ultrapassa os portões da empresa e segue o cotidiano dos afetados. Em certos casos, o empregado não consegue aproveitar plenamente o seu tempo de descanso porque já está pensando no que acontecerá no dia seguinte, ou no que deixou de fazer no dia anterior e, como isso, vai repercutir em suas avaliações. Quando está utilizando suas pausas intrajornada, fica sempre preocupado com sua duração e não em se restabelecer. É o que Dejours (1992, p.46-47) chama de *contaminação do tempo fora do trabalho*.

Ao contrário do "chão da fábrica" de raiz taylorista, esta experiência de trabalho – na sua versão toyotista– permite identificar individualismo, acirramento da competição entre empregados da mesma equipe, despersonalização das relações humanas, enfraquecimento da identidade de classe, do sindicalismo e a perda da capacidade de lutar por melhores condições de trabalho e vida. Em resumo, as centrais parecem agregar e incluir determinados grupos sociais, mas, na verdade, desagregam para explorar a partir da criação do sofrimento.

4.2.2 Principais efeitos da gestão sobre o psicológico dos trabalhadores das centrais de teleatendimento.

Dentre as doenças psíquicas decorrentes da gestão, boa parte pode se manifestar nos operadores de teleatendimento, em razão da natureza de suas atividades - a Síndrome Geral de Adaptação, o *Burn out* (esgotamento profissional), a adição ao trabalho, a síndrome do pânico e a depressão, dentre outras enfermidades psíquicas. Mas, a Síndrome Geral de Adaptação (SGA) se desenvolve em três fases, na primeira o *stress* laboral desencadeia a liberação e o acúmulo de toxinas na corrente sanguínea do trabalhador afetado; na segunda fase começam a aparecer os sintomas cognitivos e somáticos relacionados ao *stress* e na terceira fase aparecem doenças consolidadas, cronificadas. Sobre a síndrome de *burn out,* afirma Vincent de Gaulejac:

> O *burn out* sobrevém quando estamos nos esforçando demasiadamente para atingir um fim irrealizável. Somos consumidos a partir de dentro. O aparelho psíquico fica então como um elástico demasiadamente esticado, como se não pudesse relaxar. O esgotamento profissional caminha junto com um superinvestimento no trabalho. (2007, p.222)

Ainda segundo Gaulejac (2007, p.222-223), a adição ao trabalho é uma relação de dependência deste, que se assemelha à dependência química e que ao longo do tempo faz com que o trabalhador não consiga sentir prazer na vida fora do trabalho e perca as capacidades criativas e fantasmáticas.

A depressão, conforme a CID do trabalho, caracteriza-se por humor triste, perda do interesse e prazer nas atividades cotidianas, sendo comum uma sensação de fadiga aumentada, um descontentamento geral, diferente do *burn out*, que se manifesta apenas em relação ao trabalho. Sobre a síndrome do pânico, esta é caracterizada por um conjunto de manifestações de ansiedade com início súbito, rico em sintomas físicos, como taquicardia, tonteiras, sudorese, tremores, e com duração limitada no tempo.

As condições instáveis e a quase invisibilidade dos empregados nesse setor permitem ao empregador a total subsunção da pessoa ao trabalho, suas ferramentas e ritmo. Em virtude disto, e também do condicionamento psíquico operado pelos gestores sobre os operadores, as denúncias vem a público quando já afetaram de sobremodo a saúde mental do atendente. A proteção a essa categoria – que emprega aproximadamente um milhão e meio de pessoas só no Brasil – ainda não é satisfatória e ainda paira sobre ela a ameaça de flexibilização dos direitos já conquistados.

Toda essa problemática é transferida na forma de estímulos negativos para o empregado, que tem apenas duas alternativas: conviver com elas e ser produtivo ou sucumbir a elas e adoecer. Em ambas residem o medo do desemprego e, também, a sua clara possibilidade, dado a desagregação de vínculos sociais e, consequentemente, dos vínculos de trabalho.

5. OS VÍNCULOS DO PODER DIRETIVO AO TRABALHO LIVRE/SUBORDINADO COMO OBJETO DO DIREITO DO TRABALHO. A VERSÃO DAS DOUTRINAS JURÍDICO-TRABALHISTA CLÁSSICA E CRÍTICA.

O Direito do Trabalho elegeu, como seu objeto, o trabalho contraditoriamente livre/subordinado. Esta á uma orientação que prevalece na doutrina e se reflete na elaboração da norma jurídica, conforme se pode deduzir da leitura dos artigos iniciais da CLT. O artigo tentará adiante expor a visão da doutrina clássica sobre a relação entre poder diretivo e seus efeitos sobre os sujeitos da relação de emprego, para melhor compreender os conflitos vivenciados nas centrais de teleatendimento.

É preciso ressaltar ainda que a doutrina clássica trata da subordinação e do poder diretivo de maneira bastante uniforme, compreendendo ambos como elementos do contrato de trabalho que possuem uma relação de reflexão, cada qual correspondendo a um pólo da relação de emprego. É pacífico entre seus adeptos o entendimento de que a subordinação e o poder diretivo tem origem e são limitados pelo contrato celebrado entre empregado e empregador.[7]

Mas, deve ser ressaltado que, para a maioria dos doutrinadores clássicos, a subordinação do empregado é jurídica, recaindo apenas sobre a maneira de executar o trabalho – e não sobre a pessoa do empregado – sendo limitada pelos direitos e garantias fundamentais do trabalhador, pela moral e pelos usos e costumes locais. Nesse sentido, asseveram que o empregado tem o direito de recusar o cumprimento de ordens que exorbitem os limites do poder de direção do empregador.

6. A POSIÇÃO DA DOUTRINA JURÍDICO-TRABALHISTA CRÍTICA. UM DIREITO DO TRABALHO PARA ALÉM DO TRABALHO LIVRE/SUBORDINADO.

A teoria crítica propõe repensar a permanência do trabalho subordinado como objeto do direito do trabalho. Por isso, é necessário ter um olhar sobre a relação poder diretivo *versus* subordinação e verificar como pensam os autores vinculados à teoria crítica.

Tarso Fernando Genro (1979) acredita que a relação de trabalho é uma relação contratual, mas não se funda em liberdade de contratar, em acordo de vontades. Por isso, está sob o império da necessidade e não da igualdade jurídica. Tanto o empregado precisa trabalhar para prover sua subsistência, quanto o capitalista precisa de mão-de-obra para tocar o seu empreendimento e lhe assegurar o lucro. Sobre o poder diretivo, afirma: "quanto maior a disciplina do trabalho, menor a possibilidade do operário compreender o processo de criação de sua própria alienação, porque maior esta será."

Para a professora Isabele B. M. D'Ângelo (2014, p. 78) querer reduzir o "trabalho humano ao trabalho subordinado torna-se uma impropriedade filosófica e um equívoco epistemológico". Essa forma de trabalho deixou de abrigar a maioria da população economicamente ativa desde o desmonte do Estado Providência e do Pleno Emprego.

A empresa não é, segundo Aldacy R. Coutinho (1999), apenas um local de produção de bens ou prestação de serviços, mas também um centro de emanação de poder e de constituição simbólica do sujeito trabalhador. A existência de poder de um superior sobre os inferiores evidencia a presença de hierarquia. Onde há hierarquia não existe acordo de vontades, há sobreposição de interesses, são idéias que se excluem mutuamente. Sendo assim, torna-se impossível existir um trabalho que seja livre e ao mesmo tempo subordinado.

---

7 Afirma Délio Maranhão que "ao direito do empregador de dirigir e comandar a atuação concreta do empregado corresponde o dever de obediência por parte deste." Para ele, a subordinação do empregado é jurídica, pois resulta do referido contrato e por ele é limitada. Arion Sayão Romita entende que "o que caracteriza a relação de subordinação é o poder que tem alguém, por força de contrato, de dar ordens, de comandar, de dirigir a atividade de outrem." Para o predito autor, a subordinação é jurídica e o poder diretivo incide apenas sobre a atividade laboral do empregado, não se estendendo para além desta. Para Amauri Mascaro Nascimento, "na relação de emprego a subordinação é um lado, o poder diretivo é o outro lado da moeda", e nessa relação o direito de direção recai apenas sobre o modo de execução do trabalho e não sobre a pessoa do empregado, não sendo absoluto para nenhum dos polos dessa relação. Sérgio Pinto Martins explica que "a subordinação é o aspecto da relação de emprego visto pelo lado do empregado, enquanto o poder de direção é a mesma acepção vista pela óptica do empregador." O autor acompanha a maioria dos doutrinadores, quando afirma que o poder diretivo é apenas sobre o trabalho e não sobre a pessoa do empregado.

Por isso, segundo o professor Everaldo Gaspar (2008), é preciso questionar, problematizar e refutar os fundamentos do direito do trabalho.

> Em resumo: a economia, a política, as instituições, a vida privada, estão cada vez mais, atuando acima das fronteiras. O mundo do trabalho tem que construir modelos organizativos efetivamente supranacionais para lutar contra o mercado financeiro, a concentração de renda e da riqueza, as desigualdades sociais, a fome; para fazer a defesa do meio ambiente; para que o avanço tecnológico esteja a serviço da humanidade e não dos mercados; para posicionar-se contra as sofisticadas formas de controle exercidas pelos meios de comunicação e da informação e todas as ideologias que sustentam esse modelo de sociedade excludente, que banaliza a vida humana. A reorganização da sociedade não passa pelo retorno de uma pseudo-proteção aos operários embrutecidos no interior das organizações produtivas – cada vez mais substituídos pelas máquinas inteligentes, a telemática, os robôs – mas para envolver todas as modalidades e alternativas de trabalho e rendas que valorizem e dignifiquem o ser humano, e que protejam também os sem trabalho, sem teto, sem terra, sem liberdade, sem esperança, sem justiça. (idem, p. 164)

A partir desse raciocínio, que preza pela problematização e refutação do objeto do direito do trabalho, propõe-se novos princípios para o direito do trabalho, que ampliam a proteção para além das fronteiras da subordinação. No tocante à subordinação, ao contrario da teoria clássica, afirma-se que ela não é apenas jurídica, mas econômica e psicológica, devendo ser considerados todos os campos em que se ela manifesta. Sobre o poder diretivo, demonstra que, apesar de sua origem contratual, o empregador sente-se proprietário da força de trabalho que adquire, exercendo, na prática, o poder diretivo enquanto manifestação de sua propriedade. Por sentir-se como proprietário, e não contratante, impõe coações que acredita serem legítimas e inerentes à sua condição.

Mas ainda que se considere o sentido protetor lançado pela teoria clássica, é preciso alargar os seus horizontes, para proteger todo aquele que vive do trabalho. Propõe-se, com isso, uma reconfiguração do Direito do Trabalho, a partir do deslocamento de seu objeto, contrariando o desejo dos mercados, que pressionam para a flexibilização. O objetivo é garantir aos novos tipos de trabalhadores – subordinados ou não – o direito a um trabalho decente e protegido, perspectiva teórica que se relaciona com discussões que envolvem os limites da subordinação, do poder diretivo e sua eliminação.

O próximo capítulo lança lançar um olhar sobre a gestão de pessoas enquanto agente criador do sofrimento, no âmbito das centrais de teleatendimento.

7. OS SENTIDOS DO TRABALHO NA CULTURA E NO PODER DAS ORGANIZAÇÕES. PARA UMA NOVA CONCEPÇÃO ANALÍTICA SOBRE OS RITUAIS DO SOFRIMENTO DECORRENTES DO TRABALHO PRESTADO NAS CENTRAIS DE TELEATENDIMENTO.

O estudo deixa transparecer que os rituais do sofrimento e a morte lenta no trabalho acompanham a constituição e o desenvolvimento do trabalho subordinado. Desde o advento do industrialismo fabril até a Sociedade Informacional, diversas enfermidades psicofísicas vão aparecendo, tendo em comum a relação de causalidade com o labor subordinado. Logo, não há como eliminar as patologias enquanto houver a subordinação da força do trabalho ao capital. O poder público e os movimentos coletivos devam ocupar-se de proteger ainda mais esta modalidade de trabalho, tornando-se necessário o alargamento da proteção do direito do trabalho, além das fronteiras da subordinação.

A professora Isabele de Moraes D'Ângelo (2014) demonstra a ambivalência da doutrina clássica, quando a mesma tenta contornar a crise do contrato de trabalho e apontar, como solução para os males causados pelo desemprego estrutural e a precarização as variáveis: a parassubordinação e a flexissegurança. Comprova que se trata de arremedos doutrinais, pois estas propostas vêm acompanhadas de outras duas que, por seu turno, emergem das teorias organiza-

cionais conservadoras – a empregabilidade e o empreendedorismo. Por este caminho é possível identificar os componentes ideológicos que mantêm a exploração do trabalho humano, em meio às metamorfoses em curso.

Por outro lado Everaldo Gaspar Lopes de Andrade (2014), em seu último livro, abre dois capítulos para se compreender como o tema objeto deste estudo se enquadra perfeitamente nas concepções organizacionais contemporâneas. Consideram-nas como versões gerencialistas conservadoras, responsáveis pela introdução daquilo que se pode chamar de rituais do sofrimento e, por último, as mortes lentas no trabalho. Fenômenos que se dão da partir da passagem do o sistema fordista/taylorista para o sistema de acumulação flexível.[8]

Utilizando-se de uma linguagem psicanalítica, pode designar conceitos de identificação, de projeção e de introjeção, ou seja:

> Pela projeção sobre o objeto, de partes de si, de seus impulsos e de seus medos reprimidos, o indivíduo se torna uma parte do objeto, que vai então expressar, em seu lugar, seus medos e seus desejos e lhe permitir vivê-los inconscientemente, sem os assumir. Inversamente, o objeto assim investido pelo inconsciente do indivíduo é introjetado, ele toma o lugar das emoções reprimidas no inconsciente do sujeito, tornando-se parte dele. O resultado deste duplo processo é a identificação. Produz-se uma colagem entre o inconsciente individual e o objeto que se torna indissociável, sem que o indivíduo tenha consciência do processo que conduz à identificação: 'faço parte da TLTX, como TLTX faz parte de minha vida (Idem, p. 147[9]).

Já o psicanalista Francês Christophe Dejours (1992), aponta os resultados das recentes pesquisas etiológicas que ratificam a deterioração da saúde mental no trabalho, para afirmar que tal deterioração está relacionada à organização do trabalho e às novas estratégias organizacionais. O aumento considerável da pressão produtiva decorre exatamente da evolução dos métodos de organização do trabalho e é responsável por um isolamento, uma solidão e o aumento das patologias mentais resultantes do trabalho. Demonstram e comprovam a fragilização decorrente daqueles métodos organizacionais. Ele é responsável pela instalação de um individualismo exacerbado, por deslealdade, e pela desconstrução de convívio. Daí desaparecer a confiança, da lealdade e da solidariedade.

Nenhuma outra experiência profissional pode comparar-se aos trabalhadores do teleatendimento quando se procura encaixar o que anuncia este psicanalista, quando afirma que tais atividades produzem uma "implacável solidão em meio à multidão" [10] (DEJOURS, 2009, p. 50).

Vincent de Gaulejac prossegue seu itinerário acadêmico e apresenta um livro em que aprofunda ainda mais a sua crítica à versão gerencialista que domina as organizações contemporâneas. (2007). Pedro Bendassolli, ao prefaciar a citada obra insiste em afirmar que a concepção conservadora da gestão tornou-se uma ideologia dominante do nosso tempo. Sobretudo,

---

8 Destaca uma obra pioneira, lançada originariamente em 1979, por Max Pagès, Vincent de Gaulejac, Michel Bonetti e Daniel Descendre (1987), e que se torna imprescindível para uma compreensão contemporânea dos mecanismos de poder, de manipulação e de apropriação da subjetividade do trabalhador pelas chamadas organizações hipermodernas. Uma verdadeira teoria do poder nas organizações que foi escrita a partir de uma pesquisa realizada sobre o funcionamento de uma empresa multinacional. Na pesquisa ela aparece com o nome de TLTX. Objetivava compreender as relações entre o econômico, o político, o ideológico, o psicológico e, neste sentido, desvendar como essas organizações hipermodernas difundem não somente a sua ideologia, a sua religião, mas como elas se encontravam estruturadas nas políticas de recursos humanos. Daí partiam para saber como elas conseguiam a adesão dos seus membros, fazendo-o através da influência sobre estruturas inconscientes e sobre as quais os indivíduos se ligam a elas, para revelar também a maneira como as pessoas se tornavam escravizadas pela organização e, no sentido sociológico, como essa escravidão tem uma característica de droga – prazer e sofrimento. Consideram a organização como organização-droga, na medida em que corresponde, enquanto droga, a um corpo estranho, que se mescla ao organismo e provoca efeitos maiores que escapam ao seu controle. Um corpo estranho que passa a se tornar parte integrante do organismo e que o controla.

9 Idem, p.147.

10 DEJOURS, Christophe. **A Loucura do Trabalho. Estudo de psicopatologia do trabalho.** São Paulo: Cortez, 1992.

quando ela é combinada com a emergência de práticas gerencialistas, pois constitui um poder característico da sociedade hipermoderna[11]. Segundo ele:

> diferentemente da tradição norte-americana do gerencialismo, a francesa é matizada por perspectivas menos "pragmáticas" e instrumentais, e sim reflexivas e intuitivas. O gerencialismo é uma "escola" genuinamente norte-americana, embebida na tradição positivista e industrial daquele país. Na França, a transferência de suas principais premissas esbarram em outras tradições da intelectualidade daquele país, historicamente mais sensíveis ao marxismo e a psicanálise, por exemplo. O resultado é uma decantação às vezes ácida, às vezes pessimista, às vezes até catastrófica, da chamada civilização pós-industrial (idem, p. 16) [12].

Logo, não é possível compreender os danos psicofísicos decorrentes desta forma especial de trabalho e de exploração sem articular a teoria jurídico-trabalhista com a teoria organizacional conservadora para, em seguida, ir além e ao encontro da teoria jurídico-trabalhista crítica e da teoria organizacional crítica. É da confluência entre os estudos psicossociais das organizações hipermodernas e os estudos jurídico-trabalhistas que questionam o trabalho livre/subordinado que se torna possível compreender aquilo que Reginaldo Melhado (2003) considera como Poder e Sujeição, para desvendar os fundamentos da relação de poder entre capital e trabalho e o próprio conceito de subordinação.

Há, no campo da teoria organizacional crítica, uma vasta bibliografia, tendenciosamente "escondida", para que se mantenham aquelas duas variáveis – a do direito do trabalho: parassubordinação e flexissegurança; a da teoria organizacional conservadora: a empregabilidade e o empreendedorismo.[13] Tendo a doutrina clássica optado por um viés reducionista e conservador, já que se limita a tutelar apenas o trabalho assalariado, é possível afirmar que está protegendo o capital, para legitimar o seu domínio sobre a vida daqueles que vivem do trabalho. Essa legitimação se expressa na esfera jurídica por meio da figura do poder diretivo, que é garantido ao empregador pelo contrato de trabalho e pelas normas consolidadas.

Na relação de emprego, o poder pertence ao empregador[14], que detém os meios de produção do capital. Ao empregado, economicamente inferior, não há nenhuma reserva de poder pela lei ou pela doutrina. Sendo assim, na teoria, para compensar a desigualdade econômica existente entre os polos dessa relação, se cria mecanismos que possibilitem uma aparente superioridade jurídica, para compensar a desigualdade econômica. Mas, conforme procuram demonstrar os seguidores da teoria jurídico-trabalhista crítica esta superioridade jurídica aparece no plano da ficção porque se se trata de uma relação em que, de um lado, há aquele que admite, assalaria, dirige e detém o poder disciplinar; e, do outro aquele que fica jurídica, econômica e psicologicamente subordinado àquele torna-se impossível eliminar esta assimetria.

---

11 Gaulejac (2007) cita Nicole Aubert, a partir de um livro escrito em 2004: "A noção de organização 'hiper-moderna' foi proposta por Max Pagès (Pagès et. al. 79) na pesquisa que realizamos juntos sobre o poder em uma grande multinacional. A presente obra se inscreve na filiação desse trabalho, cujas hipóteses, vinte e cinco anos depois, não foram desmentidas pelos fatos" (idem, p. 33).

12 Idem, p. 16.

13 No momento em que se fala no Capitalismo Cognitivo (COCCO; GALVÃO; SILVA, 2003), na supremacia do Trabalho Imaterial (GORZ, 2005; LAZZARATO, 2001), torna-se importante consultar a obra escrita por Sílvia Viana chama de Rituais de Sofrimento (RODRIGUES, 2013), em que aponta para as novas alternativas de subordinação – sem chefe e sem espaço determinado, sendo responsáveis pelas mais diversas formas de patologias psicofísicas, completamente desconhecidas da era do Capitalismo Industrial ou dos infoproletários denominados por Ricardo Antunes e Ruy Braga (ANTUNES; BRAGA, 2009). Ver também A Perda da Razão Social do Trabalho. Terceirização e Precarização (DRUCK; FRANCO, 2007); A Produção Social da Loucura (MARCONDES FILHO, 2003). Daí é possível chegar a outras obras que dizem respeito às políticas de saúde mental e desvendar os aspectos que envolvem a Cidadania e Loucura. Políticas de Saúde Mental no Brasil (TUNDIS; COSTA, 2001).

14 Ver também: VIANA, Márcio Túlio. **O Direito de Resistência**. São Paulo: LTr, 1996; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de Direito do Trabalho**. Vol. I, Parte I. Teoria geral do Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2011.

A teoria crítica, à qual se filia o presente trabalho, propõe que a proteção seja o motivo conceitual a partir do qual se construa um novo sistema jurídico-trabalhista. Para que isso seja possível, torna-se necessário deslocar a subordinação da condição de pilar do Direito do Trabalho, e substituí-la pela proteção, sobre a qual se construirá uma experiência jurídica mais democrática e efetiva. Os autores que se filiam a teoria jurídico-trabalhista crítica problematizam e refutam o trabalho livre/subordinado como objeto do Direito do Trabalho e vão ao encontro do trabalho como ontologia do ser social. Segundo Marx "o trabalho é fonte de toda riqueza e de toda a cultura." O trabalho

> põe em movimento as forças naturais pertencentes à sua corporalidade, braços e pernas, cabeça e mão, a fim de apropriar-se da matéria natural numa forma útil para sua própria vida. Ao atuar, por meio desse movimento, sobre a natureza externa a ele e ao modificá-la ele modifica, ao mesmo tempo, a sua própria natureza (Idem, p. 36).

Marcuse (1998, p. 10), vê o trabalho na sua dimensão ontológica, "isto é, um conceito que apreende o ser da própria existência humana como tal". Ele não aceita a concepção dada pela moderna ciência do trabalho, porque ela não englobaria os seus caracteres fundamentais e revela apenas o seu lado penoso "da caracterização como fardo". Defende e proclama um trabalho libertado da alienação e da coisificação, "para que ele se torne novamente aquilo que é conforme sua essência: a realização efetiva, plena e livre do homem como um todo em seu mundo histórico" (Idem, p. 44).

O que se torna passível de comprovação, em termos de pesquisas acadêmicas ou de evidências empíricas são as formas de sofrimento; jamais, a sua eliminação, enquanto existir uma sociedade dividida em classe e em que prevaleça a subordinação da força do trabalho ao capital. Sobretudo, no caso dos trabalhadores das centrais de atendimento - um dos mais explorados e sofridos. Afinal, como afirmou Marshall Berman (2011: 287-288)

> O fator crucial para pertencer a essa classe não é trabalhar numa fábrica nem trabalhar com as mãos, tampouco ser pobre. Tudo isso pode mudar junto com as flutuações dos estoques, das demandas, da tecnologia e da política. A condição crucial é a necessidade de vender o seu trabalho para o capital poder sobreviver, a necessidade de mudar sua personalidade para pô-la à venda – de se olhar no espelho e perguntar 'O que eu tenho que posso vender'? E a permanente tensão e pavor de que, mesmo estando bem de vida hoje, você possa não encontrar ninguém que queira comprar o que você tem ou o que você é amanhã, de que o mercado mutável possa declará-lo (como já declarou a muita gente) imprestável, de que venha a se perceber física e metafisicamente sem teto e à mercê do frio.

8. A PROTEÇÃO AOS OPERADORES DE TELEMARKETING, A PARTIR DOS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO SOCIAL, DO DIREITO DO TRABALHO NA CATEGORIA DE DIREITO HUMANO FUDAMENTAL E SEUS IMPACTOS NA EXPERIÊNCIA JURISDICIONAL

Embora o Direito do Trabalho possua um princípio nuclear, o Princípio da Proteção – ampliado pelo professor Everaldo Gaspar para o Princípio da Proteção Social, a fim de permitir extender a proteção a todas as possibilidades e alternativas de trabalho e rendas compatíveis com a dignidade humana –; embora este princípio, como os demais, apareçam como fundamento de validade deste ramo do direito, e apareçam no subsistema jurídico trabalhista brasileiro, por meio dos artigos 444, 468 e 9, todos da CLT, deles resultando os caracteres de irrenunciabilidade, inderrogabilidade, indisponibilidade e ordem pública, as práticas desleais e os sofrimentos no trabalho permanecem.

Daí tornar-se imprescindível a prevalência deste princípio. E, para fazer valer os seus caracteres – irrenunciabilidade, inderrogabilidade, indisponibilidade e ordem pública –, torna-se também necessário reconhecer o Direito do Trabalho na categoria de Direito Humano Fundamental.

É que o trabalho humano, em todas as suas possibilidades e matizes, considerado como protoforma da vida e centro de referência da sociabilidade, da subjetividade, da intersubjetividade, rejeita, como defende Marcuse (1988), a versão gerencialista aqui relatada e que é fruto, segundo este filósofo, da moderna ciência do trabalho.

O trabalho humano a ser considerado, seguindo o rastro deste filófoso, é aquele libertado da alienação e da coisificação, que se torna, conforme a sua essência, "a realização efetiva plena e livre do homem com um todo, em seu mundo hist***órico" (Idem, p. 10).***

O fato de não se poder falar, neste momento histórico, em abolição da sociedade dividida em classes; em supressão da subordinação da força do trabalho ao capital, por outro lado, é preciso encontrar no próprio sistema normativo brasileiro as possibilidades de ampliar ainda mais e manter a eficácia do Princípio da Proteção Social combinado com o Princípio do Direito do Trabalho na Categoria de Direito Humano Fundamental, para eliminar aqueles rituais de sofrimento e a morte lenta no trabalho. No caso em apreço, aqueles a que vem sendo submetidos os operadores de *telemarketing*, nos chamados *call centers*.

No plano analítico, deve-se ter como pressuposto, aqueles dois princípios que aparecem como fundamento de validade do Direito do Trabalho. No plano hermenêutico – de sua efetividade e aplicabilidade, é preciso ressaltar os preceitos contidos na Constituição Federal de 1988 - desde o seu preâmbulo ao artigo quinto, com o objetivo de identificar os sentidos da dignidade da pessoa humana trabalhadora.

Diz o jurista Carlos Henrique Bezerra Leite (2011: 135) que a Constituição de 1988 seria uma das "mais avançadas no aspecto social, pois consagra os direitos trabalhistas como autênticos direitos fundamentais". Para ele,

> A função tutelar do Direito do Trabalho visa, enfim, sobretudo sob a perspectiva dos Direitos Humanos e do Direito Constitucional, corrigir as desigualdades sociais, econômicas e políticas entre os atores representantes do capital e do trabalho, por meio de um sistema normativo de proteção jurídica ao cidadão trabalhador (LEITE, 2011: 137).

Ainda no plano concreto, uma versão hermenêutica desta natureza deve refletir-se no judiciário trabalhista. Aqui se aponta para três variáveis que, se forem aplicadas em seu conjunto, servirão para mudar o panorama da exploração do trabalho humano em geral e do trabalho *call centers*, em particular. As autoras deste artigo pretendem, com isso, apenas juntar-se àqueles juristas que vêm o Direito do Trabalho para além da dogmática jurídica tradicional e apresentar uma contribuição, mesmo que modesta, para que ele siga o seu destino histórico voltado para a socialização da vida humana. Invocando três juristas que pertencem a esta mesma escola crítica, apontam para as seguintes proposições:

1. A efetividade do Direito Material e do Direito Processual do Trabalho, a partir da teoria dos princípios, tal como foi desenhada por Ricardo Tenório Cavalcanti (2008), em que procura ele ressaltar a importância da salvaguarda do princípio da dignidade humana por meio do trabalho e os princípios constitucionais processuais que, juntos, impõem uma hermenêutica bem aproximada da realização daqueles dois princípios aqui ressaltados;
2. Outra vertente hermenêutica foi lançada pela professora Daniela Mudadas Reis (2010) e consiste no Princípio da Vedação do Retrocesso no Direito do Trabalho. Seguindo o destino histórico deste ramo do direito que surge da luta operária e tem um caráter marcadamente universalista, defende a prevalência das normas internacionais sobre as normas internas, quando aquelas foram mais favoráveis e apontem para a preservação da dignidade da pessoa humana trabalhadora;

3. De nada adiante manter-se uma linha hermenêutica consistente, estruturante do Direito do Trabalho sem que haja uma efetividade de natureza processual. É o que propõe Augusto César Leite de Carvalho (2013), ao defender, para aplicação na experiência jurisdicional brasileira, a *Garantida da Indenidade*, ou seja, um modelo de acesso à justiça que garanta ao jurisdicionado uma estabilidade provisória que lhe garanta o emprego até a decisão final de sua demanda. Sem essa garantia, a Justiça do Trabalho vira a justiça do desempregado. Sem esta garantia de emprego, o exercício da jurisdição fica irremediavelmente mutilado.

4. CONCLUSÕES

O Direito do Trabalho se constitui como ramo do conhecimento jurídico que tem como objeto o trabalho contraditoriamente livre/subordinado. Surge da luta operária e se constitui a partir da Sociedade Moderna centrada num modelo de Estado de Sociedade que passou a reger duas classes ontologicamente desiguais: a burguesia e o proletariado. Desde Adam Smith, dos economistas clássicos a Karl Marx sabia-se que a burguesia iria se constituir como a classe mais revolucionária e que não pode viver sem revolucionar sempre os instrumentos de produção e, com eles, todas as relações sociais.

Sabe-se também que a racionalização e a divisão social do trabalho se consolidaram ainda mais a partir da chamada Administração Científica, na Era Fordista/Taylorista e que, daí por diante, não parou de aperfeiçoar os seus mecanismos de controle sobre o trabalho humano e buscar cada vez mais racionalidade, produtividade e avanço tecnológico. Por isso, aqui se procurou contextualizar a passagem entre o Modelo Fordista e o Modelo de Acumulação flexível, como fundamento teórico para compreender também, mais adiante, a teoria organizacional conservadora e a teoria organizacional crítica; a teoria jurídico-trabalhista conservadora e a teoria jurídico-trabalhista crítica.

Em meio a estes avanços surge uma forma de trabalho específico e que foi objeto deste estudo: os trabalhadores do teleatendimento. Nesta fase, passa-se a conceber as origens deste empreendimento empresarial, a maneira como ele surgiu e se instalou, consolidou-se e se espalhou por todo o país. Em seguida, a descrever a estrutura e a natureza do trabalho no interior dos *call centers*, a demonstrar detalhadamente as etapas a serem seguidas – desde as formas de recrutamento, seleção, treinamento, atuação profissional.

Uma vez demonstrada a estrutura e o funcionamento das empresas; a estrutura e o funcionamento do trabalho, passou-se a demonstrar a maneira como se instituíram os mecanismos de controle sobre este trabalho, centrados nos postulados advindos das teorias organizacionais conservadoras de raízes fordistas e toyotistas. Daí foi possível demonstrar os *rituais do sofrimento*, as diversas formas de coação, de sofrimento, de humilhação, de sobrecarga de trabalho, especialmente aquelas que decorrem da Síndrome Geral de Adaptação, o *Burn out* (esgotamento profissional), a adição ao trabalho e a depressão.

Mas, para uma compreensão consistente, no âmbito jurídico-trabalhista, aqui se entende que seria imprescindível uma análise sobre os próprios fundamentos do Direito do Trabalho, a partir da identificação dos autores que se filiam a teoria tradicional e os que são adeptos da teoria jurídico-trabalhista crítica. A separação deu-se a partir do confronto entre aqueles que elegem o trabalho livre/subordinado como objeto deste ramo do conhecimento jurídico e os que alargam este objeto, para abarcar todas as possibilidades ou alternativas de trabalho e rendas compatíveis com a dignidade humana.

Uma vez identificadas estas duas correntes foi possível demonstrar que, no âmbito da primeira corrente, sobressai, como elemento indispensável para desencadear o mal estar nas relações de trabalho, o chamado Poder Disciplinar ou Punitivo e suas faces ou vertentes. O artigo deixa-se transparecer a sua opção pela teoria jurídico-trabalhista crítica, porque, primeiro, a mesma localiza os sofrimentos do trabalho no próprio objeto do Direito do Trabalho. Também porque, para entender os mecanismos de controle e de sujeição foi capaz de reunir as duas variáveis que dão fundamento a teoria organizacional conservadora e a teoria jurídico-trabalhista tradicional, ou seja: a empregabilidade e o empreendedorismo; a parassubordinação e a flexissegurança.

A partir deste desvendamento ideológico também foi capaz de demonstrar que os rituais de sofrimento são inseparáveis desta alternativa de trabalho; que ele vai se transfigurando, transformando-se sempre que novas tecnologias ou formas de gestão e de administração conservadoras vão se instituindo. Uma vez confirmadas as hipóteses, desenhado o marco teórico, as autoras optam pela prevalência do trabalho como ontologia do ser social, como protoforma da vida, e rejeita a prevalência do trabalho livre/subordinado como objeto do direito do trabalho.

Esta se torna a melhor maneira de ver, com clareza, os rituais do sofrimento impostos aos trabalhadores do teleatendimento ou dos *call centers*. A utilização da teoria organizacional crítica serve, sobretudo, para manter os estudos e pesquisas neste campo específico sempre alerta e predisposto a investigar e constatar novas hipóteses de adoecimentos e patologias que venham a afetar ainda mais a saúde destes trabalhadores.

Por fim, a reunião de dois princípios fundamentais do Direito do Trabalho – o Princípio da Proteção Social e o Princípio do Direito do Trabalho na Categoria de Direito Humano Fundamental - abre o caminho para uma nova hermenêutica que possibilita a sua conexão entre os Princípios Constitucionais Processuais e os Princípios Constitucionais voltados para a Dignidade da Pessoa Humana Trabalhadora. Daí ser possível finalmente manter-se, na atividade judicante, o Princípio da Vedação do Retrocesso no Direito do Trabalho e a Garantia de Indenidade na experiência jurisdicional brasileira.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Princípios de Direito do Trabalho e seus fundamentos teórico-filosóficos:** problematizando, refutando e deslocando o seu objeto. São Paulo: LTr, 2008.

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Direito Do Trabalho Na Filosofia E Na Teoria Social Critica:** os sentidos do trabalho subordinado na cultura e no poder das organizações. São Paulo: LTr, 2014.

ANTUNES, Ricardo. BRAGA, Ruy. **Infoproletários:** degradação real do trabalho virtual. São Paulo: Boitempo, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Ed. Jorge Zahar, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

BRASIL. MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **NR 17 – ERGONOMIA**. 1990. Disponível em:<http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BE914E6012BEFBAD7064803/nr_17.pdf>. Acesso em: 17 de novembro de 2014.

BERMAN, Marshall. **Aventuras no marxismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

CARVALHO, Augusto César Leite de. **Garantia de Indenidade no Brasil**.. São Paulo: LTr, 2013.

CAVALCANTE, Ricardo Tenório. **Jurisdição, Direitos Sociais e Proteção do Trabalhador. A efetividade do direito material e processual deste a teoria dos princípios**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

COCCO, Giuseppe; GALVÃO, Alexander Patez; SILVA, Gerardo (Orgs.), **Capitalismo cognitivo**. Trabalho, redes e inovação. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

COUTINHO, Aldacy Rachid. **O poder punitivo trabalhista**.

D'ÂNGELO, Isabele Bandeira de Moraes. **A Subordinação no direito do trabalho:** para ampliar os cânones da proteção, a partir da economia social e solidária.

DEJOURS, Christophe. **A loucura do trabalho**: estudo de psicopatologia do trabalho/ Christophe Dejours; tradução de Ana Isabel Paraguay e Lúcia Leal Ferreira. – 5. Ed. Ampliada – São Paulo: Cortez – Oboré, 1992.

_____. **A Banalização da Injustiça Social**. Rio de Janeiro, Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999, 4ª ed.

DRUCK, Graça; FRANCO, Tânia (Org.). **A perda da razão social do trabalho**: terceirização e precarização. São Paulo: Boitempo, 2007.

GAULEJAC, Vincent. **A gestão como doença social**: ideologia, poder gerencialista e fragmentação social. Aparecida, SP: Ideias & Letras, 2007.

GENRO, Tarso Fernando. **Introdução à crítica do Direito do Trabalho.** Porto Alegre: L&PM Editores, 1979.

GORZ, André. O imaterial. **Conhecimento, valor e capital**. São Paulo: Annablume, 2007.

LAZZARATO, M.; NEGRI, A. **Trabalho imaterial e subjetividade**. Rio de Janeiro: DP&-A, 2001.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **O Direito do Trabalho na Perspectiva dos Direitos Humanos**. São Paulo: LTr/Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho, Ano XIX, n. 19, 2011.

MARCONDES FILHO, Ciro**. "A produção social da loucura".** São Paulo: Paulus**,** 2003.

MARCUSE, Herbert. **Cultura e sociedade**. vol. 2. São Paulo: Paz e Terra, 1998.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MARX, Karl. **Salário, Preço e Lucro**. In: ANTUNES, Ricardo (org.). A dialética do trabalho. São Paulo: Expressão Popular, 2013.

_____. **Processo de Trabalho e Processo de Valorização**. In: ANTUNES, Ricardo (Org.) A Dialética do Trabalho. Escritos de Marx e Engels. São Paulo: Editora Expressão Popular, 2004.

_____. **Crítica ao Programa de Gotha.** In. ANTUNES, Ricardo (org). A Dialética do Trabalho. Escritos de Marx e Engels. São Paulo: Expressão Popular, 2004.

MELHADO, Reginaldo. **Poder e Sujeição**: os fundamentos da relação de poder entre capital e trabalho e o conceito de subordinação. São Paulo: LTr, 2003.

MINISTÉRIO DA SAÚDE DO BRASIL. Organização Pan-Americana da Saúde no Brasil. Doenças **relacionadas ao trabalho:** manual de procedimentos para os serviços de saúde. organizado por Elizabeth Costa Dias; colaboradores Idelberto Muniz Almeida et al. – Brasília: Ministério da Saúde do Brasil, 2001.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho:** história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 26. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PAGÈS, Max; BONETTI, Michel; GAULEJAC, Vincent de; DESCENDRE, Daniel. **O Poder das Organizações. A dominação das Multinacionais sobre os Indivíduos.** São Paulo: Atlas, 1987

REIS, Daniela Muradas. **O Princípio da Vedação do Retrocesso no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

ROMITA, Arion Sayão. **A Subordinação no contrato de trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

RODRIGUES, Silvia Viana. **Rituais de Sofrimento**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2013.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de Direito do Trabalho**. Vol. I, Parte I. Teoria geral do Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2011.

SUSSEKIND, Arnaldo. MARANHÃO, Délio. VIANNA, Segadas. **Instituições de Direito do Trabalho**. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974. p. 82-83. p. 182-186.

TUNDIS, Silvério A.; COSTA, Nilson R. (org.). **Cidadania e Loucura**. Políticas de saúde mental no Brasil. 7. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2001.

VIANA, Márcio Túlio. **O Direito de Resistência**. São Paulo: LTr, 1996.

O DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA EXECUTIVA EFETIVA NO PROCESSO CIVIL

Leonardo Moreira Santos[1].
Lúcio Grassi de Gouveia[2]

1. INTRODUÇÃO

De que adianta a entrega da prestação jurisdicional se o Estado-juiz não dispuser de meios para garantir o cumprimento pleno e eficaz da decisão judicial? Nesse sentido, indaga-se: haveria um direito fundamental à tutela executiva efetiva?

Em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à ideia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos.

É preciso compreender o sentido dos direitos humanos e sua diferenciação em relação aos direitos fundamentais. Além disso, no contexto da afirmação dos direitos essenciais aos seres humanos, é importante distinguir os direitos fundamentais dos direitos patrimoniais.

Os direitos fundamentais sociais, para serem efetivados, dependem de políticas públicas. No campo desses direito, a efetividade não se apresenta como condição ulterior do direito, mas antes como condição de existência do próprio direito. Não basta, pois, o reconhecimento formal dos direitos fundamentais; imprescindível existir meios para concretizá-los.

Para a maior efetividade de direitos fundamentais, a fiscalização judicial dos atos do Poder Público depende do desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial da garantia do devido processo legal, em sentido substancial.

Portanto, em relação a tutela executiva como direito fundamental, quando o sujeito passivo não cumpre a prestação, fala-se em inadimplemento. Como a autotutela é, em regra, proibida, o titular desse direito, embora tenha a pretensão, não tem como, por si, agir para efetivar o seu direito. Tem, assim, de recorrer ao Poder Judiciário, buscando essa efetivação, que, como visto, ocorrerá, com a concretização da prestação devida. Busca-se, portanto, a tutela jurisdicional executiva, que deverá ser efetiva.

2. AS DIVERSAS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno "Direito Internacional dos Direitos Humanos"[3].

---

1 Professor de Direito Processual Civil. Especialista em Direito Processual Civil. Mestrando em Direito pela UNICAP. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Processo e Hermenêutica. Advogado.

2 Professor Adjunto da Universidade Católica de Pernambuco (graduação e mestrado). Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito pela UFPE. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Processo e Hermenêutica. Membro da ANNEP. Juiz de Direito em Recife-PE.

3 TRINDADE, A.A. Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. vol. I, p. 25.

Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês), do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mas especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder [4]. São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho "negativo", uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, "direitos de resistência ou de oposição perante o Estado". Assumem particular relevo no rol desses direitos, especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei [5].

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 distinta destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas sim, na lapidar formulação de C. Lafer, de propiciar um "direito de particular do bem estar social" [6]. Não se cuida mais, portanto, de liberdade perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado.

Estes direitos fundamentais, que embrionária e isoladamente já haviam sido contemplados nas Constituições Francesas de 1793 e 1848, na Constituição Brasileira de 1824 e na Constituição Alemã de 1849 (que não chegou a entrar efetivamente em vigor), caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa.

É, contudo, no século XX, de modo especial nas constituições do segundo pós-guerra, que estes novos direitos fundamentais acabaram sendo consagrados em um número significativo de Constituições, além de serem objeto de diversos pactos internacionais[7]. Como oportunamente observa Paulo Bonavides, estes direitos fundamentais, no que se distinguem dos clássicos direitos de liberdade e igualdade formal, nasceram "abraçados ao princípio da igualdade", entendida esta num sentido material [8].

Os direitos fundamentais da terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, consequentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa [9]. Para outros, os direitos da terceira dimensão têm por destinatário precípuo "o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta".

Dentre os direitos fundamentais da terceira dimensão consensualmente mais citados, cumpre referir os direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação [10]. Cuida-se, na verdade, do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo

---

4 ANDRADE, J.C. Vieira de. *Os Direitos Fundamentais Constituição Portuguesa de 1976*, p. 43.

5 BONAVIDES, P. Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*, p. 517.

6 LAFER, C. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, p. 127.

7 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. ver. atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 51.

8 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 518.

9 LAFER, C. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, p. 131.

10 BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*, p. 523.

pós-guerra e suas contundentes consequências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais[11].

Ainda no que tange à problemática das diversas dimensões dos direitos fundamentais, é de se referir à tendência de reconhecer a existência de uma quarta dimensão, que, no entanto, ainda aguarda sua consagração na esfera do direito internacional e das ordens constitucionais internas. Assim, impõe-se examinar, num primeiro momento, o questionamento da efetiva possibilidade de se sustentar a existência de uma nova dimensão dos direitos fundamentais, ao menos nos dias atuais, de modo especial diante das incertezas que o futuro reserva. Além do mais, não nos parece impertinente a ideia de que, na sua essência, todas as demandas na esfera dos direitos fundamentais gravitam, direta ou indiretamente, em torno dos tradicionais e perenes valores da vida, liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade), tendo, na sua base, o princípio maior da dignidade da pessoa[12].

3. AFIRMAÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Os direitos humanos podem ser absolutos e relativos. São absolutos os direitos que todos têm frente a todos (v.g., o direito à vida). São relativos os direitos que todos os membros de toda comunidade jurídica têm na sua comunidade legal (v.g., o direito ao voto). Tanto os direitos humanos absolutos ou relativos são considerados suprapositivos ou morais. Neste sentido, é possível afirmar que os direitos humanos, mesmo antes de serem positivados, constituem uma ordem jurídica superior, objetiva, capaz de servir de fundamento universal para todo o sistema jurídico[13].

Os direitos humanos (absolutos e relativos) se positivam, nas Constituições, como direitos fundamentais. Por isto, os direitos fundamentais possuem um sentido mais preciso e estrito, na medida em que descrevem o conjunto de direitos e liberdades jurídicas e institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo[14]. O catálogo de direitos constitucionais pode conter, junto dos direitos humanos, outros direitos considerados fundamentais.

A nova era de direitos é marcada pelas seguintes características[15]: a) aumentaram os bens merecedores de tutela (as meras liberdades negativas, de religião, opinião, imprensa etc. deram lugar aos direitos sociais e econômicos, a exigir uma intervenção positiva do Estado); b) surgiram outros sujeitos de direitos, além do indivíduo (singular), com a família, as minorias étnicas e religiosas e toda a humanidade em seu conjunto; c) o próprio homem deixou de ser considerado em abstrato, para ser visto na concretude das relações sociais, com base em diferentes critérios de diferenciação (sexo, idade, condições físicas etc.), passando a ser tratado especificamente como homem, mulher, homossexual, criança, idoso, deficiente físico, consumidor etc.

Os direitos fundamentais são históricos, porque nascem e se desenvolvem, gradualmente, em certas circunstâncias de lutas sociais e políticas pela defesa de novas liberdades contra velhos poderes (v.g., movimentos liberais, socialistas, feministas, antirracistas, ecológicos, pacifistas, etc).

Por isto, a tutela dos direitos fundamentais não deve ser buscada, exclusivamente, no texto da Constituição, mas no contexto histórico-social em que se movem[16]. Logo, não é correto limitar a carga protetiva às gerações ou dimensões de direitos fundamentais. Não importa, por exemplo, saber se a tutela contra a biopirataria ou o terrorismo é de quarta ou quinta geração/dimensão. Não há um *numerus clausus* de dimensões de tutela, porque não há um elenco limitado de perigos a serem combatidos. A compreensão alargada dos direitos fundamentais decorre da sua proteção dinâmica, a que corresponde uma tutela aberta, flexível e móvel. Para fins metodológi-

---

11 SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2. ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 53.

12 SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 54.

13 Cambi, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*/Eduardo Cambi. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 39.

14 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais. Trunfos contra a maioria*, p. 82.

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

16 QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial. Sobre epistemologia da construção constitucional.* p.252.

cos, a interpretação do ordenamento jurídico deve ser marcada pela força expansiva dos direitos fundamentais.

A igualdade, a democracia, a paz e a tutela dos mais fracos constituem os pressupostos axiológicos dos direitos fundamentais.

A isonomia jurídica está baseada na igualdade perante a lei, que é um corolário do "governo de leis", em vez do "governo de homens": todos são iguais, com base na lei, sendo titulares de liberdades, poderes, obrigações e proibições dispostos de forma universal [17]. Assim, a igualdade possui duas dimensões: a igualdade nos direitos e a igualdade nos deveres. A igualdade nos direitos está prevista no art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e dos Cidadãos, de 1789, a qual preceitua: "Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum". Tal definição também consta do art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização Mundial das Nações Unidas (1948), a qual dispõe: "Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade". A igualdade nos deveres impõe as mesmas proibições previstas nas leis (penais, tributárias, etc).

O papel dos direitos fundamentais como direitos dos mais fracos visa proteger o indivíduo contra seu ambiente cultural, social ou mesmo familiar (v.g., a mulher contra o pai ou o marido; as crianças e adolescentes contra seus pais; qualquer pessoa contra as práticas opressivas impostas pela sua cultura, como a prática da clitoridectomia pelos talibãs ou a justificação do homicídio por causa da honra ferida", etc.). Com efeito, nenhuma grave lesão aos direitos fundamentais dos seres humanos mais vulneráveis pode ser justificada pela cultura dominante[18]. Outros tantos exemplos poderiam ser mencionados para contextualizar a afirmação histórica dos direitos humanos e fundamentais. Fiquemos apenas com mais um: a discriminação racial.

Portanto, os direitos fundamentais não são fruto da concessão espontânea do detentor do poder. São as mudanças sociais que fazem surgir outras demandas e necessidades que reclamam novos direitos.

Dessa maneira, os direitos fundamentais se revelam como direitos dos mais fracos contra os que tinham mais força no estado de natureza hobbesiano (liberdade selvagem, presente no Estado de Natureza), contra o absolutismo dos poderes públicos (v.g., dos poderes políticos, até a sua separação, a representação popular, a responsabilidade política e o princípio da legalidade do Poder Judiciário, até a sua sujeição à lei e o desenvolvimento das garantias penais e processuais; dos poderes administrativos e policiais, até a afirmação do princípio da legalidade no seu exercício e do seu controle jurisdicional), contra quem é mais forte economicamente no mercado capitalista (afirmando-se, v.g., os direitos trabalhistas, as regras que protegem a livre concorrência, a transparência nos negócios jurídicos e a defesa dos direitos dos consumidores), contra o absolutismo do poder doméstico (pela reforma do direito de família, com a promoção da igualdade entre seus membros e a adoção de regras que protegem as pessoas mais vulneráveis no meio familiar), contra quem é militarmente mais forte na comunidade internacional, acabando com o velho absolutismo da soberania externa dos Estados, bem como limitando (ou tentando limitar) o neoabsolutismo dos grandes poderes econômicos e financeiros transacionais[19].

4. DIREITOS FUNDAMENTAIS E PATRIMONIAIS: DISTINÇÃO

Uma primeira diferença é a de que aqueles (como o direito à vida, os direitos civis, incluindo o direito de adquirir e dispor de bens, os direitos políticos e sociais) são universais, sendo capazes de satisfazer a dignidade humana e realizar a igualdade, enquanto os direitos patrimoniais são singulares, no sentido de que há um titular determinado (ou mais de um titular), instaurando-se relações de domínio e de exclusão entre sujeitos postos em condições jurídicas desiguais. Aqueles são inclusivos (v.g, direitos à educação ou à saúde), enquanto estes são exclusivos (v.g., direito à propriedade de um imóvel ou de um veículo).

---

17 FERRAJOLI, *I fondamenti dei diritti fondamentali*, p. 309-310.

18 FERRAJOLI, Luigi. *I fondamenti dei diritti fondamentali*, p. 344.

19 FERRAJOLI, Luigi. *Juspositivismo crítico y democracia constitucional*. p.17.

Os direitos fundamentais são universais, uma vez que atingem todos os seres humanos, abrangendo todos aqueles dotados de status de pessoa (isto é, aqueles sujeitos a atos ou situações jurídicas), ou de cidadãos (entendidos como pessoas que pertencem a determinada coletividade política), ou de pessoas capazes de agir (isto é, aqueles que podem ser autores de atos jurídicos). A partir da titularidade subjetiva, Luigi Ferrajoli identifica quatro classes de direitos fundamentais: a) direitos humanos: que incluem todas as pessoas, enquanto tais, mesmo que não sejam cidadãos nem capazes de agir; b) direitos civis: que correspondem às pessoas capazes de agir, independentemente da cidadania; c) direitos públicos: relativos aos cidadãos, sendo irrelevante a capacidade de agir; d) direitos políticos: que cabem somente àqueles que sejam cidadãos e capazes de agir[20].

Uma segunda diferença entre os direitos fundamentais e os patrimoniais é que aqueles são indisponíveis, inalienáveis, invioláveis, intransmissíveis e personalíssimos, ao passo que os últimos são, pela sua própria natureza, disponíveis (como a propriedade privada de direitos de crédito), negociáveis e alienáveis [21]. Logo, os direitos patrimoniais são acumuláveis (quanto mais se acumula, mais rico se fica), enquanto os direitos fundamentais são invariáveis (v.g., ninguém pode se tornar, juridicamente, mais livre). A não submissão dos direitos fundamentais às decisões políticas ou do mercado decorre da sua indisponibilidade, que pode ser: ativa (o titular do direito não pode dela dispor, v.g., não se pode vender a liberdade pessoal, o direito de voto ou mesmo a autonomia contratual) ou passiva (os direitos fundamentais não podem ser expropriados ou limitados por outros sujeitos, a começar pelo próprio Estado – nenhuma maioria pode privar a pessoa da sua vida, liberdade ou autonomia), salvo quando as restrições forem iguais, universais e se justifiquem na supremacia do interesse comum sobre os individuais.

Essa ideia de indisponibilidade dos direitos fundamentais, por parte da maioria, permite que a Constituição seja levada a sério. Por exemplo, se a Lei Fundamental proíbe a pena de morte ou a tortura, mesmo que a maior parte da população apoie ou reclame essas soluções, a noção de indisponibilidade dos direitos fundamentais impede que sejam realizados os desígnios da maioria [22]. Por isso, os direitos fundamentais são trunfos que dispõem contra a vontade, a opinião ou a decisão da maioria [23].

Aliás, é possível afirmar que os direitos fundamentais correspondem a todos os indivíduos pelo mero fato de terem nascido, isto é, não podem ser restringidos a membros de uma classe ou de um país, justamente por serem absolutos, universais, invioláveis e prescritíveis. Situação diversa da dos direitos patrimoniais, que são disponíveis, na esfera do mercado, ou mesmo pelo poder público (v.g., para fins de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, conforme dispõe o art. 5º, XXXIV, da CF/1988).

A disponibilidade se refere não a qualquer renúncia de fato ou não exercício de um direito, mas a uma decisão que disponha dos direitos com efeitos obrigatórios. A irrenunciabilidade e a inegociabilidade não atingem, igualmente, todos os direitos fundamentais. Prevê o art. 11 do CC/2002 que, com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. Exemplo de limitação voluntária dos direitos de personalidade, previstas em lei, é a comercialização dos direitos autorais, que podem ser negociados livremente e, inclusive, transmitidos por herança. Contudo, os direitos de personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, desde que não sejam exercícios com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes. Por exemplo, alguém pode ceder, voluntariamente, seu direito à imagem para participar de um reality show ou revelar fatos de sua intimidade, em obra autobio-

20 FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali*. p.5 e 13-14.

21 FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali*...cit., p. 15-16.

22 NOVAIS, Jorge. *Direitos fundamentais. Trunfos contra a maioria*. p. 36.

23 CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*/Eduardo Cambi. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p. 51.

gráfica.[24] Do mesmo modo, pode-se afirmar que o exercício dos direitos de personalidade pode sofrer limitações voluntárias, desde que não sejam permanentes nem gerais.

Afinal, caso determinados direitos fundamentais, em certas condições, especialmente nas relações horizontais entre particulares, não pudessem ser negociados e renunciados, estar-se-ia suprimindo a esfera da autonomia privada. Em outros termos, o exercício ou não exercício dos direitos fundamentais de liberdade dos cidadãos decorre do próprio direito geral de liberdade, o qual permite que o seu titular deles possa dispor ou renunciar. Caso contrário, estar-se-ia negando o próprio direito à liberdade [25].

No entanto, direitos como a vida, a liberdade pessoal ou o voto são direitos fundamentais, não somente porque correspondem a valores ou interesses vitais, mas porque são universais e indisponíveis. Por isto, tais direitos fundamentais constituem limites aos poderes públicos e privados, mas também a própria autonomia de seus titulares. Se fosse admitida a alienação da liberdade, da vida, ou do voto, tais direitos fundamentais seriam reduzidos a direitos patrimoniais.

Ninguém pode alienar direitos como a liberdade, a vida ou o voto, porque, se isto fosse possível, os direitos fundamentais deixariam de der universais, isto é, de todos e de cada um, na mesma forma e medida. Também a liberdade de alienar os próprios direitos corresponderia ao triunfo da lei dos mais fortes, com a negação dos direitos fundamentais e a regressão ao Estado de Natureza. Entretanto, mesmo o direito à vida, ainda que não possa ser alienado, pode ser restringido pela vontade de seu titular (v.g., o paciente com câncer, mesmo precisando, por recomendação médica, submeter-se a determinado tratamento quimioterápico, não pode ser constrangido a fazê-lo; uma pessoa plenamente capaz e consciente, testemunha de Jeová, que precisa submeter-se à transfusão de sangue, para não morrer, não pode ser obrigada a fazê-lo; alguém que fuma, compulsivamente, mesmo sabendo que a nicotina faz mal à sua saúde, não pode ser compelido a parar de fumar; alguém que possui dependência química, por uso de álcool ou de substância entorpecente, desde que seja absolutamente capaz, não pode ser constrangido, inclusive judicialmente, a ser internado ou a submeter-se a algum tratamento; ou ainda, quem tente o suicídio não pode ser punido, caso a morte não se consume, etc.)[26].

Uma terceira diferença entre direitos fundamentais e patrimoniais é que aqueles decorrem, implícita ou explicitamente, da Constituição, consistindo sempre em meros comportamentos, ao passo que estes estão predispostos na lei, ficando seu exercício condicionado a atos negociais ou a provimentos singulares (contratos doações, testamentos, sentenças, atos administrativos que os produzem, modificam ou extinguem) [27].

Os direitos fundamentais emanam da Constituição, podendo ser explícitos ou implícitos (art. 5º, § 2º, da CF/1988). Por exemplo, a proibição do uso abusivo de algemas não decorre explicitamente da Constituição, sendo um direito fundamental implícito ao sistema constitucional. A propósito, o STF, em 13.08.2008, editou a Súmula Vinculante 11 ("Só e lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado"), baseando-se nas seguintes referências normativas: arts. 1º, III, e 5º, III, X e XLIX, da CF/1988; art. 350 do CP; art. 234, § 1º, do CPPM e o art. 4º, a, da Lei 4.898/1965. Atente-se, contudo, que o uso da algema, por si só, não caracteriza a nulidade dos atos processuais, quando fundamentada, em razão da necessidade de proporcionar segurança aos agentes públicos, testemunhas, informantes e à própria sociedade, sendo vedada a sua utilização abusiva exagerada e humilhante.

---

24 CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*/Eduardo Cambi. – 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p.52.

25 SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. p. 128-129.

26 CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*/Eduardo Cambi. – 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.54.

27 FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali*...cit., p. 16-17.

Uma quarta e última diferenciação entre direitos fundamentais e patrimoniais é que estes decorrem de relações intersubjetivas do tipo civilístico (contratual, sucessório ou similar), enquanto aqueles se estabelecem em relações de direito público, colocando os indivíduos em confronto com o Estado[28]. Os direitos patrimoniais correspondem ao dever genérico de abstenção, no caso dos direitos reais, ou obrigações do devedor, nos direitos pessoais ou de crédito. Já os direitos fundamentais, expressos em normas constitucionais, implicam deveres e proibições a cargo do Estado, cuja violação é causa da invalidação das leis, dos atos administrativos e das decisões judiciais, sendo que a sua observância é condição de legitimidade dos poderes públicos.

Enfim, a afirmação histórica dos direitos humanos fundamentais impõe a compreensão destes direitos nas relações de poder, sendo indispensável a distinção entre tais direitos e os de caráter patrimonial. Afinal, foi o desenvolvimento do modo de produção de antagonismos, a luta de classes e a transformação do valor de uso pelo valor de troca que possibilitou a superação da mera democracia formal pela sua conjugação com a democracia material, implicando a passagem da simples declaração de direitos fundamentais para a indispensável política de efetivação destes direitos [29].

5. DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais (sociais) são realizados a partir de um conjunto de atividades, denominado de políticas públicas, que devem ser realizados pela Administração Pública, para que os fins previstos na Constituição sejam cumpridos. Em sentido amplo, o termo políticas públicas abrange a coordenação dos meios à disposição do Estado, para a harmonização das atividades estatais e privadas, nas quais se incluem a prestação de serviços e a atuação normativa, reguladora e de fomento, para a realização de objetivos politicamente determinados e socialmente relevantes. Enfim, políticas públicas são metas políticas conscientes ou programas de ação governamental, voltados à coordenação dos meios à disposição do Estado e das atividades privadas, com a finalidade de realizar objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados [30].

Portanto, não há efetiva democracia sem a observância e a concretização dos direitos fundamentais, não podendo a atuação parlamentar ou do governante estar em desacordo com a Lei Fundamental.

A inércia estatal em tornar efetivos os direitos fundamentais sociais, especialmente em países de modernidade tardia, revela o desprezo dos governantes pela Constituição. O Estado, quando se omite na efetivação destes direitos, ofende gravemente a Lei Fundamental, compelindo o Judiciário a atuar para restaurar o respeito e a autoridade da Constituição.

Entre os direitos e ações positivas do Estado ou a prestações em sentido amplo, estão abrangidos direitos à organização e procedimentos.

O aspecto jurídico-processual dos direitos fundamentais assegura a existência de meios – organizações e procedimentos – capazes de produzir resultados de acordo com os direitos fundamentais [31].

A perspectiva constitucional dos direitos fundamentais garante o direito ao "justo" processo, isto é, não mais um processo apenas estruturado formalmente (estático), mas entendido como garantia mínima de meios e resultados, uma vez que deve ser concretizada não apenas a suficiência quantitativa mínima dos meios processuais, mas também um resultado modal (ou qualitativo) constante [32].

Na formulação de técnicas idôneas, é indispensável compreender, no contexto dos direitos fundamentais, aqueles de organização e de procedimentos. Tais direitos podem ser entendidos tanto como direitos ao estabelecimento de determinados institutos processuais ou a certos

---

28 FERRAJOLI, Luigi Ferrajoli. *Diritti fondamentali*...cit., p. 17.

29 DERANI, Cláudia. *Direitos fundamentais e democracia*. p. 66.

30 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas.* p. 241.

31 ALEXY, Robert Alexy. *Teoria de los derechos fundamentales*. cit., p. 455.

32 COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado Ferri; e TARUFFO, Micheli. *Lezioni sul processo civile*. Vol.1, p. 63

procedimentos quanto a uma determinada interpretação ou aplicação concreta das regras e dos princípios processuais [33]. Com efeito, vinculam, simultaneamente, os legisladores e os juízes.

O direito fundamental à tutela jurisdicional faz com que o direito ao processo não seja caracterizado por um objeto formal ou abstrato (processo *tout court*), assumindo um conteúdo modal qualificado (direito ao processo justo), que é a face dinâmica do devido processo legal [34].Com efeito, não se garante uma perspectiva meramente formal ao fenômeno jurídico, possibilitando que os institutos processuais sejam filtrados pela Constituição, sendo substancialmente conformados pelos direitos fundamentais.

A dimensão objetiva do art. 5º, XXXV, da CF/1988 e, consequentemente, a sua eficácia irradiante sobre as leis (processuais) infraconstitucionais permite a construção de técnicas processuais adequadas, céleres e efetivas à realização dos direitos fundamentais. A ausência de regras processuais não é, pois, capaz de inviabilizar a realização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, cabendo, na ausência de lei expressa, ao juiz suprir a omissão que impeça a proteção dos direitos materiais [35].

Os arts. 461 do CPC/1973 (arts. 497 e 536 do CPC/2015) e 84 do CDC contemplam cláusulas processuais abertas que conferem ao jurisdicionado e ao juiz a possibilidade de construírem a ação e o procedimento adequado ao caso concreto. Por exemplo, a leitura constitucional dos arts. 273, § 3º (art. 519 do CPC/2015), e 461, § 5º (art. 536, §1º do CPC/2015), a fim de atender o direito social à saúde, permite, em casos urgentes, o bloqueio de dinheiro público para fornecimento de medicamentos. Com efeito, não deve o Poder Judiciário apelar para a expedição de precatórios, posto que isto seria o mesmo que tornar sem efetividade os direitos fundamentais, relegando a concretização desses direitos aos efeitos deletérios e irreversíveis que o tempo causaria.

A concretização do direito fundamental à efetiva tutela jurisdicional depende da conjugação de vários elementos necessários (como a dimensão dos poderes das partes e dos poderes/deveres do órgão judicial, da conformação e da adequação do procedimento, de forma mais apropriada de tutela jurisdicional)[36] à construção da melhor técnica processual capaz de realizar, mais efetivamente, os direitos materiais.

A título de argumentação, com o intuito de limitar o direito fundamental à tutela efetiva, célere e adequada, poderia opô-lo ao princípio da separação de poderes. Poder-se-ia afirmar que aquele está inserido neste e, por isto, a separação dos poderes teria superioridade hierárquica ou estar em um escalão superior, em caso de colisão[37]. No entanto, não há que se falar em superioridade hierárquica, porque tanto os direitos fundamentais quanto a separação dos poderes estão no núcleo essencial da Constituição Federal de 1988 (art. 60, § 4º, III e IV, da CF/1988), sendo, ambos, igualmente, cláusulas pétreas (limitações expressas ao poder constituinte reformador). Evidentemente, o Judiciário deve observar o princípio da separação dos poderes, mas isto em nada se confunde com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada. Da mera existência do Judiciário não decorre tal direito fundamental. Se este existe é para servir de garantia de implementação judicial de todos os direitos fundamentais. Portanto, o princípio da separação de poderes não pode, jamais, ser um obstáculo abstrato e genérico à realização do direito fundamental à tutela jurisdicional.

6. DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL E A CLÁUSULA DE PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL

A cláusula de proibição de retrocesso social está ligada à proteção dos direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais. Serve para limitar a liberdade de conformação e a possibilidade de arbítrio do legislador, a fim de que se evite a destruição do mínimo de garantias necessárias à realização desses direitos fundamentais. Porém, isto não significa que a Constituição não é um

33 ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 458.

34 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica*. p.22.

35 MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. p.116.

36 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Os direitos fundamentais.* p.19.

37 GARCIA, Emerson. *Princípio da separação dos poderes*. p. 79-80.

quadro normativo aberto, que imprime e exprime uma unidade de sentido cultural, não podendo transformar-se em um programa de governo, regulando de forma exaustiva as situações e os fatos políticos [38]. Por isto, os direitos fundamentais sociais não podem ser vistos como critérios rígidos, não retirando os espaços para escolhas entre alternativas democráticas.

A proibição do retrocesso não incide somente na dimensão vertical dos direitos fundamentais, quando se discute a sua incidência na relação entre Estado e cidadãos. Também nas relações privadas tal questão se coloca, para invalidar leis ou até atos normativos particulares que restrinjam direito social no espaço privado, sem prever outro modelo alternativo (por exemplo, o cancelamento do instituto da usucapião coletiva, prevista no art. 10 da Lei 10.257/2001, conhecida por Estatuto da Cidade, em detrimento do direito fundamental à moradia, contido no art. 6º da CF/1988; a resolução normativa de escolas privadas ao determinar a revogação da matrícula de alunos inadimplentes, durante o período escolar, sem que sejam oportunizados mecanismos menos restritivos de cobrança das mensalidades atrasadas ou a aplicação de penalidades pedagógicas (como a suspensão de provas ou a retenção de documentos escolares, inclusive para efeitos de transferência para outra instituição de ensino, em manifesta infringência ao direito fundamental à educação, segundo exegese dos arts. 5º e 6º da Lei 9.870/1999) [39].

O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa encontra obstáculos em posturas tradicionais, presas à ideia de que a cognição dos juízes se limita aos aspectos da legalidade do ato administrativo (competência, forma e finalidade), tornando-se impossível o controle de seu mérito (motivo e objeto), isto é, a conveniência e a oportunidade de sua prática.

O discurso racional, ao incluir a questão da tutela dos direitos fundamentais, torna possível estabelecer critérios objetivos para a aproximação entre o direito e a moral. Os juízes devem levar a sério a constituição, não permitindo que os direitos fundamentais se tornem promessas constitucionais não cumpridas.

O juiz não possui mandato popular e, ao efetivar direitos fundamentais, ou até ao controlar políticas públicas, deve se preocupar, como se tem reiterado, com a legitimidade social do exercício da jurisdição. Desse modo, o órgão judicial, especialmente na imposição de políticas públicas, deve avaliar as consequências de sua decisão para o Estado Democrático de Direito, para a ordem pública, para a economia, para o exercício da cidadania e, enfim, para o bem estar social.

Assim sendo, toda e qualquer pessoa tem direito fundamental a um processo a fim de trazer as razões favoráveis e desfavoráveis à proteção de seu direito. Saber a extensão da reserva do possível, enfim, demanda ponderação e, consequentemente, argumentação jurídica.

7. DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA EXECUTIVA EFETIVA

Uma definição única e completa de jurisdição ou função jurisdicional talvez não seja sequer teoricamente possível. É que os fenômenos a serem referidos por tal conceito são tão diversificados e, ao mesmo tempo, passíveis de serem compreendidos por uma multiplicidade de perspectiva e instrumentos teóricos. Nessa perspectiva, é suficiente identificar, aquela reconhecida função jurisdicional necessária, tradicionalmente denominada jurisdição civil, correspondente à proteção de direitos subjetivos.

Direitos a uma prestação, também conhecidos como direitos subjetivos em sentido estrito, que, ao lado dos direitos potestativos e dos poderes-deveres (direitos/poderes funcionais) compõem o quadro dos poderes jurídicos, situações jurídicas ativas ou direitos subjetivos em sentido amplo [40].

Registre-se que a jurisdição civil compreende a maior parte daquelas atuações que podem ser referidas ao mais amplo conceito de jurisdição, englobando, por exemplo, toda e qualquer atuação jurisdicional exercida através do processo civil. Acrescente-se que a função jurisdicional

38 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais*. p.310-311.

39 SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas* cit., p.298-299.

40 PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 173-174.

de proteção de direitos subjetivos é a única que recebeu referência expressa e direta na Constituição Federal, no art. 5º, inc. XXXV.

A função de proteção de direitos subjetivos, quando considerada da perspectiva de sua concretização, isto é, dos resultados produzidos, da proteção concreta dispensada a determinado direito subjetivo, é denominada, também tradicionalmente, de tutela jurisdicional. Assim, ao conceito de "jurisdição civil", definido como "exercício da jurisdição caracterizado pela orientação à proteção de direitos subjetivos", corresponde o conceito de "tutela jurisdicional", definido como "proteção dispensada pelo órgão jurisdicional a determinado direito subjetivo". Ambos implicam-se mutuamente, sendo complementares [41].

É intuitiva a compreensão do caráter altamente complexo da jurisdição civil, em razão do que tanto ela, como o seu produto – a tutela jurisdicional – podem ser classificados e sistematizados segundo os mais diferentes critérios, dando lugar ao surgimento de inúmeras categorias. Entre as diversas classificações possíveis da tutela jurisdicional, sobressai-se aquela relacionada com as diferentes maneiras de proteger o direito subjetivo. Sendo várias as necessidades de proteção que o direito subjetivo pode apresentar, diversas também serão as respostas do órgão jurisdicional, dando lugar ao surgimento de mais de uma modalidade típica de tutela jurisdicional [42].

As diferentes necessidades de proteção reveladas pelos direitos subjetivos podem ser reduzidas a três modalidades: a) necessidade de eliminar incerteza jurídica acerca da existência ou inexistência de um direito; b) necessidade de alterar a situação jurídica entre dois ou mais sujeitos de direito, de modo a constituir, modificar ou extinguir um direito subjetivo; c) necessidade de realização concreta ou material de um direito subjetivo. A cada uma dessas diferentes modalidades de proteção do direito subjetivo, corresponde, como não poderia deixar de ser, uma intervenção diferenciada do órgão jurisdicional, dando lugar a modalidades distintas de tutela jurisdicional.

Diante da necessidade de eliminar a incerteza sobre a existência ou inexistência de um direito subjetivo, a proteção do direito subjetivo consiste na emissão de uma declaração judicial de certeza, a qual torna incontroversa a existência ou inexistência do respectivo direito subjetivo. Tal modalidade de tutela jurisdicional denomina-se, tradicionalmente, tutela declaratória.

Já a necessidade de alteração da situação jurídica entre dois sujeitos recebe proteção igualmente através de uma declaração judicial de certeza, a qual produz a alteração pretendida, criando, extinguindo ou modificando o conteúdo de determinado direito subjetivo. Tal modalidade de tutela jurisdicional denomina-se, tradicionalmente, tutela constitutiva.

Sendo o caso de necessidade de realização concreta ou material do direito subjetivo, a respectiva proteção jurisdicional consiste na produção, pelo órgão jurisdicional, do resultado prático igual (ou mais equivalente possível) corresponde à realização espontânea do respectivo direito subjetivo. Tal modalidade de tutela jurisdicional denomina-se tutela executiva.

Daí por que a função executiva opera no mundo dos fatos e a estrutura, em que ela avulta, se caracteriza por atos judiciais agressores da esfera jurídica do executado. Exata, a respeito, a célere metáfora, segundo a qual "o processo" de conhecimento transforma o fato em direito, e o "processo" de execução traduz o direito em fatos [43].

Têm as funções cognitiva e executiva denominador comum. Elas visam "à tomada de providências capazes de, conforme o caso, preservar ou reintegrar em termos definitivos a ordem jurídica e o direito subjetivo ameaçado ou lesado" [44]. Em outras palavras, dão lugar a uma tutela satisfativa, pouco importando que tal resultado ocorra em decorrência de pronunciamento obtido através de cognição plena ou sumária [45]. São cada vez mais frequentes, ao propósito, os pro-

41 GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

42 BEDAQUE. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, p. 103-103.

43 CARNELUTTI, *Diritto e processo*, n. 176, p. 283-284.

44 MOREIRA, J. C. Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, p. 301.

45 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*, p. 86-88.

nunciamentos antecipatórios que acabam satisfazendo o direito litigioso (v.g., art. 273, 461 e 461-A do CPC/1973, correspondentes aos arts. 294, 300, 497, 536 e 498 do CPC/2015).

Precisamos observar que atuações jurisdicionais consideradas muito distintas, sob outros critérios, podem pertencer, igualmente, a uma mesma categoria de tutela jurisdicional, segundo o critério acima indicado. De outra parte, é inevitável que o universo das atuações jurisdicionais efetivamente existentes e admitidas, num dado ordenamento, e encartáveis em uma daquelas categorias, não corresponda à totalidade das atuações jurisdicionais que, hipoteticamente, podem ser incluídas em cada uma de tais categorias. Assim, caem sob o conceito de tutela executiva atuações jurisdicionais, muito distintas, como a satisfação do credor operada através de um processo de execução nos moldes do Livro II do CPC ou através de uma ação de despejo, ou de uma ação monitória. Da mesma forma, outras modalidades de satisfação do credor, ainda que não tenham sido previstas pelo legislador brasileiro, ou mesmo que tenham sido vedadas expressamente, por exemplo, a satisfação do credor através da expropriação de salários ou mediante a utilização de prisão civil, fora dos casos em que tais medidas são autorizadas na lei.

Impõe-se reconhecer que depende integral e exclusivamente da vontade do legislador, respeitados certos limites constitucionais, a escolha das formas, dos pressupostos e dos meios através dos quais cada uma das modalidades cima identificadas de tutela jurisdicional pode ser prestada num dado ordenamento jurídico, no caso, o brasileiro.

Tome-se, como exemplo, a tutela executiva: a prestação pode vir, como de fato vem, no direito positivo brasileiro, condicionada a pressupostos diversos (títulos judiciais e extrajudiciais) realizada através de medidas diferentes (expropriação, busca e apreensão, multa diária, prisão civil) e segundo modelos procedimentais distintos (processo de execução autônomo, fase de cumprimento de sentença, ou conjugado a outro do qual se origina a declaração de certeza quanto à existência do direito a ser satisfeito). Nenhuma dessas peculiaridades, todavia, é relevante na formação do conceito de tutela executiva, enquanto categoria de tutela jurisdicional.

Portanto, a única informação relevante para caracterizar uma determinada atuação jurisdicional como tutela executiva, é a que diz respeito ao tipo de necessidade de proteção do direito subjetivo que foi atendida, quer dizer, se o órgão jurisdicional proporcionou (ou melhor, tentou proporcionar) ao titular do direito subjeito a sua satisfação concreta.

Essas considerações são importantes, pois permitem afastar certas tentativas notórias de restringir o conceito de tutela executiva, quer à satisfação do direito subjetivo através de um processo formalmente autônomo, nos moldes daqueles disciplinados no Livro II do CPC, quer à satisfação do direito subjetivo através de apenas um tipo de medida judicial, aquelas tradicionalmente denominadas "medidas sub-rogatórias". Não se pode, na realidade, impedir que se queira identificar a atuação jurisdicional que satisfaz o direito subjetivo através de um processo autônomo, dotado de certas características, no qual se utilizem apenas um tipo de medida e que se queira denominar tal grupo de atuação jurisdicional de "tutela executiva", dada a arbitrariedade que governa a escolha de nomes próprios para os conceitos e os símbolos construídos pela compreensão humana. O que não se pode negar é que compõem uma só categoria de tutela jurisdicional as atuações dos órgãos jurisdicionais voltadas à satisfação concreta de um direito subjetivo, por qualquer medida judicial, por qualquer módulo procedimental e, finalmente, por qualquer nome que se prefira utilizar para referir-se a tal categoria [46].

O art. 475-N do CPC/1973 (art. 515 do CPC/2015), ao discriminar os títulos executivos judiciais, apresenta em seu inciso I o conceito de sentença civil dependente de execução. Fala este inciso em "sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia certa" (o art. 515, inc. I do CPC/2015 dispõe: "as decisões proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa"). O referido dispositivo reconhece o direito ou a obrigação que falta cumprir, afirmando a necessidade de seu cumprimento através da via executiva.

46 GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil.* São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 23.

A tutela jurisdicional do direito que não pode ser prestada pela técnica da sentença declaratória, por necessitar de meios de execução, obviamente não é uma "tutela meramente declaratória", isto é, uma tutela jurisdicional através da qual simplesmente se elimina uma incerteza jurídica. A tutela que necessita "de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagamento de quantia" é uma tutela que não é prestada por uma sentença que basta por si só, como a sentença declaratória – que não pode e não precisa ser executada -, uma vez que exige meios de execução. Tal tutela é prestada pela sentença e pelos meios executivos, ou melhor, por uma sentença cuja natureza é delineada com base nos meios de execução que a complementam. Quando se declara um efeito jurídico que requer uma prestação, evidentemente não há sentença meramente declaratória, já que a declaração é de que a prestação faltante (pagar quantia, por exemplo) deve ser exercitada mediante a via executiva.

A legitimidade do uso dos meios de execução não advém apenas da circunstância de se pretender fazer, de não fazer, de entrega de coisa ou de pagamento de quantia. A multa, por exemplo, pode ser utilizada quando se pretende um não fazer, um fazer, a entrega de coisa ou o pagamento de quantia. Ou seja, os meios de execução, não obstante relacionados a fazer, não fazer, entrega de coisa e pagamento de quantia, adquirem legitimidade quando visualizados a partir da tutela do direito almejada com o fazer, não fazer, entrega de coisa e pagamento de quantia.

Assim, por exemplo, cabe a busca e apreensão no caso de tutela de remoção do ilícito, uma vez que essa forma de execução pode ser adequada para remover o que não deveria ter sido feito pelo réu, ainda que, nessa hipótese, as circunstâncias concretas possam demonstrar a necessidade de imposição de multa. Por outro lado, também cabe o uso da busca e apreensão quando se almeja a tutela de recuperação da coisa móvel, mesmo que aí o uso da multa possa ser legitimado, quando não se sabe o local em que se encontra a coisa ou o seu desmonte e transporte possuem alto custo. A própria tutela inibitória, apesar de, em regra, ser prestada mediante a imposição de um não fazer sob pena de multa, não descarta a possibilidade de, diante das particularidades do caso concreto, ser outorgada mediante a determinação da interdição de uma empresa ou da nomeação de um terceiro para atuar na gerência da fábrica que ameaça praticar o ilícito [47].

Os meios de execução tipificados para os casos em que se deseja pagamento de quantia alimentar bem demonstram a necessidade de compreender a tutela do direito que está por detrás do fazer, do não fazer, da entrega de coisa e do pagamento de quantia. Ora, o desconto em folha, o desconto de renda periódica e a prisão somente são admitidos e legitimados porque, por detrás do pagamento de quantia almejado, existe a prestação de tutela alimentar, ou de tutela do direito que, apesar de requerer pagamento de quantia, não se confunde com a tutela da obrigação pecuniária inadimplida [48].

Se o meio de execução adequado é corolário do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, devendo ser instituído pelo legislador ou – quando assim lhe autoriza a regra processual de caráter aberto – ser objeto de opção do juiz diante das particularidades do caso concreto, não há como desvincular o meio executivo da tutela do direito, seja para verificar se essa é idônea à proteção do direito material, seja para analisar se esta, apesar de idônea, é a que causa a menor restrição possível à esfera jurídica do réu [49].

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É importante registrar que os direitos fundamentais estão incluídos no rol dos direitos e garantias individuais, e, conforme o art. 60, § 4º, da CF, tais direitos são elevados ao nível de cláusula pétrea, não podendo ser modificado por emenda constitucional.

No curso do procedimento executivo, o órgão jurisdicional poderá se deparar com situações de conflitos de valores: de um lado, a preocupação em não se impor sacrifícios ao devedor; de outro, a exigência de que se satisfaça de maneira rápida e completa o direito do credor.

---

47 MARINONI, Luiz Guilherme. *Execução. Curso de Processo Civil*, v 3. p.66.

48 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. p.607.

49 MARINONI, Luiz Guilherme. *Execução. Curso de Processo Civil*, v 3. p.67.

A aplicação dos princípios jurídicos – diferentemente do que se dá com outras normas jurídicas – sempre envolve prévio juízo de valor. Diante de situação para a qual se ponham dois princípios igualmente relevantes, caberá balancear os fatores concretamente envolvidos: aquele que prevalecer haverá de sacrificar o outro apenas na medida estritamente necessária para a consecução das suas finalidades.

O direito fundamental à tutela executiva designa uma daquelas exigências ou valores relativos ao processo judicial inseridas no âmbito (ou campo semântico) do direito fundamental ao processo devido.

Dispondo o Código de Processo Civil de uma ampla gama de regras que permitem o adequado desenvolvimento da atividade executiva, o julgador não deve limitar esforços, aplicando a lei de forma adequada, observando o devido processo legal e garantindo a concretização do direito fundamental à tutela executiva efetiva.

9. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de lós derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada*: *tutelas sumárias e de urgência*. São Paulo: Malheiros, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1997.

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

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CARNELUTTI, Francesco. *Direito e processo*. Nápoles: Morano, 1958.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado ; TARUFFO, Micheli. *Lezioni sul processo civile*. 4. Ed. Bolonha: Il Mulino, 2007. vol.1.

DERANI, Cláudia. *Direitos fundamentais e democracia*. Arquivos de direitos humanos, vol. 1, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali*. In: VITALE, Ermanno (coord.). *Diritti fondamentali. Um dibatito teórico*. 2. Ed. Roma-Bari: Laterza, 2002.

_____. I fondamenti dei diritti fondamentali. In: VITALE, Ermanno (coord.). *Diritti fondamentali. Un dibatito teorico*. 2. ed. Roma-Bari: Laterza, 2002.

_____. *Juspositivismo crítico y democracia constitucional*. Trad. Lorenzo Córdova e Pedro Salazar. Isonomia. vol. 16. abr. 2002.

GARCIA, Emerson. *Princípio da separação dos poderes*: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais. De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Vol. 10. jan-jun. 2008

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil.* São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 1991.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Ed. RT, 2006.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.

_____. ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução. Curso de Processo Civil*, v 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais. Trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra editora, 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica*. In: Revista de Processo. vol. 155. São Paulo: Ed. RT, jan. 2008.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil.* 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial. Sobre epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. ver. atual – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004; 2. ed., 2008.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil.* 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1, t. 2.

SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos.* vol. I, Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Ed., 1997

DIREITO PROCESSUAL FUNDAMENTAL E A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL DEMOCRÁTICA:

os princípios do devido processo legal, cooperação e contraditório substancial no processo civil brasileiro

Lúcio Grassi de Gouveia[1]
Luciana Dubeux Beltrão Alves[2]

1. INTRODUÇÃO

O princípio da cooperação tem sido objeto de nossos estudos desde 1997, tendo resultado em artigo publicado no ano de 2000, quando ressaltamos a possibilidade de aplicação do princípio da cooperação ao processo civil brasileiro (GOUVEIA, 2000; e ainda, no mesmo sentido, GOUVEIA, 2009). Nesses trabalhos, ressaltamos a existência, em nosso processo civil, dos poderes--deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio, onde o dever de consulta corresponde à impossibilidade da decisão pelo juiz de questões de fato ou de direito, inclusive em matérias de conhecimento oficioso, sem oitiva das partes.

De lá para cá os estudos foram ganhando corpo, tendo o princípio sido consagrado pelo legislador no Código de Processo Civil de 2015, que dentre outros previu, no art. 10, a vedação das decisões-surpresa, dispondo que "o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício". Previu ainda exceções no art. 9º do CPC: nas hipóteses de tutela provisória de urgência; nas tutelas da evidência do art. 311, incs. I e II; e na decisão prevista no art. 701 do CPC, que dispõe que, na ação monitória, no caso de evidência do direito do autor, deverá ser expedido mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer. Tais previsões legais apresentam um avanço significativo em termos de abertura democrática do processo judicial brasileiro.

O Estado Democrático de Direito, adotado pela Constituição de 1988, possui como fundamento a criação de normas jurídicas genéricas e abstratas com a participação do povo, que elege seus governantes para representá-lo no processo legislativo.

Ocorre que, referir-se a um verdadeiro Estado Democrático de Direito não significa tão-somente prever a construção participada das normas jurídicas genéricas e abstratas ou limitar-se a aplicar as fórmulas simples. Tudo isto, mostra–se insuficiente para o processo civil diante da complexidade da vida moderna. O processo judicial, tido como resultado de um dos poderes estatais, também deve pautar-se de acordo om o modelo de estado previsto constitucionalmente – direito fundamental de participar das decisões.

Assim, podemos afirmar que a Constituição Federal de 1988, quando previu os princípios do contraditório, da ampla defesa, o direito à prova, a publicidade ao processo, a figura do juiz competente, independente, imparcial e obrigatória a motivação das decisões judiciais, atribuiu ao processo um perfil democrático, assegurando que a decisão judicial seja o resultado da participação de todos os entes nela envolvidos.

Entretanto, hodiernamente não é difícil encontrarmos, tanto na jurisprudência, quanto na doutrina, manifestações que privilegiam o subjetivismo na prolação de decisões judiciais. Há quem defenda que as decisões judiciais decorrem de avaliações íntimas e de juízos de valor, baseadas nas convicções particulares e no sentimento de justiça dos magistrados.

---

1 Professor Adjunto da Universidade Católica de Pernambuco (graduação e mestrado). Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito pela UFPE. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Processo e Hermenêutica. Membro da ANNEP. Juiz de Direito em Recife-PE.

2 Mestranda em Direito na Universidade Católica de Pernambuco. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Processo e Hermenêutica.

Desta forma, para coibir este tipo de manifestações a função jurisdicional, repita-se, em um Estado Democrático de Direito, não pode limitar-se à exclusiva discricionariedade do órgão julgador. Justamente de acordo com a perspectiva democrática da jurisdição, as decisões judiciais devem ser proferidas com base na participação dialética das partes. O pronunciamento jurisdicional, portanto, não pode e nem deve ser a consequência de um ato monológico e solitário do juiz, deve sim consistir no resultado das provas e das alegações aventadas pelos interessados, a partir de uma cooperação das partes, e entre estas e o magistrado.

Obviamente que a observância ao princípio do contraditório, em suas duas garantias, é o que permite que as partes, sujeitas ao exercício do poder jurisdicional, tenham a oportunidade de participar no processo, para desta forma possam influenciar na decisão que será proferida pelo magistrado.

2. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL E O "PODER DE INFLUÊNCIA"

Não é novidade que vivemos na fase da constitucionalização do direito, na qual os princípios e as garantias constitucionais passaram a desempenhar papel de destaque na vida jurídica contemporânea. E neste cenário, é natural que o processo seja encarado como importantíssimo instrumento para a efetivação de direitos e garantias fundamentais na prática, ou seja, em casos concretos.

Ao mesmo tempo e não menos importante, surgiu uma crescente preocupação com as garantias constitucionais processuais. Conforme defendem CAPPELLETTI e GARTH (1988, p. 12), o acesso à justiça corresponde ao mais básico dos direitos humanos – uma vez que permite a tutela de todos os demais – e se, em meio a toda a constelação de institutos jurídicos, é justamente o processo o veículo precípuo para o exercício dessa garantia de acesso à justiça, torna-se imperiosa a necessidade de efetivação das garantias constitucionais inerentes ao processo. E mais: sendo o processo tido como um instrumento destinado à proteção de direitos, é preciso que a tutela jurisdicional nele prestada seja satisfatória do ponto de vista qualitativo, isto é, que o processo seja capaz de proponha aos litigantes a melhor tutela jurisdicional possível.

Assim, em um Estado Democrático de Direito, o exercício das funções estatais, inclusive a jurisdição, deve estar sujeitar-se a um determinado modo de atuação. Com efeito, as decisões judiciais, atos estatais que são, obedecem, incontestavelmente, ao princípio democrático.

O princípio democrático possui diversas manifestações. A que nos interessa por ora, é dimensão participativa da democracia, assim retratada por Canotilho (1999, p. 282):

> [...] o princípio democrático implica democracia participativa, isto é, a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia, participar dos processos de decisão, exercer controlo crítico na divergência de opiniões, produzir inputs democráticos.

Desta forma, podemos concluir que a tutela jurisdicional não é prestada unilateralmente pelo Estado e que a emanação do princípio democrático decorre da observância ao princípio do contraditório, uma vez que este exige a participação do povo no exercício do poder. Então, o contraditório representa a concretização da democracia participativa no processo (SOUZA, 2003, p. 136).

A definição de contraditório possui duas dimensões que lhe são essenciais. A dimensão formal (ou estática) reflete a clássica concepção de contraditório como ciência, informação, comunicação e/ou participação das partes no processo, originária do instituto processual austríaco Parteiengehör – o qual é entendido como princípio da audição (ou audiência) do cidadão interessado (FAZZALARI, 2006. p. 111-113). Já na dimensão material (ou substancial ou dinâmica), o contraditório reflete o poder de influência e de controle dos destinatários na construção do conteúdo da decisão judicial.

O contraditório, na dimensão formal, expressa o direito das partes ao conhecimento da demanda, mediante citação, intimação e/ou notificação, com garantia de participação no curso do processo. Com base nos brocardos audiatur et altera pars, audita altera parte e audi al-

teram partem, o aspecto estático do contraditório permite ao interessado, tão somente, o direito de ouvir e de ser ouvido (hearings) (CAPPELLETTI, 1993. p. 77).

A garantia de participação na construção da decisão judicial tem por escopo assegurar às partes, colocadas em posições de interessado (autor) e contrainteressado (réu), o "direito ao conhecimento e à participação, participar conhecendo, participar agindo" CAPPELLETTI, Mauro, 2011. v. 1, p. 320). De tal forma, o contraditório formal possibilita que os destinatários da decisão judicial tenham a oportunidade de falar nos autos e de deduzir as alegações e as provas que julgarem adequadas, com a respectiva oportunidade de reação (MARINONI, 2002. p. 20). Em outras palavas, as partes têm a possibilidade de expor e demonstrar ao juiz os fatos e os fundamentos jurídicos da demanda, de modo que tenham aumentadas as suas chances de êxito, ao mesmo tempo em que colaboram para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional (DINAMARCO, 1987. p. 94).

Entretanto, entende-se atualmente que o aspecto formal do contraditório supera a sua definição como mero direito das partes ao conhecimento da demanda e à participação no processo. Segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira "é preciso atentar, porém para que a igualdade entre as partes não seja apenas formal, mas também material, real" (OLIVEIRA, 2010, 128)

A essência do contraditório, deve consistir na igualdade simétrica de oportunidades entre os destinatários dos efeitos da decisão judicial; não pode limitar-se simplesmente ao argumento e ao contra-argumento, mas, sim, o dizer e o contradizer deduzidos em paritária posição de igualdade entre os sujeitos processuais. Aroldo Plínio Gonçalves (GONÇALVES, 1992. p. 119-128) aduz:

> A conotação citada como uma aproximação do conceito atual de contraditório explica-se, pois ele exige mais do que a audiência da parte, mais do que o direito das partes de se fazerem ouvir. (...). O contraditório não é apenas 'a participação dos sujeitos do processo'. (...). O contraditório é a garantia de participação, em simétrica paridade, das partes, daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença, daqueles que são os 'interessados', ou seja, aqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que ele vier a impor. (...). O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo.

Já a dimensão substancial do princípio do contraditório expressa o "*poder de influência*" (MARINONI, 1999. p. 258-259) e segundo Fredie Didier Júnior (2014. p. 56)

> Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do órgão jurisdicional – e isso é o *poder de influência*, de interferir com argumentos, ideias, alegando fatos, a garantia do contraditório estará ferida. É fundamental perceber isso: o contraditório não se efetiva apenas com a ouvida da parte; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão.

Segundo Leonardo Carneiro da Cunha (2012. p. 61), como a dimensão substancial do contraditório impede a prolação de decisão surpresa, deve toda e qualquer decisão judicial ser precedida do contraditório ao argumento de que o

> Estado democrático não se compraz com a ideia de atos repetinos, inesperados, de qualquer dos seus órgãos, mormente daqueles destinados à aplicação do Direito. A efetiva participação dos sujeitos processuais é medida que consagra o princípio democrático, cujos fundamentos são vetores hermenêuticos para aplicação das normas jurídicas.

Portanto, o contraditório traduz a prerrogativa de simétrica influência dos interessados na elaboração do conteúdo da decisão judicial, em sintonia com o dever imposto ao juiz, como terceiro imparcial, de assegurar às partes iguais oportunidades de interferência no resultado da atividade jurisdicional, inclusive quanto às questões apreciáveis de ofício.

Por fim, o conceito de contraditório, atualmente, transcende a sua função limitada a ciência ou ao conhecimento da demanda (informação), para atingir a sua definição, inclusive, como prerrogativa de influência no conteúdo do provimento jurisdicional. O contraditório conjuga não somente os direitos à informação, mas, sobretudo, *à participação das partes, as quais, em igualdade de* condições, possuem a prerrogativa de interferir e de controlar a construção do conteúdo da decisão judicial.

3. O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO E A JURISDIÇÃO DEMOCRÁTICA

Abordado de que forma o contraditório substancial se desenvolve em um Estado Democrático de Direito e seu "poder de influência" no exercício da função jurisdicional, é necessário, por hora, entender como a valorização do diálogo entre as partes e o juiz também é essencial para a concretização de uma prestação jurisdicional democrática.

Nesse contexto, o modelo cooperativo sintetiza a democracia no processo e, por via de consequência, impede o exercício arbitrário e solitário da jurisdição, alheio à atividade dialética das partes.

O processo, em um Estado Democrático de Direito, deve refletir a participação de todos os sujeitos processuais, constituindo a decisão judicial no resultado da participação isonômica, dialética e influente das partes na construção da mesma. A direção do processo deve ser compartilhada igualitariamente entre as partes e o juiz, os quais cooperam com a gestão da atividade processual (policentrismo processual). Dentro de um enfoque de cooperação processual destinado "a transformar o processo em uma 'comunidade de trabalho'" (NUNES, 2011, p. 212-215) é preemente que o magistrado assuma a sua posição de interlocutor que dialoga com as partes (DIDIER JR., 2005. p. 75-79).

Desta forma, o modelo comparticipativo de processo privilegia a democracia, porque requer do magistrado a condução do processo de modo a envolver as partes "num diálogo humano construtivo, em que o julgador não se limite a ouvir e as partes não se limitem a falar sem saber se estão sendo ouvidas" (GRECO, 2005. p. 544-546). A decisão judicial é o resultado simultâneo do juiz e das partes, uma vez que o contraditório tem por escopo assegurar que todos os destinatários da decisão judicial tenham a garantia de efetivamente contribuir para a sua formação (fair hearing).

Ao passo em que a função jurisdicional é o resultado de um diálogo com as partes, a decisão judicial deixa de representar um ato solitário do juiz, passando a consistir um provimento jurisdicional legitimamente democrático.

Nesse diapasão, o magistrado não está sozinho na construção da decisão judicial. A prolação da decisão judicial pressupõe a observância da participação direta dos destinatários do ato final e a garantia de fiscalização da atividade jurisdicional por parte da sociedade. O diálogo entre o juiz e as partes, em contraditório dinâmico, atua como obstáculo ao subjetivismo judicial. É o que podemos concluir da leitura do trecho abaixo de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (CAMBI, 2010, 117):

> Para a construção de uma sociedade onde se sobressaiam os valores éticos e emancipatórios contidos no texto constitucional, o processo deve ser pensado sob o enforque da *cidadania ativa e solidária*. A existência de um *processo cooperativo* depende de um juiz *isonômico* na condução do *diálogo processual*, isto é, que observe rigorosamente o contraditório antes de tomar qualquer decisão (mesmo as que envolvam questões de ofício), mas *assimétrico* quanto às decisões, a fim de fazer respeitar a autoridade do Estado na resolução dos conflitos, além das necessárias garantias judiciais da independência e da imparcialidade, sem as quais não há processo tampouco decisões justas.

> Com efeito, embora as formas sejam necessárias (para a segurança dos atos jurídico, das partes no processo e do correto exercício da jurisdição), o fetichismo à forma ou o seu apego obcecado e irracional não assegura a realização dos direitos, mas, ao contrário, constitui fator de empobrecimento do processo, já que não permite a visualização de seus fins.
>
> Ao conduzir o diálogo processual, tendo como escopo final à promoção dos direitos fundamentais e à justiça da decisão, impõe-se ao juiz os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio dos litigantes.

Em síntese, podemos afirmar que o modelo *comparticipativo* de processo, baseado na *cooperação processual* e no *policentrismo processual*, é o modelo que melhor retrata a participação democrática no processo. Ao privilegiar o contraditório, a *comparticipação* retira a decisão judicial do subjetivismo do julgador, para concretizar o caráter dialético do processo. Consistindo a decisão judicial na consequência do diálogo construtivo e dinâmico entre as partes e o juiz, e não o resultado da convicção subjetiva do magistrado.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O contraditório, que prime pelo respeito à democracia e às garantias processuais constitucionais, e a necessidade de uma gestão cooperativa do processo valorizam o aspecto dialético da jurisdição e evitam que as decisões judiciais sejam resultado da subjetividade do órgão julgador.

A tutela jurisdicional e a concretização da garantia fundamental do devido processo legal são finalidades imperativas do Estado Democrático de Direito. Nesse diapasão, o contraditório e a motivação decisória consistem em garantias constitucionais que expressam a democracia no processo, porque permitem que os destinatários da prestação jurisdicional sejam também coautores da decisão, mediante a interferência direta nos resultados da jurisdição.

Indo além, o contraditório impede que a função jurisdicional seja exercida de forma arbitrária e subjetiva, como se a decisão judicial fosse o produto da abstração íntima do juiz. O processo democrático constitui-se pelo diálogo, e não pelo monólogo; a gestão processual é compartilhada, e não uma atividade solitária do Estado-juiz; a decisão judicial é o resultado da atividade dialética dos interessados, e não uma simples consequência da convicção subjetiva daquele que julga.

Desta forma, o modelo comparticipativo do processo consagra a democracia na prestação da atividade jurisdicional, garantindo a participação influente das partes e da sociedade na construção da decisão judicial, equilibrando uma relação de cooperação entre as partes, o juiz e a sociedade.

REFERÊNCIAS

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

_____, Mauro. Appunti in tema di contraddittorio. **Studi in memoria di Salvatore Satta**. Padova: Cedam, 1982. v. 1, p. 221 apud MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

_____, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparada entre o sistema português e o brasileiro**. Coimbra: Almedina, 2012.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 16. ed. Jus Podivm, Salvador, 2014.

_____, Fredie. **O princípio da cooperação: uma apresentação**. Revista de Processo, São Paulo, ano 30, n. 127, set. 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 2. ed. São Paulo: RT, 1987.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução de Elaine Nassif. Bookseller: Campinas, 2006.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. **O dever de cooperação dos juízes e tribunais com as partes – uma análise sob a ótica do direito comparado (Alemanha, Portugal e Brasil).** Revista da Esmape. Vol. 5. nº 11. Recife: Esmape. Janeiro/junho de 2000.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. Revista de Processo. Ano 344. Nº 172. São Paulo: RT, jun/2009.

GRECO, Leonardo. **Estudos de direito processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____ **Questões do novo direito processual civil brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2000. p. 336; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). **Causa de pedir e pedido no processo civil**: questões polêmicas. São Paulo: RT, 2002.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2011.

OLIVEIRA, Carlo Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil:** proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, Artur César de. **Contraditório e revelia**: perspectiva crítica dos efeitos da revelia em face da natureza dialética do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO NO TRABALHO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES MODELOS E MANEQUINS

Romulo Nei Barbosa de Freitas Filho[1]
Bruna Roberta Nascimento Rios[2]

Adolescentes trabalhando como modelo e manequim é o tema de mais uma novela brasileira, com um ingrediente a mais: a explícita exploração sexual. A sombra da utilização econômica das jovens e dos jovens que desfilam nas passarelas de moda ou posam para catálogos e campanhas de publicidade para o sexo sempre está presente onde quer que esse trabalho seja exercido.

É nesse contexto que nos parece oportuno e útil tratar do assunto sob o enfoque justrabalhista para nos perguntarmos: o ambiente de trabalho do modelo e manequim, como se apresenta atualmente, pode ser frequentado crianças e adolescentes, segundo as regras de tutela do menor trabalhador em nosso país?

A pergunta ganha relevância jurídica (ainda maior do que já se apresenta em si mesma) quando se constata que o ordenamento jurídica brasileiro ostenta um multifacetado espectro de regras, institutos e princípios que tutela de um modo especial as crianças e os adolescentes, concretizando os pactos internacionais que classificam o acervo protetivo como direitos fundamentais.

Assim, vimos tecer algumas considerações sobre a potencial violação de direitos fundamentais de crianças (menores de 12 anos) e adolescentes (de 12 a 18 anos)[3] no mercado da moda, laborando profissionalmente como modelos e manequins.

Inicialmente, cumpre definir os direitos fundamentais potencialmente ameaçados.

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) prevê no art. 6º, o ***direito fundamental ao trabalho diurno, seguro e saudável*** para crianças e adolescentes, em seu inc. XXXIII[4].

O mesmo dispositivo garante o ***direito fundamental ao ócio empregatício*** aos menores de 14 anos, de forma absoluta. Aos adolescentes de 14 anos aos 16 anos, somente na condição de aprendiz. Em outras palavras, o adolescente somente poderá laborar para aproveitamento produtivo de outrem a partir do 16 anos. Dos 14 aos 16 anos, o labor somente poderá ser elemento pedagógico auxiliar à aprendizagem de um ofício ou profissão.

Mas a Carta Cidadã dá um passo mais ousado ao definir em seu art. 277 que toda a comunidade e Estado serão responsáveis por manter as crianças a salvo de negligência, exploração, violência, crueldade e opressão, senão vejamos:

> É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura,

1 Advogado. Doutor em Direito pela Università degli Studi di Roma "Tor Vergata". Pós-graduado em Direito Processual Civil e graduado pela Universidade Católica de Pernambuco. Membro-Diretor do Instituto Ítalo-Brasileiro de Direito do Trabalho (IIBDT).

2 Advogada. Graduada em Direito pela Faculdade Marista/ Faculdade Católica do Recife.

3 Art. 2º "Considera-se criança, para os efeitos desta lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade." Lei n. 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

4 Art. 6º. Inc. XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

> à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Dois anos após, entrou em vigor o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990) para detalhar e disciplinar essa tutela.

Em seu título II, o ECA passou a relacionar os (como chamou) *direitos fundamentais* de crianças e adolescentes, preocupando-se de reservar um capítulo (V) especialmente destinado ao *Direito à Profissionalização e à Proteção no Trabalho*. Embora remeta a proteção ao trabalho das crianças à legislação especial, (nesse caso à CLT), o ECA definiu interessantes diretrizes que podem interessar à análise em curso.

Por um lado, estebelece o ***direito fundamental a um ambiente de trabalho mentalmente saudável*** para o seu desenvolvimento pessoal, no art. 67, III:

> Art. 67. Ao adolescente empregado, aprendiz, em regime familiar de trabalho, aluno de escola técnica, assistido em entidade governamental ou não-governamental, é vedado trabalho:
>
> I - noturno, realizado entre as vinte e duas horas de um dia e as cinco horas do dia seguinte;
>
> II - perigoso, insalubre ou penoso;
>
> III - realizado em locais prejudiciais à sua formação e ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social;
>
> IV - realizado em horários e locais que não permitam a freqüência à escola.
>
> Art. 69. O adolescente tem direito à profissionalização e à proteção no trabalho, observados os seguintes aspectos, entre outros:
>
> I - respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento;
>
> II - capacitação profissional adequada ao mercado de trabalho.

O mesmo artigo, no inc. IV, estabelece o ***direito fundamental da criança e adolescente à formação profissional não impeditiva da educação formal*** prevista no Brasil.

Já o inc. III institui o ***direito fundamental à proteção contra trabalho degradante*** para criança e adolescente, aquele "realizado em locais prejudiciais à sua formação e ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social", o que pode representar problemas para a interpretação em razão do caráter polissemântico dos termos empregados. Contudo, o art. 405, §3º da CLT procura estreitar as margens hermenêuticas

> § 3º Considera-se prejudicial à moralidade do menor o trabalho:
>
> a) prestado de qualquer modo, em teatros de revista, cinemas, buates, cassinos, cabarés, dancings e estabelecimentos análogos;
>
> b) em emprêsas circenses, em funções de acróbata, saltimbanco, ginasta e outras semelhantes;
>
> c) de produção, composição, entrega ou venda de escritos, impressos, cartazes, desenhos, gravuras, pinturas, emblemas, imagens e quaisquer outros objetos que possam, a juízo da autoridade competente, prejudicar sua formação moral;
>
> d) consistente na venda, a varejo, de bebidas alcoólicas.

Concatenados, os dispositivos da constituição e do ECA conferem *status* de direito fundamental às normas concernentes ao direito à profissionalização e à proteção no trabalho de crianças e adolescentes presentes na legislação esparsa.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) tem presente uma farta gama de preceitos nessas duas direções. O mais relevante e que completa o sentido da Constituição, e que serve para a presente reflexão já acima tratado.

Esse complexo de normas que guarnecem a criança é denominado Princípio da Proteção Integral. O Princípio da Proteção Integral é fruto de um acervo de regras, institutos e princípios correlatos destinados à preservação da dignidade da criança e do adolescente. Ele tem a sua pedra angular no artigo 227 da Constituição Federal, conforme vimos acima.

Na mesma época, a Organização das Nações Unidas (ONU) publicava a Convenção sobre os Direitos da Criança estabelecendo marco internacional de tutela integral da criança a partir de 20 de novembro de 1989. No âmbito internacional, outras entidades se interessariam pelo trabalho da criança.

A Organização Internacional do Trabalho foi criada logo após a primeira guerra mundial, como parte do tratado de Versalhes, sua composição é baseada no sistema tripartite, ou seja, composta por representantes de governos, organizações de empregadores e de trabalhadores. A OIT sempre se preocupou com a proteção dos direitos humanos do menor, tendo como objetivo a melhoria nas condições de trabalho e assegurando os direitos fundamentais da criança trabalhadora (NASCIMENTO, 2003).

O Brasil é signatário de copioso rol tratados da OIT em matéria de direitos da criança e adolescente:

> Convenção nº 5, de 1919, sobre a idade mínima para o trabalho na indústria, Decreto 423, de 12/11/1935; Convenção nº 6, de 1919, sobre a proibição do trabalho noturno na indústria, Decreto 423, de 12/11/1935;Convenção nº 7, de 1920, sobre a idade mínima para o trabalho marítimo, Decreto nº 1.397, de 19/01/1937 - (revisada pela de nº 58, de 1937); Convenção nº 10, de 1921, sobre a idade mínima para o trabalho na agricultura; Convenção nº 16, de 1921, sobre o exame médico para admissão no trabalho marítimo, Decreto nº 1.398, de 19/01/1937; Convenção nº 52, de 1936, sobre o direito de férias anuais remuneradas, Decreto nº 3.232, de 03/11/1938; Convenção nº 58, de 1936, sobre a idade mínima para o trabalho marítimo, Decreto nº 1.397, de 19/01/1937 - (revisão da de nº 07, de 1920); Convenção nº 117, de 1962, sobre o desenvolvimento de programa de educação e formação profissional e aprendizagem, Decreto nº 66.496, de 27/04/1970; Convenção nº 124, de 1965, sobre a obrigatoriedade de exame médico admissional e periódico para o trabalho no subterrâneo em minas, Decreto nº 67.342, de
>
> 05/10/1970; Convenção nº 136, de 1971, sobre a idade mínima para o trabalho em atividades sujeitas à exposição de benzeno e seus derivados e proteção contra riscos de intoxicação, Decreto nº 1.253, de 31/06/1995; Convenção nº 138, de 1973, sobre a fixação de idade mínima para o trabalho no território dos Países-Membros, Decreto nº 4.134, de 15/02/02; Convenção nº 182, de 1999, sobre a proibição das piores formas de trabalho infantil e a ação imediata para sua eliminação, Decreto nº 3.597, de 12/09/00.

Nota-se que as principais medidas da Organização quanto à proteção ao trabalho do menor versa sobre: limitação à idade mínima para o trabalho; trabalho noturno; escolas técnicas; trabalhos proibidos; exames médicos; férias; orientação e formação profissional; aprendizagem; doenças profissionais; repouso semanal remunerado; desemprego, dentre outras.

Para a presente pesquisa vale ressaltar a convenção de nº 138 de 1973, a qual regula a idade mínima para a admissão no emprego, respeitando um nível adequado ao desenvolvimento físico e mental do menor, estabelecendo assim a idade mínima de dezesseis anos para a admis-

são no emprego ou trabalho, dispondo que o seu âmbito de aplicação restringe-se inicialmente às minas, pedreiras serviço de eletricistas, construção civil, industrias, empreendimentos agrícolas que produzam praticamente para o comercio, excluindo a limitação de idade para as empresas familiares ou de pequeno porte que trabalhe para o comercio local (art. 5º § 3º).

Entretanto, a OIT permite que cada país-membro possa estipular a idade mínima, sendo esta não inferior a 16 anos, em casos do país-membro que possua a economia e condições de ensino não suficientemente desenvolvidas, definir a idade inicial de catorze anos, desde que essa permissão não prejudique a saúde ou o desenvolvimento dos menores (art. 3º § 3º). Permite também, o emprego ou o trabalho ao menor de treze a quinze anos em serviços leves (art. 7º § 1º), como:

> "a) não sejam suscetíveis de prejudicar a saúde ou o desenvolvimento dos referidos menores; e
>
> b) não sejam de tal natureza que possam prejudicar sua frequência escolar, sua participação em programas de orientação ou formação profissionais, aprovados pela autoridade competente, ou o aproveitamento do ensino que recebem."(Art. 7º § 1º da Convenção nº 138 OIT)

A convenção estabelece a possibilidade ao trabalho artístico do menor de 14 anos, com o proposito de participar de manifestações artísticas desde que exista uma prévia consulta às organizações interessadas de empregadores e de trabalhadores, essa permissão se dá mediante autorização expedida pelo judiciário em análise a cada caso individual (CORREA, 2013), conforme podemos observar no art. 8º § 1º:

> Artigo 8
>
> 1. A autoridade competente poderá conceder, mediante prévia consulta às organizações interessadas de empregadores e de trabalhadores, quando tais organizações existirem, por meio de permissões individuais, exceções à proibição de ser admitido ao emprego ou de trabalhar, que prevê o artigo 2 da presente Convenção, no caso de finalidades tais como as de participar em representações artísticas.

Por fim conforme afirma o ministro do Supremo Tribunal e Membro da comissão de Peritos da organização Internacional do trabalho Lélio Bentes Corrêa (2013, p. 410):

> Importante ressaltar que o reconhecimento do direito de crianças e adolescentes a partir de performances artísticas derive da imperiosa observância do direito à **livre expressão** e à **celebração da sua própria cultura** – não se justifica de tais autorizações pelo critério meramente econômico.

Sobre a autorização para o trabalho da criança e do adolescente, conforme foi visto acima, as normas protetoras regulamentam o trabalho infantil, proibindo que os menores de 16 anos trabalhem, salva na condição de aprendizes, no entanto sabe-se que existem crianças muito novas trabalhando nas campanhas publicitárias.

Essa possibilidade se dá mediante decisão judicial, conforme previsão internacional e da própria CLT como veremos mais adiante.

A exploração do trabalho infantil gera a obrigatoriedade de garantia de todos os direitos trabalhistas e previdenciários decorrentes da prestação da atividade, pois apesar da proibição legal do trabalho infantil, principalmente dos menores de 16 anos, a prestação de serviços gera efeitos irreversíveis no tempo. (MORAES, 2003). Além disso, não poderia, o contratante que usufruiu

dos serviços alegar que forma prestados por menor para sonegar os direitos trabalhistas, porque ninguém poderá se beneficiar de sua própria torpeza.

Caso essa obrigatoriedade não existisse, estaríamos admitindo ao infrator ser beneficiado ou ter o seu patrimônio acrescido em razão do valor proporcionado pela utilização ilegal do trabalho e mão de obra de crianças e adolescentes, sem este arca com as consequências jurídicas advindas: do comprimento do direito trabalhista, e também ao pagamento de indenização por danos morais e materiais.

Sobre este ponto, temos dos posicionamentos jurisprudenciais, os quais afirmam que:

> Seria incompatível com os princípios da primazia da Realidade e da proteção negar, por completo, eficácia jurídica ao contrato celebrado entre as Partes, em razão da menoridade do Reclamante.(...) Assim, o empregador que se beneficia dos serviços prestados pelo empregado menor deve arcar com os encargos correspondentes ao contrato de Trabalho. (3ª T–TST-RR-449.878/98.5, Rel. Ministra Maria Cristina. Irigoyen Peduzzi, 03.04.2002)

> A limitação de idade é imposta em benefício do menor e não em seu prejuízo, razão pela qual o período de trabalho prestado antes dos 14 (quatorze) anos deverá ser computado como tempo de serviço para fins previdenciários. (STJ, Recurso Especial nº 356.459-RS, 6ª T, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, DJU 24.06.2002)

Entretanto, tais proteções são aplicáveis tão somente aos trabalhos mais convencionais, os quais vêm sendo cada vez mais condenado pela sociedade brasileira, todavia existem outras formas de trabalho que passam despercebidas, que são realizados abertamente e por debaixo dos holofotes. Em Propagandas publicitárias, desfiles de moda e em programas de televisão, nesses casos, as crianças trabalham de verdade, possuem muitas vezes uma jornada muito mais extensa do que nos trabalhos mais tradicionais.

Essa vida precocemente agitada frequentemente faz com que as crianças se afastem do convívio familiar e dos amigos. Outro ponto que deve ser observado é quanto ao desenvolvimento psicológico delas, pois muitas vezes elas são sujeitas a uma convivência dramática. Isso é, a convivência das crianças com cenas que podem levar a sério danos ao desenvolvimento, já que elas muitas vezes não sabem distinguir a ficção da realidade.

Por se tratar de uma forma de trabalho ainda não muito reconhecida pela sociedade, ela se torna bastante polêmica. Entretanto o MPT defende a ideia que para que as crianças possam trabalhar de uma forma digna e protegida, se faz necessária a autorização judicial para essa forma de trabalho. Isso que dizer que deverá existir uma avaliação caso a caso antes da autorização ser concebida, analisando as condições de trabalho, para que assim possa ser pensada na medida protetiva para que o trabalho seja realizado de uma forma mais segura e digna pelo menor. (SUSSEKIND, 2003).

Diante disto, concluísse que o menor trabalhador deverá trabalhar em locais que não prejudique a sua formação, desenvolvimento físico e moral, em horários e locais que permitam a sua frequência a escola. Vale destacar também que o trabalho realizado pelo menor não deve priva-lo do convívio com a família e com os amigos.

Passa-se a apresentar os detalhes das condições de trabalho normalmente vivenciadas pelas crianças e adolescentes que laboram no ambiente do trabalho de manequim e modelo.

A profissão de modelo/manequim vem sofrendo significativas modificações desde a sua criação até os dias atuais. Inicialmente a profissão era utilizada apenas pelos artistas plásticos como uma forma de inspiração para a criação dos seus quadros. Geralmente eram utilizados como modelo os nobres, esposas, filhos e amigos do artista. Só a partir do século XVII os pintores renascentistas passaram a selecionar e a pagar aos seus modelos (FURLAN, 2009). No entanto só em meados do século XIX que o conceito de modelo de moda começa a se estruturar, com o primeiro desfile realizado pelo estilista inglês Charles Worth (LIBARDI, 2004). A partir de então a profissão de modelo/manequim começa a ganhar forma.

Inicialmente a maioria das modelos eram atrizes de teatro e dançarinas, contratadas por fotógrafos, publicitários, ilustradores, revistas de moda, fabricantes de roupas e lojas de departamento, por meio de anúncios ou indicações de conhecidos(LIBARDI, 2004). Nessa época, como não existia agências de modelo o contrato era feito diretamente entre as partes. Só a partir do século XX que o mercado da moda começa a se profissionalizar no Brasil, com o surgimento das primeiras agências. A partir da década de 80 do mesmo século as agências brasileiras já se encontram bem estruturadas, fazendo com que a concorrência entre elas passe a exigir exclusividade das suas agenciadas. Devido à profissionalização da moda, começa- se a surgir a "era da Barbie", ou seja, a busca pela perfeição (FURLAN, 2009)

Com isso a profissão de modelo começa a ser supervalorizada. As modelos passam a ser ricas, famosas e poderosas. Era o auge do estrelismo, que ganha assas devido ao glamour inventado pelo mundo da moda. O sonho de conquistar a fama e o glamour passa a atrair as garotas para a profissão. No entanto, para que elas consigam um espaço nesse mundo da moda é necessário preencham alguns requisitos ditados pelo mercado, quais são eles: altura mínima, medidas "perfeitas" aparência impecável, disciplina, desenvoltura em frente às câmeras, entre outros, segundo experiência vivida pela autora e informações repassadas por cursos de modelo/manequim realizado pela mesma na agência Individual Model e Agência Mega Model (LIBARDI, 2004).

Outro ponto também que deve ser observado é que a busca excessiva pelo estereótipo da beleza faz com que muitas das meninas desenvolvam doenças típicas da profissão, como anorexia, em virtude da imposição do mercado que as obriga a se enquadrarem no perfil. Caso elas não sejam como o mercado quer, elas serão descartadas e levadas ao esquecimento, fazendo com que muitas delas desenvolvam doenças gástricas e psicológicas, como foi visto diversas vezes pela coautora durante sua pessoal experiência no mundo da moda.

Por meio da portaria de nº. 3.297 de 1986, o Ministério do Trabalho integrou as modelos na categoria de artistas, passando a denominar a atividade, como: "artistas e de técnicos em espetáculo de diversão". Entretanto, tal decreto foi omisso quanto as manequins. Sobre esse assunto, JOSE CARLOS DA SILVA AROUCA, afirmou, em acórdão de sua relatoria, que:

> EMENTA: Modelo x Artista. Equiparação. A valer a definição de Aurélio, artista é a pessoa que se dedica às belas-artes, e/ou que delas faz profissão ao passo que arte é a capacidade criadora do artista de expressar ou transmitir tais sensações ou sentimentos, O Decreto nº 82.385, de 1978 incluía como artista a manequim, que conceituava com ranço corporativista e cartorário como aquela que representa e desfila usando seu corpo para exibir roupas e adereços. Valendo-me, mais uma vez de Aurélio, manequim é o boneco que representa homem ou mulher e é usado para estudos artísticos ou científicos, ou para trabalhos de costureira ou alfaiate, ou, ainda, para exposição de roupas em lojas, vitrinas, etc. Manequim virou modelo e modelo virou artista, quando o Ministro do Trabalho de 1986, com excesso de arbítrio, subtraiu-a do grupo profissional dos trabalhadores em empresas de difusão cultural e artísticas, para incluí-los no dos artistas (BRASIL, 2004).

Diante disto, concluísse que a profissão de modelo e manequim a partir de então passou a ser tratada como profissão artísticas, sendo regulamentada pela lei de nº 6.533/1978.

A atividade de modelo/manequim foi regulamentada, através do decreto de nº.82.385/1978, como uma forma de manifestação artística, aplicando-se a ela a lei de nº 6.533/1978. Então, devido ao enquadramento como manifestação artistísca, será feita uma analise do que é regulamentado na lei e o que de fato acontece no exercício da atividade.

No tocante a jornada de trabalho, a lei 6.533/1978, estabelece no art. 21, os limites da jornada normal de trabalho, de acordo com os setores e as atividades a serem desemprenhadas. O que ultrapassa dessa jornada será considerada como hora extraordinária devendo ser aplicada o Art. 59 a 61 da CLT. Para o controle da jornada de trabalho artístico, considera-se como trabalho efetivo não só o período em que o artista permanece executando a atividade, mas também o tempo em que estiver à disposição do empregador.

No que se refere ao trabalho de modelo/manequim, a jornada de trabalho não é claramente definida e, na prática, não recebem horas extraordinárias, uma vez que a remuneração recebida por elas é normalmente baseada no valor do serviço prestado independente do tempo de trabalho necessário para a sua conclusão, conforme demonstrado na entrevista realizada por Julia Zerbetto Furlan em seu livro "atividade de Modelo/manequim e o trabalho infanto- Juvenil". (FURLAN, 2009)

Outro ponto que devemos observar em relação à jornada de trabalho é que as modelos normalmente prestam serviços a mais de um contratante. Por não possuírem um prestador de serviço fixo chegam a prestar serviço a mais de um cliente no mesmo dia, de modo a a laborarem quase a totalidade do dia, uma vez que os preparativos para a execução da atividade demandando muito tempo.

Vale destacar também que pelo fato do horário de trabalho não ser preestabelecido elas podem trabalhar no período da manhã, noite e madrugada, de acordo com a exigência do cliente e/ou agente, conforme experiências vivenciadas pela coautora.

A citada lei não prevê o local da realização do trabalho artístico, uma vez que cada profissional possui um ambiente específico para a realização da atividade. Quanto ao local de exercício da atividade do modelo/manequim, essa não possui local preestabelecido, conforme relatado por profissionais da área, mas sim os mais habituais quais sejam: estúdio de fotografia e filmagens, passarelas, camarins e em alguns casos são realizados trabalhos em ambientes externos, ou seja em locais públicos, como por exemplo, praças, praias, shopping, entre outros.

A lei preve no seu art. 7º, ainda que os profissionais artistas dependem de registro em sindicato. No caso das modelos para a realização do cadastro é necessário: 3 anos de exercício da atividade comprovados, análise curricular, idade mínima de 14 anos, estar no mínimo cursando o ensino médio ou concluído, conforme consulta realizada ao site do Sindicato dos artistas e técnicos em espetáculos de diversões no Estado de Pernambuco[5].

Uma breve reflexão em relação à exigência de 3 anos para o registro seria útil. Para o registro no sindicato seria necessária a comprovação de no mínimo 3 anos de atividade. Vejamos, se a modelo com 14 anos – idade mínima para requerer o registro - for requerer o seu registro junto ao sindicato ela deveria comprovar que trabalhou no mínimo 3 anos. Diante disto ela deveria ter começado a exercer a atividade com 11 anos ou menos. Ou seja, a criança teria trabalhado de forma irregular, "burlando" a lei devido às exigências Sindicais.

Na prática, porém, não existe essa exigência. As agências de modelo e os clientes não exigem que as modelos possuam o registro no sindicato, conforme destaca a autora, com base nas experiências vividas.

No que diz respeito ao contrato de trabalho, a lei afirma que o artista deverá possuir um contrato de trabalho solene, seguindo as padronizações previstas nos respectivos artigos 9º e 10º. É previsto, ainda, a existência de cláusulas exclusivas, conforme art. 11º da mesma lei. No entanto tal modalidade contratual é raramente encontrada na profissão, uma vez o que predomina no mundo da moda são regras/obrigações acordadas entre as partes, sem menção ou presença das cláusulas previstas em lei.

Na verdade, as regras contratuais de ouro, já ditadas à modelo quando da apresentação na agência são:

1. impossibilidade da mudança do visual sem previa comunicação ao agente, sob pena de perda do trabalho em caso da mudança não autorizada,
2. manutenção do corpo "adequado" aos padrões exigidos pela moda,
3. não fazer trabalho sem prévia autorização do agente.

Contudo vale ressaltar, como foi dito anteriormente, a modalidade contratual escrita é rara, mas existe. Ela é mais presente nos casos em que o agente deseja exclusividade das chamadas "top model" e das agenciadas as quais ele vislumbra um grande potencial para se transformar em "top model".

5 http://satedpe.com.br/home/?page_id=142. Acesso em 20/06/2015.

Por fim, conforme afirma Júlia Zerbetto Furlan (2009, p. 96), pode-se perceber que a atividade de modelo possui horário, exige compromisso, disponibilidade, sendo possível identificar todos os requisitos para a configuração de uma relação de emprego, vejamos:

> a) A atividade desempenhada pela agência e pelos clientes está inteiramente destinada a gerar lucros, sendo assim é uma atividade econômica,
>
> b) o trabalho é exercido por uma pessoa física, dotada de personalidade, sendo o caráter *intuitu personae* notório no exercício da atividade, de modo que, se o cliente faz o processo seletivo para escolher qual a modelo se enquadra no perfil desejado, a selecionada é quem deverá executar a função, não podendo colocar um substituto,
>
> c) há subordinação do modelo/manequim tanto com a agência como o cliente, pois são eles quem determinam como o serviço deverá ser prestado, não podendo o modelo inovar em nada, nem mesmo o seu visual, pois o mercado determina o perfil e os parâmetros estéticos que deve ser seguido.
>
> d) pode-se falar também em existência de onerosidade, pois existe uma contraprestação econômica ao modelo pelos serviços prestados.
>
> e) por fim, a relação de continuidade resta-se prejudicada, se levarmos em consideração a relação cliente-modelo, uma vez que seria a realização de um contrato para realizar evento certo e especifico, por curto prazo de tempo, portanto seria um trabalho eventual. No que diz respeito às agências, em alguns caso podemos sim configurar a continuidade nos casos em que existe a exclusividade entre o agenciado e o agente, pois a modelo fica a disposição durante todo o período do contrato, configurando assim relação de emprego.

Naturalmente, está se tratando em regras gerais, do modo como o mercado da moda normalmente se movimenta, mas a existência dos requisitos fático-jurídicos da relação de emprego deverá ser analisado caso-a-caso.

Como dito anteriormente, o contrato formal no mundo da moda não é muito frequente, porem existe. Ele tem a intensão de formalizar a relação existente entre o agente e as modelos, com o intuito de impedir que as "tops models" ou potenciais "tops models" saiam da agência. Diante de tal modalidade contratual, no presente capítulo será feita uma análise de um contrato entre o agente e a modelo (Anexo1) e fazendo um paralelo com o mundo da moda, com base nas experiências vividas pela coautora e por suas colegas de profissão.

> a) CLAUSULA SOBRE O OBJETIVO. Quanto a este item, não maiores considerações a fazer, uma vez que a Cláusula esta redigida de forma clara e inequívoca, onde existe a exata descrição do objetivo do contrato, qual seja a responsabilidade do agente em divulgar o agenciado junto às produtoras, agências publicitárias, agências de modelos, em todo território nacional e no exterior, sem a responsabilidade de conseguir trabalho ou serviço para o agenciado.
>
> b) CLAUSULAS SOBRE AS OBRIGAÇÕES DO AGENCIADO. São cláusulas que versam pela obrigatoriedade da atualização do material publicitário do agenciado, que deverá arcar com todos os custos. A atualização é bastante importante para a profissão, uma vez que é através deste material que o agente irá arrumar os trabalhos para o agenciado. Na ficha cadastral estará presente as aptidões do agen-

> te, enquanto que o material fotográfico encontra-se o "perfil" da modelo.
>
> c) CLAUSULA SOBRE AS OBRIGAÇÕES DO AGENCIADOR. Define a responsabilidade do Agenciador na divulgação da imagem do agenciado, utilizando-se do material publicitário do agenciado. Em caso de necessidade da realização de novos materiais, o agenciador deverá ele solicitar a modelo que ela providencie novos materiais e que arque com os custos. As sansões ao agenciador nunca são concretizadas, como, por exemplo, de que ele deverá distribuir o catálogo em um prazo estabelecido sob pena de rescisão contratual.
>
> d) CLAUSULA DA REMUNERAÇÃO. Quanto a este item, normalmente se prevê honorários mensais devidos ao agenciador. Entretanto na prática, a remuneração do agenciador consiste em comissão. No caso em que execute trabalho especifico da carreira de modelo, a profissional deverá ceder ao agenciador um percentual, que na maioria dos casos é de 30%, do seu cache.
>
> e) CLAUSULA SOBRE O VÍNCULO CONTRATUAL. Essa cláusula não menciona exclusividade. Assim a modelo pode negociar trabalhos por "fora". Porém antes da execução do trabalho, deverá ela informar ao agente da realização da atividade. Outro ponto abordado pela clausula é quanto a proibição da realização de outro contrato de trabalho entre o agenciado e um outro agente, enquanto vigorar o contrato primário. Normalmente nessa cláusula, o agenciador expressamente declara a inexistência de vinculo empregatício entre as partes, alegando que ambas as partes são prestadores de serviços.
>
> f) CLAUSULA DA DURAÇÃO. Sem maiores considerações a serem feitas, a presente cláusula apenas estipula o tempo de duração do contrato. A duração contratual não é fixa, sendo geralmente de um ano, podendo ser renovável.
>
> g) CLAUSULA DA RESCISÃO. A rescisão contratual normalmente poderá ser feita por qualquer uma das partes, com prévio aviso de 30 dias. Com a rescisão contratual o agente devolverá ao agenciado todo o material publicitário. A rescisão poderá ser feita também em caso de descumprimento do contrato por algumas das partes, cabendo a parte que causou o rompimento do contrato obrigado a pagar multa rescisória.
>
> h) CLAUSULA DAS CONDIÇÕES GERAIS. Quanto a cláusula 11ª será de responsabilidade de o agenciador fazer a divulgação do agenciado no site da agência, a pagamento de honorários por "book eletrônico" a serem pagos pela modelo. Normalmente essa cláusula trata da situação de modelo menor. Nesses casos, os responsáveis deverão autorizar fotos e realização de ensaios fotográficos, inclusive, pelo próprio agente.

Passamos à análise da autorização judicial para o trabalho de modelo. Vimos acima que a realização do trabalho artístico infantil será admitida desde que devidamente autorizado pela autoridade judicial competente, em alvará onde será fixada as garantias de um trabalho protegido e em conformidade com a proteção integral.

Para tanto, na forma do item I do art. 8 da Convenção n. 8 da OIT, será imprescindível a concessão de alvará judicial, desde que observados os seguintes requisitos:

> "Excepcionalidade. Neste caso, para se apurar essa excepcionalidade é necessário que haja a imprescindibilidade de contratação de uma criança ou adolescente menor de 16 anos, de modo que aquela específica atividade artística não possa, objetivamente, ser representada por maior de 16 anos. Ademais, deve se analisar se a função artística pode proporcionar o desenvolvimento do potencial artísti-

> co do infante; Situações individuais e específicas; Ato de autoridade competente (autoridade judiciária); Existência de uma licença ou alvará individual; O labor deve envolver manifestação propriamente artística; A licença ou alvará deverá definir em que atividades poderá haver labor, e quais as condições especiais de trabalho" (MEDEIROS NETO; MARQUES, 2013, p. 37).

Levando em consideração o princípio da proteção integral e a prioridade absoluta, o alvará deverá ostentar regras e diretrizes para o exercício da permissão especial. Em caso de descumprimento, ele poderá ser revogado, quais sejam:

> "• prévia autorização dos representantes legais e concessão de alvará judicial, para cada novo trabalho realizado;
>
> • impossibilidade de trabalho em caso de prejuízos ao desenvolvimento biopsicossocial da criança e do adolescente, devidamente aferido em laudo médico-psicológico;
>
> • matrícula, frequência e bons aproveitamentos escolares, além de reforço escolar, em caso de mau desempenho;
>
> • compatibilidade entre o horário escolar e a atividade de trabalho, resguardados os direitos de repouso, lazer e alimentação, dentre outros;
>
> • assistência médica, odontológica e psicológica;
>
> • proibição de labor a menores de 18 anos em situação e locais perigosos, noturnos, insalubres, penosos, prejudiciais à moralidade e em lugares e horários que inviabilizem ou dificultem a frequência à escola;
>
> • depósito, em caderneta de poupança, de percentual mínimo incidente sobre a remuneração devida;
>
> • jornada e carga horária semanal máxima de trabalho, intervalos de descanso e alimentação;
>
> • acompanhamento do responsável legal do artista, ou quem o represente, durante a prestação do serviço;
>
> • garantia dos direitos trabalhistas e previdenciários quando presentes, na relação de trabalho, os requisitos previstos em lei (arts. 2° e 3° da CLT)" (MEDEIROS NETO; MARQUES, 2013, p. 38).

Diante disso, a autorização judicial deverá determinar duração da jornada; condições ambientais; horário em que o trabalho pode ser exercido pela criança ou adolescente; e outras questões relacionadas ao trabalho que estejam presentes no caso concreto.

O alvará de autorização antes da Emenda constitucional de n° 45/2004 era de competência do juiz da infância juventude, após a Emenda Constitucional n° 45/2004 (art. 114), a competência passou a ser do juiz do trabalho, uma vez que a emenda finalmente deu o devido destaque à justiça do trabalho, já que antes da emenda a justiça do trabalho, só possuía competência para julgar apenas casos de empregados (desempregados, na absoluta maioria dos casos) e empregadores (CORRÊA; OLIVA; ARRUDA, 2015).

Conforme podemos observar no julgado abaixo:

> COMPETÊNCIA PARA APRECIAÇÃO DO PLEITO DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA TRABALHO INFANTIL – É da Justiça do Trabalho a competência para apreciar pedido de autorização para ocorrência de trabalho por menores, que não guardam a condição de aprendizes nem tampouco possuem a idade mínima de dezesseis anos. Enten-

> dimento que emana da nova redação do artigo 114, inciso I, da Lex Fundamentalis. Recurso ordinário provido" (BRASIL, 2013).

E é assim que o juiz, mediante alvará, autorizara a partição de crianças e adolescentes menores de 16 anos de idade a realizar trabalhos artísticos, desde que esta atividade não coloque em risco a sua integridade física e psicológica. No alvará o juiz da justiça do trabalho determinará as condições para a realização desse trabalho, mesmo que os pais ou responsáveis estejam presentes no local da prestação do serviço.

O estudo da questão passa pela análise da responsabilidade dos responsáveis legais.

Quando se fala em deveres dos pais ou responsáveis legais quanto ao trabalho do menor a CLT prevê em seu art.424 que:

> Art. 424. É dever dos responsáveis legais de menores, pais, mães, ou tutores, afastá-los de empregos que diminuam consideravelmente o seu tempo de estudo, reduzam o tempo de repouso necessário à sua saúde e constituição física ou prejudiquem a sua educação moral.

Entretanto, é bastante difícil se falar em proteção ao menor quanto à realização do trabalho de modelo/ manequim, uma vez que a busca pelo glamour artístico e a valorização da fama impede que a sociedade atribua à prática da atividade de modelo/ manequim como uma profissão. Muitas vezes são os próprios pais quem expõem os seus filhos menores à dura rotina da moda, em busca de uma complementação na renda da família ou ate mesmo de uma realização pessoal.

Contudo, é importante destacar que a prática da atividade artística, mesmo não sendo considerado como um trabalho propriamente dito, expõe as crianças a uma rotina exaustiva, podendo levá-las ao seu limite físico e mental, como afirma a pesquisadora Sandra Dias Cavalcanti "as crianças passam o dia todo repetindo e esperando. Chegam a ficar de 8 a 10 horas para gravar uma propaganda de 15 segundos" (SUCUPIRA, 2012).

Diante disso, é dever dos pais ou responsáveis legais assegurar que essas crianças tenham uma infância segura.

Conforme foi exposto anteriormente o juiz do trabalho mediante alvará judicial permitirá que o menor realize a atividade artística, ficando sob a responsabilidade dos pais assegurarem que o que foi determinado pelo juiz seja cumprido pelo empregador. Será também responsabilidade dos pais assegurar que a criança frequente a escola, tenha repouso necessário para o seu desenvolvimento e que tenha convívio com os familiares e com outras crianças (CLT art 424).

É importante destacar também que os pais devem possuir uma estrutura emocional e mental razoável para poder prestar assistência emocional para as crianças, uma vez que as mesmas ainda não sabem diferenciar o que é ficção e o que é realidade e também nos casos em que foram "esquecidas" pela mídia, pois é bastante comum deparamos com histórias de crianças que fizeram sucesso, mas que depois foram esquecidas pelo publico, conforme relata a pesquisadora Sandra Regina Cavalcanti em entrevista a repórter Fernanda Sucupira da Repórter Brasil " (SUCUPIRA, 2012).

Cabe, ainda, a análise das responsabilidades dos empregadores e tomadores de serviços das modelos. Como foi visto no capítulo anterior a responsabilidade dos pais ou responsável legais em relação ao trabalho do menor é referente à dignidade física, moral e intelectual do menor. Por outro lado cabe ao empregador preservar por um ambiente de trabalho digno e de condições de trabalho condizentes com a idade e a atividade exercida pelo menor.

A CLT em seus arts. 425 a 427, estabelece que é dever do empregador proporcionar condições de trabalho que não prejudique a saúde, o desenvolvimento físico ou a moralidade do menor na prestação do serviço, em caso ocorra a violação de tais previsões será da responsabilidade do empregador a transferência do menor para outro serviço ou local de prestação da atividade.

Conforme a CLT fica também sob a responsabilidade do empregador, dos menores de 18 anos, manter o ambiente de trabalho limpo, seguro, em conformidade com os bons costumes e da decência publica, ou seja, será de inteira responsabilidade do empregador a preservação do local de trabalho, empresa ou qualquer outro espaço físico destina a prestação do serviço pelo menor. Vale destacar também que se o ambiente de trabalho causar prejuízo ao desenvolvimento intelectual, físico ou psicológico da criança o empregador poderá ser responsabilizados pelos danos sofridos pelo menor.

Outro ponto importante da CLT que vale ser destacado é em relação à jornada de trabalho do menor, pois esta deverá proporcionar tempo para que a criança frequente a escola e estude. Será de responsabilidade do empregador conceder o tempo necessário que for para que o menor frequente as aulas. Em casos em que a empresa seja localizada a mais de dois quilômetros da escola ou que possua mais de trinta menores analfabetos, será o empregador obrigado a manter um local apropriado para que as aulas sejam ministradas.

Também será de responsabilidade do empregador fazer com que o alvará judicial, que autoriza o trabalho de crianças menores de 16 anos de idade, seja cumprido, ou seja, deverá o empregador seguir nas conformidades da autorização do labor infantil, em caso do seu descumprimento será o empregador responsabilizado.

Nesta linha de ideias, o ambiente de modelo e manequim não é adequado ao trabalho de menores de 18 anos simplesmente autorizados pelos seus representantes legais. Os valor do luxo, da beleza, da perfeição estética, do trabalho sem limites horários, do esforço sobre-humano pela conquista de um corpo magro são hiperdimensionados. Um adulto tem (deve ter) maturidade suficiente para confrontar esse padrão com os valores apreendidos no ambiente externo ao trabalho e, no uso de sua capacidade civil, capacidade processual e responsabilidade patrimonial, tomar decisões. Um irresponsável na forma da lei não pode. A tendência é que o adolescente, na fase de pesquisa intencional e deliberada de modelos de referência, absolva aquelas dinâmicas oferecidas pelo mundo *fashion* que não se distinguem de qualquer cultura empresarial interna voltada para o lucro e para a sedução dos trabalhadores em prol do sucesso empresarial. Nas passarelas há, contudo, a diferença, de que o trabalhador cumpre seu contrato com a sua imagem e seu corpo.

Como se não bastasse, a vulnerabilidade psicológica e existencial para lidar com valores tão manipulados, os consumidores da alta costura, fornecedores das marcas, agenciadores, etc., na prática, têm canalizado ou originado propostas de prostituição. Ainda seduzidos pelo mito do onipotência da beleza, muitos modelos e manequins se deixam atrair, poluindo o ramo da atividade profissional com a "normalidade" de serviços degradantes.

E ainda há os serviços fronteiriços, normalmente encarados como extensões das obrigações contratuais e que arrastam as crianças e adolescentes para festas e coquetéis de lançamento ou comemoração dos desfiles, em contato com drogas lícitas e ilícitas expressamente proibidas por lei.

É por esses motivos que a presença de quatro elementos é indispensável para a preservação dos direitos fundamentais da proteção do modelo e manequim no trabalho. Primeiro. **Onipresença familiar**. O representante legal do menor de 18 anos deverá estar presente em qualquer circunstância em que o modelo e manequim for tratado como tal. Segundo. **Autorização judicial**. O Estado deve estar ciente daquele trabalhador em situação de risco e deve definir (inclusive pedagogicamente) as obrigações de representantes legais e contratantes. Terceiro. **Estrita obediência ao contrato escrito**. Em nosso país, o objeto contratual deve ser lícito. O alvará judicial deverá expressamente consignar que as extensões inconvenientes devem serão consideradas ilegais e vincularão criminalmente pais e contratantes. **Disposição moderada.** Não se deve admitir que a fase de desenvolvimento do indivíduo seja absolutamente sacrificada ao trabalho subordinado e exaustivo em prol do enriquecimento de suas famílias. O trabalho de manequim e modelo deve representar uma atividade lúdica e *secundária* na vida das crianças e adolescentes, cuja energia deve ser reservada para a educação e demais dinâmicas adequadas à pessoa em desenvolvimento.

Esperamos que mais estudos possam se somar a este para que o mundo da moda possa contar com um novo paradigma outorgado pelo Estado, a fim de que a beleza das passarelas não se restrinja ao momento do desfile, mas se espalhe por psiquês saudáveis e hábitos profissionais que respeitem os direitos fundamentais das crianças e adolescentes modelos e manequins.

REFERÊNCIAS

BRASIL. PODER JUDICIÁRIO. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO (SDC). Processo TRT/SP – 20350200300002002. Acórdão em Dissídio Coletivo SDC 2004001710. Desembargador Relator JOSE CARLOS DA SILVA AROUCA. Publicado em DOE 30/07/2004. Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/cons-acordaos-sdi-sdc. Acesso em 12/11/14

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (2ª região). Processo n. 00017544920135020063. Publicado em DOE 10/12/2013. Desembargadora Relatora Rosana de Almeida Buono. Disponível em: http://www.tst.jus.br/documents/10157/351894/autorizacao+trab+infantil+Processo+SP

CORRÊA, Lelio Bentes. **O trabalho infantil sob a perspectiva internacional**. In: REIS, Daniela Muradas; MELLO, Roberta Dantas de; COURA, Solange Barbosa de Castro (Coord.). Trabalho e justiça social: um tributo a Mauricio Godinho Delgado. São Paulo: LTr, 2013. p. 408-413. CUNHA ,Diogenes Mortoza da**. Revista de direito**._____,_____.

CORRÊA, Lélio Bentes; OLIVA, José Roberto Dantas; ARRUDA, Kátia. **O Juiz do trabalho e a competência para autorizações do trabalho artístico de crianças e adolescentes**. Disponível em http://s.conjur.com.br/dl/artigo-trabalho-artistico-infantil.pdf. Acesso em 20/06/2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 5ª edição. São Paulo: LTr, 2006.

FURLAN , Júlia Zerbetto. **Atividade de modelo/manequim e trabalho infanto-juvenil.** São Paulo : LTr, 2009.

LIBARDI, Margareth. **Profissão modelo: em busca de fama.**São Paulo : Senac, 2004.

MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. **Introdução ao direito do trabalho**. 9ª edição. São Paulo: LTr, 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascarro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho relações individuais e coletivas do trabalho**. 22ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. **Manual do trabalho do menor**. São Paulo: LTr, 2003.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago; MARQUES, Rafael Dias. **Manual de Atuação do Ministério Público na Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil**. Brasilia : CMPT, 2013.

STEIN. Dílson. **O caminho das tops**. Disponível em: http://www.dilsonstein.com.br/index.php acesso em: 12/11/14

SUCUPIRA, Fernanda. **Os limites do trabalho artístico infantil.** Disponível em http://reporterbrasil.org.br/trabalhoinfantil/os-limites-do-trabalho-artistico-infantil/. Publicado em 29/10/2012. Acesso em 20/06/2015.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. 2ª edição ver. e atul. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

A ABERTURA INTERNACIONAL DO ESTADO E A PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS SOB A ÓTICA DE UM CONSTITUCIONALISMO GLOBAL

Alvaro de Oliveira Azevedo Neto[1]
Thaís Vandresen[2]

1. A ABERTURA INTERNACIONAL

O Estado Nacional, redimensionando definitivamente a abordagem acerca do seu alcance e limite, está passando por este processo de modificação de suas estruturas internas e vem rompendo com seus paradigmas clássicos vestefalianos, devido a fenômenos que estão além de sua capacidade de ação individual. Estes processos globalizantes, que trazem dentro de si a ideia de *governança global*, são o ponto de partida para que se possa definir esta mudança na estrutura de soberania. Esta, por sua vez, potencializa a criação de sistemas normativos que aparentemente posicionam-se acima da vontade do Estado individual. Giddens entende que estes processos intensificam as relações de interdependência das sociedades locais, expandindo assim a comunicação global, o desenvolvimento de um modelo de economia global (evidenciado pelas corporações transnacionais) e as mudanças políticas e o surgimento e implementação de mecanismos regionais e internacionais de governo (GIDDENS, 2005, p. 61)

Giddens (2005), utilizando-se da classificação desenvolvida por David Held, discorre sobre três posições teóricas acerca da compreensão do fenômeno da globalização: os céticos, os hiperglobalizadores e os transformacionalistas. Os céticos minimizam as consequências da globalização, especificamente do ponto de vista econômico, pois apesar de admitirem uma maior interação comercial com outros países, essa não seria suficiente para caracterizar um economia globalizada, tendo em vista que se concentra prioritariamente em blocos regionais com forte dependência de regulações nacionais. Os hiperglobalizadores, por seu turno, maximizam os efeitos da globalização que seria responsável por criar uma nova ordem global independente de fronteiras, que levaria ao desaparecimento do Estado-nação. Por sua vez, os transformacionalistas percebem o fenômeno além do seu aspecto econômico, mas também político e cultural e o concebem como um processo dinâmico, aberto e constantemente sujeito a mudanças, no qual os Estados nacionais não perdem a sua soberania, mas a reestruturam[3].

Ao tratarem da produção jurídica no contexto da globalização, OLIVIEIRO e CRUZ (2013) também parecem adotar essa postura "transformacionalista" quando admitem o desgaste do paradigma do estado constitucional moderno – centrado no monopólio da produção normativa pelo estado soberano. Entretanto, acertadamente, os autores não falam de "superação" do direito estatal, mas sim "transformação" da produção jurídica pelo Estado, que deverá adequar o conteúdo das formulações legislativas e constitucionais às novas referências normativas externas.

---

1 Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (2003), mestre em Ciência Política, com concentração na linha de Políticas Internacionais de Integração pela Universidade Federal de Pernambuco (2005), doutor em Direito, com concentração na linha de Neoconstitucionalismo, pela Universidade Federal de Pernambuco (2010). Atualmente é Coordenador Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade Boa Viagem e professor do Centro Universitário Maurício de Nassau (UNINASSAU) em Recife, Pernambuco. Coordena o Grupo de Estudos de Direito Público da Faculdade Boa Viagem - DeVry. E-mail: aneto7@fbv.edu.br

2 Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Professora de Direito Constitucional e Direitos Humanos da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. E-mail: thais.sc@terra.com.br

3 Adota-se na condução desse trabalho a concepção transformacionalista de globalização, que "rima com integração e como homegenização da mesma forma que com diferenciação e fragmentação [...]. As mesmas forças que promovem a integração suscitam o antagonismo". IANNI, Octavio. **A era do globalismo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996, p. 36.

Acerca dos impactos da globalização no âmbito da produção jurídica, concluem os autores que essa "modifica os seus caracteres históricos e assume dois traços exteriores: a ausência de um 'vínculo territorial estável', por um lado, e o pluralismo dos sistemas jurídicos de referência, por outro" (OLIVEIRO; CRUZ, 2013, pp.34-35).

Segundo SLAUGHTER (1997), gera-se no início deste século uma estrutura de governança multilateral, decorrente do processo de fragmentação das esferas públicas cujo principal problema aparente seria sua falta de legitimidade politica.

> Monism and dualim should cease to exist as doctrinal and theoretical notions for discussing the relationship between international law and internal law. Perhaps they can continue to be useful in depicting a more open or more hesitant political disposition toward international law. But from a scholarly perspective, they are intellectual zombies of another time and should be laid to rest, or "deconstructed." The general understanding of the relationship between international law and domestic law should be placed on another conceptual basis (BOGDANDY, 2008, p. 397).

A validade do Direito Internacional como corpo normativo já é algo debatido e superado por diversos internacionalistas. A ausência de uma estrutura forma tal como aquela existente no espaço doméstico e a sua potencial deficiência de cogência tem sido seus principais pontos de crítica. Contudo, pode-se dizer que a interdependência dentro da qual opera-se hoje o sistema entre estados torna esta estrutura normativa necessária, já que a mesma será responsável pela diminuição dos custos de ação entre Estados (aumenta a previsibilidade), tornando-se referencial também do que "deve ser" nestas mesmas relações.

A comunidade internacional caracteriza seu sistema normativo mesmo estando ausente este *Leviatã*, utilizando como técnica para preenchimento dos espaços vazios, localizados nas lacunas dos acordos formais pontuais que existem, com estruturas morais internacionalizadas. É uma consciência regulatória decorrente da necessidade de proteção a valores sociais básicos. Pode-se dizer que ai estaria o *jus cogens* (NIETO-NAVIA, 2001).

O ponto de partida para a compreensão do que seria este *jus cogens* internacional deve ser, inegavelmente, o artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Nele verifica-se uma definição vaga e inconclusiva, criticada desde a formação do texto do tratado em si, do que seria esta espécie normativa. A definição ali posta está aberta à interpretação potencialmente irresponsável. Contudo, coloca-se a possibilidade de existir uma espécie normativa que estaria materialmente destacada das demais no Direito Internacional, já que dela não caberia violação se não por meio de norma subseqüente de iguais características. Em seguida, ainda pode-se ver no Relatório sobre a Fragmentação do Direito internacional da ONU de 2006 o reconhecimento da existência deste tipo de norma, que deve gozar de um *status* diferenciado no sistema, diminuindo a sua fragmentação (ZENOVIC, 2012, p.23).

É aquilo que Grottus (*De Jure Belli Ac Pacis Livri Tres, 1625)*, Vattel (*Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle,* 1758) e Wolff (*Jus Gentium,* 1764) mencionavam como *direito necessário* (*jus naturale necessarium*), cuja ação contraria dos Estados seria sempre ilegal. Apesar desta noção ter se reduzido com o tempo, mais adiante novas estruturas sistêmicas dentro das quais poderia se encontrar este sistema voltaram a aparecer. É o presente na estrutura de norma hipotética fundamental de Kelsen, de Direito natural presente em Rawls e Solidariedade Internacional de Scelle (NIETO-NAVIA, 2001, p.5).

A norma peremptória apresenta-se dentro de um sistema cujas conseqüências podem ser associadas a regras substantivas e princípios gerais do Direito Internacional Público. Via de regra identifica-se como *jus cogens* o sistema e como peremptória a norma em si. Neste sentido utilizaremos os dois termos com muita proximidade, mas com esta simples nuance separando um e outro.

> Oppenheim stated in 1905 that in his view "a number of 'universally recognised principles' of international law existed which rendered any conflicting treaty void and that the peremptory effect of such princi-

> ples was itself a 'unanimously recognised customary rule of International Law.' (NIETO-NAVIA, 2001, p. 5).

A sua existência (*jus cogens*) representa uma barreira normativa que por muitas vezes está associada a questões políticas ou morais, o que já é por si só problemático. Se a sua origem e fundamento tem esta natureza, o que impede sua contestação, por exemplo, quando o fundamento não faz parte de seu sistema moral, como é o caso de normas de origem eurocêntrica cristã no mundo muçulmano (COSTELLOE, 2011, p. 3).

É inevitável falar em fragmentação do sistema internacional quando busca-se tratar de *jus cogens*. A (in)existência de normas peremptórias já se vem discutindo com parte deste debate ainda maior. Segundo KOSKENNIEMI, gestor do relatório sobre a fragmentação do Direito Internacional, submetido à Assembleia Geral da ONU (2002), sempre faltou ao Direito Internacional uma estrutura hierárquico-normativa clara. Ainda alerta este autor para o perigo decorrente da proliferação de tribunais internacionais, que por sua vez também põem em risco a unidade do Direito internacional e seu papel no sistema inter-estatal. Ainda alertou, lembrando o discurso do juiz Guilliame, referente à comemoração dos 50 anos do Tribunal de Haia, que esta proliferação gerou regimes especializados e divergentes, onde o mesmo disse que a compreensão do sistema internacional precisa ser revisitada mas "il ne doit pás être brisé" (não pode ser quebrada).

2. A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

A ascensão de atores internacionais não estatais evidencia o declínio do conceito tradicional de soberania e impõe o desafio ao constitucionalismo contemporâneo de se recontextualizar, agora que perdeu o seu "direito romano" diante de pretensões regulatórias transfronteiriças (BADIE, 1999). É evidente a constatação de que os instrumentos, bem como a competência jurisdicional dos organismos de proteção internacional dos direitos humanos, tendem a se expandir. Até porque, ainda segundo BADIE "promover os direitos humanos em todo o mundo é ao mesmo tempo uma obrigação moral e a convicção reflectida de que a ofensa que lhe é feita num lugar do mundo reage sobre algures que ultrapassa as fronteiras da soberania" (1999, p. 176).

Essa premente necessidade de se efetivar a proteção internacional dos direitos humanos, impõe certos desafios ao constitucionalismo contemporâneo. PETERS (2009) aponta para quatro elementos importantes do constitucionalismo, quando analisa a viabilidade de discussão de um constitucionalismo global: 1) A soberania do Estado deixa de ser o primado do direito internacional, que passa a ser recontextualizado em um sistema horizontal de "atores justapostos" orientados pela responsabilidade de proteção dos direitos humanos; 2) o princípio da deliberação Estatal precisa ser substituído pelo processo de tomada de decisão majoritária, entretanto, a representação dos Estados mais populosos resulta na desigualdade de representação global; 3) A ratificação generalizada de tratados internacionais para a proteção dos direitos humanos, do clima e até do livre comércio não reflete necessariamente compromissos genuínos, mas muitas vezes é o resultado de desequilíbrios e manobras de poder. 4) A resolução de litígios internacionais se dá pela adesão aos tribunais internacionais de jurisdição quase obrigatória, sendo que a judicialização dessas decisões possuem aspectos constitucionais claros.

Diante dessa virada, ao analisar o contexto europeu, Canotilho (2008) apresenta a sua proposta da teoria da *interconstitucionalidade*, que "estuda as relações interconstitucionais de concorrência, convergência, justaposição e conflitos de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político". O autor aponta a necessidade de ruptura de alguns paradigmas dominantes como a necessidade de superar o referencial "Constituição-Estado", superar as teorias que tratam de "momentos constitucionais" isolados e, finalmente, a permutação do esquema "hierárquico-normativo" do direito constitucional "por um sistema multipolar de *governance* constitucional" (p. 283) .

Gunther Teubner (2010) assinala que essas questões constitucionais, que surgem para além do Estado-nação e fora da política institucionalizada, suscitaram o debate acerca da crise do constitucionalismo moderno que se divide em argumentos contra e a favor de um constitucionalismo transnacional cujo "*status* – teoria social, questão de direito constitucional, manifesto político, utopia social – ainda não está claro" (P. 1).

Segundo o autor alemão, ambas as posições teóricas – que se polarizam – atestam o declínio do constitucionalismo moderno como consequência da transnacionalização. Parte sustenta que o constitucionalismo moderno, que historicamente se desenvolveu a partir das constituições políticas do Estado-nação, teve sua base eclipsada com o advento da União Europeia, dos regimes transnacionais e com a transferência do poder político para atores privados. Defendem, portanto, que as alternativas para a constituição nacional não podem ser encontradas no espaço político transnacional, que carece de representatividade, hegemonia cultural e deliberação pública. Dessa forma, a resposta à crise seria a renacionalização ou repolitização (TEUBNER, 1997).

3. O RECONHECIMENTO DE NORMAS DOTADAS DE JUS-COGENS INTERNACIONAL

Conforme Dupuy, a importância da promoção da Carta das Nações Unidas como uma constituição da comunidade internacional representaria um ambicioso projeto de cooperação envolvendo os Estados membros. Para o autor o referido documento significaria "o convênio básico da comunidade internacional e a constituição mundial, já realizada e ainda por vir" (TEUBNEr, 1997, p. 13). Nesse sentido é inegável que, como afirma VIVIANI (2014, p.18) "pode-se reconhecer o caráter dialético dos direitos humanos na superação da tensão entre as necessidades e os interesses dos cidadãos em face do Estado".

Nesse sentido, VIVIANI desenvolve sua tese afirmando que uma constituição pautada fundamentalmente nos direitos humanos, deve ter como ponto inicial em sua materialização, a "Carta das Nações Unidas, ou seja, um corpo normativo fundamental com qualidade de uma Constituição Global"

A Comissão de Direito Internacional, vinculada à Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em relatório apresentado à esta assembleia em 2006, determinou em suas conclusões deste seu trabalho iniciado em 2002 [4]. Como ponto de partida, informou-se que o sistema legal internacional está aberto à interpretações. Mais adiante, estas relações estão abertas ao conflito, quando duas ou mais normas são aplicáveis ao mesmo caso e indicam condutas diferentes. A solução para este conflito estaria na harmonização, onde a interpretação combinada das duas normas seria aplicável ao caso concreto, trazendo assim um arranjo normativo capaz de solver o caso. Contudo, o tópico 32 deste relatório reconhece o *jus cogens* presente no artigo 53 da convenção já mencionada, dizendo:

> (32) Recognized hierarchical relations by the substance of the rules: Jus cogens. A rule of international law may be superior to other rules on account of the importance of its content as well as the universal acceptance of its superiority. This is the case of peremptory norms of international law (jus cogens, Article 53 VCLT), that is, norms "accepted and recognized by the international community of States as a whole from which no derogation is permitted".

O tópico 42 deste relatório, de forma conclusiva, busca coesão sistêmica entre normas de hierarquia superior e inferior, dizendo que as normas de hierarquia superior condicionam a interpretação de normas de hierarquia inferior, tornando-as nulas se não houver interpretação que possa ser consistente desta aplicação conjunta. Ainda se reconhece a ideia de obrigações *erga omnes*, como se lê abaixo:

> The relationship between jus cogens norms and obligations erga omnes. It is recognized that while all obligations established by jus cogens norms, as referred to in conclusion (33) above, also have the character of erga omnes obligations, the reverse is not necessarily true. Not all erga omnes obligations are established by peremptory norms of general international law. This is the case, for example, of certain obligations under "the principles and rules concerning the basic rights

4 Disponível em: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/1_9_2006.pdf

> of the human person", as well as of some obligations relating to the global commons.

A existência de normas peremptórias internacionais tem como principal impacto limitar os Estados e demais agentes normativos em seus processos legislativos. Todas as normas desta natureza constituem-se em princípios apresentados como de importância fundamental para a comunidade internacional. Contudo, alerta COSTELLOE, a característica peremptória da norma de *jus cogens* deriva de valores que a comunidade internacional deseja proteger, baseando-os na moral ou na própria política. Este autor baseia sua colocação em dois julgados de tribunais distintos. No primeiro julgado, IT-95-17/I-T, o Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iuguslávia, fundamentou a tipicidade da tortura na aversão comum na qual gerava a punibilidade da tortura.

> 151. Furthermore, the prohibition of torture imposes upon States obligations erga omnes, that is, obligations owed towards all the other members of the internationalcommunity, each of which then has a correlative right. In addition, the violation of such an obligation simultaneously constitutes a breach of the correlative right of all members of the international community and gives rise to a claim for compliance accruing to each and every member, which then has the right to insist on fulfilment of the obligation or in any case to call for the breach to be discontinued.
>
> 152. Where there exist international bodies charged with impartially monitoring compliance with treaty provisions on torture, these bodies enjoy priority over individual States in establishing whether a certain State has taken all the necessary measures to prevent and punish torture and, if they have not, in calling upon that State to fulfil its international obligations. The existence of such international mechanisms makes it possible for compliance with international law to be ensured in a neutral and impartial manner.
>
> Clearly, the jus cogens nature of the prohibition against torture articulates the notion that the prohibition has now become one of the most fundamental standards of the international community. Furthermore, this prohibition is designed to produce a deterrent effect, in that it signals to all members of the international community and the individuals over whom they wield authority that the prohibition of torture is an absolute value from which nobody must deviate (IT-95-17/I-T, paras. 151-154[5]).

Assim, este ato adquiriria status diferenciado no sistema, atribuindo o fato típico a uma proibição que encontrar-se-ia fundamentada neste sistema de *jus cogens*. No seu segundo exemplo, COSTELLOE indica o caso de imigrantes sem documentação julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Opinião OC-18/03), onde imigrantes ilegais estariam protegidos pelo princípio da igualdade e não-discriminação, que por sua vez é princípio fundamental do qual derivam os sistemas internacional e nacionais. Neste caso o governo Mexicano requereu a Corete Interamericana da seguinte forma:

> The legal effects of obligations erga omnes lato sensu are not established only between the contracting parties to the respective instrument. These effects "are produced as rights in favor of third parties (stipulation pour autrui), thus recognizing the right, and even the obligation, for other States – whether or not they are parties to the instrument in question – to guarantee their fulfillment." In this respect, Mexico invoked the decisions of the International Court of Justice in the Barcelona Traction (1970), East Timor (1995) and Implementation

5 Decisão completa em: http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf

> of the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (1996) cases (OC-18/03).

Como resposta, a corte determinou que o Estados deveriam fazer as devidas modificações em seus sistemas nacionais para que as normas internacionais pudessem ser aplicadas de forma completa dentro de seus territórios, atribuindo-se *effect utile*. Ainda reconheceu o a natureza obrigatória destes direitos como se vê abaixo:

> 100. (...) Indeed, this principle may be considered peremptory under general international law, inasmuch as it applies to all States, whether or not they are party to a specific international treaty, and gives rise to effects with regard to third parties, including individuals. (...)
>
> 101. Accordingly, this Court considers that the principle of equality before the law, equal protection before the law and non-discrimination belongs to jus cogens, because the whole legal structure of national and international public order rests on it and it is a fundamental principle that permeates all laws. Nowadays, no legal act that is in conflict with this fundamental principle is acceptable, and discriminatory treatment of any person, owing to gender, race, color, language, religion or belief, political or other opinion, national, ethnic or social origin, nationality, age, economic situation, property, civil status, birth or any other status is unacceptable. This principle (equality and non--discrimination) forms part of general international law. At the existing stage of the development of international law, the fundamental principle of equality and non-discrimination has entered the realm of jus cogens.

Em sistemas nacionais não existe questionamento quando a validade de uma norma, exceto quando ela não está de acordo com dispositivo de natureza constitucional. Portanto, este debate (validade) ficava restrito ao Direito Constitucional. A aproximação de *constitucionalismos internacionais* fez com que a possibilidade de existirem normas que ultrapassem as demais, mesmo contra a vontade dos Estados, ser extremamente controverso. Define-se este *constitucionalismo* da seguinte forma:

> Building on this transnational consensus, I employ the term 'global *(or inter- national) constitutionalism'* in order to characterize a strand of thought (an outlook or perspective) and a political agenda which advocate the application of constitutional principles, such as the rule of law, checks and balances, human rights protection, and democracy, in the international legal sphere in order to improve the effectivity and the fairness of the international legal order (PETERS, 2006, p.5).

Para tanto, determina VIDMAR (2012) que seria necessária a existência de um sistema internacional de valores, capaz de justificar a existência deste sistema, fato difícil de aceitar. Contudo, este mesmo autor sugere que a evolução do sistema Nações Unidas pode ter dado a coesão necessária para este sistema de valores existir, já que sua carta traz textualmente estas vontades compartilhadas e obrigações universais. Portanto, a Carta das Nações Unidas pode refletir este sistema de valores necessário para se criar uma *politeia constitucional* (2012, p.5).

Ainda neste sentido, pode-se dizer que o artigo 103, que eleva a Carta das Nações a situação de supremacia perante outros acordos internacionais por sua vez também estabelece hierarquia, determinando assim a existência de norma *erga omnes* no sistema internacional. Entretanto, ainda existem posicionamentos contrários a este, como é o caso de KOSKENNIEMI, que em relatório sobre a fragmentação do Direito Internacional determinou que a função deste artigo 103 era de estabelecer exclusão de tratados posteriores pelo critério da cronologia e não hierarquia.

Tratando do chamado *constitucionalismo internacional*, (PETERS 2006) posiciona-se dizendo que apesar de não existir norma constitucional internacional, existem normas fundamentais na ordem internacional que por sua vez podem preencher a função constitucional que aqui se busca. Neste sentido, a autora alerta para o fato de que os Estados não conseguem mais fazer "constituições absolutas", devendo deixar espaço para regras internacionais de natureza constitucional. Assim, conclui a autora que para ter a total proteção constitucional é necessária a proteção nos vários níves de governança (*governance levels*). O problema apontado estaria na governança global e sua falta de legitimidade para esta função.

> 'Constitutionalization' is shorthand for the emergence of constitutional law within a given legal order. The concept of constitutionalization implies that a constitution (or constitutional law) can come into being in a process extended through time. It also implies that a legal text (or various legal texts) can acquire (or eventually lose) constitutional properties in a positive feedback process. A text can therefore be more (or less) constitution-like. It may be, in short, a constitution-in-the-making. In consequence, 'global *(or international) constitutionalization'* is used in this paper as a catchword for the continuing process of the emergence, creation, and identification of constitution-like elements in the international legal order (PETERS, 2006, p. 4).

Assim, pode-se concluir esta primeira etapa com três afirmações que apóiam uma a outra. A princípio, reconhece-se a existência de normas peremptórias e de *jus-cogens* internacional. Neste aspecto, pode-se inclusive enumerar exemplos como fez-se acima. Em segundo lugar, verifica-se que para que este sistema existe é necessário um grupo de valores compartilhados (da moral ou da política internacional) capaz de justificar, materialmente, esta hierarquia superior de algumas normas internacionais. Neste sentido, pode-se fazer menção ao artigo 103 da Carta das Nações Unidas e sua própria determinação de superioridade, trabalhando-se assim o fato de que após a criação da ONU esta série de valores compartilhados passou a existir. Em terceiro lugar, agora por uma perspectiva formal, não existe norma constitucional internacional. Existem de fato normas que traduzem estes valores compartilhados, que podem ser vistas como fundamentais, existindo na forma de *jus cogens* internacional.

4. DIREITOS HUMANOS E JUS COGENS

Devido ao fato da soberania nacional ainda funcionar como proteção contra intervenções de caráter humanitário, já que isto apresentaria uma redução no poder do Estado nacional, nota-se que esta ideia tem passado por processos de transformação importante, que levam ao questionamento da existência no presente momento do então estado Vestefaliano.

> However, the concept of state sovereignty is undergoing im- portant modifications, and respect for sovereignty is being linked to respect for human rights. How these links should be guaranteed in practice (in particular whether in extreme cases by military means 'humanitarian intervention') requires further exploration.

Neste sentido, concordam KOSKENNIEMI e LEITO (2002):

> The crisis of domestic sovereignty is paralleled by the collapse of the image of the international world as a single, hierarchical structure at the top of which the United Nations governs a world of tamed sovereigns through public law and diplomacy. The new global configuration builds on informal relationships between different types of units and actors while the role of the state has been transformed from legislator to a facilitator of self-regulating systems. (Koskenniemi e Leino, 2002, p. 557).

As relações transnacionais e a globalização produzem efeitos sobre as ordens normativas, embaçando as fronteiras que separam a agenda doméstica da internacional (KEOHANE, NYE. 2001, p. 3). Neste sentido, segundo SLAUGHTER (2004), uma nova forma de governança é possível, através de redes transnacionais de comunicação. Definindo este processo com *cross fertilization among legal systems*, SLAUGHTER sugere que os diversos sistemas em comunicação tocam e influenciam um ao outro. (SLAUGHTER, 2004; SANDS, 1999)

Nesta estrutura proposta, governos e jurisdições modificam o exercício de sua função soberana e o Estado passa a agir de forma diferente daquela de outrora. Portanto, onde fala-se em erosão de soberania deve-se tratar, na verdade, de uma nova estratégia para que o Estado permaneça agente principal das relações internacionais, como percebem as escolas realistas deste segmento.

A doutrina constitucional nacional, por sua vez, inaugura novos conceitos que aparentemente seguem esta ideia acima. Expressões como o interconstitucionalismo (CANOTILHO, 2008), transconstitucionalismo (NEVES, 2009), constitucionalismo transnacional (TSAGOURIAS, 2007), constitucionalismo plural (MADURO, 2006), e outras aparentemente sugerem a apliação do bloco de constitucionalidade, correspondendo a ideia do *constitucionalismo internacional* de PETERS (2006).

> A principal causa desta modificação vem do novo contexto internacionalizado do Estado, fazendo com que conquistas no *jus cogens* internacional também passem a fazer parte do *acquis* constitucional dos Estados (CANOTILHO, 2008, p. 27). MELLO (2000, p. 9), argumenta utilizando como base HESSE, que não existe questão constitucional que não seja política, da mesma forma que não existiria questão mais política que aquela das relações internacionais dos Estados, tendo em vista que esta pode significar a própria sobrevivência dos Estados no sistema. Neste contexto inicia-se o discurso da função do Direito Internacional Público como complementar a do Direito Constitucional (ou não). Tal como o Direito Constitucional, o Direito Internacional pode acompanhar, mas não substituir, a formação de um espaço político (ABDUL-NOUR, p. 1278).

Portanto, vê-se a possibilidade desse processo de *fertilização* sugerido por SLAUGHTER ocasionar também uma mudança na visão global dos sistemas normativos de proteção aos Direitos Humanos, atribuindo aos mesmos a mesma condição de norma de hierarquia diferenciada presente sistemas de Direito doméstico também no Direito Internacional.

A obra de John Rawls "o Direito dos Povos" reitera diversos dos valores postos pelo Direito Natural. Tanto Rawls quanto Kant acreditam que a ideia de justiça no nível global dependem de uma continuada existência de pluralismo e independência das comunidades políticas. Além destes requisitos, a função do Direito Internacional seria de regular a coexistência e cooperação destas comunidades políticas. O direito é um instrumento para os propósitos das comunidades e não uma barreira para seu desenvolvimento (RAWLS, 1993).

Nesta obra verifica-se que o respeito aos direitos humanos é uma condição política que deve estar presente em qualquer regime para que este seja admitido pela comunidade internacional como parte de uma organização política justa. Este ideal deve ser universal a ponto de conseguir transitar e atravessar fronteiras econômicas e culturais. Portanto, de forma semelhante a lei cosmopolita de Kant, onde republicas unem-se para formar uma federação que se submete ao *rule of Law* sem contudo perder a sua independência, a lei dos povos de Rawls é um instrumento para os propósitos humanos capaz de atribuir uma certa coesão ao sistema normativo plural internacional.

É missão da constituição do Estado garantir direitos fundamentais. Contudo, devido a fragmentação e especialização, também é tarefa do Direito Internacional fazer a dita proteção. Pela perspectiva do direito natural, a mesma série de princípios que atuam no sistema doméstico (do *municipal Law*) também atuarão no sistema internacional. O princípio do *pro homine* faz surgir

um ramo internacional especializado em sua proteção, com tratados e instituições destinadas a sua proteção com características gerais e regionais.

Os direitos humanos, retornando ao discurso político do Direito Internacional, tem uma retórica que lhes é particular. Diferente dos demais direitos, eles se apresentam de forma inegociável, reduzindo inclusive a força formal do legislador devido a sua condição de proteção obrigatória e muitas vezes até inerente a própria existência do sistema. Neste sentido, a visão kantiana de democracia cosmopolita parece ter sido mais uma vez apreendida pela doutrina internacional. Enquanto o sistema internacional permanece heterogêneo, para que exista a proteção aos direitos humanos seria necessário que exista constitucionalismo, democracia e a proteção a direitos. A constituição estabelece as regras do jogo político de acordo com o *rule of Law*, a democracia é responsável pelo processo de inclusão das pessoas no sistema e a visão de direitos (como a de Rawls) estabelece o patamar moral e legal de justiça para a proteção aos ditos direitos humanos (KOSKENNIEMI, 2011).

Essa sobreposição de valores faz com que os mesmos princípios legais estejam presentes em diversas instâncias do ordenamento jurídico, repetindo-se do ordenamento nacional ao internacional. A visão da fragmentação faz com que ainda se questione quem seria responsável pela coesão do dito ordenamento, tendo em vista o fato de que várias ordens normativas responsabilizaram-se pela proteção aos mesmos direitos fazendo com que a proteção aos direitos humanos tome para si características plurais. Este pluralismo de ordenamentos parte do pressuposto de que o Direito formado pelos Estados poderá ser integrado, já que o Direito poderá emanar de diversas fontes. Explica Ferrajoli:

> Nas orientações mais recentes, finalmente, também se referiu à luz da evolução do direito internacional, ao invés de dualismo, pluralismo de sistemas jurídicos no sentido de que os direitos estatais formam uma pluralidade de ordenamentos, e também no sentido, poderíamos acrescentar, que o direito Internacional é composto por uma pluralidade de instituições e entidades e jurisdições. Acima de tudo, então, reconheceu-se que em muitas destas instituições há relações diferentes - a coordenação, a subsidiariedade, a subordinação da integração - determinada por diferentes regras de direito que lhes pertencem. É, na maioria dos casos, para estabelecer sistemas jurídicos derivados, mas não originários, no sentido definido no seu tempo (FERRAJOLI, 2007, p. 484).

O grau mais elevado de integração de ordenamentos seria aquele que produz normas de características constitucionais, derivadas de órgãos e instituições supranacionais cujos produtos entram imediatamente em vigor, sem a necessidade de um processo de recepção ou ratificação legislativa. A presença destes órgãos e instituições é um traço distintivo do federalismo, que por sua vez é uma forma de configuração política capaz de relacionar múltiplos níveis normativos.

> A ampla e crescente variedade de relatórios relacionados com o paradigma da integração exige que se fale da mini dicotomia Federal, entre "federações" e de "não federações". A ordem jurídica internacional pode de fato ser configurada como um sistema jurídico pluralista, consistindo de sistemas ligados por diferentes graus de integração, que vão desde uma configuração simples para a aderência de organização federal com a ONU, configurada como uma confederação com base na aceitação de suas normas por todos os Estados-Membros. (IDEM, 486).

O sistema plural, por sua vez, tende a reunir normas que se intercedem, sobrepõem e dividem-se na sua área de aplicação, interagindo muitas vezes de forma horizontal umas com as outras e não de forma vertical como em um sistema doméstico simples. Harmonizar um sistema plural significa trazer congruência normativa à diversidade de regimes e ideologias constantes nas

divergentes ordens legais que o compõem. Esta compatibilização pode ser feita de acordo com várias técnicas existentes, como sugere ROSENFELD (2008):

> ... Dispositivos constitucionais de comando existentes - como a proporcionalidade, o federalismo e o equilíbrio, da subsidiariedade, a "margem de apreciação", o "sistema millet", a descentralização, e os direitos constitucionalmente estruturados de secessão - parecem particularmente adequados para contribuir para uma solução pluralista (idem).

Esta realidade plural faz com que os atores políticos no nível nacional devam submeter-se a esta ordem normativa internacional, gerando por conseqüência uma erosão do seu poder político em favor do sistema que está alem do nacional. A solução adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro para enfrentar esta possível erosão adéqua-se a esta visão. Existem características materiais que elevam a proteção dos Direitos Humanos ao patamar de valor universal no regime internacional. Defendem GOMES e MAZZUOLI (2010) que desta realidade surgiria uma nova versão de compatibilização sistêmica, dentro de uma ordem normativa universal.

Nota-se este posicionamento no tribunal de Haia, como mencionado por KOSKENNIEMI e LEINO (2002), transcrito abaixo.

> ...in the following year, Jennings ended his review of the Court's activity by expressing concern that the "kind of international law that directly concerns individuals" (human rights and environmental law) was being directed to bodies other than his Court. As a result, "the Hague Court finds itself increasingly cut off from a growing and very important part of the international law system." (Koskenniemi e Leino, 2002, p. 555)

Neste sentido, também indica a jurisprudência da Corte Internacional de Justiça das Nações Unidas, tal como se vê a seguir:

> ... it is recalled that the ICJ discussed the existence in international law of what it considered to be a special category of international norms that should receive a particular degree of prominence. In commenting on the Genocide Convention it stated that "its object on the one hand is to safeguard the very existence of certain human groups and on the other to confirm and endorse the most elementary principles of morality. In such a convention the Contracting States do not have any interests of their own; they merely have, one and all, a common interest, namely the accomplishment of those high purposes which are the *raison d'être* of the convention....The high ideals which inspired the Convention provide, by virtue of the common will of the parties, the foundation and measure of its provisions." (NIETO-NAVIA, 2001, p. 6).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A globalização e a falta de coesão da sociedade internacional fizeram com que o sistema normativo do Direito Internacional público tomasse para si uma lógica fragmentada capaz de gerar uma potencial erosão normativa de seu sistema. Este fato é decorrente da sua proximidade com a política internacional, fazendo com que o mesmo seja utilizado muitas vezes como instrumento desta. O Direito Internacional fragmentado faz com que os Estados possam simplesmente aplicar os dispositivos legais mais interessantes para si, e não aquele mais adequado ao caso em questão. Esta lógica fragmentada faz surgir um sistema plural que necessita de critérios materiais e formais para operacionalizar a aplicabilidade de suas normas.

O relatório da Organização das Nações Unidas quanto a sua fragmentação apresenta além desta fragmentação, potenciais soluções para o referido problema. Materialmente, vê-se que a visão dos Direito natural parece atribuir uma lógica hierárquica material condizente com pensadores como Kant e Rawls. A análise da matéria poderá atribuir elementos capazes de solucionar potenciais conflitos normativos dentro do Direito Internacional. A análise da matéria, neste caso, vê que determinados tratados tem potencial de tornarem-se de aplicabilidade universal, sobrepondo-se aos demais dentro do sistema.

A sociedade mundial acentuadamente assimétrica torna relevantes as condições negativas à realização do transconstitucionalismo, como exigência normativo-funcional, em escala global. Como bem diz Gunther Teubner "no mar da globalidade há apenas ilhas de constitucionalidas" (p.14). O desenvolvimento de racionalidades transversais entre ordens jurídicas enfrenta, portanto, uma série de obstáculos tanto no desenvolvimento dos ordenamento jurídicos nacionais como no exterior das comunidades políticas estatais.

No plano externo o processo de colonização do direito por outros sistemas sociais (economia e politica) faz com que o direito, e a própria esfera publica global, fiquem instrumentalizados em benefício da lex mercatória em detrimento da proteção jurídica e política dos direitos humanos, o que impede o "diálogo transnacional" para sua efetiva aplicabilidade. Da mesma forma que o direito internacional resta submetido à lógica do poder pela assimetria política entre os Estados, que inviabiliza o consenso na esfera pública plural do transconstitucionalismo.

Entretanto, notadamente na questão relativa à proteção dos direitos humanos, a exigência funcional de regulamentação global do sistema jurídico, transpassa as fronteiras estatais, inclusive, a discussão acerca da possibilidade de um constitucionalismo global se faz pertinente.

Os tribunais internacionais, contudo, decidem a favor deste entendimento, determinando que existem obrigações de cumprimento obrigatório pelos Estados que ultrapassam a ideia clássica da soberania de 1648. Nota-se, portanto, que ainda existe um longo caminho a se trilhar, mas que as peças para a proteção internacional dos Direitos humanos aparentemente estão alinhando-se (contudo, de forma lenta e gradual).

REFERÊNCIAS

ABDUL NOUR, S. D. *Teorias em relações internacionais e direito internacional público*. RDCI, 52/271 jul-set 2005.

ALBI, A. *Supremacy of EC Law in New Member States*. European Constitutional Law Review, 3: 25-67, 2007.

BADIE, Bertrand. **Um mundo sem soberania**. Os Estados entre o artifício e a responsabilidade. Lisboa: Piaget, 1999

BJORGE, E. *National supreme courts and the development of ECHR rights.* I CON (2011), vol. 9, No. 1, 5-31.

CANOTILHO, J.J.G., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.7ª* Edição. Lisboa, Almedina, 2011.

CANOTILHO, J.J.G., *Brancosos e Internconstitucionalidade:* Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional. 2ª Edição. Lisboa, Almedina, 2008

COSTELLOE, D. *Political Constructivism and Reasoning About Peremptory Norms of International Law*. 4 Wash. U. Jur. Rev. 1 (2011).

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. Trad. Sandra Regina Netz. 4 ed. Porto Alegre: Artmed, 2005. Título original: Sociology

GOMES, L.F. e MAZZUOLI. V.O., *Direito Supraconstitucional. Do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010.

GOMES L.F. e VIGO, *Do Estado de Direito Constitucional e Transnacional: Riscos e Precauções.* São Paulo. Premier Máxima Ed. 2008.

GOMES, LF. *Direito Internacional dos Direitos Humanos: Validade e operacionalidade do princípio "pro homine"*. in GOMES, L. F., Estado constitucional de direito e nova pirâmide jurídica, São Paulo: Premier, 2008

HÄBERLE, P. *El Estado Constitucional.* Universidad Autônoma de México, México: 2003.

HALE, T; HELD, D. *Handbook of Transnational Governance: institutions and inovations*. Cambrigde, Polity Press, 2011.

HELD, D. *Democracy and the Global Order: From the Modern State to the Cosmopolitan Governance*. Londres: Stanford University Press, 1995.

HELD, D, *et. al. Global Transformations : politics, economics and culture*. Londres : Stanford University Press, 1999.

KEOHANE, R; NYE Jr, J. *Democracy, Accountability and Global Governance*. 2001.

KEOHANE, R; NYE Jr, J. *The Club Model of Multilateral Cooperation and Problems of Democratic Legitimacy*. 2000.

KOSKENNIEMI, M. *From Apology to Utopia*. Cambridge, Cambridge: 2005.

KOSKENNIEMI, M. *The politics of international Law.* Cambridge, Cambridge: 2011.

LAVRANOS, N. *Judicial Competition: selected cases in International and European Law.* Asterdam: Europa Law Publishing. 2011.

MAZZUOLI, V. O. *Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro*. RT 889/105, 2009.

MADURO, M. P. *A Constituição Plural: constitucionalismo e União Europeia.* Estoril, Principia: 2006.

MILANOVIC, M. *Norm conflict in international law: whiter human rights?* Duke J. Comp. & Int'l L. 69, 2009.

NARDIN, T. *International pluralism and the rule of law*. Review of International Studies (2000), 26, 95–110.

NEVES, M. *Transconstitucionalismo,* São Paulo, Martins Fontes: 2009.

NIEUWENHUIS, A. *The Concept of Pluralism in the Case-Law of the European Court of Human Rights*. ECLR, 3: 367-384, 2007.

NITEO-NAVIA, R. *International Peremptory Norms (Jus Cogens) and International Humanitarian Law*. 2012. Disponível em: [http://www.iccnow.org/documents/WritingColombiaEng.pdf] acesso em 30 de 07 de 2014.

OLIVIEIRO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio Cruz. **Fundamentos de direito transnacional**. In: ROSA, Alexandre Morais da; STAFFEN, Márcio Ricardo (Orgs). **Direito Global**: transnacionalidade e globalização jurídica. [recurso eletrônico]. Itajaí: UNIVALI, 2013

PETERS, Anne. **Humanity as the A and Ω of Sovereignty**. The European Journal of International Law, 2009.

PETERS, Anne. **The Merits of Global Constitutionalism**. Indiana Journal of Global Legal Studies: Vol. 16: Iss. 2, Article 2, 2009. Disponível em: http://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol16/iss2/2. Acesso em 16 de feveriro de 2015.

PICCIOTTO, S. *Constitutionalizing multilevel governance?*, I•CON, Volume 6, Number 3 & 4, 2008, pp. 457–479

PUTNAM, R. D. "Diplomacy and Domestic Politics: The Logic of Two-Level Games." International Organization. 42:427-460.

RAWLS, John. *Law of the Peoples*. Critual Inquiri, 1993

ROSENFELD, M. *Rethinking constitutional ordering in an era of legal and ideological pluralism* I•-CON, Volume 6, Number 3 & 4, 2008, pp. 415–455

SANDS, P. *Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law*. Yale Rights and Development Law Journal. Vol. 1. 1999.

SILVA, E. D., *Tratados Internacionais e Lei Interna no Brasil*. 2003, Revista Tributária e de Finanças Públicas no. 49/9.

SHAW, Malcolm N. *International Law*. Cambridge: 2008.

SLAUGHTER, A.-M., *The Real New World Order*, 76 FOREIGN AFF. 183, 186 (1997)

SLAUGHTER, A.-M 1994-1995 Typology of Transjudicial Communication. 29 U. Rich. L. Rev. 99

SLAUGHTER, A.-M. 2004. *A New World Order: Government Networks and the Disaggregated State*. Princeton: Princeton University Press.

TAVARES, A. R. et.al. *Estado Constitucional e organização do poder*. São Paulo: Saraiva: 2010.

TEUBNER, Gunther. **Constitutionalising polycontexturality**. Social and Legal Studies. London, n.19, 2010. Disponível em: http://www.jura.uni-frankfurt.de/42852930/constitutionalisingpolycontexturality_eng.pdf. Acesso em 24 de fevereiro de 2015, p. 1

TSAGOURIAS, N. Ed. *Transnational Constitutionalism:* International and European Perspectives. Glasgow: University of Glasgow, 2007.

VALADÉS, D. *In* HABERLE. prefácio a El Estado Constitucional europeo. Haberle. Livro eletrônico disponível em: [http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14] 2003, P. XXVIII

VIDMAR, J. *Norm Conflicts and Hierarchy in International Law: Towards a Vertical International Legal System?* Oxford: OUP, 2012.

VIVIANI, Maury Roberto. **Constitucionalismo Global**: crítica em face da realidade das relações internacionais no cenário de uma nova ordem mundial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 108.

ZAGREBELSKY, G. *El Derecho Dúctil: ley, derechos, justicia.*10ª Ed., Madrid, Editorial Trotta, 2011

ZENOVIC, P. *Human Rights Enforcement via Peremptory norms: a challenge to state sovereignty.* RGSL Research Papers, Riga: 2012.

DA DISCRIMINAÇÃO AO EXERCÍCIO DA PROSTITUIÇÃO FEMININA E SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS[1]

Evelyn Maria Pereira Cavalcanti[2]
Vanessa Alexsandra de Melo Pedroso[3]

1. DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Em geral, muitas vezes se confunde o que é o direito humano com o que é o direito fundamental. Os direitos humanos são aqueles positivados no plano internacional, estão intimamente ligados às ideias de liberdade e igualdade. Já, os direitos fundamentais, subdividem-se em *estatais* e *supra-estatais*. Segundo Sarmento (2005, p.13):

> Os direitos fundamentais estatais são assegurados pela Constituição antes de serem reconhecidos pelo direito internacional público. São direitos humanos que refletem valores e princípios que alicerçam a Constituição de determinado país. Sua positivação pelo direito interno sempre antecede a inserção em tratados internacionais – o que nem sempre acontece. A existência de tais direitos depende única e exclusivamente da edição de norma constitucional.

Ainda, segundo o mesmo autor (2005, p.14):

> Os direitos fundamentais supra-estatais são provenientes da ordem jurídica internacional. Estão contidos na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), nos pactos que regulamentaram em 1966 e em outras normas de direito das gentes. Sua incidência não depende de reconhecimento constitucional, já que pertencem á ordem jurídica exterior e acima do Estado. Em relação a eles, o Estado atua como definidor de exceções e clarificador de conteúdo pela mediação do legislador constituinte ou originário.

Ou seja, os direitos fundamentais são aqueles constantes na Carta Magna, ou seja, aqueles que foram positivados na Constituição Federal. Sendo assim, seus conteúdos podem ser os mesmos, contudo, o plano em que estão inseridos são diferentes, obviamente, os direitos fundamentais têm abrangência apenas no Estado a que pertencem e, os direitos humanos, possuem abrangência mundial.

Tem-se, como fundamento principal dos direitos humanos, a Dignidade do Homem. Mas de que Dignidade e, em que âmbito, está se falando? Segundo Podlech apud Sarlet (2007, p.379):

---

1 O trabalho consiste em considerações de uma pesquisa, ainda em andamento, realizada pela aluna Evelyn Cavalcanti e orientada pela Profa. Vanessa Pedroso, junto ao Programa de Iniciação Científica e Tecnológica – PICT da Faculdade Boa Viagem – DeVry Brasil.

2 Aluna da graduação em Direito da Faculdade Boa Viagem – DeVry Brasil.

3 Doutora em Direito penal pela Universidad Complutense de Madrid - Espanha. Professora de Direito Penal da Faculdade Boa Viagem - FBV e Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. vanessampedroso@gmail.com

> Na condição de limite da atividade dos poderes públicos, a dignidade necessariamente é algo que pertence a cada um e não pode ser perdido ou alienado, porquanto, deixando de existir, não haveria mais limite a ser respeitado (este sendo o elemento fixo e imutável da dignidade). Como tarefa (prestação) imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações, tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, principalmente criando condições eu possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, sendo, portanto, dependente (a dignidade) da ordem comunitária, já que é de se perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar, ele próprio, parcial ou totalmente, suas necessidades existenciais básica ou se necessita, para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade. Este seria, portanto (segundo o memso Podlech), o elemento mutável da dignidade.

Os direitos humanos são, essencialmente, o poder de exigir os atributos que asseguram ao indivíduo a dignidade humana, levando-se em consideração a liberdade, a igualdade e a solidariedade. Os direitos humanos são direitos subjetivos que conferem dignidade aos seres humanos, nascem com o próprio homem. Comparato (2012, p.19) relata:

> Percebe-se, pois, que o fato sobre o qual se funda a titularidade dos direitos humanos é, pura e simplesmente, a existência do homem, sem necessidade alguma de qualquer outra precisão ou concretização. É que os direitos humanos são direitos próprios de todos os homens, enquanto homens, à diferença dos demais direitos, que só existem e são reconhecidos, em função de particularidades individuais ou sociais do sujeito. Trata-se, em suma, pela sua própria natureza, de direitos universais e não localizados, ou diferenciais.

São características dos direitos humanos e, consequentemente, dos direitos fundamentais:

A) Historicidade – são frutos de momentos históricos vivenciados nas sociedades, contudo, não evoluem por igual e, o amadurecimento, irá depender da condição de cada sociedade. Aduz Piovesan (2005, p.44):

> Ao adotar o prisma histórico, cabe realçar que a Declaração de 1948 inovou extraordinariamente a gramática dos direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal os direitos humanos e, com a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade. Indivisibilidade porque, ineditamente, o catálogo de direitos civis e políticos é conjugado ao catálogo de direitos econômicos, sociais e culturais. A Declaração de 1948 combina o discurso liberal e o discurso social da cidadania, conjugando o valor de liberdade ao valor da igualdade.

B) Universalidade – Podem e são considerados Universais, sendo uma construção europeia a partir do Holocausto, para garantia da condição humana em todo o mundo. Necessário se faz mencionar que, cada sociedade deve construir o alcance desses direitos, o que não se trata de um "relativismo cultural", pois a cultura não deve proteger agressões, mas se deve respeitar as diferenças culturais de cada povo.

C) Irrenunciabilidade – ninguém pode renunciar ao seu direito.

D) Inalienabilidade – o direito não tem um valor, não pode ser trocado, vendido nem desfeito. É garantia de todo indivíduo, ou seja, não são comercializáveis.

E) Imprescritibilidade – não se perde com o decurso do tempo. Não importa a idade, sempre existirá.

F) Concorrência – se exerce mais de um de seus direitos ao mesmo tempo (concomitantemente).

G) Limitabilidade – não é um direito absoluto. É necessário que se entenda que, o abuso de seu direito pode ferir o direito do outro. Também serve ao Estado, que deve se autolimitar para evitar abusos e garantir a harmonia social.

2. A DISCRIMINAÇÃO E A LEGISLAÇÃO.

A discriminação advém de um preconceito criado pela estrutura em que o indivíduo está inserido. Segundo Cretella Neto (2014, p.544):

> A discriminação é o ato de exteriorizar um preconceito. Passa do campo do mero convencimento para um ato de violação a direitos de terceiros. É esse tratamento diferenciado - em regra, de modo a prejudicar os interesses dos membros do grupo mais fraco – o objetivo da discriminação [...] Em outras palavras, discrimina-se alguém com base em um mito ou desinformação, sem comprovação científica, como a de que determinados indivíduos seriam inferiores a outros.

A Constituição Federal, em seu artigo 3º, inciso IV, dispõe que, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil está: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Enfatiza, a Constituição Federal Brasileira, em seu artigo 5º, que 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. E, no mesmo artigo, em seu inciso XLI menciona que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

Note-se, também, que a discriminação possui previsão legal, inclusive no Código Penal brasileiro, no art.140, §3º. Corroborando, - e de maneira mais específica com relação à mulher - surgiu a Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha) e, mais recentemente foi sancionada a Lei nº 13.104/15 (Lei do Feminicídio) que altera o art.121 do Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072/90, para incluir o feminicídio no rol de crimes hediondos. Aborda-se e tenta-se proteger, a tutela de diversos bem jurídicos, sendo mais fortemente enfatizados os direitos à vida e à dignidade da pessoa humana.

Em âmbito internacional, dentre outras, tem-se a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, que foi adotada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10-12-1948, onde estabelece em seu artigo 1º: "todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos" (Cretella Neto, 2014, p.545).

3. DA PROTEÇÃO A IGUALDADE DO TRABALHO SEXUAL

A Constituição Federal, art. 7º, incisos XXX e XXXI, proíbe qualquer diferença de salário, de exercício de fundações e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor, estado civil ou posse de deficiência.

A ONU (Organização das Nações Unidas) já vem reconhecendo como direitos essenciais a uma vida digna e cidadã, os direitos sexuais reprodutivos. A OIT (Organização Internacional do Trabalho) é o órgão das Nações Unidas que visa a criação de oportunidades para que homens e mulheres tenham acesso ao trabalho, sendo este decente e produtivo, atendendo a condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade.

Mas o que falar sobre tais garantias quando do trabalho sexual? Ora, o art. 5º da Constituição Federal Brasileira relata ser livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, desde que, sejam atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. O Ministério do Trabalho e Emprego, no ano de 2002, incluiu a categoria, "Profissionais do Sexo" na Classificação Brasileira de Ocupações (CBO), recebendo o nº 5198 e estabelecendo as condições gerais de seu exercício, formação, experiência, competências pessoais e recurso de trabalho.

Atualmente, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 4.211 de 2012 (Lei Gabriela Leite), apresentado pelo Deputado Federal Jean Wyllys (PSOL/RJ), que visa a regulamentação da atividade no Brasil, sendo sua justificativa e objetivo principal a Dignidade Humana, o que permitiria, aos profissionais do sexo, o acesso à saúde, do direito do trabalho e à segurança pública.

Diante de tais considerações é importante enfatizar que, a segurança e saúde do trabalho é matéria constitucional, regulamentada e normatizada. A Constituição Federal trata do assunto em seu Capítulo II (Dos Direitos Sociais), art. 7º, incisos XXII, XXIII, XXVIII e XXXIII, que dispõe especificamente sobre segurança e saúde dos trabalhadores.

A CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), por sua vez, dedica seu Capítulo V à Segurança e medicina do Trabalho, de acordo com a redação dada pela Lei nº 6.514, de 22 de dezembro de 1997. O Ministério do Trabalho, por meio da Portaria nº 3.214, de 8 de julho de 1978, aprovou as normas Regulamentadoras (NR) previstas no Capítulo V da CLT. Esta mesma portaria estabeleceu que as alterações posteriores das NR's seriam determinadas pela Secretaria de Segurança e Saúde do trabalho, órgão do atual Ministério do trabalho e Emprego.

Vale ressaltar que, a FUNDACENTRO (Fundação Centro de Segurança, Higiene e Medicina do Trabalho), entidade vinculada ao Ministério do Trabalho do país, com sede em são Paulo, tem, por delegação da OIT, competência para tratar da matéria na América Latina. Deve-se lembrar que, em âmbito geral, a ocorrência de acidentes (lesões imediatas e doenças do trabalho) pode dar origem a ações civis e penais, concorrendo com as trabalhistas e previdenciárias.

A Convenção nº 155 da OIT orienta que, após sua ratificação, seus signatários adotem políticas que previnam acidentes e danos à saúde relacionados com a atividade laboral. Deve, posteriormente a uma consulta às organizações representantes dos empregados e dos trabalhadores, estabelecer uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e do meio ambiente do trabalho.

São, portanto, os trabalhadores do sexo protegidos por todas essas legislações haja vista o reconhecimento de referida atividade pelo Código de Ocupação Brasileiro? Fato é que, na prática, existe uma linha limítrofe demasiadamente larga entre o que prevê a Lei e sua aplicabilidade. Se não, note-se a notoria discriminação em torno da atividade da prostituição.

Tal discriminação é ainda maior quando a referida atividade é realizada por profissionais do sexo feminino o que possibilita a afirmação no sentido de que a mulher prostituída insere-se dentro de um duplo padrão de vulnerabilidade. Se não é assim, note-se que ao mesmo tempo em que é discriminada pelo exercício de uma atividade que, embora reconhecida como ocupação, ainda, não recebe regulamentação do Estado. Esta mesma mulher, está subordinada a valores financeiros bem abaixo do patamar de referida atividade quando realizada pelo cidadão do sexo masculino.

A discriminação supra citada não é, infelizmente, fato recente, pois que a análise de diferentes momentos históricos demonstra que durante anos e até atualmente, a mulher é, de forma arbitrária e preconceituosa, subjugada pelo homem, em grande parte devido ao mesmo possuir maior força física. Não obstante, deve-se a isto o fato da mulher ser a maior vítima de exploração, seja ela sexual ou moral, advindas de ameaças, submissão à vontade alheia, financeira, entre outras.

Assim, segue-se até hoje diversas formas de exploração e discriminação da mulher, desde as agressões físicas quanto às psicológicas existentes na humanidade. Agressões psicológicas são imensamente mais perigosas, uma vez que não deixam marcas no corpo, contudo, internamente, deixam sequelas difíceis de ser tratadas. Muitas delas, não são sequer mencionadas pela sociedade e, as que aparecem, são deixadas de lado, na obscuridade, como se simplesmente nunca tivessem acontecido.

Miller apud Alves (2010, p.105), ao investigar as diferentes formas de abuso não físico protagonizado por homens, relata que a violência que não inclui danos corporais continua num canto escuro do armário, para onde poucos querem olhar. O silêncio indica que as feridas não deixam cicatrizes no corpo. As mulheres agredidas têm medo de olhar para as feridas que deixam cicatrizes em sua alma. Mas não olhar não significa que não estejam lá.

A estrutura educacional e cultural, incluindo-se a influência religiosa, sempre contribuiu para esta realidade. Diversas sociedades trataram e tratam a promiscuidade masculina de forma natural, mas se ocorre a feminina, as mulheres são severamente punidas de diversas maneiras,

chegando até à morte. E, quem possui o direito sobre a vida ou morte dessa mulher? O seu corpo e sua vida são tidos como "propriedade" dos varões, aos quais, a mulher sempre foi subordinada.

Circunstâncias que, por sua vez, caracterizam discriminação conforme o previsto na *Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres*, adotada pela Resolução 34/180 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 18-12-1979, pois que a mesma estabeleceu, em seu Artigo 1º que a discriminação contra as mulheres significa

> toda distinção, exclusão ou restrição fundada no sexo e que tenha por objetivo ou consequência prejudicar ou destruir o conhecimento, gozo ou exercício pelas mulheres, independente do seu estado civil, com base na igualdade dos homens e das mulheres, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

Desta feita, se vê constantemente a criação de grupos de vulnerabilidade[4] que, por sua vez, seriam teoricamente protegidos pelo Direito. Fato que possibilita a reflexão em torno da ideia de que o Princípio da Igualdade, pregado na Carta Magna, em seu artigo 5º, ainda não é amplamente respeitado pela sociedade brasileira.

Importante ter em mente a afirmação de Cretella Neto (2014, p. 557) quando aduz que: "**não se poderá afirmar que uma forma de discriminação seja mais grave ou menos grave do que outra: a pessoa discriminada em função de qualquer fator, sempre terá a sensação de ter sido usurpada em seus direitos"** (negritei), pois, somente, quando tenhamos a consciência do "outro" enquanto "eu" poderemos ter uma sociedade mais justa e humana.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Comprova-se que, apesar da existência de legislação ampla em defesa dos direitos humanos e fundamentais, no Brasil e no Mundo, não ocorre efetivamente a proteção à Dignidade da Pessoa Humana e ao Princípio da Igualdade. Continua-se a criar grupos vulneráveis, marginalizando-os e excluindo-os do convívio social.

Aduz Sarlet (2010, p.9):

> Se partimos do pressuposto de que a dignidade da pessoa pode ser definida como sendo " a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos", ver-se-á que a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas.

Independentemente que a lesão seja na ceara cível (o não cumprimento do que fora acordado), trabalhista ou penal (diversas formas de agressão), sem a regulamentação da profissão no Brasil (projeto de lei nº 4.2011/2012 em tramitação no Congresso Nacional), os profissionais

4 Importante destacar que apesar de reconhecer a existência de diversos grupos de vulnerabilidade (povos indígenas, migrantes, minorias, pessoas com deficiência, racial e religiosa), o trabalho trata apenas da vulnerabilidade das mulheres no que se refere ao exercício de sua sexualidade, haja vista o tratamento referente aos demais grupos serem demasiadamente extensos, o que não se propõe em um trabalho acadêmico.

do sexo estão impedidos de requerer judicialmente qualquer ressarcimento advindo da atividade por eles executadas.

Além do mais, os mesmos ainda estão excluídos das garantias e proteções quanto à execução do trabalho, pois, não são (os profissionais do sexo) considerados para utilização das Normas Regulamentadoras que visam à segurança e saúde do trabalho. Simplesmente, para eles, as normas são inexistentes e, se alguma poderia lhes ser aplicada, na atual conjuntura, não é o que ocorre.

Referida situação se agrava quando esse profissional é do sexo feminino, pois que ademais do preconceito existente com relação à atividade laboral existe, também, o preconceito fundamentado na dominação do gênero.

REFERÊNCIAS

ALVES. F.L. A contribuição dos conceitos de interação, estigma e dominação masculina para o estudo de prostituição feminina. **Akrópolis** Umaurama, v.18, n.2, p.97-107, abr/jun 2010. Disponível em: <http:// revistas.unipar.br/akropilis/article/view/3158/2216. Acesso em 12 de mar. 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em 16 de junho de 2015.

BRASIL. **CBO – Classificação Brasileira de Ocupações.** Disponível em: < www. mtecbo.gov.br > Acesso em 10 de fevereiro de 2015.

BRASIL. **CLT – Consolidação das Leis do Trabalho.** Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm > acesso em: 25 de abril de 2014.

BRASIL. **MTE – Ministério do Trabalho e Emprego. Convenção nº 155 ; segurança e saúde dos trabalhadores**. Disponível em: < http:// portal.mte.gov.br/legislação/convenção-n-15.htm > Acesso em: 25 de abril de 2014.

BRASIL. **OIT BRASIL. Apresentação OIT.** Disponível em: < http://www.oitbrasil.org.br/content/apresenta%C3%A7%C3%A30 > Acesso em: 25 de abril de 2014.

BRASIL. **Projeto de Lei Gabriela Leite.** Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=551899 > Acesso em 10 de maio de 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. Fundamento dos Direitos Humanos. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo – IEA/USP – 2012. Disponível em: <www.iea.usp.br/artigos >. Acesso em: 17 de junho de 2015.

NETO, José Cretella. **Curso de direito internacional penal.** São Paulo: Saraiva, 2014.

PIOVESAN. Flavia. Ações Afirmativas da Perspectiva dos Direitos Humanos. Universidade Pontifícia de São Paulo, cadernos de pesquisa, v.35, n. 124, p-43-55, jan/abr.2005. Disponível em: < www.scielo.br/pdf/cp/v-3n124/a0435124.pdf > Acesso em: 17 de junho de 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: Construindo uma Compreensão Jurídico-Constitucional Necessária e Possível. Revista Brasileira de direito Constitucional – RBDC nº 9- jan/jun 2007. Disponível em: < esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-INGO-WOLFGANG-SARLET.pdf > Acesso em: 17 de junho de 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de direito público, nº21, março, abril, maio, 2010. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-INGO-SARLET.pdf > Acesso em: 17 de junho de 2015.

SARMENTO, George. Pontes de Miranda e a Teoria dos direitos Fundamentais. Revista do Mestrado em Direito da UFAL, Alagoas, 2005. Disponível em: < www.georgesacramento.com.br/wp-content/uploads/2011/02/Pontes-de-Miranda-e-a-teoria-dos-direitos-fundamentais1.pdf > Acesso em: 17 de junho de 2015.

SESI. **Relações do Trabalho – Normas de Segurança e Saúde no Trabalho**. Disponível em:<http://prosst1.sesi.org.br/portal/main.jsp//lumPageId=4028E4810FEE4E172A242D&/lumItemId=8490152AF-163F81013F1AD853E42E68 > Acesso em: 25 de abril de 2014.

O DIREITO FUNDAMENTAL DE SER FAMÍLIA E A INCIDÊNCIA DA ALIENAÇÃO PARENTAL EM CONTEXTO HOMOAFETIVO

Maria Emília Miranda de Oliveira Queiroz[1]
William Victor Costa Sougey[2]

1. INTRODUÇÃO

O sistema jurídico nacional tem passado por mudanças pós-modernas de reconhecimento de realidades até então excluídas do ordenamento. Nesse movimento, tem papel de destaque a tendência contemporânea dos direitos fundamentais de especificar os sujeitos, respeitando suas possíveis peculiaridades.

O caso que tomamos a estudo nesse trabalho é o do reconhecimento das entidades familiares formadas por pares homoafetivos. Do reconhecimento dessa realidade, surgem outras implicações, que pretendemos desbravar, apesar da ainda escassez de dados e materiais de apoio, dada sua carga inovatório. Referimo-nos à possibilidade de incidência de um fenômeno típico de famílias hetoroafetivas em contextos homoafetivos: a alienação parental.

A síndrome da alienação parental é uma forma específica de alienação parental, onde existe uma programação feita pelo alienante para que a criança/adolescente tenha sentimentos negativos para com o alienado.

Por de ainda não possuir um Código Internacional de Doenças (CID) específico, essa síndrome, que muitas vezes é chamada apenas de Alienação Parental, já é combatida formalmente em vários países e no Brasil especificamente pela Lei nº12.318/2010. Mas, nesse dispositivo legislativo não há menção explícita à proteção a ser dada à família homoafetiva, por isso a motivação dessa pesquisa é exatamente verificar tal aplicabilidade.

Para tanto, será realizada pesquisa bibliográfica pela rara doutrina sobre o tema, bem como na jurisprudência nacional, em busca do assunto especificamente.

Assim, inicia-se o trabalho tratando da contextualização do tema do reconhecimento da família homoafetiva, cenário do nosso estudo, no contexto patriarcal e seu reconhecimento pela concretização dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário brasileiro. Seguimos então, analisando as possibilidades de incidência desse fenômeno no contexto da família homoafetiva.

Afim de entender-se as possibilidades de prática de alienação parental nesse contexto familiar, trata-se das formas de aquisição do status de poder familiar do par através da adoção e métodos de reprodução assistida.

Por fim, contextualizam-se as partes produzidas no estudo para que se chegue à conclusão sobre a possibilidade da pratica de alienação parental no seio da família homoafetiva.

As obras consultadas no trabalho constam nas referências bibliográficas.

2. DA LEGITIMAÇÃO DA FAMÍLIA HOMOAFETIVA COMO RECONHECIMENTO DE DIREITO FUNDAMENTAL

---

1 Mestre e Especialista em Direito. Coordenadora de Operações Acadêmicas dos cursos de Direito e Psicologia da Faculdade Boa Viagem/De Vry. Vice presidente da Associação Brasileira Criança Feliz em Pernambuco. Advogada militante na área de família. Professora da UNIFAVIP DeVry. Líder do Projeto Interno de Ciência e Tecnologia de Alienação Parental e Novos Tipos de Família.

2 Graduando em Direito pela Faculdade Boa Viagem/DeVry. Pesquisador do Projeto Interno de Ciência e Tecnologia de Alienação Parental e Novos Tipos de Família.

2.1 Contextualizando o tema: a família homoafetiva no contexto patriarcal

A família contemporânea é marcada, principalmente no ocidente, por uma mobilidade e uma incerteza que levaram alguns sociólogos a não acreditar ser possível a definição exata do termo, a exemplo de L. Roussel (ARNAUD, 1999).

Sobre isso, se pronunciou André-Jean Arnaud (1999):

> Segundo numerosos sociólogos, a diversidade de formas de organização da vida privada para os adultos e os filhos – celibato, concubinato, casamento, família monoparental, família recomposta – é o sinal da multiplicidade dos modelos familiares.

É essa afirmação reflete bem a realidade brasileira de hoje. O caminho que foi aberto pela Constituição Federal de 1988 e trilhado timidamente pelo Código Civil de 2002, foi concretizado formalmente pela Lei 11340/2006 – Lei Maria da Penha, como trataremos especificamente mais adiante.

Assim, juridicamente há no Brasil hoje a previsão de várias modalidades de família, saído da definição restrita ao casamento, das Constituições anteriores. A própria Carta Magna de 1988 ampliou as possibilidades de família para além do casamento, explicitamente com o reconhecimento da união estável e da família monoparental – qualquer dos pais e seus descendentes, além de, como ressalta Maria Berenice Dias (2010), a Constituição esgarçou o conceito de família e previu no seu art. 226, § 4º a inserção de mais modalidades familiares.

O critério atual para a aferição da categoria família é estabelecido pelo artigo 5º, II, da Lei 11340/2006, qual seja, o volitivo. Isso porque o dispositivo considera como família a "*comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa*".

Assim, houve nítida evolução jurídica na forma da família brasileira. É o público legitimando o privado. Ou seja, apesar de não reconhecida pelo Estado, não pode se negar que já existia na dimensão privada a família eudemonista – considerada por Souza e Kümpel (2008) como a firmada predominantemente apenas por vínculo de afetividade (ex. filiação socioafetiva – onde mesmo sem adoção há laços entre o adulto que cria e a criança assistida por ele), a família anaparental – constituída apenas por irmãos, a família paralela, a família homoafetiva etc.

Sobre isso, apesar de não ser o foco principal do nosso estudo, cabe uma pequena abordagem sobre o processo de transição do privado ao público, que está em pleno afloramento. A união de pessoas do mesmo sexo nunca tinha sido publicizada no Brasil e existia apenas dentro do "jardim" (SALDANHA,2005)[3], mas a realidade de existência de fato e não de direito fez surgir uma situação crítica de exclusão social do homossexual, transexual ou bissexual, que fizesse parte da relação. Isso porque, como ressalta Richard Miskolci (2009), a atual ordem social fundamenta-se na heteronormatividade, termo originário de Michel Warner (1991), que Miskolci (2009) define como "*um conjunto de prescrições que fundamenta processos sociais de regulação e controle, até mesmo aqueles que não se relacionam com pessoas do sexo oposto*". Logo, observa o autor, com base nos estudos de Sedgwick, que a ordem social contemporânea instaura-se sob o binômio hetero/homo, mas priorizando a heterossexualidade por um processo de naturalização que a torna compulsória. Por isso as leis são feitas para atender ao tradicional patriarcado, formalmente heterossexual, onde um dos sujeitos da relação se sobrepõe a outro.

No caso da família patriarcal tradicional, a mulher é subordinada ao homem e o homossexual sequer aparece no mundo jurídico, sendo mantido no privado, sob o manto da hipocri sia machista. E não falamos aqui apenas das famílias paralelas onde homens mantém um núcleo com a mulher e outro com outro homem, referimo-nos ainda às uniões genuinamente homossexuais, onde seus componentes muitas vezes se contaminam pelo racionalismo da heteronormatividade. Miskolci (2009) afirma que "*os principais teóricos* ***queer*** *demonstram que tais sujeitos freqüentemente também estão enredados na heteronormatividade*", citando o exemplo da díade ativo/

3 Termo usado por Nelson Saldanha para designar a dimensão privada da vida familiar.

passivo, utilizada comumente pelos gays ao tratar de suas relações homossexuais, mas na realidade esse binômio tem sentido heterossexual baseado na reprodução, para "definir e hierarquizar posições sexuais". Por isso o autor defende a desconstrução implementada pelas teorias queer, posto que urge uma mudança não só jurídica, mas sociocultural, inclusive nos mais interessados na quebra dos modelos patriarcais.

Mas, a publicização da homossexualidade ganha grande aporte no tocante à família homoafetiva, pelo direcionamento constitucional de valorização das várias formas da família brasileira, apesar de não haver explícita menção no texto da Constituição Federal de 1988, com essa Carta abriu-se caminho para o oficialização estatal da entidade.

Um exemplo empírico, que colocou a publicização da família homoafetiva numa fase embrionária, é o de funcionários públicos municipais que conviviam maritalmente com pessoas do mesmo sexo e quando de sua morte deixavam o companheiro sem quaisquer direitos previdenciários. Foi assim que algumas prefeituras, a exemplo da Prefeitura da Cidade do Recife, numa atitude de vanguarda, passaram a reconhecer a instituição para assegurar assistência ao supérstite da relação. Depois disso, vem a Lei 11340/2006, que mesmo levando nome de mulher – Maria da Penha – garante direitos de gênero, independentemente da orientação sexual do beneficiário. O que fez com que hoje o homossexual tenha capacidade de configurar o pólo passivo nos delitos agravados ou qualificados pela violência doméstica familiar, equiparando-se, assim, à mulher, independentemente da posição que desempenho no casal. Assim, a lei 11340/2011 demonstra, nesse ponto, um grande passo na quebra da rigidez do critério da heteronormatividade.

Paulatinamente, a família homoafetiva vem ultrapassando os portões do *jardim* e chegando à *praça*! E, nesse processo, quando suas particularidades saem do privado, tal qual na família patriarcal tradicional, passa à esfera pública habermasiana e ganha espaço pelas abordagens e críticas da imprensa. Assim, por exemplo, freqüentes notícias de formas de violência baseadas em homofobia, principalmente entre jovens da classe média, denunciam a urgência da elaboração legislativa de um estatuto jurídico que garanta a proteção dos homossexuais, já que o grande avanço de serem protegidos pela Lei 11340/2006, apenas lhe protegem contra a violência doméstica familiar.

Na classificação de Habermas (1984), ousamos concluir que na matéria da homoafetividade, saiu-se do espaço privado (da pequena família) e chegou-se à esfera pública, sem, contudo atingir-se completamente o espaço público da autoridade estatal. Afirmamos isso não só pelas notícias de altos índices de criminalidade homofóbica, mas por problemáticas que cercam a família homoafetiva, que, mesmo raciocinando em termos de heteronormatividade, merece ver definidos assuntos advindos de seu reconhecimento estatal, como: a possibilidade de contrato de casamento entre pessoas do mesmo sexo e a prática de "barriga de aluguel", permitida em poucos países.

Apesar de não ser foco principal do nosso estudo, a homossexualidade guarda ligação com a subordinação da mulher, e sobre isso, Miskolci (2009) nos traz Eve Kosofsky Sedgwick, que, se propôs a demonstrar, pelo estudo de romances literários ingleses do séc. XIX, que "*a dominação das mulheres é associada à rejeição das relações amorosas entre homens*". De fato, há indícios dessa realidade na obra de Hellen Caldwell (2008), no trecho em que, ao analisar o comportamento repressivo de Bentinho para com sua esposa Capitu (na obra de Machado de Assis, Dom Casmurro), insinua uma atração homossexual entre o varão e seu melhor amigo Escobar, que tomou o papel de desestruturamento do casamento do protagonista exatamente pelo ciúme doentio que despertou em Bentinho. A autora leva-nos a questionar se o ciúme de Bentinho era por zelo a Capitu ou ao próprio Escobar.

Havia uma discussão se as uniões homoafetivas deveriam ser reconhecidas pelo Estado Brasileiro. As alegações contrárias eram muitas, desde a omissão do legislador constituinte até a religião e as mais variadas formas de preconceito. Passemos então à fixação do tema dentro dos direitos fundamentais.

2.2 O Poder Judiciário e a função social de reconhecimento de direitos fundamentais

O legislador constituinte de 1988 preferiu se omitir ao legislar sobre o reconhecimento de família homoafetivas, uma vez que garantiu o reconhecimento apenas das famílias monoparentais e heteroafetivas. Deixando os chamados "concubinatos" e as famílias homoafetivas à margem da sociedade, não lhes garantindo direitos importantes, como o direito sucessório.

A Sociedade muda, e com ela a família também muda. Os arranjos familiares que em outrora foram rechaçados pelo legislador constituinte, bateram à porta do judiciário pedindo garantia de direitos civis que não lhes foram assegurados. As Famílias homoafetivas recorreram aos Tribunais de primeira instância solicitando aquilo que o legislador constituinte não fez: garantia de direitos das famílias. Decisões favoráveis ao tema surgiram corajosamente no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, e posteriormente em outros Estados, como Paraná e Pernambuco.

O art. 226 da CF/88 que diz: **§3º**-*Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento*, foi umas das alegações mais ferrenhas para a recusa à aceitação das uniões homoafetivas. A base das alegações era que a constituição foi expressa ao assegurar a união estável apenas entre homens e mulheres. Foi uma tentativa frustrada de garantir um sentimento que não deve ter espaço em nossa sociedade: preconceito.

A norma do art. 226 da CF pode ser considerada, uma norma geral negativa (KELSEN, 1984), pois a mesma não proíbe os homoafetivos à construção familiar. Existindo então uma lacuna na lei.

Sobre isso, temos em Canotilho (*apud* BAHIA/VECCHIATTI, 2013):

> (i) a unidade da Constituição significa que esta deve ser interpretada como um todo harmônico, de sorte a evitar contradições (antinomias/antagonismos) entre suas normas, obrigando o intérprete a considerar a Constituição em sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar (CANOTILHO, 2003a, p. 1223), o que não acontece quando se ignora a isonomia,a dignidade humana e a proporcionalidade na interpretação do art. 226, § 3º,da CF/88 (que restam afrontadas pelo não reconhecimento da união estável homoafetiva ante a ausência de proibição constitucional à união estável homoafetiva,pela arbitrariedade desta exegese discriminatória e a ausência de qualquer outro valor constitucional protegido por tal discriminação); (ii) a máxima efetividade das normas constitucionais é autoexplicativa, o que significa que se deve atribuir o sentido que dê a maior eficácia possível às normas constitucionais, especialmente no tocante aos direitos fundamentais (CANOTILHO, 2003a, p. 1223) – o que não acontece quando não se reconhece a união estável homoafetiva, por se restringir desnecessariamente a união estável apenas a casais heteroafetivos, quando se pode reconhecê-la também a casais homoafetivos por identidade de razão (proteção da família conjugal); (iii) a concordância prática impõe a compatibilização e a combinação dos bens constitucionais em conflito de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros, mediante limites e condicionamentos recíprocos oriundos da noção do igual valor de ditos bens constitucionais (CANOTILHO, 2003a, p. 1223), o que não acontece quando se faz uma tal interpretação restritiva/discriminatória do texto normativo da união estável, na medida em que dita restrição afronta os princípios da isonomia e da dignidade humana,donde ausente concordância prática nesta hipótese

O reconhecimento da família homoafetiva concretiza no mínimo os direitos fundamentais à isonomia de gênero e da dignidade da pessoa humana, pela livre escolha por opção sexual.

Quando o Poder Legislativo se omite, cabe exatamente ao Poder Judiciário corrigir a exclusão e incluir os cidadãos que foram deixados de fora do ordenamento jurídico. Assim, temos em Mendes (eti al, 2010) que:

> Os direitos fundamentais que buscavam antes proteger reinvindicações comuns a todos os homens, passaram a, igualmente, a proteger seres humanos que se singularizam pela influência de certas situações específicas em que apanhados. Alguns indivíduos, por conta de certas peculiaridades tornam-se merecedores de atenção especial, exigida pelo princípio do respeito à dignidade humana.

No mesmo sentido, temos em Piovesan (2009) que se trata de um "Processo de especificação do sujeito de direito".

É nessa onda de inclusão de vulneráveis que temos os o reconhecimento das famílias homoafetivas pelos direitos fundamentais contemporâneos, fazendo surgir discussões como se a união homoafetiva é ou não entidade familiar chegou à última instância do judiciário brasileiro, cabendo ao STF decidir sobre o direito dessas famílias. O reconhecimento foi unânime por parte dos magistrados. Todos foram a favor ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. Os Magistrados fundamentaram suas decisões principalmente no Princípio da Igualdade, e da inviolabilidade da intimidade e da vida privada.

A união homoafetiva foi reconhecida com efeito vinculante à administração pública e outros órgãos do poder judiciário em maio de 2011, através de uma ação (ADPF 132) provida pelo então Governador do Estado do Rio de Janeiro. Sérgio Cabral, solicitou ao Supremo Tribunal Federal que reconhecesse as uniões homoafetivas dos seus servidores públicos. Outra ação (ADI 4277) ajuizada pela Procuradoria Geral da República pedia o reconhecimento da união como entidade familiar. As ações foram consideradas conexas, e por esse motivo foram julgadas juntas.

Dois anos depois o Presidente do Conselho Nacional de Justiça (Joaquim Barbosa) editou a resolução nº 175 em carácter administrativo obrigando os cartórios a celebrarem união civil entre pessoas do mesmo sexo, fazendo valer a decisão proferida em 2011 pelo STF. A decisão teve resistência por parte da bancada evangélica na Câmara dos Deputados, liderado pelo Partido Social Cristão, que entrou primeiramente com mandado de segurança no STF alegando que o CNJ usurpou competência do Congresso ao legislar sobre o tema. O processo foi sorteado para o Ministro Luiz Fux, que negou pedido do partido, informando que houve erro formal do partido, já que não se contesta lei em tese através de mandado de segurança. O Ministro ainda ressaltou que o CNJ tem competência para regulamentar procedimentos internos dos órgãos judiciais e extrajudiciais.

A Resolução Nº 175 diz:

> Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.
>
> Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.
>
> Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Observa-se que a resolução do CNJ não tem carácter legislativo, uma vez que versa apenas sobre procedimentos administrativos de um órgão extrajudicial, que no caso são os cartórios, e dos órgãos do poder judiciário. Vale frisar que o CNJ por ser um órgão de controle financeiro e administrativo, tem como função alinhar os procedimentos dos órgãos que são hierarquicamente inferiores a ele. Não houve usurpação de poder do Conselho ao editar tal resolução, uma vez que o órgão agiu administrativamente, dentro de sua esfera competente, e fez valer de forma mais eficaz uma decisão com carácter vinculante do Supremo Tribunal Federal à administração pública e aos órgãos do poder judiciário.

Com a Resolução nº 175 do CNJ, o Brasil se tornou o terceiro país da América latina a autorizar o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. A Argentina e o Uruguai já tinha legislação específica sobre o tema. A Decisão foi mais um direito garantido por toda comunidade LGBT.

Existe um projeto de lei de autoria do Deputado Federal Jean Wyllys do PSOL/RJ e da Deputada Federal Erika Kokay do PT//DT, que regulamenta no âmbito legislativo o casamento civil igualitário, bem como dá outras providências (PL 5120/2013). Para os Deputados, é importante

que o congresso se posicione para garantir melhor segurança jurídica a esse determinado grupo. O Projeto de Lei altera os artigos 551, 1514, 1517, 1535, 1541, 1565, 1567, 1598, 1642, 1723 e 1727 da Lei 10.406 de 2002 (nosso atual Código Civil). O Projeto de Lei representa uma resposta do Poder Legislativo frente aos anseios do grupo LGBT, que por tanto tempo tiveram sua identidade negada.

3. ADOÇÃO POR PAIS HOMOAFETIVOS

> Agora, porém, se está vivendo uma outra era. Mudou o conceito de família. O primado da afetividade na identificação das estruturas familiares levou à valoração do que se chama filiação afetiva. Graças ao tratamento interdisciplinar que vem recebendo o Direito de Família, passou-se a emprestar maior atenção às questões de ordem psíquica, permitindo o reconhecimento da presença de dano afetivo pela ausência de convívio paterno-filial. (Maria Berenice Dias)

A adoção transcende épocas, e a evolução desse instituto em nosso sistema jurídico ocorreu desde o código civil de 1916 até o Estatuto da Criança e do Adolescente, que hoje versa especificamente sobre essa matéria, bem como à proteção.

O Código Civil de 1916 escolheu a escritura pública como procedimento à adoção no Brasil. Existia distinção entre filhos adotivos e filhos biológicos, o vínculo de parentesco existia apenas entre o adotante e o adotado, e só podia adotar quem não tivesse filhos. O Código ainda tinha outras regras. Eram formas bem primitivas e discriminatórias no tocante à adoção.

Em 1965 a Lei 4.655/65, sancionada por Castello Branco, criou uma nova modalidade de adoção no Brasil, a chamada adoção legitimada. A lei permitia mudança do primeiro nome, o pátrio poder era destituído, cessando o vínculo parental que existira como a família natural, bem como se fazia necessária decisão judicial e vistas do Ministério Público. A lei foi revogada pelo chamado Código de Menores, que regulou de forma mais específica a adoção no Brasil. Houve muitos avanços, pois a lei estendeu direitos aos adotados, e criou um novo instituto, a adoção plena, que valia apenas para menores de 7 anos.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, que com seu princípio da igualdade, e seu objetivo de promover o fim da discriminação na República Federativa do Brasil, a distinção entre filhos adotivos e filhos biológicos foi eliminada. Apenas uma nomenclatura começou a ser utilizada: Filhos. A Carta Magna não deu só tratamento idêntico, como também os mesmos direitos, e proibiu qualquer distinção discriminatória. Dizendo assim o art. 277, parágrafo 6º "*Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação*".

O ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente regula de forma integral a adoção no Brasil para os menores de 18 anos. Se tratando de uma norma específica, tem prevalência na norma geral. Com as novas regras previstas no Estatuto, a adoção passou a ser um ato complexo e irrevogável, necessitando assim de decisão judicial. Após a sentença do juiz lavrando a adoção, a origem do adotando é apagada. Uma nova certidão de nascimento é emitida e não há possibilidade de impugnação, bem como também não é possível investigação de paternidade ou maternidade pelo filho adotado.

É possível adotar todos aqueles que tenham mais de 18 anos, e que sejam absolutamente capazes. Não existe mais limitação quanto ao estado civil, podendo adotar os solteiros, os casados, ou os que vivam em união estável.

A adoção homoparental no Brasil é recente. Os Tribunais começaram tímidos, dando parecer favoráveis ao tema em casos isolados. Em 2010 um caso de adoção homoafetiva chegou até o Supremo Tribunal de Justiça. Tratava-se de duas mulheres Gaúchas que conviviam juntas em união estável desde 1998. Uma delas requereu adoção de dois menores, irmãos, que sua companheira adotou judicialmente desde o nascimento. O Pedido foi feito no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que deu parecer favorável a autora da adoção, uma vez que as crianças já a tratavam como mãe. Porém o Ministério Público do mesmo Estado recorreu da decisão ao

STJ, alegando que a decisão contrariou os artigos 1622 e 1723 do Código Civil de 2002, 1º da Lei 9278/96 e 4º da Lei de Introdução as normas do direito brasileiro. O MP/RS alegou também que união homoafetiva caracteriza sociedade de fato, e não família, o que vedaria a adoção conjunta pleiteada pela parte.

O STJ negou apelação do Ministério Público, pois o parecer técnico feito pela equipe especializada não mostrou impedimento para que adoção não fosse realizada. O ECA é claro ao ressaltar que o melhor interesse da criança deve prevalecer aos interesses privados. Só duas coisas moviam o Ministério Público, a discriminação e o preconceito. O Relator do processo, Ministro Luis Felipe Salomão ainda destacou a importância do STJ na desconstrução dos preconceitos e frisou que a união homoafetiva merece total proteção do Estado. O Ministro Aldir Passarinho Júnior deu seguinte voto favorável à adoção:

> RECURSO ESPECIAL Nº 889.852 - RS (2006/0209137-4)
>
> "Sr. Presidente, realmente a jurisprudência do STJ vem fortalecendo essa compreensão. Já julgamos processo, salvo engano, de V. Exa., em que admitimos a mudança de sexo no registro de nascimento. Em outro caso mais antigo, acredito que da relatoria do Sr. Ministro Fernando Gonçalves, houve a posse e guarda da criança por uma das companheiras supérstites na relação. Admitimos também, em outro precedente, a divisão patrimonial entre um casal do mesmo sexo. Mais recentemente, a Terceira Turma admitiu, em relação ao direito à previdência complementar da pessoa que estava inscrita no plano, ainda que do mesmo sexo. De modo que a jurisprudência vem toda caminhando nesse sentido. E mais o precedente citado por S. Exa., no REsp. n. 820.475/RJ, admitindo a possibilidade jurídica de uma ação, embora tenha sido por maioria, é um precedente, e, como V. Exa. costuma enfatizar, e eu também valorizo muito, este é um Tribunal de precedentes, que firma teses. E naquele a maioria firmou que seria possível a ação declaratória de união estável entre pessoas do mesmo sexo.
>
> Caminhando nesse sentido, estou inteiramente de acordo com o voto do Sr. Ministro Relator, principalmente pela primeira parte da fundamentação quanto à necessidade de proteção maior, que é o direito à vida e à dignidade dos menores, que estão muito bem assistidos pelo casal em questão.
>
> Já havia lido o voto e, agora, relendo-o, registro o meu elogio quanto à qualidade dos judiciosos argumentos apresentados por S. Exa., com quem estou de acordo. Conheço do recurso especial e nego-lhe provimento"

O ECA, que hoje regula as adoções no Brasil, não veda em seu texto que casais homoafetivos possam pleitear a adoção. O que deve ser levado em consideração é sempre o melhor interesse da criança. É certo que a decisão corajosa do STJ, na época, abriu precedente para que casais homoafetivos pudessem compartilhar do mesmo desejo de ter uma prole. A adoção se tornou mais facilitada a partir do reconhecimento da união homoafetiva com entidade familiar. Um direito que antes era cerceado, se tornou pleno também com a resolução nº 175 do CNJ. Antes, os casais precisavam passar certas vezes por batalhas judiciais, que demandavam tempo e um desgaste emocional intenso.

A Adoção por casais homoafetivos no Brasil é uma conquista que veio com o reconhecimento dessas uniões como entidade familiar e posteriormente com o casamento civil. É possível ainda estender a licença maternidade que foi prevista apenas para a mulher, aos casais homoafetivos que adotaram.

Hoje, casais homoafetivos que queiram adotar um filho devem ir até a vara da infância e da juventude da cidade onde residem e levar todos os documentos pertinentes. Será solicitado um atestado médico de sanidade física e mental, e certidões cível e criminal. Após essa fase o casal precisará fazer uma petição inicial através de um advogado, para iniciar o processo de

inscrição para adoção. Com a aprovação o nome do casal constará no cadastro local e nacional de adoção. Vale ressaltar que o cadastro não faz distinção entre famílias. O Procedimento é o mesmo para todos aqueles que pleiteiam ter um filho.

4. MÉTODOS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

> Como qualquer família, as uniões homoafetivas também têm o direito de consolidar seus vínculos de afeto por meio de filhos. O direito ao planejamento familiar e à filiação é direito de todos. (DIAS/ Reinheimer, 2012)

Por avanços da engenharia genética, e dos métodos de reprodução assistida, hoje não se faz necessário a criação da vida humana apenas através do sexo entre o homem e a mulher. Agora a concepção pode ser realizada fora do corpo humano, dentro de uma sala de laboratório. Para deixar a coisa ainda mais complexa, uma mulher pode estar grávida de um óvulo fecundado que foi doado por uma outra mulher.

Com essa evolução da ciência, casais homoafetivos com sonhos de aumentar sua família puderam socorrer a métodos de reprodução *in vitro* para a procriação. O Conselho Federal de Medicina editou em 1992 a Resolução 1359/92 que estabelecia os parâmetros éticos para a utilização dessa técnica. Em 06 de janeiro de 2010 foi publicada no Diário Oficial da União nova Resolução(1957/10) que passou a tratar o tema. O Nosso Código Civil de 2002 em seu art. 1597 traz de forma muito singela ao tratar apenas de casos de inseminação artificial. A Lei reconhece os filhos havidos de métodos de reprodução homóloga e heteróloga.

Considera-se reprodução homóloga quando o material a ser fecundado pertence ao casal. A Fecundação é feita em laboratório, que depois de fecundado é introduzido no útero da mulher para que possa vir à vida. Já na reprodução heteróloga, o material genético utilizado é concedido por um doador anônimo, estabelecendo-se à filiação com aquela que está carregando o filho em seu ventre. Caso a mulher seja casada e o marido consinta com a prática, ele será o pai por presunção legal.

Essas técnicas estão ao alcance dos casais homoparentais, pois a resolução do Conselho Federal de Medicina permite o uso da técnica a qualquer pessoa.

A Gestação por substituição, que consiste na cessão do útero para gerar filho de outrem, é a técnica mais utilizada entre os casais homoparentais que escolhem ter filhos através dos métodos de reprodução assistida. A técnica, quando utilizada por casal composto por dois homens, consisti em utilizar um óvulo de uma doadora anônima que será fecundado com os gametas de um deles. Após a concepção o óvulo fecundado é introduzido numa barriga de aluguel, lembrando que é vedado no Brasil a comercialização. Quando em casais de lésbicas, é comum ver uma gerando o óvulo fecundado da outra com gameta de um doador anônimo.

Diante das diversas formas que o método nos traz, e da falta de regulamentação por parte do nosso Poder Legislativo, casas homoafetivos bateram à porta do judiciário procurando a tutela de seus direitos. Mas e agora? Filhos de quem? Filhos daqueles que quiseram e planejaram ter o filho. A jurisprudência já vem decidindo com essa linha de raciocínio, pois para o melhor interesse da criança não só vale os laços genéticos, mas sim os laços socioafetivos.

Um caso curioso aconteceu em Pernambuco. Mailton Alves Albuquerque e Wilson Alves Albuquerque, casados desde 1998, conseguiram colocar seus nomes na certidão de nascimento da filha, Maria Tereza, que foi gerada a partir do óvulo de uma doadora anônima fecundado com o material genético de um deles. A prima de um deles cedeu o útero para que Maria Tereza pudesse nascer. Foi a primeira decisão favorável ao tema no País.

5. DA ALIENAÇÃO PARENTAL

A Alienação Parental e por consequência a Síndrome da Alienação Parental – SAP, embora tenha sido prática constante nos litígios de guardas de menores por parte dos pais, ou por outrem, teve sua importância reconhecida recentemente.

O legislador e a sociedade sentiram a necessidade da criação de uma norma específica (lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010) para tratar sobre o tema e conceituou, em seu artigo segundo, da seguinte maneira:

> Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Indo além dessa interpretação editada pelo legislador, estende-se o conceito para não somente a repulsa a genitor, mas para com os avós, irmãos, tios, ou todo aquele que de alguma forma participa e é importante socioafetivamente para a criança na esfera familiar.

Por imposição cultural, muitas vezes, ou quase todas elas, cabia à mãe a guarda dos filhos. Na divisão familiar, anterior à separação, a mãe detinha a responsabilidade da criação e o pai tinha como principal tarefa apenas trazer para casa o sustento da família.

Nesse sentido, temos em Azevedo e Guerra que à mulher cabe o poder sobre os filhos, não como relação de troca e apoio, mas como mecanismo de compensatório com o companheiro, que lhe domina, de dominação dos filhos (apud CALÇADA, 2014, p. 13).

Então prevalecia a ideia que na ruptura conjugal a guarda dos filhos deveria ficar com a mãe e ao pai cabia a responsabilidade de manter o sustento com ajudas pecuniárias, com direito a algumas visitas regradas pela mãe. Essa situação foi mudando paulatinamente, tendo como marco a isonomia de gênero implementada pela Constituição Federal de 1988, onde o homem deixa de ser o cabeça do casal, a parte do conjunto que fica mais distante dos filhos para cumprir seu papel de provedor, fora de casa. Nesse interim, o pai percebeu a importância da manutenção parental para com o filho e do quanto é importante sua presença na vida do mesmo. A guarda compartilhada é uma prova dessa mudança.

Nas palavras de Maria Berenice Dias (DIAS, 2008):

> A evolução dos costumes, que levou a mulher para fora do lar, convocou o homem a participar das tarefas domésticas e a assumir o cuidado com a prole. Assim, quando da separação, o pai passou a reivindicar a guarda da prole, o estabelecimento da guarda conjunta, a flexibilização de horários e a intensificação das visitas.

Na atual realidade ocidental, com a multiplicidade de formas de família, essa diferenciação de gênero, fundada no binômio macho/fêmea tem sua influência ponderada, se pensarmos numa família homoafetiva, por exemplo, esses papeis não são necessariamente desempenhados.

Seja qual for a modalidade de estrutura do casal, quando do desfazimento de uma relação amorosa que põe fim aquele modelo de dinâmica familiar que antes se vivenciava, quando um dos lados sai ferido da separação, um dos genitores, ou ambos, movidos pelo ódio ou por outros sentimentos, acabam usando o filho como arma à vingança, alienando-o maliciosamente com a implantação de falsas memórias. O objetivo desse ato é desmoralizar e tentar afastar o filho do outro genitor. Com falsas memórias, o filho não consegue mais distinguir o que é verídico e o que é fantasioso e entende que de fato as viveu. Em outras palavras, o genitor malicioso abusa de seu poder e faz a criança ou adolescente acreditar em sua falsa história. Essa conduta gera um dano difícil de reparar, pois o filho, acreditando no genitor malicioso, passa a ver o outro genitor com sentimento de medo e desproteção. Assim sendo, esses sentimentos desencadeiam a destruição do vínculo que antes existira.

É comum ver a mãe como alienadora ao utilizar o filho como instrumento de vingança e brutalidade. Há uma tentativa da ruptura do laço paternal existente, pensada maliciosamente por parte da mãe. Da mesma forma, podemos ver o pai como alienador, destorcendo a imagem que o filho tem da mãe. Nessa rodada de manipulações, é possível observar a presença de pequenas

ações com objetivo de denegrir a imagem do outro genitor, a omissão, quando se tenta afastar o outro genitor do convívio social do filho, até a denúncia falsa de abuso sexual e maus tratos.

A decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a seguir, relata um caso de alienação parental, onde a desembargadora negou pedido de apelação da parte que acusou a outra de abuso sexual. Trata-se de caso de alienação parental por parte da mãe, que obrigou a filha a falar que sofria abuso sexual do pai. No processo a filha informou à magistrada que foi obrigada pela mãe a relatar fatos que não aconteceram.

> APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. ABUSO SEXUAL. INEXISTÊNCIA. SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL CONFIGURADA. GUARDA COMPARTILHADA. IMPOSSIBILIDADE. GARANTIA DO BEM ESTAR DA CRIANÇA. MELHOR INTERESSE DO MENOR SE SOBREPÕE AOS INTERESSES PARTICULARES DOS PAIS "Pelo acervo probatório existente nos autos, resta inafastável a conclusão de que o pai da menor deve exercer a guarda sobre ela, por deter melhores condições sociais, psicológicas e econômicas a fim de lhe propiciar melhor desenvolvimento. A insistência da genitora na acusação de abuso sexual praticado pelo pai contra a criança, que justificaria a manutenção da guarda com ela não procede, mormente pelo comportamento da infante nas avaliações psicológicas e de assistência social, quando assumiu que seu pai nada fez, sendo que apenas repete o que sua mãe manda dizer ao juiz, sequer sabendo de fato o significado das palavras que repete. Típico caso da Síndrome da Alienação Parental, na qual são implantadas falsas memórias na mente da criança, ainda em desenvolvimento. Observância do art. 227, CRFB/88. Respeito à reaproximação gradativa do pai com a filha. Convivência sadia com o genitor, sendo esta direito da criança para o seu regular crescimento. Mãe que vive ou viveu de prostituição e se recusa a manter a criança em educação de ensino paga integralmente pelo pai, permanecendo ela sem orientação intelectual e sujeita a perigo decorrente de visitas masculinas à sua casa. Criança que apresenta conduta anti-social e incapacidade da mãe em lhe impor limites. Convivência com a mãe que se demonstra nociva a saúde da criança. Sentença que não observou a ausência de requisito para o deferimento da guarda compartilhada, que é uma relação harmoniosa entre os pais da criança, não podendo ser aplicado ao presente caso tal tipo de guarda, posto que é patente que os genitores não possuem relação pacífica para que compartilhem conjuntamente da guarda da menor. Precedentes do TJ/RJ. Bem estar e melhor interesse da criança, constitucionalmente protegido, deve ser atendido. Reforma da sentença. Provimento do primeiro recurso para conferir ao pai da menor a guarda unilateral, permitindo que a criança fique com a mãe nos finais de semana. Desprovimento do segundo recurso". (0011739-63.2004.8.19.0021 2009.001.01309 - APELACAO - 1ª Ementa DES. TERESA CASTRO NEVES - Julgamento: 24/03/2009 - QUINTA CAMARA CIVEL).

Observado o caso acima, nota-se o quanto é danosa a SAP - Síndrome da Alienação Parental para a criança.

A lei da alienação parental foi editada para os tipos familiares tradicionais (heteroafetivos e monoparentais), demonstrando o paradigma de heteronormatividade que ainda impera no Brasil. Com a decisão do Supremo Tribunal Federal de maio de 2011, que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, abriram-se precedentes às adoções e métodos de inseminação heteróloga. Então, há um novo arranjo familiar reconhecido, que como os outros, deve ser estudado e observado para casos de alienação parental que possam surgir, como trataremos a seguir.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS: DA APLICAÇÃO DA LEI DE ALIENAÇÃO PARENTAL EM FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS

Diante do estudo aqui produzido, constata-se que a realidade social hoje não se retringe mais à família patriarcal hetoroafetiva, e nesse contexto, temos a realidade latente e já legitimada da familia homoafetiva, graças à tendência contemporânea dos direitos fundamentais de reconhecimento das especificidades e peculiaridades dos sujeitos de direito.

Ao lado disso, vem sendo desvendado um problema antigo, mas que so agora ganha voz, a síndrome da alienação parental, que tem como pano de fundo a dinâmica familiar, coube, portanto, avaliar a aplicação da lei de alienação parental nesse novo arranjo familiar, pois seu reconhecimento procede à lei, que foi sancionada em 2010. A lei 12318/10 não faz distinção entre tipos de famílias, pois utiliza inicialmente o termo "genitores" no seu Art. 2: *Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este,* não causando a exclusão das famílias homoafetivas, pois a palavra "genitor" deve ser lida em seu sentido amplo. Sendo genitor não somente o que gera (no sentido biológico), mas no sentido humano, isto é, no sentido socioafetivo. Com isso, a lei se abrange aos casais homoafetivos.

Mais à frente em seu parágrafo único, a lei exemplifica formas de alienação parental e como seu artigo segundo, não faz distinção, nem exclui nenhum arranjo familiar. No inciso terceiro da lei, a palavra genitor, que deve ser lida em seu conceito amplo, permite a amplitude da aplicação da lei.

A lei apresenta formas muitos gerais, na conceituação e nas probabilidades de alienação parental, pois não trata de forma mais ampla as formas de alienação nas peculiaridades de cada arranjo familiar.

A Alienação Parental em famílias homoafetivas é um tema muito recente, uma vez que o reconhecimento da união como entidade familiar foi em 2011, e as adoções por esse arranjo familiar começou de forma mais expressiva após a decisão do Supremo Tribunal Federal. Por esses motivos, e pela tramitação que segue os casos de Direito das Famílias, ou seja, em segredo justiça, jurisprudências sobre o tema são escassas.

Um caso curioso aconteceu na cidade de Ohio nos Estados Unidos, onde um casal de lésbicas planejaram ter um filho. Elas recorreram a métodos heterólogos para aumentar a prole. Utilizaram o material genético de um doador anônimo, que foi fecundado com o óvulo da mesma que carregou a filha em seu ventre.

Acontece que a mulher que gerou a criança não quis mais à relação, e levou consigo a filha. A outra mãe da criança entrou com pedido no Tribunal de Ohio pedindo guarda da filha, porém o pedido foi negado. O Tribunal entendeu que não existia relação biológica da apelante com a criança, e indeferiu pedido de guarda.

Avaliando o caso que aconteceu no estrangeiro e trazendo a luz do nosso ordenamento, fica a pergunta: Seria um caso de alienação parental? É possível aplicação da lei 12.218/10 ao caso se acontecesse no Brasil?

Sim, é um caso explícito de alienação parental, e deveria ser tratado como tal. Pois existe uma relação de tentativa de separação da criança de uma de suas mães pela outra. Por mais que não existisse relação biológica, existia algo ainda mais relevante para o nosso ordenamento, a relação socioafetiva, que é trazida pelo Estatuo da Criança e do Adolescente.

A Aplicação da lei nesse caso concreto seria feita assim como é aplicada aos demais casos. O magistrado talvez teria uma certa facilidade em julgar casos como o citado, pois não existiria a imposição cultural da mãe sempre ficar com guarda dos filhos, já que a figura materna existiriam duas vezes, ou não existiriam.

Vale ressaltar que alienação parental não é um problema de um certo tipo de família, ela acontece e pode acontecer nos mais variados arranjos familiares. A orientação sexual dos pais nada influi, e nem torna a alienação mais danosa para o filho.

Conclui-se que há cabimento na aplicação da lei de alienação parental em famílias homoafetivas. Primeiro porque há entendimento do Supremo Tribunal Federal que união homoafetiva consegue preencher todos os requisitos para ser considerada entidade familiar, e segundo

porque a própria lei que versa sobre alienação não discrimina os tipos de família em que a lei será aplicada.

7. REFERÊNCIAS

ARNAUD, André-Jean. Et. Al. (direção). **Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito**. Tradução de Patrice Charles, Ef. X. Willlaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CALÇADA, Andreia. PERDAS IRREPARÁVEIS: alienação parental e falsas acusações de abuso sexual. Publit Soluções Editoriais: Rio de Janeiro, 2014.

CALDWELL, Helen. O Otelo Brasileiro de Machado de Assis: um estudo de Dom Casmurro. São Paulo: Ateliê Editorial, 2008.

DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da lei 11340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 2 ed. São Paulo: RT, 2010.

_____. Manual de direito das famílias. 6 ed. São Pàulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FREITAS, Douglas Philips. ALIENAÇÃO PARENTAL: Comentários à Lei 12.318/2010. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

HABERMAS, Jürgen. Mudança Estrutural da Esfera Pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro,1984.

KELSEN, Hans. **A Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Armênio Amado Editores, 1984.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 2 ed. São Paulo, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; et ali. Curso de Direito Constitucional. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MISKOLCI, Richard. A Teoria Queer e a Sociologia: o desafio de uma analítica da normalização. *In* Revista Sociologias. Porto Alegre, ano 11, nº 21, jan/jun/2009. p. 150/182.

SALDANHA, Nelson. O Jardim e a Praça: o privado e o público na vida social e histórica. 2 ed. Rio de Janeiro: Atlântica Editora, 2005.

SOUZA, Luiz Antonio de/ KÜMPEL, Vitor Frederico. Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher: lei 11340/2006. 2 ed. São Paulo: Método, 2008.

WEBOGRAFIA

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco/Vecchiatti, Paulo Roberto Iotti. ADI N. 4.277 - Constitucionalidade e relevância da decisão sobre união homoafetiva: o STF como instituição contramajoritária no reconhecimento de uma concepção plural de família. Rev. direito GV vol.9 no.1 São Paulo Jan./June 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322013000100004&script=sci_arttext

BANDEIRA, Regina. Agência CNJ de notícias. Conheça o processo de adoção no Brasil. Disponível em:

http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/21572-conheca-o-processo-de-adocao-no-brasil

DIAS, Maria Berenice. REINHEIMER, Thiele Lopes. A reprodução assistida heteróloga nas uniões homoafetivas. Disponível em: http://mariaberenice.com.br/uploads/a_reprodu%E7%E3o_assistida_heter%F3loga_nas_uni%F5es__homoafetivas_-_thiele.pdf

DIAS, Maria Berenice. Filhos do afeto. Disponível em:

http://mariaberenice.com.br/uploads/3_-_filhos_do_afeto.pdf.

DIAS, Maria Berenice. Milagre da Ciência. Disponível em:

http://mariaberenice.com.br/uploads/3_-_filhos_do_afeto.pdf

_____. ALIENAÇÃO PARENTAL: O QUE É ISSO? Disponível em http://lexuniversal.com/pt/articles/1186. Consultado em 18 de setembro de 2014.

MALASKA, Dave. Live after Lucy. 2011. Disponível em:

http://citybeat.com/cincinnati/article-23871-life_after_lucy.html

http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322013000100004

DO CONSTITUCIONALISMO AO NEOCONSTITUCIONALISMO:

breves ponderações acerca do contexto político-jurídico de transformação, à luz da participação popular, na sua face de direito fundamental

Carlos Jair de Oliveira Jardim[1]

1. INTRODUÇÃO

Para corroborar a tese de que o Direito – entendido como norma de conduta que rege as relações sociais – é uma espécie de "fenômeno cultural", basta um breve olhar sob as "lentes" da historicidade humana e verificar que, especificamente aos sistemas políticos-jurídico, estes lançam as bases dos seus discursos e arrastam nas suas evocações contextuais, elementos que se adaptam sistematicamente à interpretação emanada pela ordem vigente. A título de exemplo, definições como: democracia, soberania popular, participação popular, dentre outras; assumem uma sutil variação semântica que acabam por formar uma dimensão acrítica que podem passar silenciosamente despercebidas por análises menos acuradas.

O processo de constitucionalização do Direito surgiu como uma forma de defesa em face aos vários regimes governamentais que se sucederam pelas vias autoritárias. Foi uma resposta às arbitrariedades consumadas sempre com o respaldo na supremacia da lei.

O Constitucionalismo, ao passo em que conseguiu prover de segurança o Estado de Direito contra representações estatais totalitárias; de certa forma, também forjou uma clausura ao mundo jurídico, quando legitimou a primazia da instância legislativa, em detrimento do direito que fora relegado a uma mera função mecanizada.

Embora visando sempre à garantia da hermética posição do sistema normativo contra bases ideológicas autoritárias, o constitucionalismo permitiu com isso, o isolamento de certas decisões do processo democrático, como se tentasse criar uma cortina de proteção contra o suposto despreparo da maioria dos cidadãos.

O Neoconstitucionalismo, como inquietante alternativa, surgiu no intuito de mitigar o que dantes havia sido construído pelo Constitucionalismo, qual seja, o apartar rigoroso entre Lei e Direito, entre Direito e Moral. Experimentou-se uma carga valorativa ou principiológica às leis. Os juízes se libertam da exegese literal (abandonam a debilidade hermenêutica) e traduzem as interpretações para além do conteúdo positivado dos preceitos legais.

Esta característica, embora considerada de visibilidade demarcatória entre os paradigmas expostos, também se tornou elemento de tensão, no momento em que embates teóricos revelam derivadas correntes de pensamento em que os sujeitos ativos do Judiciário extrapolam os limites concedidos pelo novo paradigma a ponto de expor, similarmente ao seu antecessor, certo desapego aos princípios democráticos - *v.g.*, mitigam a participação popular -, eis que subvertem a ordem e transmudam a valoração coletiva de comportamentos, à singularização do processo decisório, e consequentemente, deixam de ser o canal por onde deveriam ser escoadas as pretensões da sociedade e conduzem o paradigma decisório à mercê dos critérios ideológicos de uma restrita camada da sociedade.

---

1 Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Católica de Pernambuco. Especialista em Planejamento e Gestão Pública pela Universidade de Pernambuco. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Servidor Público Federal do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Professor da Faculdade Boa Viagem.

2. A CONSTRUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO

Na tentativa de identificar um sucinto corte cronológico na história do constitucionalismo – se isto for realmente possível – faz-se importante visualizar esse movimento como sendo um produto originado do processo de reação da Modernidade, cuja base inicial erigiu-se de pensamento ideológico da classe social que se estabelecia, a esse tempo, economicamente dominante, e que teve como ideário, a contraposição ao sistema de decisão autoritária e personalista do Estado Absoluto.

A relação de poder entre o Estado e o cidadão, recalcitrantemente presenciada pela sua característica indelevelmente assimétrica, fez prevalecer a supremacia política do Estado, apanágio que consagrou a alcunha de "inimigo do cidadão". É nesse contexto que os ideais do Liberalismo emergiram na tentativa de propor uma solução que impusesse ao Estado, contornos que demarcassem os limites de sua esfera autoritária das decisões, ao passo em que se ampliasse a liberdade política dos cidadãos. Não sendo assim, esses sujeitos sociais, quando em situações de mínimas incongruências de seus interesses, os quais postos em conflito com os estatais, poderiam ser considerados de potencial hostilidade, não lhes restando outra, senão a posição perpétua de subordinação política. Relevantes as palavras de Giovanni Sartori acerca do tema:

> Gostaria que ficasse muito claro, então, que (a) falar de liberdade política é preocupar-se com o poder dos poderes subordinados, com o poder das pessoas sobre quem é exercido; e (b) o enfoque adequado ao problema da liberdade política é perguntar como o poder desses poderes menores e potencialmente perdedores pode ser salvaguardado. Temos liberdade política, isto é, temos um cidadão livre na medida em que são criadas condições que possibilitem a seu poder menor resistir ao poder maior que, caso contrário, dominá-lo-ia ou, de qualquer forma, poderia dominá-lo com facilidade. É por isso que o conceito de liberdade política assume, antes de tudo, uma conotação de antagonismo. É liberdade *em relação à* porque é liberdade *para* o mais fraco [...] O que esperamos da liberdade política é proteção contra um poder arbitrário e ilimitado (absoluto). Com uma situação de liberdade queremos dizer uma situação de proteção que permita aos governados oporem-se efetivamente ao abuso do poder dos governantes.[2]

Ostentado na busca de um sistema que "impessoalizasse" as decisões políticas e jurídicas das nações, que o constitucionalismo conquistou o seu espaço. A sociedade moderna encontrou uma forma de governança que não reservasse seus resultados aos sabores dos pluralismos das organizações sociais que a antecederam, em cada qual, cada grupo social mantinha uma forma e um padrão nas relações sociais, e cuja complexidade funcional reservava um alto custo para a sociedade.

A sociedade pautava-se no senso comum de que somente por um sistema em que predominassem as leis, haveria condições de se estabelecer a liberdade política. Experimentou-se, então, o predomínio do governo legislativo. A supremacia da Lei, supostamente, garantiria a todos os cidadãos a prerrogativa da igualdade, eis que a criação do corpo normativo estaria assentada na expressão da vontade da sociedade. Sendo assim, ainda que de forma não totalizante, a vontade da maioria haveria de prevalecer, e os cidadãos haveriam de se submeter às regras de comportamento advindas da vontade de um grupo expressivo da sociedade, e não à vontade de poucos.

Inquietações à parte, alguns questionamentos tão logo despontam e merecem acurada análise, a saber: a quem pertenceria a autonomia para a criação das leis? Um pouco mais além, então, quais as prioridades elencadas para os motivos da expressão de iniciativa da lei? ou, ainda, como a representatividade num sistema democrático, não direto, poderia garantir efetivamente que ali residiria a vontade da maioria?

---

2 SARTORI, Giovanni. A teoria da democracia revisitada. São Paulo: Ática, 1994, 2v. p. 65.

Inspirado nesse contexto que o Estado se distanciou, em certa medida, dos cidadãos, posto que para ele, ou melhor, para os seus entes representativos, havia sido transferida a confiança da criação das leis, ficando supletivamente a participação dos cidadãos relegada a uma mera chancela de autorização, tão-somente, de forma diferida.

Paralelamente, não tardou o aparecimento dos embates doutrinários que se dividiam aos que, de um lado, em atenção ao princípio democrático, afirmavam ser o constitucionalismo, ao tempo em que limitava o poder autoritário (outrora experimentado pelos Estados Absolutos), celebrado pelo processo de governo da maioria. Essa maioria poderia ser intitulada como sendo a maioria da representatividade no instante da criação normativa – ainda que com isso houvesse a criação das leis da minoria (grupos fortes de representação) em detrimento da maioria dos cidadãos.

De outra banda, havia os que se posicionavam de forma divergente, afirmando que o sistema democrático tinha na sua essência a representatividade como contraponto de uma sociedade plural e desigual, porquanto, dotada de cidadãos que se deixariam levar aos posicionamentos passionais, colocando em risco todo um processo de estabilização alcançado pelo corpo legislativo. Oportunas são as palavras de Stephen Holmes, veja-se:

> [...] como podemos justificar um sistema que reprime a vontade da maioria? Por um lado, podemos invocar – seguindo o espírito do juiz Jackson – direitos fundamentais: se tais direitos estão, de algum modo, "inscritos na natureza", simplesmente podem passar por cima de todo consentimento. Ou, podemos dar enfoque ao caráter autodestrutivo de uma democracia constitucionalmente ilimitada. Esta linha de argumentação segue, por exemplo, F. A. Hayek. Em sua opinião, uma Constituição é nada mais que um recurso para limitar o poder do governo. Os cidadãos de hoje são cegos, têm pouco domínio de si mesmos, são lamentavelmente, indisciplinados e sempre tendem a sacrificar princípios duradouros na questão do prazer e benefícios imediatos. Uma Constituição é o remédio institucionalizado contra esta cegueira crônica: retira poderes, temporariamente, do povo em nome de normas obrigatórias ... Martin Shapiro oferece uma perspectiva diferente, de fato, contrária ... Não devemos nos deixar escravizar por "certos cavalheiros já mortos que não puderam visualizar nossas circunstâncias atuais". Devemos nos deixar guiar, tão-somente, por nossa decisão coletiva, sobre o tipo de comunidade que queremos converter. Shapiro e Hayek exemplificam o ponto e o contraponto do debate a seguir. Seu desacordo representa claramente a luta – se posso dizê-lo assim – entre os democratas, para quem a Constituição é um incômodo, e os constitucionalistas, para quem a democracia é uma ameaça.[3] (tradução nossa).

De fato, há fortes argumentos que se fazem presentes em ambos os discursos, a considerar aspectos que comungam em favor de um ou de outro.

---

3 "[...] ¿cómo podemos justificar un sistema que sufoca la voluntad de la mayoría? Por uma parte, podemos invocar – siguiendo el espíritu del juez Jackson – derechos fundamentales: si tales derechos están de algún modo "inscritos em la natureleza",simplemente pueden pasar por encima de todo consentimiento. O bien, podemos enfocar el carácter autodestructivo de una democracia constitucionalmente ilimitada. Esta línea de argumento la sigue, por ejemplo, F. A. Hayek. A su parecer, una Constitución no es más que un recurso para limitar el poder del gobierno. Los ciudadanos de hoy son miopes; tienen poco dominio de sí mismos; son lamentablemente indisciplinados y siempre tienden a sacrificar principios perdurables en aras de placeres y beneficios inmediatos. Una Constitución es el remedio institucionalizado contra esta miopía crónica: quita poderes a mayorías temporales en nombre de normas obligatorias. Una Constitución es como un freno, mientras que el electorado es como un caballo desbocado ... Martin Shapiro ofrece una perspectiva diferente; de hecho, contraria ... No debemos dejamos esclavizar por "ciertos caballeros ya difuntos que no pudieron visual izar nuestras circunstancias actuales". Debemos dejamos guiar tan sólo por nuestra decisión colectiva acerca del tipo de comunidad en que queremos convertimos. Shapiro y Hayek ejemplifican el punto y el contrapunto de un debate que prosigue. Su desacuerdo representa claramente la pugna si puedo decirlo así- entre los demócratas, para quienes la Constitución es un fastidio, y los constitucionalistas, para quienes la democracia es una amenaza".(HOLMES, Stephen. El precompromisso y la paradoja de la democracia. Disponível em: <http://derecho.itam.mx/facultad/materiales/proftc/herzog/Holmes%20-%20Precompromiso.pdf>, acesso em: 20-mai-2009).

Por um lado, a vertente consagradora da necessidade premente de um regime democrático em relação aos regimes autoritários, fortemente nos conduz à perspectiva social cujo ponto de fuga se dirige a uma vigorosa atenção na pluralidade da sociedade. Esse é o elemento que certamente nos remete ao contexto de debates e discussões, reconhecido dentro de um dilatado cenário participativo, para que se desenvolva a maturidade política, e ampliem-se, verdadeiramente, a compreensão de como se aparelham as diversas formas de agrupamentos sociais e, por sua vez, as suas diversas necessidades, na tentativa de equacionar os inevitáveis confrontos advindos dos conflitos inerentes às relações sociais cuja escassez de bens e as ilimitadas necessidades humanas não se furtarão de produzir.

Entretanto, o mesmo elemento que ressalta a linha de raciocínio destacada anteriormente, expõe o seu contraponto. Está-se, portanto, diante da clássica figura da aporia. A pluralidade da sociedade parece, por si só, protagonizar tal situação. Depara-se, a sociedade Moderna[4], notadamente ao período pós-industrial, com as diversas formas de convivência social, costumes, credo, níveis de escolaridade, grau de interesses; enfim, fatores diversos que acabam por interferir na tomada de decisões, sem com isso, um ou outro grupo social não se veja diante de situações próprias em que se coloque o interesse pessoal à frente do interesse coletivo, e dessa forma, passem a subverter a ordem de um sistema democrático.

É dizer, a própria pluralidade aventada nesse texto, que se deduziu como um dos basilares elementos a justificar a aplicação da democracia, pode vir a produzir efeitos responsáveis por transmudar os seus próprios fundamentos que é a participação de todos no processo decisório.

Não se deve inferir com isso, utilizando-se de uma parca interpretação, ainda que de modo extensivo, como se transbordasse da leitura do trecho anterior, que se pretenda dar ensejo à defesa em prol do alijamento no processo decisório. Inaplicável seria tal ilação. Essa é, tão-somente, uma possível explicação que se revela em face da suposta tensão entre as limitações impostas pelo Constitucionalismo e os princípios esculpidos pelo processo democrático.

O confronto ideológico entre o constitucionalismo e a democracia se estabelece, de pronto, quando se estreitam as suspeitas de que um regime democrático não poderia se submeter a um sistema dito "contramajoritário" (como se aplica ao reconhecimento conceitual do constitucionalismo), alcançando a ideia de que poucos cidadãos definem normas das quais prevalecerão por um longo tempo, quiçá indeformáveis, enquanto outros que se posicionaram contrários a ela, ou até mesmo para aqueles que ainda chegarão em vindouras gerações, estariam fadados à restrita submissão de um regramento jurídico-político do qual não participaram e, mais grave ainda, não se coaduna com a sua realidade social.

A bem da verdade, faz-se imperiosa uma leitura crítica das entrelinhas contidas nos discursos, especialmente, quando se põem em pauta evocações aos elementos do "regime democrático", como também, do "constitucionalismo".

No pertinente à democracia, vale ressaltar que sua apoteose talvez, somente se tenha dado nas origens datadas da antiguidade ocidental, e ainda assim, numa assimetria de classes sociais, haja vista que nem todos eram considerados cidadãos e, portanto, não participavam das decisões da "polis" grega. O simples fato de se querer transportar o seu conceito – que já não se deu de forma pura à sua época – para todo é qualquer momento da história, sem considerar o contexto vivido, é desprezar todos os valores e suas variações experimentados pelo homem.

Aos que não caíram em tentação aos pressupostos sedutores do discurso, foi possível vislumbrar que o antagonismo entre opositores do constitucionalismo e democracia ganhou relevo no plano ideológico, mas na esfera pragmática as correntes cingiram-se aos seus ideais.

No que tange à democracia, é possível destacar a característica modal como esse termo se flexibilizou. Como anunciado por Giovanni Sartori:

> [...] ao adotar a "república", a civilização ocidental estabeleceu um ideal mais moderado e prudente que democracia; um ideal misto, por assim dizer, do ótimo político que descarta a coisa de alguém

4 Vários e consagrados doutrinadores já se expressam pela existência de uma sociedade pós-moderna, entretanto, com a devida reverência ao tema, furto-me em estender a referida discussão, sobretudo em face das estritas linhas desse trabalho, tendo em vista a aludida tese requerer, a meu entender, uma análise mais acurada, fato esse que extrapola os limites dessa pesquisa.

> (não importa se de uma pessoa ou do *demos*) em favor da coisa de ninguém. Assim, uma manipulação da terminologia oculta a magnitude da distância entre a tentativa de democracia da Antiguidade e sua reencarnação moderna [...][5].

Relativamente ao constitucionalismo, em que pesem as limitações impostas ao Estado, é de se relevar a grande onipresença dos entes estatais.

A uma, porque as leis advêm do Estado que garante na sua estrutura uma formação política expressa pelas classes dominantes e cujos termos "liberal" e "democrático" quase sempre se fizeram presentes nas suas convenções.

A duas, porque embora as leis tenham sido uma espécie de "alforria" dos cidadãos em relação à forma tirânica de atuação dos Estados Absolutos, ainda sim recebeu uma espécie de roupagem de autoritarismo quando, para hermetizar o seu contexto, previamente definido nos interiores do legislativo, reservou ao Direito somente a possibilidade de interpretação literal, reduzindo-o a uma função meramente mecanizada.

3. NEOCONSTITUCIONALISMO: UM RÉQUIEM AO CONSTITUCIONALISMO?

A linearidade de atributos como igualdade, liberdade, dentre outros, fortemente propalada pela sociedade moderna, sofreu vários golpes que atenuaram seus efeitos ao longo do seu processo histórico e acabaram por fragilizar uma teoria que contraditou as bases do seu ideário na medida em que aparelhou a igualdade tão-somente no plano formal e reservou à definição de liberdade a estrita obediência às leis, supostamente indeformáveis.

Essa linha de raciocínio, salvo engano, protagonizada por Savigny, foi posteriormente elevada a sua expressão máxima na difundida e consagrada teoria kelseniana.

Vários foram os enfrentamentos doutrinários (Dworkin, Alexy, Zagrebelsky, etc) que culminaram em ruir a pretensão de ser a lei um repositório de onde se extraíam com clareza irrefutável todas as soluções para os casos concretos.

Não tardaram a surgir os sinais de ruptura de um sistema que reservava intenso vigor à racionalidade e dedicava realce ao esmero pela matematização do processo argumentativo. Ocorreu o desvio do tradicional plano geométrico da busca pela verdade para, então, admitir-se "o possível", "o provável", "o razoável".

O neoconstitucionalismo surgiu como uma forma de mitigar a inflexibilidade na aplicação das normas que insistia o seu atuar apriorístico e opunha resistência acerca de aperfeiçoar o sistema normativo às ponderações pertinentes ao caso concreto.

Esse, parece ter sido sem dúvida, o grande diferencial do suposto noviço sistema político-jurídico, qual seja, o estreitamento interpretativo responsável pela aproximação do direito e a moral, fazendo com que o sistema normativo oportunizasse a co-existência de normas e princípios. Esta seria, pois, a camada que flexibilizaria os dispositivos legais projetados para atender às soluções dos conflitos sociais, mas que, tomados por uma postura acentuadamente enrijecida obscurecia o acesso aos efeitos dos iminentes direitos sociais que já se marcavam presentes.

No arrasto dessa valoração axiológica, até então suprimida do âmbito jurídico, emergiu a inquietante preocupação de que a lei não mais seria um "porto seguro" (se é que algum dia o foi) e, em sendo assim, a tão propalada segurança jurídica[6], produto de um mundo tomado pela "filosofia clássica das Luzes", sairia da esfera, dita como objetiva, que a lei proporcionava, permitindo que seu conteúdo recaísse em glosas interpretativas ao livre sabor dos aplicadores da lei, posto que, contrariamente ao restrito "preto e branco" da lei, os princípios permitiriam uma "extensa gramatura de cinzas" no aplicar das decisões.

---

5 SARTORI, op. cit. p. 47-48

6 Num sistema político-jurídico fincado em bases racionalistas positivistas o objetivo almejado seria alcançar a estabilidade do sistema, é dizer, garantir a segurança jurídica das relações, reservando-se ao plano secundário a análise acerca do debate de serem justas ou não as decisões.

Há outro aspecto relevante do qual se pode titularizar a responsabilidade ao neoconstitucionalismo. Houve uma acentuada perda de prestígio aos entes estatais legislativo e executivo. Isso se deve ao fato de ter ocorrido o elastecimento semântico do sistema normativo e a ampliação dos métodos hermenêuticos na resolução dos conflitos. Mitiga-se o culto ao formalismo em relação à lei que passa a ser aplicada concorrentemente com os princípios.

O Poder Judiciário ganha relevo social em face das outras funções estatais. É certo dizer que, quando as reflexões morais passam a fazer parte das tonalidades das decisões, acentua-se a autonomia e visibilidade dos aplicadores do Direito.

Entretanto, também não se deve olvidar que um certo descrédito das instituições políticas encampadas pelas funções legislativa e executiva se deve, não de forma incidental, porém, principalmente, aos reiterados estágios de letargia política pelos quais os agentes públicos, através dessa prática, desvinculavam-se de sua responsabilidade como sujeitos da transformação social, aparentemente numa provável manobra política para evitar os riscos eleitorais que supostamente impedissem a cômoda perpetuação partidária.

Esse vácuo político deixado intencionalmente pelo legislativo e executivo, e que, de início, foi desinteressadamente ocupado pelo judiciário, começa agora a se transformar numa possível sequela eleitoral, haja vista a crescente visibilidade creditada ao judiciário em razão da concretização dos direitos sociais que se deu, e ainda se dá, através das decisões judiciais, tudo, em detrimento da debilidade política das funções ditas como legitimadas pelo processo democrático.

Sustenta-se, através dessa narrativa, a percepção do agigantamento da ingerência da função jurisdicional nos meandros políticos institucionais. De um lado, tem-se a nítida compreensão de que as funções estatais se compensam nas suas atividades na busca de reorganizar os seus espaços políticos. Essa solução poderia ser salutar e se justificaria em razão da busca do equilíbrio quando, ante uma situação de exceção, e na impossibilidade do cumprimento de seu dever institucional, uma outra Função agisse em nome daquela e, posteriormente, de forma natural, a primeira recobrasse a sua tutela. Ocorre que a realidade nos tem mostrado uma oblíqua perspectiva dessa situação de desequilíbrio estatal. Em detrimento de uma, outra função estatal aproveita-se da debilidade (mesmo que essa seja uma debilidade simulada) para se transformar numa midiática entidade.

Na sua essência, o paradigma neoconstitucional não destoa diametralmente do seu antecessor, o constitucionalismo. O que antes dava ensejo a um totalitarismo da lei e, portanto, ao totalitarismo do legislativo; agora abre uma janela para o processo hegemônico das decisões judiciais, demonstrando que não houve quebra de estrutura, porém, tão-somente transmudaram-se o método e os sujeitos políticos do poder.

4. A SOBERANIA POPULAR, SOB O PONTO DE VISTA DA PARTICIPAÇÃO COLETIVA, CONTRIBUI DE FORMA (IN)COMPATÍVEL COM OS CONTEXTOS POLÍTICO-JURÍDICOS ANALISADOS

As características das formas como os Estados foram tomando suas feições estruturais - Estado Liberal ou Estado Social -, e na formação dos paradigmas políticos-jurídicos – constitucionalismo ou neoconstitucionalismo - não são suficientemente identificáveis de forma clara, ao menos numa análise meramente cronológica, a definir um marco temporal, senão na sua intenção meramente didático-pedagógica.

Entretanto, é plausível a compreensão de que essas transformações políticas, que não ocorrerem de forma estanque no seio da sociedade, desdobraram-se e cingiram-se entre si, muitas vezes, permitindo a intercalação dos elementos de um ou de outro sistema político, com mais ou menos intensidade, a depender do grau de exigência ou insurgência social, tanto mais perceptível quanto nas sociedade com maior grau de participação nas decisões políticas dos países.

Em que pesem as inúmeras definições acerca do fenômeno "participação popular", permissivo se faz ancorar referida definição, ao menos em um tronco comum, qual seja, a capacidade ativa de diálogo entre os cidadãos e o Estado, de forma a deliberarem em comum e conscientemente acerca das políticas públicas.

> a participação popular enquanto princípio constitucional é aquela participação do cidadão sem interesse individual imediato, tendo como objetivo o interesse comum, ou seja, é o direito da participação política, de decidir junto, de compartilhar a administração, opinar sobre as prioridades e fiscalizar a aplicação dos recursos públicos[7].

Neste sentido, a participação popular estaria entalhada na categoria dos direitos fundamentais dos cidadãos, eis que de perfil complexo e umbilicalmente ligado aos contornos dos direitos individuais e coletivos.

Em definição esclarecedora, Guilherme Peña de Moraes traduz a seguinte classificação:

> [...] direitos fundamentais são divididos em: a) direitos individuais (próprios da pessoa individualmente considerada, como o direito à vida, à liberdade, à integridade etc.); b) metaindividuais (próprios do homem enquanto membro de uma coletividade determinada ou não, como os direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos); c) sociais (próprios do homem social, como os direitos sociais em sentido estrito - saúde, educação, moradia etc. -, econômicos e culturais); d) da nacionalidade (próprios do homem nacional, ligado ao Estado, como, por exemplo, o de se candidatar ao cargo de Presidente da República); e, e) políticos (próprios do homem cidadão, que viabilizam a participação política no Estado, como o direito ao voto, direito à participação no processo legislativo etc.)[8].

Especialmente nos países com perfil cultural bastante diversificado e com um comprometimento participativo político das grandes massas sociais, deveras influenciado pelas condições mínimas de sobrevivência – forçoso nesse raciocínio marcar a presença do Brasil –, as formações estatais e seus entornos políticos não são experimentados de forma madura, de maneira que possibilite ao seu povo o exaurimento dos potenciais fatores daquele sistema a que vivem e, desse cotejo, permitir-se que se extraiam os reais elementos que oportunizem a conclusão de que aquele é verdadeiramente o melhor e mais apropriado sistema político-jurídico a que se possa legitimar.

O fato é que, independente de quão formal seja o sistema político adotado, tanto quanto menor a via de participação popular a influenciar o processo decisório, mais acentuada a exatidão da via oblíqua dos resultados, vale dizer, os produtos das decisões, nesse cenário, certamente serão "para o povo" e não, como naturalmente se deseja de uma soberania popular, que fossem "do povo".

Sem descurar das inevitáveis dificuldades funcionais de exequibilidade para a realização de um processo decisório com a totalidade da participação popular, não se pode olvidar, repise-se, que as decisões em não sendo "do povo", e sim, "para o povo", reativa-se um elemento nocivo e silencioso que realçaria o procedimento da falta de participação popular, mitigando-se a legitimação do processo democrático.

Ainda que a dinâmica das sociedades modernas interponham vários obstáculos que retratem utópica a participação popular direta nos assuntos decisórios da política, esse mesmo ingrediente, ou seja, o pluralismo societário, permite-nos deduzir que a deliberação representativa pode não se reverter em única e a mais idônea forma de decisão das políticas públicas.

Para tanto, é possível elencar, sem recair numa pretensa lista exaustiva, fatores que comungam em desfavor de uma solução em busca de um mecanismo que ampliem o processo de participação popular de forma agregativa. Numa sociedade plural e com sólidas bases no sistema estrutural capitalista, o predomínio e alcance das leis objetivam ao dinamismo da *lex mercatoria*. Nesse contexto, ocorre o que se pode denominar de subversão do processo decisório; as classes mais abastadas detêm o mais acentuado poder decisório dentro dos órgãos deliberativos estatais, enquanto, as classes menos abastadas, embora em maior número absoluto, relativamente à

---

7 FONSECA, Gilberto Nardi. A gestão democrática dos municípios. Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal, n. 20, mar 2003, p. 720.

8 MORAES, Guilherme Peña de. Direitos fundamentais. Conflitos & soluções. Niterói: Frater et Labor, 2000. p. 35/38.

população, não têm meios de contra-argumentar, já que não possuem força política. Aparelha-se tal assertiva pela importância dos comentários de Francisco Gérson Marques de Lima:

> Abrimos, aqui, um breve espaço para estabelecer a correlação existente entre as classes socialmente estratificadas (basicamente: baixa, média e alta) e sua correspondente representação nos órgãos legislativos ou, mais do que isso, nos atores políticos, senão no próprio palco político. A uma análise perfunctória conclui-se que no Brasil as classes baixa, média e alta representam, no índice populacional, respectivamente cerca de 70%, 25% e 5%, aproximadamente. No entanto, a representação política é inversamente proporcional, pois a classe alta fornece cerca de 70% (ou mais) dos representantes políticos da Nação, com cadeira nos Legislativos do país inteiro, enquanto a classe média participa com, aproximadamente, 20% e a classe baixa fica com os 10% restantes. Ou seja: graficamente as pirâmides apresentam-se invertidas, de ponta-cabeça uma para outra.[9]

Ora, a julgar pelos números acima apresentados, é possível se inferir que a representatividade política que define os contornos das Instituições públicas, tanto do Parlamento quanto do Executivo, está sendo construída por um alto percentual de uma determinada classe social, notadamente a classe alta, porém, em escala consideravelmente baixa se comparada a sua participação na pirâmide populacional.

Esse quadro representativo parece mostrar o aparente deterioramento do processo participativo popular que viola todo e qualquer intento democrático. Vale ressaltar que esse não é um contexto pontualizado no tempo, haja vista o alijamento da soberania popular estar presente ao longo do processo de constitucionalização do Estado. Na formação do Estado Liberal, a corrente do constitucionalismo elevou ao mais alto grau a omissão do Estado em relação ao indivíduo, para que aquele Ente se eximisse de qualquer atuação perante as relações privadas, posto que aos cidadãos deveria caber o mais alargado direito possível à liberdade de agir. Entretanto, contrariando a substancialidade que a expressão "liberdade" certamente pode produzir, essa ficou reservada, tão-somente ao plano formal. É possível se ter maior visibilidade do tema no posicionamento a seguir destacado:

> O liberalismo trata de limitar o poder político, não de reparti-lo entre todos, ou muito menos em quantidade igual. Para limitar o papel do Estado é adequado reduzir as suas competências e ampliar de modo simultâneo a amplitude de esfera da sociedade. A preocupação dominante no protoliberalismo consiste em afirmar a liberdade política da nação, mas justificando com ênfase o direito de que nem todos os indivíduos podem participar dessa vontade porque nem todos têm os mesmos direitos políticos, e, de outra parte, exaltando uma liberdade natural ou social, no sentido de que a sociedade é um *inter privatos*.[10]

O neoconstitucionalismo embora, aprioristicamente, dotado de um viés mais sensível às questões sociais, estreitando as distâncias entre direito e moral, ainda sim não sinalizou elementos políticos e jurídicos, que possam declinar azo à defesa, ou ao resgate da primazia da soberania popular como forma de participação coletiva nas decisões concernentes às questões públicas.

Na seara jurídica, houve um abandono do puro e simples apego à racionalidade que levou, como num movimento de arrasto, o conteúdo de suas decisões. Permitiu-se de tudo extrair, através do alcance hermenêutico, dadas as interpretações extensivas aos princípios explícitos e implícitos da Carta Maior.

---

9 LIMA, Francisco Gérson Marques de. Fundamentos Constitucionais do Processo: sob a Perspectiva da Eficácia dos Direitos e Garantias Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 120.

10 TOMAS Y VALIENTE, Francisco. Códigos y Constituciones. 1808-1978. Madrid: Alianza Universidad, 1989, p. 154.

Não se diga, de roupante, ou a um só jacto, que essa postura político-jurídica tenha se constituído como um fenômeno que possa ser consagrado pela soberania popular, notadamente, nas esferas política e jurídica. Em razão da primeira, a produção normativa, como anteriormente assinalado, pendularizada para às tonalidades da *lex mercatoria*, fluidificou os conteúdos legais produzidos, sem com isso deixar de emitir valores que sustentassem a segurança jurídica e, dessa forma, somente alternou, para a segunda, a responsabilidade do comando que antes se aprisionava nas rígidas estruturas dos códigos, para agora, estacionar sob o alvitre das valoráveis interpretações contidas nas decisões judiciais.

5. Conclusão

Consistentemente é de se admitir que o constitucionalismo procurou afastar da humanidade o terror do autoritarismo de algumas insurgências que se mascaram num pseudo Estado de direito e esboçaram o intento de reduzir à míngua a soberania popular.

De igual monta, não se deve descurar dos objetivos democráticos, a pensar que a simples passagem de um paradigma politico-jurídico em que se reformulam as relações de poder da sociedade, possam passar o controle da limitação do poder para um controlador ou grupos de controladores estranhos à soberania popular.

O projeto político constitucional, com suas Normas Máximas, ainda que cristalizadas de suas peculiares conformações, criam a possibilidade vigilante da garantia de um Estado de Direito, que sua ausência certamente transferiria o governo às mãos autoritárias.

As vertentes complementares entre si do constitucionalismo ou neoconstitucionalismo mostram-se ainda em fase de amadurecimento político. Os seus incipientes mecanismos de autoproteção, ao passo que nutrem o esforço de afastar o totalitarismo, inibem, intencionalmente ou não, a forma pura de comando da soberania popular.

REFERÊNCIAS

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

HOLMES, Stephen. **El precompromisso y la paradoja de la democracia**. Disponível em: <http://derecho.itam.mx/facultad/materiales/proftc/herzog/Holmes%20-%20Precompromiso.pdf>, acesso em: 20-mai-2009.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos Constitucionais do Processo**: sob a Perspectiva da Eficácia dos Direitos e Garantias Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2002.

TOMAS Y VALIENTE, Francisco. **Códigos y Constituciones**. 1808-1978. Madrid: Alianza Universidad, 1989.

FONSECA, Gilberto Nardi. **A gestão democrática dos municípios**. Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal, n. 20, p. 719-723, mar., 2003.

MORAES, Guilherme Peña de. **Direitos fundamentais**. Conflitos & soluções. Niterói: Frater et Labor, 2000. p. 35/38.

Políticas públicas e direito fundamental à saúde

Anizio Pires Gavião Filho[1]
Plauto Faraco de Azevedo[2]
Filipe Soares Denicol[3]

1. INTRODUÇÃO

A presente investigação pretende tratar das discussões em torno da realização do direito fundamental à saúde ante a objeção de que o reconhecimento de deveres definitivos a prestações matérias ou fáticas configura caso de realização de políticas públicas pelo Poder Judiciário em desfavor do Poder Executivo. A questão central é se a atividade judicial detém legitimidade e competência para impor à administração a realização de prestações fáticas ou materiais de saúde, quando essa matéria pode se achar inserida no âmbito do espaço da discricionariedade administrativa.

Essa discussão se mostra amplamente justificada pelo expressivo número de casos em que ela aparece na prática dos tribunais brasileiros. A jurisprudência é farta em precedentes sobre o tema. Contudo, não se encontra uniformidade nas decisões dos tribunais. Não são poucas as decisões que expressam o entendimento de que a implementação de políticas públicas é uma atividade de competência do Poder Executivo. Igualmente, não são poucas as decisões que reconhecem à atividade jurisdicional a competência e legitimidade para a concretização de políticas públicas. Cada uma dessas posições se acha acompanhada por razões e argumentos.

A partir disso, podem ser colocadas algumas questões. Onde estão as melhores razões e os melhores argumentos? Qual é a posição que se acha acompanhada dos melhores argumentos, no marco do sistema jurídico do Estado de Direito Constitucional Democrático brasileiro? O que é *apenas* e *tão somente* execução de política pública? Esse é o caso quando da não execução de uma política pública resulta violação a direitos fundamentais? Ações materiais e concretas em relação à saúde se acham inseridas exclusivamente no âmbito do que se costuma designar como política pública da saúde? Os casos de omissões do Poder Executivo na área da saúde, que configuram violação de direitos fundamentais, devem ser *ainda* tratados como assunto de política pública? As normas constitucionais que dispõem sobre políticas públicas configuram algum grau de vinculatividade (obrigatoriedade) jurídica para o Poder Executivo?

As políticas públicas são atividades estatais de elaboração, planejamento, execução e financiamento de ações voltadas à consolidação do Estado Democrático de Direito e à promoção e proteção dos direitos fundamentais. A proteção e o cumprimento dos direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal são realizados pelo Estado, mediante a execução de políticas públicas em diversas áreas, como: segurança pública, saúde, educação, meio ambiente, lazer, etc. Se uma questão se acha inserida *tão somente* no âmbito da implementação de políticas públicas, então, não deve haver dúvida: cuida-se de competência do Poder Executivo. Essa questão se acha inserida no espaço liberado da discricionariedade do administrador público.

Esse é o caso quando nenhuma disposição jurídica constitucional configuradora de direito fundamental à saúde é violada. Mais propriamente, este é o caso quando nenhuma posição jurídica definitiva jusfundamental é ofendida. Nessa hipótese, então, falta legitimidade e competên-

---

1 Mestre em Direito – UFRGS. Doutor em Direito – UFRGS. Professor de Teoria da Argumentação Jurídica e Hermenêutica Jurídica da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul – FMP. Procurador de Justiça, RS.

2 Doutor em Direito pela Universidade Católica de Louvain. Ex-Professor da Graduação e Pós-Graduação stricto sensu da UFRGS. Ex-Pesquisador do CNPq. Professor da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público.

3 Acadêmico da Faculdade de Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul - FMP. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Direito como Argumentação da FMP.

cia à atividade jurisdicional para determinar o que deve ser feito ou o que não deve ser feito. O juiz não detém legitimidade e competência institucional para decidir como devem ser conduzidas as políticas públicas de promoção dos objetivos estatais estabelecidos na Constituição Federal.

O problema, contudo, é que, em alguns casos, a omissão estatal quanto à realização de um determinado objetivo estatal estabelecido na Constituição Federal configura uma violação a um direito fundamental definitivo. Quando esse é caso, não há apenas uma questão de implementação de política pública, mas também de violação de uma posição jurídica definitiva de uma disposição jurídica de direito fundamental. Nessa hipótese, cria-se um dever jurídico estatal definitivo, inclusive a ações fáticas materiais como, por exemplo, o fornecimento de assistência médica e de medicamentos, de procedimentos cirúrgicos, de consultas médicas, de tratamento médico domiciliar, de criação de leitos hospitalares, da construção de postos de saúde, etc.

O que segue tem a pretensão de justificar essa formulação. O primeiro passo é justificar que o direito fundamental à saúde é um princípio, que configura um feixe posições jurídicas definitivas e *prima facie*, que se aplica mediante ponderação. O segundo passo está em mostrar que as objeções à concretização judicial das prestações materiais do direito fundamental à saúde, que estão ancoradas no princípio da divisão dos poderes e da disponibilidade orçamentária, não são absolutas e podem ser superadas. O terceiro passo é dado com a ponderação. Ela deixa saber que os principais argumentos apresentados contra o reconhecimento de posições fundamentais jurídicas definitivas de saúde são expressões do princípio da divisão dos poderes, da disponibilidade orçamentária e de outros princípios.

2. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

O direito à saúde é um direito fundamental? Se o direito à saúde é um direito fundamental, quais são as razões que podem ser apresentadas para justificar a correção dessa afirmação? Qual é o significado *jurídico* de a disposição do art. 6º, *caput*, da Constituição Federal, dizer que a saúde é um direito social e a disposição do art. 196 da Constituição Federal dizer que a saúde é um direito de todos e um dever do estado?

A justificação do direito à saúde como direito fundamental se encontra na sua positivação constitucional, como deixam saber as disposições do art. 6º, *caput*, e do art. 196 da Constituição Federal. O direito fundamental à saúde é formalmente fundamental porque o texto constitucional expressamente positivou a palavra *direito*, dizendo que a saúde é um *direito* de todos. Além dessa justificação formal, uma justificação substancial pode ser alcançada porque se trata de um direito moral, na medida em que a sua validez não apenas depende de sua positivação, mas pressupõe a validade de uma norma moral passível de justificação perante cada um, dada a sua correção material. O direito fundamental à saúde é materialmente fundamental porque inerente à dignidade da pessoa humana. A saúde é elemento integrante de uma vida humana digna. O direito à saúde é um direito fundamental porque trata das carências e necessidades do homem, que devem ser protegidas e fomentadas pelo Direito. Um interesse ou carência é fundamental quando sua violação ou não satisfação acerta o âmbito nuclear da autonomia[4].

O direito fundamental à saúde é um direito subjetivo de exigibilidade judicial na medida em que garantido por normas jurídicas vinculantes. Direito subjetivo, conceitualmente, não é nem um poder da vontade e nem um interesse juridicamente protegido, mas uma posição jurídica. O poder da vontade e o interesse juridicamente protegido são razões que devem ser levadas em conta para que existam direitos subjetivos no sentido de posições jurídicas[5].

---

4 Cf. ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 45-48.

5 Cf. BOROWSKI, Martin. *La estrutura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 43. Segundo Alexy, a partir da compreensão de direitos subjetivos como posições jurídicas e relações jurídicas é possível distinguir entre: *i*) razões para os direitos subjetivos; *ii*) direitos subjetivos como posições jurídicas e relações jurídicas e *iii*) imponibilidade jurídica dos direitos subjetivos (Cf. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, S. 164); ALEXY, *Theorie der Grundrechte*..., S. 163.

Um sistema de posições fundamentais jurídicas apresenta uma tríplice divisão das posições em direitos a algo, liberdades e competências[6]. A estrutura fundamental da posição jurídica de direito a algo é formulada por Alexy com a proposição que concebe uma relação triádica do tipo *A* tem frente a *B* um direito a algo. Trata-se de uma relação triádica porque contém o titular do direito *A*, o destinatário do direito *B* e o objeto do direito. O objeto do direito será sempre uma ação positiva ou negativa do destinatário, disso resultando a distinção entre os chamados direitos de defesa e os ordinariamente chamados direitos a prestações[7]. Os direitos a ações positivas são divididos em dois grupos: aqueles cujo objeto é uma ação fática – prestações materiais e aqueles cujo objeto é uma ação normativa – imposições de normas[8]. Nesse sentido, então, o direito fundamental à saúde é um direito a algo e, portanto, um direito a prestações positivas materiais e normativas.

As normas e as posições podem ser divididas segundo: as posições de que se trate no sistema das posições jurídicas básicas; o grau de generalidade; e tenham elas, ou não, o caráter de regras ou princípios, ou seja, configurando posições definitivas ou *prima facie*. Entre as normas e as posições existem relações de tipos muitos distintos, que podem ser agrupadas em três tipos: uma relação de precisão, uma relação de meio/fim, que tem grande importância nas normas de organização e de procedimento, e uma relação de ponderação, consistente na relação que se corresponde com a lei de colisão, entre uma posição *prima facie* e uma posição definitiva[9].

A partir disso, quatro coisas podem ser chamadas de direito fundamental como um todo: *a*) um feixe de posições jurídicas definitivas; *b*) um feixe de posições definitivas, incluídas as relações entre elas existentes; *c*) um feixe de posições definitivas e *prima facie*; e *d*) um feixe de posições definitivas e *prima facie*, incluídas as relações entre elas existentes. Por isso, o direito fundamental como um todo consiste em um feixe de posições definitivas e *prima facie* vinculadas reciprocamente nas três formas descritas e associadas a uma disposição de direito fundamental[10].

A disposição do art. 6º, *caput*, da Constituição Federal diz que a saúde é um direito social e a disposição do art. 196 da Constituição Federal, diz que "a saúde é um direito de todos e um dever do Estado". Dessas disposições do direito fundamental à saúde podem ser formuladas várias normas, entre as quais, pelo menos, as seguintes: *a*) "todos têm direito à saúde" – norma diretamente expressada e *b*) "todos têm direito àquilo que no conceito de saúde pode ser incluído"; *c*) "todos têm direito à internação hospitalar"; *d*) "todos têm direito à assistência médica"; *e*) "todos têm direito à vacinação"; *f*) "todos têm direito a medicamentos", etc. Afora a abertura semântica da expressão "saúde", a disposição do art. 196, *caput*, da Constituição Federal, apresenta uma abertura estrutural na medida em que permite formular normas do tipo: *a*) "todos têm direito a que o Estado crie mecanismos de proteção à saúde"; *b*) "todos têm direito a que Estado crie organismos e procedimentos para a realização do direito à saúde". A norma diretamente expressada "todos têm direito à saúde" resulta de uma tradução literal, automática e direta, em termos prescritivos ou deônticos, da disposição de direito fundamental "a saúde é um direito de todos" do art. 196 da Constituição Federal. Assim, a norma diretamente expressada é a tradução da disposição de direito fundamental para a linguagem do dever, ordenando reconhecer o direito à saúde. As normas de direitos fundamentais associadas formam parte *prima facie* do conceito semântico ou do âmbito normativo das disposições de direitos fundamentais. Essas normas são estabelecidas com validez *prima facie* decorrente da validez das disposições de direitos fundamentais e adquirem a validez definitiva no momento da concretização, depois da ponderação[11].

---

6 Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*..., S. 171.

7 Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*..., S. 173.

8 Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*..., S. 180.

9 Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*..., S. 226.

10 Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*..., S. 227-228.

11 Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*..., S. 52-53; BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 116. A formulação de direitos fundamentais como princípios corresponde a de que as normas de direitos fundamentais são princípios. As normas de direitos fundamentais são mandamentos a serem otimizados, cumprindo-se em diferentes graus, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas. As possibilidades jurídicas são outros direitos fundamentais que entram em jogo na ponderação, disso resultando o grau de realização dos direitos fundamentais. Os princípios e, assim, os direitos fundamentais,

Ao reconhecimento de posições fundamentais jurídicas definitivas a prestações materiais do direito fundamental à saúde tem sido apresentado um conjunto importante de objeções. O que segue tem a pretensão apresentar uma discussão e uma reflexão dessas objeções.

3. DIREITOS SOCIAIS, POLÍTICAS PÚBLICAS E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

As principais objeções ao reconhecimento judicial definitivo do dever estatal de realizar prestações materiais concretas, a partir de disposições jurídicas de normas de direitos fundamentais sociais, podem ser reunidas no argumento da divisão das funções estatais entre Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário.

A concretização material dos direitos fundamentais sociais a prestações depende, primeiro, da iniciativa do Poder Legislativo, colmatando a normalização constitucional e, segundo, da atuação do Poder Executivo. Os direitos fundamentais sociais, como são entendidos os direitos a prestações materiais, são direitos cuja exigibilidade judicial somente pode realizada após a atuação do legislador infraconstitucional[12].

Com isso, as prestações materiais estatais definitivamente devidas do direito fundamental à saúde são apenas as já determinadas no processo político de decisão do legislador democraticamente legitimado. O argumento central é o de que cabe ao legislador e ao executivo administrador determinar quais são as ações materiais definitivamente devidas. Nesse contexto, os direitos fundamentais sociais são identificados com políticas públicas. A determinação e a execução de políticas públicas, em qualquer área da atuação estatal, estão inseridas no espaço livre da discricionariedade administrativa[13]. Então, cabe ao legislador e à administração escolher, conforme seus critérios de conveniência e de oportunidade, nisso considerada a disponibilidade de recursos orçamentários, quais devem ser as ações de implementação da política pública na área da saúde.

É competência da União, de cada Estado e de cada Município definir quais devem ser as prestações materiais disponibilizadas como medidas de realização da política pública estatal de saúde da União, de cada Estado e de cada Município. A gestão do sistema de saúde como um todo é competência exclusiva do administrador público, incumbindo-lhe, então, definir o emprego dos já escassos recursos públicos destinados à execução das políticas públicas de saúde. Esse processo de tomada de decisões é político e não jurídico.

Essa formulação implica que o espaço de competência reservado constitucionalmente às decisões políticas do administrador público se acha excluído da interferência do jurídico e do controle judicial. A intervenção judicial nesse espaço de discricionariedade política conduz à judicialização da política e à hipertrofia da atuação judicial, abarcando a jurisdição a própria função administrativa. Essa hipertrofia configuraria um caso de ativismo judicial não juridicamente autorizado.

É que a jurisdição se transforma em administração, com mais prejuízos do que benefícios para a própria concretização do direito fundamental à saúde a prestações materiais no sentido de sua universalidade. Os recursos estatais são escassos ou, mais corretamente, limitados. A União, cada Estado e cada Município, anualmente, dispõem orçamentariamente de um valor determinado para atender as prestações materiais de saúde. Cada administrador, então, deve planejar a execução de ações materiais ao longo de cada ano, conforme essa disponibilidade orçamentária, aliás, como determinada na lei orçamentária de cada ente estatal. Então, a gestão dos recursos e das ações executadas deve seguir o curso normal do planejado, conforme as diretrizes e os problemas da saúde pública como um todo. Essa gestão é política, mas também técnica, o que exige certas competências e habilidades.

---

são ponderados, pois esta é sua forma de aplicação. É daí que resulta a relação de implicação recíproca entre o caráter de princípio de uma norma de direito fundamental e o princípio da proporcionalidade em sentido amplo: "o caráter de princípio implica o princípio da proporcionalidade e vice-versa" (Cf. ALEXY, Robert. A fórmula peso. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 131-153, 2007, p. 132; BOROWSKI, *La estrutura de los derechos fundamentales*..., p. 50.).

12 Cf. BÖCKENFORDE, Ernest-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Traducción Juan Luis Pagés; Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993, 78-79.

13 Cf. BÖCKENFORDE, *Escritos sobre derechos fundamentales*..., p. 82.

O problema é que a imposição judicial de obrigações materiais, consistentes no fornecimento de medicamentos, procedimentos cirúrgicos, internações e assistência médica, para além do já determinado pela administração pública, no marco da legislação infraconstitucional, pode representar um grave comprometimento da gestão do sistema de saúde total. Nas demandas levadas do Poder Judiciário, o juiz se ocupa de uma situação individual e o seu objetivo é aplicar o Direito de modo a realizar a justiça do caso. Se, conforme a interpretação judicial, a justiça do caso é o fornecimento de uma prestação material qualquer, isso é o definitivamente determinado e deve ser obrigatoriamente cumprido pelo ente estatal. O que a experiência da prática jurídica revela é que são centenas de milhares de casos em que são demandados, em face dos entes estatais, os mais variados tipos de prestações materiais de saúde, e não são poucos os casos em que o resultado é reconhecimento de direitos definitivos a essas prestações materiais.

A consequência é incapacidade de uma adequada gestão administrativa e financeira dos recursos públicos destinados à execução da política pública de saúde dos entes estatais.

Essas objeções são relevantes e devem ser levadas a sério.

Efetivamente, no marco do sistema jurídico de um Estado de Direito constitucional democrático, o espaço do liberado pela Constituição ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo não pode ser invadido pela atuação da jurisdição constitucional ou infraconstitucional. O espaço do político e do jurídico, quando definidos pela Constituição, determinados estão. O contrário disso é a politização da jurisdição e a juridicização da política com sérios prejuízos para a democracia e, até mesmo, para os direitos fundamentais. A jurisdição detém um papel político, mas sua atuação política se dá nos limites da interpretação judicial constitucional e infraconstitucional.

Então, a definição, o planejamento e a execução das políticas públicas de saúde, nisso inserida a determinação das ações materiais concretas a serem executadas e a destinação dos recursos públicos, previstas na lei orçamentária para a concretização dessas ações, compete ao administrador público, no marco do espaço liberado pelo legislador constitucional e infraconstitucional. Nesse lugar está a discricionariedade administrativa. No espaço do juridicamente liberado e autorizado pelo legislador, é livre o administrador para escolher as ações materiais concretas que melhor atenderem, conforme seus critérios de conveniência e oportunidade, as políticas públicas de saúde.

Contudo, não são poucos os casos em que a omissão estatal na concretização de prestações materiais de saúde, que poderiam se achar inseridas no contexto amplo da implementação de políticas públicas, configura indevida intervenção em posições fundamentais jurídicas definitivas do direito fundamental à saúde. Então, quando esse é o caso, a questão que se coloca é se ainda assim permanece o administrador público liberado para executar ou não a prestação material, conforme os seus critérios de conveniência e oportunidade. A questão, formulada de outro modo, então, pergunta se o agir estatal omissivo ou comissivo está inserido no espaço livre da discricionariedade administrativa, imune ao controle jurídico da interpretação judicial.

O que segue tem a pretensão de apresentar argumentos para justificar a afirmação de que, nos casos em que há omissão estatal na realização de uma prestação material qualquer, configura-se violação de posição fundamental jurídica definitiva do feixe de posições fundamentais jurídicas do direito fundamental à saúde de uma pessoa, não estando o administrador público liberado para decidir, conforme seus critérios de conveniência e oportunidade administrativas, discricionariamente, o que deve fazer ou deixar de fazer.

4. A PONDERAÇÃO

A teoria dos princípios diz que o sistema jurídico é um sistema de normas jurídicas que são regras e princípios.

As regras são normas que ordenam definitivamente e, por isso mesmo, mandamentos definitivos, que devem ser cumpridos exatamente conforme o determinado[14]. Se uma regra vale, então, está ordenado fazer exatamente o fixado no espaço do fático e do juridicamente possível. Por isso mesmo, é correto dizer que as regras são normas que ordenam, proíbem ou permitem algo definitivamente ou autorizam algo definitivamente. O dever estabelecido pelas regras é sempre

14 Cf. ALEXY, Robert. On the Structure of Legal Principles. *Ratio Juris*, v. 13, n. 3. Sept. 2000, p. 295.

definitivo. A maioria das regras ordena algo para o caso de que determinadas condições sejam satisfeitas, de tal sorte que são normas condicionadas. Quando os pressupostos da regra estão cumpridos, produz-se a consequência jurídica estabelecida. Assim, quando uma regra vale e é aplicável, é ordenado fazer rigorosamente aquilo que ela determina.

Os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios são mandamentos a serem otimizados, de tal sorte que admitem cumprimento em diferentes graus, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas – as possibilidades jurídicas são exatamente os princípios em sentido contrário[15]. Os princípios contêm um dever ideal e, por isso mesmo, não contêm um dever definitivo, mas um dever *prima-facie*. Como mandamentos ideais, exigem mais do que é possível realmente[16].

Princípios colidem com outros princípios e, por isso, a forma típica de aplicação dos princípios é a ponderação. Somente a ponderação leva do dever-*prima-facie* ideal ao dever real e definitivo[17]. Por isso mesmo, essas normas estabelecem posições fundamentais jurídicas e deveres jurídicos *prima-facie*. Somente após a ponderação é que será possível a configuração de posições fundamentais jurídicas e de deveres definitivos, passíveis de exigibilidade judicial.

A compreensão do sistema de normas jurídicas como um modelo de regras e de princípios permite a identificação das normas de direitos fundamentais como princípios. A teoria dos princípios propõe o enunciado de que os direitos fundamentais são princípios. Então, as normas de direitos fundamentais são mandamentos a serem otimizados, cumprindo-se em diferentes graus, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas. As possibilidades jurídicas são outros direitos fundamentais que entram em jogo na ponderação, disso resultando o grau de realização dos direitos fundamentais. Os princípios e, assim, os direitos fundamentais, são ponderados, pois esta é sua forma de aplicação. É daí que resulta a relação de implicação recíproca entre o caráter de princípio de uma norma de direito fundamental e o princípio da proporcionalidade em sentido amplo: "o caráter de princípio implica o princípio da proporcionalidade e vice-versa"[18].

A ponderação está dentro do princípio da proporcionalidade. É que o princípio da proporcionalidade se compõe de três princípios parciais: *a*) idoneidade; *b*) necessidade; *c*) proporcionalidade em sentido restrito. A ponderação é o princípio da proporcionalidade em sentido restrito. Os três princípios parciais expressam uma ideia de otimização. O princípio parcial da proporcionalidade em sentido restrito é o lugar da ponderação e diz com cumprimento do mandamento de otimização conforme as possibilidades jurídicas[19].

Este princípio parcial se deixa formular como a primeira lei da ponderação ou lei da ponderação material e que diz: *quanto mais alto é o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro*[20]. Essa formulação pode ser dada igualmente deste modo: quanto maior o grau de intensidade da intervenção em um princípio *P*, maior deve ser o grau de importância da realização de outro princípio fundamental *P*.

A verificação desses graus deve ser realizada em três passos: *a*) deve ser comprovado o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio – ou o grau de intensidade da intervenção ou restrição nas posições fundamentais jurídicas *prima facie* de um direito fundamental ou nas dimensões do bem jurídico coletivo constitucionalmente protegido; *b*) deve ser comprovada a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário – ou o grau de importância dos fundamentos que justificam a intervenção nas posições fundamentais jurídicas *prima facie* de um

15 Cf. ALEXY, On the Structure of Legal Principles..., p. 295.

16 Cf. ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 19-40, 2007, p. 37. Sem embargo disso, Alexy sugere que se preserve a caracterização dos princípios como mandamentos de otimização por expressar de forma mais simples do que tratam os princípios [Cf. HECK, Luís Afonso. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 82-83].

17 Cf. ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático..., p. 64.

18 Cf. ALEXY, A fórmula peso..., p. 132; BOROWSKI, *La estrutura de los derechos fundamentales*..., p. 50.

19 Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*..., S. 146.

20 Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*..., S. 146.

direito fundamental ou nas dimensões do bem jurídico coletivo constitucionalmente protegido; c) deve ser comprovado se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro princípio – ou se a importância da realização das posições fundamentais jurídicas *prima facie* de um direito fundamental justifica a restrição das posições fundamentais jurídicas *prima facie* de outro direito fundamental[21].

O resultado dessa operação é o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os direitos fundamentais ou os bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos. Um caso de colisão de direitos fundamentais resolvido pela ponderação resulta no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada conforme as circunstâncias concretas da situação particularmente tomada. A relação de precedência condicionada pode ser designada por **P** e as circunstâncias concretas da situação particular por C.

Com isso, as posições fundamentais jurídicas do direito fundamental que adquire primazia na relação de precedência condicionada, antes *prima facie*, ganham validez definitiva.

Então, quando colocado o exame judicial de exigibilidade de uma prestação material com fundamento no texto da disposição do art. 6º, *caput*, da Constituição Federal e do art. 196 da Constituição Federal, tem-se uma colisão entre o princípio do direito fundamental à saúde – que configura posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie* – e os princípios constitucionais formais da divisão dos poderes e da disponibilidade orçamentária.

Diferentemente do que parecem sugerir algumas decisões judiciais[22], os princípios da divisão dos poderes e o da disponibilidade orçamentária não detém primazia ou precedência absoluta sobre todos os outros princípios constitucionais, notadamente sobre as normas de direitos fundamentais. A precedência deve ser sempre condicionada às circunstâncias da situação concreta tomada, e não incondicionada, pois todos os princípios constitucionais, em abstrato, encontram-se no mesmo nível – não existem direitos absolutos.

Assim, um caso de exigibilidade judicial de uma prestação material do direito fundamental à saúde deve ser resolvido pela ponderação, porque se cuida de um caso que coloca uma colisão de princípios. A determinação da relação de precedência de um princípio sobre o outro ou os outros é sempre condicionada às circunstâncias do caso concreto. Portanto, a correta interpretação do caso e suas particularidades, bem como a segurança das afirmações empíricas, são decisivas para a ponderação.

A lei da ponderação diz que o grau de intensidade de intervenção em um princípio deve estar justificado pelo grau de importância da realização do outro princípio.

Nos casos de demandas judiciais em que são deduzidas prestações materiais do direito fundamental à saúde, deve-se investigar o grau de importância da realização dessa prestação material para a pessoa que formula o pedido judicial. Esse grau pode ser medido também pelo prejuízo que a não realização da prestação material pode resultar para essa pessoa. Se alguém deduz um pedido de internação hospital ou realização de algum procedimento cirúrgico, o que deve ser verificado, no caso concreto, é qual o grau de importância disso para quem formula essa pretensão ou qual é grau de prejuízo que pode resultar para a saúde dessa pessoa a negativa da internação hospital ou da realização do procedimento. Um grau alto de importância ou um grau alto de prejuízo joga pesadamente em favor da precedência condicionada do direito fundamental à saúde em relação aos princípios formais da divisão dos poderes e da disponibilidade administrativa. Assim, por exemplo, o argumento de que a negativa de internação ou de realização de um procedimento cirúrgico vai implicar a morte da pessoa ou que vai comprometer e agravar severamente suas condições de saúde. Um grau baixo de importância ou um grau baixo de prejuízo já coloca dificuldade para a precedência condicionada do direito fundamental à saúde sobre os outros princípios. Assim, por exemplo, o argumento de que a negativa da prestação material de um medicamento configura um passageiro desconforto ou que o ente estatal disponibiliza outros medicamentos com aproximado grau de eficácia.

O grau atribuído à importância de satisfação do direito fundamental à saúde ou o grau atribuído ao prejuízo pela não satisfação da prestação material deve ser comparado com o grau de intensidade de intervenção ou prejuízo que a satisfação da prestação material deduzida faz

21 Cf. ALEXY, A fórmula peso..., p. 133.

22 Cf. STJ, RESP 63128, j. 20/05/1996, DJ 20/05/1996; STJ, RESP 169876, j. 16/09/1998, DJ 16/09/1998.

sentir no princípio formal da divisão dos poderes e da disponibilidade orçamentária. Na verdade, a satisfação de uma prestação material deduzida por alguém pode afetar não apenas o espaço da discricionariedade da administração estatal e os recursos públicos destinados à área de saúde, mas também posições fundamentais jurídicas de outras pessoas, também titulares de posições fundamentais jurídicas do direito fundamental à saúde. Esse é o caso quando a satisfação da prestação material deduzida por uma pessoa representar impacto de significativa repercussão na disponibilidade dos recursos públicos. Assim, por exemplo, quando uma pessoa deduz pedido para fornecimento de um medicamento importado ou a realização de algum tratamento no exterior, com custo bastante elevado, comparado ao custo dos medicamentos e dos tratamentos normalmente disponibilizados no mercado interno. Nesse caso, a satisfação da prestação material deduzida configura alto grau de intensidade de intervenção ou de prejuízo no espaço de atuação da gestão administrativa dos recursos públicos e, também, de outras pessoas, que igualmente são titulares do direito fundamental à saúde.

A atribuição desses graus deve ser seguida pelo estabelecimento de uma relação entre eles. Um alto grau de importância de satisfação ou de prejuízo pela não satisfação do direito fundamental saúde justifica a sua precedência sobre os outros princípios, desde que o grau de intensidade de intervenção ou de prejuízo destes seja médio ou baixo. Se for igualmente alto, então, tem-se um empate. Em qualquer caso de empates, deve prevalecer o decidido pela administração estatal, o que significa a inexigibilidade judicial. Nesse caso, não se tem configurada uma precedência de um princípio sobre o outro e, portanto, não pode ser justificada a exigibilidade judicial da prestação material deduzida. Um médio grau de importância de satisfação ou de prejuízo pela não satisfação do direito fundamental saúde justifica a sua precedência sobre os outros princípios, desde que o grau de intensidade de intervenção ou de prejuízo destes seja baixo. Se igualmente médio, então, há empate, caso que a prestação material não pode ser alcançada judicialmente porque não estabelecida a relação de precedência. Um baixo grau de importância de satisfação ou de prejuízo pela não satisfação do direito fundamental saúde não pode justificar qualquer relação de precedência sobre os outros princípios, pois o grau de intensidade de intervenção ou de prejuízo destes não pode ser menor do que baixo. Tem-se, igualmente, um empate, o que implica inexistência de relação de precedência para justificar a exigibilidade judicial da prestação material.

A atribuição desses graus não pode ser arbitrária e desacompanhada de premissas empíricas seguras. Essa formulação destaca duas questões. Primeiro, que a atribuição de graus deve ser fundamentada. O intérprete judicial não se desincumbe devidamente do dever de ônus argumentativo quando apenas atribui graus e não apresenta razões para justificar os graus atribuídos. Segundo, essa atribuição de graus deve se achar acompanhada de evidências empíricas. O afirmado em relação ao estado das coisas deve ser justificado por meio de premissas empíricas seguras.

A lei epistêmica da ponderação diz que quanto maior o grau de intervenção em um princípio, tanto maior deve ser a segurança das premissas empíricas justificadoras dessa intervenção. Então, não basta afirmar que a realização de uma prestação material como um procedimento cirúrgico é de grande importância para a saúde da pessoa ou que o prejuízo da negativa de realização do procedimento é extremo. O que for afirmado deve ser acompanhado de razões e evidências objetivas. É disso que se trata quando a fórmula fala da segurança das premissas empíricas. Quando se afirma que o medicamento x não produz os efeitos pretendidos ou que existem outros medicamentos já disponibilizados pelo ente estatal com a mesma eficácia, devem ser apresentados provas objetivas a fim de que possa ser verificada a verdade do afirmado. Quando se afirma que a realização de uma medida de internação hospitalar ou a de um procedimento cirúrgico deve ser imediatamente alcançada, igualmente, esse deve ser o caso e evidências concretas devem ser apresentadas.

O resultado da ponderação é o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada de um princípio sobre o outro ou os outros em colisão. Trata-se, sempre, de relação de precedência condicionada porque estabelecida em atenção às circunstâncias do caso concreto, que dizem exatamente com a determinação dos graus de intensidade de intervenção em um princípio e o de importância de realização de outro princípio, a partir das evidências empíricas apresentadas e disponíveis. Com isso, então, a ponderação leva à regra que diz que está ordenada definitivamente a consequência jurídica do princípio que detém a precedência. Tem-se,

então, uma posição fundamental jurídica definitiva, o que significa um direito subjetivo definitivo passível de exigibilidade judicial.

A partir dessas formulações, o que segue tem a pretensão de analisar alguns argumentos recortados da prática judicial dos tribunais, normalmente apresentados contra o reconhecimento judicial de prestações materiais de saúde, como o argumento da substituição do medicamento, o argumento da ineficácia do medicamento, o argumento da isonomia e o argumento da reserva do possível.

3.1 O argumento da substituição do medicamento

Não poucas vezes, os entes estatais oferecem o argumento de que o medicamento exigido judicialmente pode ser substituído por outros, com características e grau de eficácia semelhante, e que se acham já disponibilizados pelo sistema único de saúde. Esse argumento diz que se existem medicamentos similares disponíveis na rede básica de saúde, com efeitos terapêuticos equivalentes, não há razão para justificar que outro seja o devido pelo ente estatal.

A questão suscitada por esse argumento é resolvida com o princípio da proporcionalidade, mais especificamente com os princípios parciais da necessidade e da proporcionalidade em sentido restrito – a ponderação.

Mostra-se perfeitamente cabível a substituição de medicamentos por genéricos correspondentes com as mesmas propriedades farmacêuticas, mas desde que recomendável para o tratamento da patologia do demandante, devendo haver a indicação do uso do medicamento similar e estar prescrito por laudo médico. Se é esse o caso, então, efetivamente, o princípio parcial da necessidade resolve a questão. Não é proporcional a medida que determina o fornecimento de outro medicamento. É o que diz o princípio parcial da necessidade. Não é atendida a exigência de necessidade. Mas isso deve ser acompanhado de provas e evidências seguras.

O que normalmente aparece na prática judicial é a prescrição médica, indicando expressamente os medicamentos que devem ser utilizados, assinado por médico que conhece o histórico do paciente. Nesse sentido, por exemplo, podem ser rastreadas decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que dizem que "a credibilidade da prescrição efetuada pelo médico que presta atendimento ao paciente, aliada à prova documental carreada aos autos, é suficiente para desautorizar pretensão de substituição dos medicamentos, com base em conclusões obtidas sem estudo do caso concreto"[23]. A impossibilidade da substituição do medicamento, por outro similar, segundo o Tribunal de Justiça, está no fato de que "a medicação foi receitada com base em exame realizado na parte autora, sendo indicada para o seu caso específico, conforme atestado médico acostado, o que afasta os questionamentos sobre o tratamento ou mesmo a substituição", sendo acrescentado que "afirmação do médico da parte autora não pode sucumbir diante de afirmação em abstrato de possibilidade de utilização de medicamento diverso"[24].

Então, novamente, a questão deve analisada a partir das circunstâncias do caso concreto submetido à apreciação judicial. Se efetivamente o sistema único de saúde dispõe de medicamento similar com a mesma eficácia do medicamento prescrito ao demandante e nenhuma avaliação técnico-científica em sentido contrário é apresentada, não há razão para se exigir do ente estatal outro medicamento diferente. A questão deve ser remetida a verificação da segurança das premissas empíricas. Devem ser apresentadas evidências objetivas de que o medicamento disponibilizado pelo sistema de saúde tem a mesma eficácia, especialmente com base em avaliações especializadas do próprio experto que realizou o diagnóstico no demandante judicial. Se houver contraindicação desse especialista, então, estará justificado o reconhecimento de posição fundamental jurídica definitiva ao fornecimento estatal do medicamento pleiteado.

3.2 O argumento da ineficácia do medicamento

23 Cf. TJRS, Ap. Civ. 70060830445, j. 02/10/2014.

24 Cf. TJRS, Ap. Civ. 70062138680, j. 16/10/2014.

Uma questão recorrente quanto ao reconhecimento de posição fundamental jurídica do direito fundamental à saúde é a que diz respeito à eficácia da prestação material judicialmente deduzida. O argumento é o de que o medicamento pretendido não é eficaz para a enfermidade da qual se diz acometido o demandante.

Essa questão remete para a segurança das premissas empíricas. A controvérsia está entre a afirmação de que o medicamento não é eficaz ou não é eficaz para a enfermidade de que está acometido o demandante e a afirmação de que o medicamento é eficaz. O argumento da ineficácia do medicamento é normalmente apresentado pelo ente estatal, lastreado em formulações de seus técnicos e especialistas. Esse é o caso, por exemplo, do fármaco condroitina + glicosamina[25], que, segundo avaliações científicas estatais, não seriam apropriados para tratar de enfermidades como insuficiência venosa e osteoartrose. Se efetivamente esses estudos, avaliações e conclusões são verdades científicas, então, há premissas empíricas seguras para justificar o argumento do não fornecimento do medicamento e, então, o não reconhecimento de direito subjetivo definitivo. O problema é que também podem ser rastreadas pesquisas e estudos científicos que confirmam a eficácia do medicamento para tratar das enfermidades referidas. Essa divergência científica leva um grau de insegurança das premissas empíricas que pode ser alto, médio ou baixo.

Entretanto, mesmo que médio ou alto o grau de insegurança da premissa empírica que afirma a eficácia do medicamento, outro elemento que entra jogo está no fato de que a prescrição do medicamento e a sua exigência judicial pressupõe já uma avaliação e diagnóstico técnico-científico de um especialista. Um caso de exigibilidade judicial do medicamento condroitina + glicosamina, por exemplo, pressupõe uma indicação técnico-científica do médico, experto que tem a responsabilidade de prescrever a medicação adequada a seu paciente.

Então, de um lado, podem ser encontradas afirmações empíricas que colocam em dúvida a eficácia do medicamento judicialmente exigido e, de outro lado, afirmações empíricas que atestam a eficácia do medicamento. Junto a isso, há uma avaliação técnico-científica de um especialista que faz um diagnóstico em seu paciente – o demandante judicial – e que lhe prescreve determinado medicamento. A questão que se coloca pergunta pelo lugar das melhores razões e argumentos mais fortes.

Os tribunais têm expressado que deve ser dada preferência ao atestado médico firmado pelo profissional que acompanha o tratamento do demandante judicial, porquanto ele detém maior proximidade e conhecimento do estado de saúde do seu paciente. Ao lado desse argumento, acrescenta-se que as manifestações dos técnicos estatais são impessoais e gerais, desconhecedoras do contexto particular do paciente. O argumento é o de que o próprio médico que examinou, avaliou e fez o diagnóstico é quem detém as melhores competências e qualificações para indicar o tratamento adequado ao seu paciente[26]. Nesse sentido, por exemplo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul diz que "somente o profissional que assiste a paciente possui os elementos necessários para determinar qual o medicamento apropriado para a cura ou o controle dos sintomas da doença, sendo o responsável pela indicação dos fármacos e seus efeitos no combate à patologia diagnosticada". E que "não compete a parte ré interferir na relação médico-paciente, sob a alegação de que determinado medicamento não seria o indicado para o tratamento da doença que acomete o requerente, tampouco estabelecer as opções terapêuticas que entende apropriadas", descabendo ao Poder Judiciário "fazer esse tipo de avaliação, pois em se tratando de demanda que visa o fornecimento de medicamento inacessível e imprescindível à preservação da vida e da saúde do requerente, é suficiente a demonstração da existência da moléstia, com a prescrição do tratamento apropriado, e a ausência de recursos financeiros do autor para custear o tratamento". Então, conclusivamente, o Tribunal disse ser "inviável a substituição do fármaco prescrito para a autora, pois o médico que acompanha o caso é quem possui as melhores condições de avaliar o estado de saúde da autora e prescrever o tratamento adequado para a cura da enfermidade diagnosticada, não podendo prevalecer o entendimento demonstrado em parecer genérico emitido pelos técnicos da SES ou em laudo elaborado pelos médicos do DMJ que sequer tiveram contato com a doente"[27].

---

25 Outros exemplos: Gilenya, Darifenacina, Diosmina + Hesperidina, Spiriva Respimat® (Brometo de Tiotrópio).

26 Cf. TJRS, Ap. Civ. 70061103271, j. 19/11/2014.

27 Cf. TJRS, Ap. Civ. 70061187431, j. 30/09/2014.

Mas, além disso, pode ser essa questão resolvida pela lei epistêmica da ponderação, que diz que quanto maior o grau de intervenção em um princípio, maior deve ser o grau de segurança das premissas empíricas. Então, quando controvertido o grau de segurança da premissa empírica, a justificação da intervenção exige que não seja muito alto o grau de intensidade de intervenção no princípio afetado. No caso tomado como exemplo, a solução é remetida para o custo do medicamento pretendido. Se baixo, então, baixo o grau de intervenção ou de prejuízo do princípio da divisão dos poderes e disponibilidade orçamentária. O argumento da reserva do possível é favorável à disponibilização do medicamento ao demandante judicial.

3.3 O argumento da violação do princípio da isonomia

Os entes estatais, em face de pedidos de prestações materiais do direito fundamental à saúde, igualmente, costumam oferecer o argumento de que o acolhimento desses pedidos implica violação ao princípio da isonomia e quebra da ordem cronológica de atendimento dos pacientes regularmente registrados e cadastrados junto ao sistema único de saúde. Esse argumento diz que o reconhecimento de direito subjetivo definitivo em favor de um demandante viola o direito fundamental de outras pessoas, igualmente titulares do direito fundamental à saúde.

A solução para essa questão é simples, desde que bem compreendida a teoria dos princípios, enquanto uma teoria dos direitos fundamentais. As normas de direitos fundamentais são princípios e, então, mandamentos de otimização. Como tais, as disposições jurídicas de direitos fundamentais autorizam a formulação de normas de direitos fundamentais que constituem um feixe de posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima-facie*. Então, ser titular de um direito fundamental à saúde significa ser titular de posições jurídicas definitivas e *prima-facie*. Mas a titularidade de posições fundamentais jurídicas definitivas somente é alcançada depois da ponderação. Antes, o titular do direito fundamental à saúde somente detém posições fundamentais jurídicas *prima-facie* ou ideais. O reconhecimento de posições fundamentais jurídicas depende da ponderação e, por isso, não implica violação de posições fundamentais jurídicas definitivas, mas apenas *prima-facie*.

A não compreensão dessa estrutura das normas de direitos fundamentais implicaria em aceitar que todo o reconhecimento de um direito fundamental viola outro direito fundamental definitivamente. Esse não é o caso. A interferência ou prejuízo é apenas *prima-facie*.

Mas essa afirmação somente faz sentido sob a base do exame das circunstâncias do caso concreto, pois é isso que permite o estabelecimento de relação de precedência de um princípio sobre o outro ou outros. Quando uma pessoa demanda um medicamento ou a realização de um procedimento cirúrgico, no momento da ponderação, dentre os princípios em colisão, estão os direitos fundamentais à saúde de que são titulares outras pessoas. Entram em jogo, na ponderação, os direitos fundamentais de todos os titulares dos direitos fundamentais à saúde. Mas as posições desses são atingidas apenas *prima-facie* e não definitivamente. Mas isso deve ser levado em conta na ponderação.

Ainda que com força em outros argumentos, os tribunais têm recusado a tese de que o reconhecimento de direito subjetivo definitivo a prestações materiais de saúde viola o dever jurídico de tratar igual o igual. Nesse sentido, por exemplo, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul disse que o "acesso à saúde é direito fundamental e as políticas públicas que o concretizam devem gerar proteção suficiente ao direito garantido, sendo passíveis de revisão judicial, sem que isso implique ofensa aos princípios da divisão de poderes, da reserva do possível ou da isonomia e impessoalidade"[28]. Em outra decisão, o mesmo tribunal recusou reconhecer como "quebra da ordem de atendimento e ofensa aos princípios da isonomia e legalidade" o alcançar uma prestação material de saúde. A decisão diz que "não se pode restringir a intervenção jurisdicional em apenas evitar hipótese de morte imediata, quando a degeneração, irreversível ou de difícil reversão, da saúde das pessoas, obviamente justifica comandos que chamem a Administração Pública a sua responsabilidade no que tange ao dever de efetivar garantia fundamental"[29].

---

28 Cf. TJRS, Ap. Civ. 70061917662, j. 20/10/2014.

29 Cf. TJRS, Ap. Civ. 70061124699, j. 01/10/2014.

O que deve ser bem compreendido é que o reconhecimento de posições fundamentais jurídicas definitivas do direito fundamental à saúde já pressupõe uma ponderação, o que inclui tomar em conta todos os outros princípios em colisão e, portanto, os direitos fundamentais de todos os titulares do direito fundamental à saúde.

3.4 O argumento da reserva do possível

O argumento da reserva do possível tem sido oferecido para justificar o não reconhecimento de prestações materiais do direito fundamental à saúde. Ele aparece normalmente atrelado o princípio da disponibilidade orçamentária e da divisão dos poderes.

O argumento da reserva do possível tem origem na cláusula da reserva do possível, formulada originariamente na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão[30]. Ele diz que as prestações materiais devidas pelo Estado somente podem ser exigidas na medida do que for possível sob o ponto de vista da disponibilidade dos recursos estatais para atendimento das demandas sociais de toda a coletividade. Isso significa que as posições fundamentais jurídicas individuais não são ilimitadas à custa da sociedade como um todo. Os limites estão exatamente naquilo que uma pessoa pode razoavelmente exigir da coletividade[31].

A cláusula da reserva do possível tem sido apresentada como barreira ao reconhecimento de prestações materiais cuja realização implica custo para o erário. Como os recursos públicos são escassos, a realização das prestações estatais materiais de saúde está condicionada à disponibilidade orçamentária. Assim, por exemplo, a determinação judicial de que um determinado procedimento cirúrgico seja realizado ou de que um determinado medicamento seja fornecido está condicionada à aquilo que pode ser faticamente realizado, conforme os recursos públicos disponíveis.

O argumento da reserva do possível coloca a questão do custo dos direitos. Que direitos custam dinheiro, não deve haver dúvida. Mas apenas os direitos a prestações materiais exigem a alocação de recursos públicos? Não, todos os direitos custam. Os direitos de liberdade custam tanto quanto os direitos a prestações. Os direitos negativos e os direitos positivos custam[32]. Então, o argumento da reserva do possível é um argumento oponível a todos os direitos e não apenas aos direitos a prestações materiais.

O argumento da reserva do possível se encontra encoberto pelo princípio da disponibilidade orçamentária e da divisão dos poderes. A determinação do montante dos recursos estatais destinados à saúde se acha no espaço de competência do Poder Legislativo e do Poder Executivo no momento produção, primeiro, da lei de diretrizes orçamentárias e, depois, da própria lei orçamentária. A gestão e a alocação desses recursos para a realização das prestações materiais de saúde são de competência do Poder Executivo.

A questão que pode ser colocada é se as deliberações dentro desse espaço de competência são livres de qualquer controle judicial. Essas deliberações são apenas políticas? Como já antes afirmado[33], esse não é o caso. Quando a negativa da prestação estatal viola uma posição

---

30 A expressão reserva do possível foi utilizada pela primeira vez pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCF), em 18/07/72. Trata-se da decisão BVerfGE 33, 303 (*numerus clausus*), na qual se analisou a constitucionalidade, em controle concreto, de normas de direito estadual que regulamentavam a admissão aos cursos superiores de medicina nas universidades de Hamburgo e da Baviera nos anos de 1969 e 1970. Em razão do exaurimento da capacidade de ensino dos cursos de medicina, foram estabelecidas limitações absolutas de admissão. Essas restrições de acesso ao ensino superior foram questionadas perante o Tribunal Constitucional Federal Alemão (Cf. SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Organização e introdução por Leonardo Martins. Montevidéu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 656-667).

31 Cf. BVerfGE 33, 303, in SCHWABE, *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão..*, p. 664-666.

32 Cf. SUNSTEIN, Cass. *The partial constitution*. Cambridge: Harward University, 1997, p. 70; HOLMES Stephen; SUNSTEIN, Cass R., *The cost of rights*. Cambridge: Harward University, 1999, p. 113.

33 Cf. item 2, supra.

fundamental jurídica definitiva[34], um direito definitivo deve ser reconhecido e, se for o caso, uma prestação material será definitivamente devida.

O argumento da reserva do possível, que descansa no princípio da disponibilidade orçamentária e no princípio da divisão dos poderes, então, constitui apenas mais um princípio que deve entrar em jogo na ponderação juntamente com outros. Então, o custo da prestação material de saúde demandada judicialmente deve pesar com elemento para medir o grau de intensidade de intervenção no princípio da disponibilidade orçamentária e no princípio da divisão dos poderes. Quanto maior o custo do medicamento ou do procedimento cirúrgico demandado, maior o grau de prejuízo que a determinação judicial representa para o princípio da disponibilidade orçamentária e para o princípio da divisão dos poderes. Então, o custo da realização da prestação estatal joga o seu papel na ponderação.

Dessa forma, o argumento da reserva do possível não é absoluto e impeditivo do reconhecimento de posições fundamentais jurídicas definitivas de saúde, mas, apenas, expressão do princípio da divisão dos poderes e da disponibilidade orçamentária. Ele cumpre seu papel na determinação do grau de intensidade de intervenção ou de prejuízo nesses princípios.

Sobre o argumento da reserva do possível, uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul diz que se tratando "de demanda que visa o fornecimento de procedimento médico inacessível e imprescindível à preservação da vida e da saúde da parte requerente, é suficiente a demonstração da existência da moléstia, com a prescrição do tratamento apropriado, e a ausência de recursos financeiros da parte autora para custear o tratamento". É que a "distribuição de competência no Sistema Único de Saúde não tem o condão de afastar a responsabilidade solidária dos entes públicos, razão pela qual o Estado deve fornecer a medicação requerida, apesar dos Centros de Alta Complexidade em Oncologia - CACON serem mantidos pela União". Na decisão, o tribunal deixa saber, expressamente, que "a ausência de previsão orçamentária e reserva do possível, são argumentos que não constituem óbice ao dever da administração de prestar assistência à saúde, não podendo ser utilizados para justificar gestões ineficientes, pois as políticas públicas que não concretizam os direitos fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana desatendem o mínimo existencial", assegurado na Constituição Federal. A decisão do Tribunal estadual diz que os argumentos apresentados pelo ente estatal estão "estampados na Carta Constitucional" tanto quanto os direitos do demandante, que se acham consubstanciados em preceitos constitucionais, "impondo-se, desse modo, a realização de uma ponderação de princípios quando ambos direitos forem constitucionalmente previstos"[35].

Em outra decisão, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul diz ser "inegável a preponderância do direito à saúde, assegurado pela Constituição Federal, frente ao princípio da reserva do possível, cuja aplicação, tem sido relativizada pelo Supremo Tribunal Federal"[36].

O argumento da reserva do possível, então, leva à ponderação.

---

34 Em sentido aproximado disso, uma decisão do Supremo Tribunal Federal diz que "a destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras "escolhas trágicas", em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental". Nesse sentido, então, a "cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana". A decisão acrescenta que "a noção de "mínimo existencial", que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança" (Cf. STF, Ag. Reg. 639337, j. 23/08/2011).

35 Cf. TJRS, Ag. Interno, 70062557509, j. 17/12/1014.

36 Cf. TJRS, Ap. Civ. 70061412409, j. 01/10/2014.

5. CONCLUSÃO

A presente investigação tratou das discussões em torno do direito fundamental à saúde como direito a prestações materiais. A resposta central apresentada é a de que a atividade judicial detém legitimidade e competência para impor à administração a realização de prestações fáticas ou materiais de saúde, quando violadas posições fundamentais jurídicas definitivas do direito fundamental à saúde.

Quando a omissão estatal na área da saúde configura ofensa a uma posição fundamental jurídica definitiva, a questão ultrapassa os limites da chamada concretização de políticas públicas. Quando esse é caso, não há apenas uma questão de realização de política pública, mas também de violação de uma posição jurídica definitiva de uma disposição jurídica de direito fundamental.

A teoria dos princípios, a teoria da argumentação e a ponderação mostram que as objeções ao reconhecimento de posições fundamentais jurídicas definitivas podem ser superadas.

A configuração de uma posição fundamental jurídica definitiva a uma prestação material de saúde depende da ponderação de princípios. As normas de direitos fundamentais são princípios, que se cumprem em graus, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios são aplicados mediante ponderação, que o é o terceiro princípio parcial do princípio da proporcionalidade. Somente depois da ponderação de princípios é possível se falar de posições fundamentais jurídicas definitivas. Antes, apenas de posições fundamentais jurídicas *prima-facie*.

Essa formulação pressupõe exatamente a ausência de princípios absolutos. Os princípios da divisão dos poderes e da disponibilidade orçamentária, que abrigam as principais objeções aos direitos fundamentais a prestações materiais, como o argumento da discricionariedade administrativa e o argumento da reserva do possível, são princípios e, como tais, ponderáveis e superáveis.

A lei ponderação da ponderação apenas estabelece relação de primazia condicionada entre os princípios. A determinação da relação de precedência de um princípio sobre outros depende das circunstâncias do caso concreto, no que se acha incluída a segurança das premissas empíricas.

A atribuição de graus de intensidade de intervenção ou prejuízo em um princípio e de graus de importância de realização ou satisfação de outro princípio deve ser acompanhada de argumentos lastreados em premissas empíricas seguras tanto quanto possível.

Por isso, então, uma teoria da argumentação jurídica deve ser acoplada à ponderação de princípios.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994; Trad. para língua espanhola: *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2001; Trad. para língua inglesa: *A Theory of Constitutional Rights*. Trans. Julian Rivers, Oxford: Oxford University Press, 2002; Trad. Para língua portuguesa: *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

____. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

____. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

____. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 41-54, 2007.

____. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 55-69, 2007.

____. Direito constitucional e direito ordinário – jurisdição constitucional e jurisdição especializada. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 71-92, 2007.

____. A fórmula peso. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 131-153, 2007.

____. Ponderação, jurisdição constitucional e representação. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 155-165, 2007.

____. On the Structure of Legal Principles. *Ratio Juris*, v. 13, n. 3. Sept., p. 294-304, 2000.

____. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris*, v. 16, n. 4, Dec. p. 433-449, 2003.

____. A institucionalização da razão. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 19-40, 2007.

BOROWSKI, Martin. *La estrutura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003.

BÖCKENFORDE, Ernest-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Traducción Juan Luis Pagés; Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2005.

HECK, Luís Afonso. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 52-100.

HOLMES Stephen; SUNSTEIN, Cass R., *The cost of rights*. Cambridge: Harward University, 1999.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Organização e introdução por Leonardo Martins. Montevidéu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

SUNSTEIN, Cass. *The partial constitution*. Cambridge: Harward University, 1997.